

**BLOCK 1: Prüfung des Tötungsrisikos und Festlegung der erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen****§ 45b Abs. 1 - Abs. 6 Satz 1 BNatSchG und zugehörige Anlage 1****Abs. 1 Konkretisierung der Prüfung des Tötungsverbots**

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

**Grundsätzliches:**

Die Gerichte gestehen den Behörden eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu, die ihnen die fachliche Ausfüllung eines rechtlich bestimmten Rahmens erlaubt, indem sie sich für eine von mehreren fachlich vertretbaren Meinungen entscheiden. Die naturschutzrechtliche Einschätzungsprärogative endet dort, wo sich entweder fachlich eine bestimmte Meinung als allgemein anerkannt durchgesetzt hat (was in der Realität nicht eintreten wird) oder aber der Gesetzgeber durch Gesetz oder untergesetzliches Regelwerk eine bestimmte Bewertung bzw. ein bestimmtes Vorgehen vorgibt. Mit § 45b BNatSchG hat der Gesetzgeber nun derartige, die Behörden bindende Regelungen für einen eng umgrenzten Bereich des Artenschutzrechts in Kraft gesetzt. Für den abschließend geregelten Bereich besteht daher keine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative mehr. Diese verbleibt nur noch im nicht durch die Regelungen erfassten Bereich. Sind im erfassten Bereich einige Punkte nicht detailliert ausgearbeitet, besteht für die Behörden noch die Möglichkeit der Konkretisierung. Für die Länderleitfäden, die verwaltungsinterne Vorgaben zur Ausübung der Einschätzungsprärogative sowie zur Konkretisierung unbestimmter rechtlicher Rahmensetzungen darstellen, verbleibt also (nur) noch Raum außerhalb des in § 45b geregelten Bereichs sowie zur Konkretisierung von dort nur allgemein getroffenen Rahmenfestlegungen, wie z.B. den Kartierungsmethoden und der Gestaltung von Ablenkhabitaten. Die Länderleitfäden können also seit Inkrafttreten der Gesetzesnovelle (vorbehaltlich der Übergangsregelung des § 74 Abs. 4 und 5) insofern nicht mehr angewendet werden, wenn sie im hier geregelten Bereich den Regelungen widersprechen. Sie können weiter angewendet werden, wo sie als Konkretisierung einer in § 45b einschließlich der zugehörigen Anlage 1 nur allgemein gefassten Regelung dienen, sowie außerhalb des erfassten Regelungsbereichs. Ein Abwarten auf eine Anpassung des jeweiligen Länderleitfadens ist hierzu weder erforderlich noch zulässig, da die Behörde an das Gesetz gebunden ist und bei widersprüchlichen Regelungen stets die höherrangige (und bei gleichrangigen die aktuellere) Regelung anzuwenden ist.

**Regelungsbereich:**

§ 45b BNatSchG umfasst dem Wortlaut nach „das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare kollisionsgefährdeter Brutvogelarten im Umfeld ihrer Brutplätze durch den Betrieb von Windenergieanlagen“. Demnach umfasst die gesetzliche Regelung folgende Bereiche nicht, so dass es hier bei der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative und der Anwendbarkeit der Länderleitfäden bleibt:

- Störungs- und Beschädigungsverbot in Bezug auf alle Tierarten bei Errichtung und Betrieb von WEA
- Tötungsverbot in Bezug auf andere Tiere als Brutvögel bei Errichtung und Betrieb von WEA (d.h. insbesondere Fledermäuse)
- Tötungsverbot bei der Errichtung von WEA in Bezug auf Brutvögel
- Tötungsverbot in Bezug auf Vögel, das nicht auf ihren Brutplatz bezogen ist; dies können laut Gesetzesbegründung z.B. Vogelzug oder „Ansammlungen“ sein, wobei mit „Ansammlungen“ Schlafplätze und Rastplätze gemeint sein können, nicht jedoch Brutkolonien oder bedeutende Brutgebiete, da das Umfeld von Brutplätzen (unabhängig von der Zahl oder Bedeutung der Brutplätze) eindeutig vom Wortlaut des Gesetzestextes erfasst ist und man aus Gründen der Rechtsklarheit dem Gesetzeswortlaut gegenüber einer hierzu widersprüchlichen Aussage in der Begründung den Vorzug geben muss.

**Regelungsstruktur:**

§ 45b Abs. 1 benennt die Abs. 2 - 5 als maßgeblich für die Prüfung, ob das Tötungsverbot signifikant erhöht ist. Die Abs. 2 - 5 i.V.m. Anlage 1 Abschnitt 1 definieren die verschiedenen artspezifischen Prüfradien vom Nahbereich über den zentralen bis zum erweiterten Prüfbereich sowie den Bereich außerhalb der artspezifischen Radien und treffen jeweils zugehörige Aussagen zur Verletzung des Tötungsverbots sowie ggf. erforderlichen Maßnahmen. Für den Nahbereich wird generell eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos festgestellt, für den Bereich außerhalb des erweiterten Prüfbereichs wird generell eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos verneint. Für den zentralen und den erweiterten Prüfbereich werden Regel-

vermutungen gesetzt, nach der dort in der Regel Anhaltspunkte für eine signifikante Risikoerhöhung vorliegen bzw. in der Regel das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht ist. Die Liste der kollisionsgefährdeten Arten in Anlage 1 Abschnitt 1 ist (laut expliziter Aussage in der Begründung und erkennbarer Regelungsabsicht) abschließend, d.h. die Behörde darf keine weiteren Brutvogelarten als kollisionsgefährdet einstufen. Dass es einzelne, ggf. auch namhafte Fachpublikationen oder Länderleitfäden gibt, in denen weitere Arten als kollisionsgefährdet eingestuft werden, ist kein Argument gegen den abschließenden Charakter der Liste der Anlage 1, denn der Gesetzgeber hat sich angesichts der Breite und Varianz des fachwissenschaftlichen Meinungsspektrums für diese Bewertung entschieden. Da bisher hinsichtlich der Einstufung von Vogelarten als kollisionsgefährdet (wegen der v.g. Varianz des wissenschaftlichen Meinungsbildes) eine behördliche naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative bestand und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung als europarechtskonform angesehen wurde, ist nicht ersichtlich, warum gerade dem Gesetzgeber die Vornahme einer entsprechenden Wertung nicht zustehen sollte. Die Ablehnung einer solchen Wertungskompetenz mit Bindung für die Vollzugsbehörden würde dazu führen, dass der Gesetzgeber seinem Auftrag, wie er durch das BVerfG (1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14) explizit angemahnt wurde, nicht gerecht werden könnte.

Für alle nicht in der Liste genannten Brutvogelarten stellt der Gesetzgeber implizit fest, dass bei diesen Arten auf Grund allgemeiner naturschutzfachlicher Kriterien ohne nähere Prüfung des Einzelfalls davon ausgegangen werden kann, dass das Tötungsverbot nicht verletzt ist, d.h. er nimmt dies Arten nicht generell aus dem Geltungsbereich des Verbots aus, sondern trifft lediglich eine Regelung zum Prüferfordernis im Einzelfall. Die Liste der „kollisionsgefährdeten“ Arten ist also eine ausführungstechnisch und sprachlich verkürzte Fassung, eigentlich müsste es (deutlich umständlicher) eine inverse „Liste der Arten, für die ohne nähere Prüfung eine Verletzung des Tötungsverbots ausgeschlossen werden kann“ geben (siehe hierzu in Bezug auf die bisherigen Listen der Länderleitfäden BVerwG 9 B 5.20 und 9 B 25.17 sowie ausführlich Windenergie-Handbuch 18. Ausgabe 2021 S. 224/225). Das vom BVerwG in Bezug auf die Listen der Länderleitfäden geäußerte Erfordernis, dass die Behörde (nur) berücksichtigen müsse, ob neue wissenschaftliche Erkenntnisse eine abweichende Beurteilung erfordern, reduziert sich nun durch die Bindung der Behörden an gesetzliche Normen weiter auf die sehr eng begrenzten Fälle einer behördlichen Normnichtenanwendungskompetenz, d.h. dem Vorliegen eines gesicherten neuen Erkenntnisstandes der Wissenschaft, der der gesetzlichen Regelung die Grundlage entzieht und sie als völlig unzureichend erkennen lässt, so dass sie selbst unter Berücksichtigung des Wertungsspielraums des Gesetzgebers den Anforderungen des Tötungsverbots nicht mehr gerecht werden kann und der Zeitraum bis zur Anpassung des Gesetzes nicht mehr abgewartet werden kann. Eine kontroverse wissenschaftliche Diskussion sowie eine reine Gefährdungsbesorgnis oder Verbesserungswürdigkeit reicht nicht aus, um die hohe Schwelle der behördlichen Nichtanwendung zu überwinden. Analoges gilt für die definierten artspezifischen Radien und die zugehörigen Bewertungen des Tötungsrisikos in den jeweiligen Bereichen, d.h. es dürfen keine größeren oder kleineren Radien angesetzt werden und die Bewertung muss sich im Rahmen der Vorgaben der Abs. 2-5 halten. In Bezug auf die Artenliste und Radien sowie das (Nicht-)Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos hat der Gesetzgeber auch keine Abweichungsmöglichkeit auf Grund Besonderheiten des Einzelfalls eröffnet, lediglich für die Feststellung des Tötungsrisikos im zentralen und erweiterten Prüfbereich darf die Behörde in atypischen Fällen von der gesetzlichen Wertung abweichen.

In den Absätzen 2 und 3 wird auf „fachlich anerkannte Maßnahmen“ Bezug genommen. Abs. 6 Satz 1 enthält hierzu den Verweis auf Anlage 1 Abschnitt 2 und attestiert den dort genannten Maßnahmen die fachliche Anerkennung. Abs. 6 Satz 1 enthält daher ebenfalls eine für die Verbotsprüfung maßgebliche Aussage und zählt daher ebenfalls zum Regelungsblock der Prüfung der Verbotsverletzung. Im Gegensatz zur Artenliste der Anlage 1 Abschnitt 1 ist die Maßnahmenliste der Anlage 1 Abschnitt 2 auf Grund der Formulierung „insbesondere“ in Abs. 6 Satz 1 und Anlage 1 Abschnitt 2 insofern nicht abschließend, als dass weitere Maßnahmen durch die Länderleitfäden oder die Behörde als wirksam anerkannt werden können, ebenso können die in Anlage 1 Abschnitt 2 nur bestimmten Arten zugeordneten Maßnahmen für weitere Arten akzeptiert werden. Zu der Frage, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang Vermeidungsmaßnahmen gefordert werden können, treffen die Abs. 2-5 allerdings abschließende Vorgaben, d.h. die Behörde und die Länderleitfäden dürfen über die dort gesetzten Grenzen hinaus keine weiteren Maßnahmen fordern (siehe hierzu im Detail die Erläuterungen zu den einzelnen Absätzen). Da einige Maßnahmen in Anlage 1 Abschnitt 2 nur allgemein definiert sind, muss ihre detaillierte Ausgestaltung allerdings durch die Behörde oder die Länderleitfäden vorgenommen werden.

Für die Anwendung von § 45b Abs. 1-6 legt § 74 Abs. 4 und 5 BNatSchG fest, dass der Antragsteller ein Wahlrecht hat, ob das alte oder das neue Recht angewendet werden soll. Dieses Wahlrecht gilt für Anträge, die vor dem 1.2.24 bei der Behörde beantragt wurden oder bei Vorhaben, für die vor diesem Datum eine Unterrichtung über den Untersuchungsrahmen nach § 2a der 9. BImSchV (d.h. ein UVP-Scoping) stattgefunden hat. Da das neue Recht allerdings oftmals für die Antragsteller günstiger sein wird, ist davon auszugehen, dass die Betreiber ihr Wahlrecht häufig zu Gunsten des neuen Rechts ausüben werden.

**Abs. 2 Nahbereich**

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

**Regelungsinhalt, Hintergrund und bisherige Rechtsprechung:**

Für den Nahbereich wird gesetzlich generell pauschal festgestellt, dass das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist. Die Rechtsprechung hatte bisher bei entsprechenden pauschalen Bewertungen von Behörden hingegen klargestellt, dass sich aus dem Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG kein pauschaler, absoluter Ausschluss von WEA innerhalb bestimmter Abstände herleiten lässt, da es bestimmte Fallkonstellationen geben kann, in denen auch bei kurzen Abständen kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht (z.B. wenn die WEA im Wald steht und die betroffene Vogelart nicht im Wald jagt und somit keine häufigen Ausflüge vom Brutplatz über oder in den Bereich des Waldes zu erwarten sind). Eine solche Bewertung ist nun allerdings durch die gesetzliche Feststellung ausgeschlossen.

Eine gesetzliche Regelung zu Vermeidungsmaßnahmen im Nahbereich wird hingegen nicht getroffen; in der Gesetzesbegründung wird davon ausgegangen, dass sich das Tötungsrisiko im Nahbereich i.d.R. auch mit Maßnahmen nicht unter die Signifikanzschwelle senken lässt. Diese Aussage sollte allerdings (im Vergleich zu Abs. 3 und 4) anscheinend bewusst nicht in Gesetzesrang erhoben werden, was vermutlich auf die Offensichtlichkeit zurückgeht, dass jedenfalls mit saisonaler Langzeitabschaltung auch im Nahbereich wirksame Vermeidungsmaßnahmen zur Verfügung stehen (z.B. OVG Greifswald 1 M 245/21, OVG Münster 8 A 1183/18).

Selbst wenn man von einer generellen Verbotsverletzung, die sich nicht durch Maßnahmen überwinden lässt, ausgehen würde, verbliebe stets die grundsätzliche Möglichkeit und somit das Prüferfordernis zur Erteilung einer Ausnahme. Die Ausnahme erlaubt die Verletzung des Verbotes, d.h. die definitive Tötung des betroffenen Individuums; sie lässt sich also nicht allein mit der Begründung ablehnen, dass im Nahbereich ein besonders hohes, nicht akzeptables Tötungsrisiko besteht - ein solches hohes, nicht durch Maßnahmen überwindbares Risiko ist im Gegenteil gerade Anlass für die Vornahme einer Ausnahmeprüfung. Ebenso ließe sich nicht begründen, warum die Tötung ein und desselben Individuums nicht populationsrelevant sein sollte, wenn sie durch eine WEA in 600 m Entfernung erfolgt, aber Populationsrelevanz hat, wenn die WEA in 200 m Entfernung steht, da es sich in beiden Fällen um nur ein, noch dazu das identische Exemplar der identischen Population handelt.

§ 45b Abs. 2 dient laut Abs. 1 lediglich der Konkretisierung der Prüfung des Tötungsverbots, so dass es sich bei der Regelung für den Nahbereich auch nicht um ein neu geschaffenes, eigenständiges Verbot handeln kann.

**Fazit für die Behördenpraxis:**

- 1.) Ein absoluter Ausschluss von WEA im Nahbereich von Brutplätzen lässt sich aus dem Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht herleiten.
- 2.) Die Feststellung, dass auf Grund der besonderen Konstellation des Einzelfalls kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben ist, ist formalrechtlich nicht mehr möglich, da der Gesetzeswortlaut eine absolute Feststellung trifft, die die Berücksichtigung von atypischen Sachverhalten ausschließt. Diese Fälle können durch die Erteilung einer Ausnahme aufgefangen werden, denn die besondere Konstellation bedingt, dass sich auf Grund des tatsächlich nicht gegebenen erhöhten Tötungsrisikos der Erhaltungszustand nicht verschlechtern wird und sich der Standort nicht als kritischer als ein Standort mit größerer Entfernung darstellt und somit andere Standorte keine bessere Alternative sind.
- 3.) Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung verbieten nicht die Anerkennung wirksamer Maßnahmen auch im Nahbereich. Es besteht jedoch ein erhöhtes Begründungserfordernis, um die (nur) in der Gesetzesbegründung angeführte Regelvermutung zu überwinden. Saisonale Langzeitabschaltungen sind stets offensichtlich auch im Nahbereich wirksam. Eine solche Langzeitabschaltung würde dann nach § 45b Abs. 6 iVm Anlage 2 ggf. ebenfalls in die Ausnahmeerteilung führen (zur Problematik des 45b Abs. 6 und Anlage 2 siehe Erläuterungen zu Block 3).
- 4.) Auch im Nahbereich ist vor Ablehnung eines Antrags stets zu prüfen, ob die Ausnahmevoraussetzung des § 45 Abs. 7 BNatSchG (ggf. unter Einbeziehen der spezifizierten Regelungen des § 45b Abs. 6, 8 und 9) erfüllt sind, was zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet.

**Abs. 3 zentraler Prüfbereich**

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

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

**Regelungsinhalt:**

Abs. 3 enthält im ersten Halbsatz und der Nr. 1 die Regelvermutung für das Vorliegen von Anhaltspunkten für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko im zentralen Prüfbereich, sofern dieses nicht durch eine HPA oder RNA widerlegt werden kann. Da auf Grund des alternativen Maßnahmenangebots nach Nr. 2 sowohl die HPA als auch die RNA (als auch jegliche andere Untersuchungsmethodik) lediglich freiwillig vom Antragsteller durchzuführen sind, ist die Klarstellung, dass eine RNA nur „auf Verlangen“ des Antragstellers durchzuführen ist, obsolet.

Interpretiert man die Formulierung „auf Verlangen des Antragstellers durchgeführt wird“ derart, dass es sich um die Einholung eines behördlichen Sachverständigengutachtens mit Einverständnis des Antragstellers im Sinne des § 13 letzter Satz der 9. BImSchV handele, wird dies kaum zum Vorteil des Antragstellers und zur Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens dienen, da die Behörde auf Grund der hohen Kosten von RNA sicherlich ein Ausschreibungsverfahren durchführen müsste (und somit auch nicht die „freie Wahl“ eines Gutachters hat). § 45b Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG kann jedenfalls die Zulässigkeit der Vorlage einer durch den Antragsteller beauftragten RNA und die behördliche Pflicht zu ihrer Prüfung nicht sperren, da dies als verfahrensrechtliche Vorschrift in § 13 Abs. 2 Satz 1 der 9. BImSchV ausdrücklich vorgesehen ist und daher eine - unterstellte - beabsichtigte Sperrwirkung des § 45b Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG durch die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG iVm der 9. BImSchV verdrängt würde.

Offen ist, ob § 45b Abs. 3 BNatSchG eine Nachweisführung durch andere Methoden als HPA oder RNA a priori sperrt, denn als materielle Regelung kann das BNatSchG bestimmte Untersuchungsmethoden vorgeben und andere ausschließen. Da nach dem Hauptsatz des § 45b Abs. 3 bei Nicht-Erfüllung der Nr. 1 und 2 lediglich Anhaltspunkte für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegen, folgt daraus (nur) das Erfordernis einer (weiteren) vertieften Prüfung, für die keine weiteren Vorgaben gemacht werden. Auch die Gesetzesbegründung gibt keine Hinweise auf eine beabsichtigte Sperrwirkung für andere Untersuchungsmethoden, sondern nennt HPA und RNA eher beispielhaft. Eine grundsätzliche Zulässigkeit der Vorlage von Gutachten, die auf anderen Methoden basieren und die daraus resultierende Prüfpflicht der Behörde bedeuten natürlich nicht, dass auch jedes derartige Gutachten als valider Nachweis anerkannt werden muss, sondern dass es auch - fachlich begründet - zurückgewiesen werden kann.

Nr. 2 enthält die Möglichkeit, ein eventuell erhöhtes Tötungsrisiko mit Vermeidungsmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle zu senken. Hierzu attestiert der Gesetzgeber Antikollisionssystemen, Ausweichnahrungshabitaten sowie Abschaltungen bei landwirtschaftlicher Bewirtschaftung oder zu bestimmten Phasen der saisonalen Anwesenheit der Brutvögel (phänologiebedingte Abschaltung) eine ausreichende, gesicherte Wirksamkeit. Durch die Verknüpfung der Maßnahmenauflistung mit „oder“ wird jeder einzelnen Maßnahme allein eine ausreichende Wirksamkeit zugeordnet. Die Behörde kann also bei Einsatz einer der genannten Maßnahmen für das betreffende Individuum keine weiteren Maßnahmen zur Risikominderung - sei es aus dem Katalog von § 45b Abs. 3 Nr. 2, aus Anlage 1 Abschnitt 2 oder einem Länderleitfaden - fordern. Ebenso kann die Behörde nicht eine andere Maßnahme verlangen, da der Antragsteller die Wahl des Mittels hat, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Zielerreichung zur Verfügung stehen. Im Zusammenspiel zwischen § 45b Abs. 3 Nr. 2, Abs. 6 und Anlage 1 Abschnitt 2 besteht allerdings die Unklarheit, ob das - vom Wortlaut her uneingeschränkte - Wirksamkeitstest des Abs. 3 Nr. 2 durch die auf bestimmte Vogelarten beschränkte Wirksamkeitsaussage der Anlage 1 Abschnitt 2 eingeschränkt wird. Die Gesetzesbegründung zu Anlage 1 Abschnitt 2 bestätigt, dass bei einer Vogelart das Tötungsrisiko wirksam durch die alleinige Anwendung einer der vier in § 45b Abs. 3 Nr. 2 genannten Maßnahmen gesenkt werden kann, weist aber zugleich darauf hin, dass bei Vorkommen mehrerer Arten ggf. eine Kombination von Maßnahmen erforderlich sind kann. Dies spricht dafür, dass das Wirksamkeitstest des Gesetzgebers für die vier Maßnahmen wohl auf die jeweils zu den Maßnahmen in Anlage 1 Abschnitt 2 gelisteten Vogelarten beschränkt sein soll, denn wenn alle Maßnahmenarten für alle Vogelarten wirksam wären, dann bräuhete

man auch bei Vorkommen mehrerer Arten nur eine der Maßnahmen. Da der Katalog der Anlage 1 Abschnitt 2 aber nicht abschließend ist, sondern nur „insbesondere“ wirksame Maßnahmen enthält, kann die Behörde bzw. ein Länderleitfaden jedenfalls sowohl die Wirksamkeit der in Anlage 1 Abschnitt 2 genannten Maßnahmen auf weitere Vogelarten ausdehnen als auch andere Maßnahmenarten als wirksam anerkennen.

Abs. 3 Nr. 2 lässt eine der vier genannten Maßnahmen „in der Regel“ ausreichen. Dies bedeutet, dass ein atypischer Sachverhalt, den der Gesetzgeber nicht erkennen konnte, gegeben sein muss, um einer der genannten Maßnahmen die Wirksamkeit im Einzelfall abzusprechen. Ein WEA-Standort an der Grenze zum Nahbereich oder die gute Eignung und tatsächliche Nutzung des Umfeldes der WEA als Nahrungshabitat o.ä. begründen jedenfalls keine Atypik, da dies zu den erkennbaren, im zentralen Prüfbereich üblicherweise gegebenen Randbedingungen gehört, die überhaupt erst ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko und damit das Maßnahmenerfordernis begründen können.

Der Fall, dass ein erhöhtes Tötungsrisiko nicht ausreichend gemindert werden kann, kann im zentralen Prüfbereich nicht mehr eintreten, weil nach Anlage 1 Abschnitt 2 für jede kollisionsgefährdete Brutvogelart mindestens eine wirksame Vermeidungsmaßnahme existiert (ggf. unter Einbeziehung der auch in atypischen Fällen stets wirksamen saisonalen Langzeitabschaltung). Die formulierungstechnische Anbindung der Nr. 2 an den Hauptsatz des Abs. 3, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko dann vorliegt, wenn es nicht ausreichend durch Maßnahmen gemindert werden kann, ist also bereits wegen der generellen Verfügbarkeit von Maßnahmen unglücklich gewählt. Unabhängig davon ist es rechtlich gesehen genau umgekehrt: Maßnahmen sind nur dann erforderlich und können nur dann von der Behörde „angeordnet“ werden, wenn zuvor ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko festgestellt wurde. Die alternative Verknüpfung der Nr. 1 und 2 soll daher wahrscheinlich vielmehr den vielfach in der Rechtsprechung erläuterten Grundsatz klarstellen, dass es dem Antragsteller - nicht aber der Behörde - erlaubt ist, im Bereich des Naturschutzrechts mit worst case-Annahmen zu arbeiten. Bei Unterschreitung des zentralen Prüfradius kann der Antragsteller daher darauf verzichten zu versuchen, mit einer vertieften Prüfung (sei es durch HPA, RNA oder andere Methoden) den Verdacht auf ein eventuell signifikant erhöhtes Tötungsrisiko auszuräumen und stattdessen dieses unterstellen und unmittelbar eine Vermeidungsmaßnahme vorsehen. Auf diese Weise kann er zeitlichen und finanziellen Aufwand für eine ggf. schlussendlich vielleicht erfolglose Prüfung sparen und die Rechtsunsicherheit, die nach wie vor mit der nicht standardisierten HPA und RNA verbunden ist, vermeiden. Die Behörde kann hingegen nicht auf eine worst case-Annahme hin Maßnahmen „anordnen“. Die gewählte Formulierung ist daher auch in dieser Hinsicht unglücklich.

Der Gesetzgeber hat mit Abs. 3 darüber hinaus klargestellt, dass HPA und RNA (oder andere weitergehende Untersuchungen) nicht erforderlich sind, um Art und Umfang der Vermeidungsmaßnahme zu bestimmen, denn das Wirksamkeitsteststat der Nr. 2 sowie der Anlage 1 Abschnitt 2 wird nicht von Ergebnissen einer entsprechenden Prüfung abhängig gemacht. Sofern die Maßnahmen in Anlage 1 Abschnitt 2 nur allgemein beschrieben sind, besteht hier noch ein Präzisierungserfordernis durch die Behörde bzw. die Länderleitfäden. So kann die Behörde z.B. noch die Größe und Gestaltung einer Ablenkfläche sowie die Parametrierung eines Vogeldetektionssystems bestimmen, nicht jedoch den Radius und die Zeitdauer für die Abschaltung bei landwirtschaftlichen Ereignissen.

### **Fazit für die Behördenpraxis:**

- 1.) Der zentrale Prüfbereich entspricht im Kern den artspezifischen Prüfradien der Länderleitfäden. Durch das Gesetz wird eine einheitliche Bewertung in Hinsicht auf die Verbotsverletzung und anerkannte Vermeidungsmaßnahmen getroffen. Diese Bewertung ist bindend, so dass im abschließend geregelten Bereich keine naturschutzrechtliche Einschätzungsprärogative mehr gegeben ist und abweichende Forderungen ausgeschlossen sind.
- 2.) Die Regelvermutung von Anhaltspunkten für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko kann wie bisher durch HPA oder RNA in Form von Gutachten im Auftrag des Antragstellers widerlegt werden - eine Verpflichtung zur Durchführung derartiger Prüfungen besteht für den Antragsteller jedoch nicht, sofern er unmittelbar eine wirksame Vermeidungsmaßnahme nach § 45b Abs. 3 Nr. 2 vorsieht. Zu Methodik und Ergebnisbewertung von HPA und RNA wird jedoch nichts geregelt, so dass dies weiterhin den Länderleitfäden oder der Einschätzungsprärogative der Behörden unterliegt. Andersartige Untersuchungsmethoden zur Widerlegung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos sind zwar wahrscheinlich durch § 45b Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG nicht gesperrt, aber bisher nicht etabliert und daher vermutlich nicht komplikationslos.
- 3.) Der Antragsteller kann bei Unterschreitung des zentralen Prüfradius eine der in § 45b Abs. 3 Nr. 2 als wirksam anerkannten Vermeidungsmaßnahmen auswählen und unmittelbar vorsehen. Die Behörde kann von ihm auf Grund des abschließenden Charakters von § 45b Abs. 3 Nr. 2 zweiter Halbsatz weder eine andere der gelisteten Maßnahmen noch andersartige Maßnahmen noch eine

Kombination mehrerer Maßnahmen verlangen, es sei denn, sie weist das Vorliegen eines atypischen Sachverhalts nach. Sofern die Maßnahmen in Anlage 1 nur allgemein beschrieben sind, besteht hinsichtlich der Präzisierung der Maßnahmengestaltung noch eine naturschutzrechtliche Einschätzungsprärogative, wozu die ggf. existierenden Länderleitfäden herangezogen werden können.

- 4.) Es besteht eine Rechtsunsicherheit in Hinsicht auf die Wirksamkeit der in § 45b Abs. 3 Nr. 2 genannten Vermeidungsmaßnahmen, wenn in Anlage 1 Abschnitt 2 zu dieser Maßnahme nur ein Teil der kollisionsgefährdeten Vogelarten aufgeführt wird. Da die Gesetzesbegründung für ein artspezifisch eingeschränktes Wirksamkeitsteststat des Gesetzgebers spricht, sollte die Behörde - sofern sie die Wirksamkeit der Maßnahmen für weitere Vogelarten anerkennt - dies zusätzlich auf eine eigene Bewertung oder einen Länderleitfaden stützen, was ihr nach wie vor möglich ist. Ob der Antragsteller aus § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG ableiten kann, dass sämtliche dort genannten Maßnahmen für alle Vogelarten anzuerkennen sind, bleibt der Entscheidung durch die Rechtsprechung überlassen.

#### **Abs. 4 erweiterter Prüfbereich**

*Liegt zwischen dem Brutplatz einer Brutvogelart und der Windenergieanlage ein Abstand, der größer als der zentrale Prüfbereich und höchstens so groß ist wie der erweiterte Prüfbereich, die in Anlage 1 Abschnitt 1 für diese Brutvogelart festgelegt sind, so ist das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare nicht signifikant erhöht, es sei denn,*

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

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

#### **Regelungsinhalt:**

Im erweiterten Prüfbereich gilt die gegenüber dem zentralen Prüfbereich umgekehrte Regelvermutung, dass kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt. Nur wenn auf Grund besonderer struktureller Gegebenheiten eine erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit im Bereich des Rotorkreises als dem Gefahrenbereich der WEA gegeben ist, kann ausnahmsweise ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegen. Die Begriffe „artspezifische Habitatnutzung“ und „funktionale Beziehungen“ sind nicht näher definiert, so dass hierzu vermutlich die Präzisierungen der Länderleitfäden weiterhin herangezogen werden können (bzw. müssen), in denen zumeist von „essenziellen Nahrungshabitaten“ und „festen, häufig genutzten Flugrouten“ gesprochen wird.

#### **Fazit für die Verwaltungspraxis:**

- 1.) Der erweiterte Prüfbereich wird räumlich definiert, eine Regelvermutung für kein signifikantes Tötungsrisiko etabliert und die Prüfung auf verfügbare Fachdaten und besondere Bedingungen beschränkt. Dies bedeutet eine Eingrenzung der bisherigen heterogenen Regelungen der Länderleitfäden, allerdings bleibt die Präzisierung der besonderen Faktoren, die ausnahmsweise ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko indizieren, weiterhin den Länderleitfäden oder der Behörde überlassen.
- 2.) Hilfreich und erleichternd ist die Klarstellung, dass für die Prüfung im erweiterten Prüfbereich keine Kartierungen erforderlich sind.
- 3.) Als fachlich anerkannte Maßnahmen kann auch hier der Katalog der Anlage 1 Abschnitt 2 herangezogen werden, da die Wirksamkeit der Maßnahmen weder in § 45b Abs. 6 Satz 1 noch in Anlage 1 nach der Lage der WEA im zentralen oder erweiterten Prüfbereich differenziert wird.

**Abs. 5 Bereich außerhalb des erweiterten Prüfbereichs**

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

**Regelungsinhalt und Fazit für die Verwaltungspraxis:**

Auch wenn Abs. 5 auf den ersten Blick lediglich klarstellenden Charakter hat, stellt er eine gesetzlich verbindliche Festschreibung dieser Bewertung dar und schließt jegliche Maßnahmenforderung bei größeren Abständen vollständig aus. Wie bei der Definition der Artenliste hat auch hier der Gesetzgeber - wie unmittelbar aus dem Wortlaut ersichtlich - nicht den Geltungsbereich und die Anwendbarkeit der Tötungsverbots begrenzt, sondern (nur) eine grundsätzliche Wertung vorgenommen, dass bei Brutplätzen in größeren Abständen ohne eine vertiefte Prüfung im Einzelfall davon auszugehen ist, dass das Tötungsverbot nicht verletzt ist (siehe hierzu ausführliche Erläuterungen zu Abs. 1 und dem abschließenden Charakter der Artenliste in Anlage 1).

**Abs. 6 Satz 1 fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen**

*Fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen für die in Anlage 1 Abschnitt 1 genannten Brutvogelarten sind insbesondere die in Anlage 1 Abschnitt 2 genannten Schutzmaßnahmen. [...]*

**Regelungsinhalt und Fazit für die Verwaltungspraxis:**

§ 45b Abs. 6 Satz 1 gehört regelungstechnisch zur Verbots- nicht zur Ausnahmeprüfung. Zur Anwendung und Bindungswirkung des § 45b Abs. 6 Satz 1 iVm. Anlage 1 Abschnitt 2 siehe die obigen Erläuterungen zu den einzelnen Prüfbereichen.

**Block 2: spezielle Regelungen für die Ausnahmeprüfung / Artenschutzabgabe****§ 45b Abs. 8, § 45d Abs. 2 sowie zugehörige Anlage 2 Nr. 4****Abs. 8 Konkretisierung von § 45 Abs. 7 BNatSchG für WEA**

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

**Nr. 1 Ausnahmegrund**

*1. der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient,*

**Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Der Einleitungssatz definiert den Anwendungsbereich der speziellen Regelungen. Erfasst sind alle Verbotsarten für alle Tierarten hinsichtlich der Betroffenheit durch den Betrieb der WEA. Damit sind baubedingte Verbotsverletzungen von den speziellen Regelungen des § 45b Abs. 8 BNatSchG nicht erfasst. Allerdings sind baubedingte Verbotsverletzungen sowieso selten und können in aller Regel durch Maßnahmen vermieden werden, so dass in der Praxis kaum ein Erfordernis einer Ausnahmeerteilung bestehen dürfte. Sollte in Einzelfällen eine Ausnahmeprüfung für baubedingte Verbotsverletzungen bestehen, gelten hierfür die allgemeinen Regelungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG; aus § 45b Abs. 8 lässt sich selbstverständlich nicht ableiten, dass der Gesetzgeber generell eine Ausnahmeerteilung für baubedingte Wirkungen als unzulässig deklarieren will.

Bei § 45b Abs. 8 Nr. 1 handelt sich um die Anknüpfung an § 2 EEG und die Implementierung seiner allgemeinen Aussage in das konkrete Fachrecht. Es wird einerseits klargestellt, dass WEA im öffentlichen und nicht nur privaten Interesse des Betreibers liegen und andererseits, dass die Versorgung mit Windstrom (wie die Stromversorgung insgesamt) auch der öffentlichen Sicherheit dient, was bisher in der Rechtsprechung und in Dokumenten der EU bereits für andere Infrastruktureinrichtungen wie Straßen, Flughäfen und Trinkwasserversorgung (ohne Strom gibt es kein Trinkwasser) ausgesprochen wurde. Die Anerkennung des Ausnahmegrundes der „öffentlichen Sicherheit“ überwindet die formalrechtliche Kritik, dass der Ausnahmegrund des „öffentlichen Interesses“ in § 45 Abs. 7 BNatSchG in der EU-Vogelschutzrichtlinie nicht enthalten ist und daher auf Artenschutz bei Vögeln nicht angewendet werden könne.

**Fazit für die Verwaltungspraxis:**

Hilfreiche Klarstellung eines allerdings inzwischen sicherlich nicht mehr ernsthaft strittigen Aspektes

**Nr. 2 Standortalternativen bei Standorten innerhalb planerisch ausgewiesener Flächen**

*2. bei einem Gebiet, das für die Windenergie ausgewiesen ist*

*a) in einem Raumordnungsplan oder*

*b) unter Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange in einem Flächennutzungsplan,*

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

**Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Die Formulierung sowie die zugehörige Begründung zeigt ein grundlegend fehlerhaftes Verständnis des Planungsrechts und der tatsächlichen Gegebenheiten. Artenschutzrechtliche Aspekte sind stets in einem Flächennutzungsplan (und auch Bebauungsplan) zu berücksichtigen, dies ist gesetzlich in § 1 Abs. 4, 6 und 7, § 2 Abs. 4 BauGB festgeschrieben.

Ein „Gebiet, das für die Windenergie ausgewiesen ist“ ist ein einzelnes Vorrang- oder Eignungsgebiet des Regionalplans oder eine einzelne Konzentrationszone in einem Flächennutzungsplan. Hinzu kommen durch Bebauungsplan ausgewiesene Gebiete, die hier komplett übersehen wurden. Davon zu unterscheiden ist der Planungsraum und das Plangebiet. Planungsraum ist der gesamte, in der Planungshöheit des jeweiligen Planungsträgers stehende Raum. Plangebiet ist der Teilraum, der von der jeweiligen Planänderung oder dem jeweiligen sachlichen oder räumlichen Teilplan erfasst ist. Bei Ausweisungen mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist das Plangebiet in aller Regel der gesamte Planungsraum (bzw. der Außenbereich des Planungsraums, in dem WEA privilegiert sind) und die „für die Windenergie ausgewiesenen Gebiete“ sind die konkreten Eignungsgebiete oder Konzentrationszonen (so auch



die Definition in § 2 WindBG). Bei reinen Positivausweisungen sind die für die Windenergie ausgewiesenen Gebiete identisch mit dem Plangebiet - aber auch bei derartigen Positivausweisungen wurden selbstverständlich artenschutzrechtliche Belange bei der Auswahl der Fläche im Planungsraum und hinsichtlich der Realisierungsfähigkeit der Planung innerhalb des Gebietes (§ 1 Abs. 4 BauGB) berücksichtigt. In der Gesetzesbegründung werden die Begriffe „Gebiet, das für die Windenergie ausgewiesen ist“ und die Begriffe „Plangebiet“ und „Planungsraum“ miteinander vermischt, so dass die Gesetzesbegründung eher verwirrt als hilft, das mangelhafte Wissen der Verfasser über die planungsrechtlichen und planungspraktischen Rahmenbedingungen dokumentiert und damit insgesamt die Regelungsabsicht verunklart.

Die Festlegung, dass Standortalternativen außerhalb der für die Windenergie ausgewiesenen Gebiete nicht gegeben sind, ist bei Plänen mit wirksamer Ausschlusswirkung (sei es nach altem Recht, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, oder nach neuem Recht, § 249 Abs. 2 iVm § 5 WindBG) obsolet, da Standorte außerhalb der ausgewiesenen Flächen bereits planungsrechtlich unzulässig und damit keine Alternativen im Sinne des § 45 Abs. 7 BNatSchG sind. Dies gilt auch - bzw. gerade dann - wenn die Erfüllung der Flächenziele festgestellt wird, denn diese Feststellung löst nach neuem Planungsregime die Ausschlusswirkung im restlichen Planungsraum außerhalb der ausgewiesenen Gebiete aus. Die Rechtsprechung hat zudem bereits anerkannt, dass im Rahmen einer Konzentrationszonenplanung die hinsichtlich aller Belange konfliktärmssten und damit auch im Sinne des Artenschutzes alternativlosen Gebiete ausgewählt wurden (siehe ausführlich Windenergie-Handbuch 18. Ausgabe 2021 S. 242/243).

Einen eigenständigen Regelungsinhalt hat § 45b Abs. 8 Nr. 2 also nur für reine Positivausweisungen, seien es gezielt aufgestellte Positivausweisungen oder aber nach gerichtlicher Unwirksamkeitserklärung der Ausschlusswirkung verbleibende Positivausweisungen, da der Wortlaut nicht auf Pläne mit (wirksamer) Ausschlusswirkung beschränkt ist. Demnach sollen auch WEA-Projekte in lediglich als Positivausweisung ausgewiesenen Flächen nicht auf Standorte außerhalb dieser ausgewiesenen Flächen verwiesen werden können. Dies entspricht dem gesetzgeberischen Gedanken zur Bereitstellung und Sicherung von Flächen für die Windenergie, wie er im WindBG und § 249 BauGB zum Ausdruck kommt.

#### **Fazit für die Verwaltungspraxis:**

- 1.) Die Regelungsabsicht des § 45b Abs. 8 Nr. 2 lässt sich auch unter Heranziehung der Gesetzesbegründung nicht ermitteln, da die Verfasser offensichtlich grundlegenden Irrtümern über die Rechts- und Sachlage unterliegen. Daher kann sich die Verwaltungspraxis bis zu einer Klärung durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung nur am tatsächlichen Wortlaut des Gesetzestextes orientieren.
- 2.) Die einschränkende Bedingung der Nr. 2b) ist stets erfüllt, da die Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange durch § 1 Abs. 4, 6 und 7 sowie § 2 Abs. 4 BauGB gesetzlich verpflichtend ist.
- 3.) Die Regelung ist für eine Planung mit wirksamer Ausschlusswirkung - sowohl nach altem Recht (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) als auch nach neuem Recht (§ 249 Abs. 2 BauGB) - obsolet, da Standortalternativen außerhalb der für die Windenergie ausgewiesenen Gebiete bereits deshalb nicht zur Verfügung stehen, weil dort die Errichtung von WEA planungsrechtlich unzulässig ist.
- 4.) Einen Regelungsinhalt ergibt sich dem Wortlaut nach allein für reine Positivplanungen in Planungsräumen, in denen die Flächenziele des WindBG noch nicht erfüllt sind. Hier sollen WEA-Projekte in den ausgewiesenen Flächen nicht auf nicht für die Windenergie ausgewiesene Flächen verwiesen werden können. Dies entspricht dem grundlegenden gesetzgeberischen Gedanken des WindBG und § 249 BauGB zur Beschleunigung des Windenergieausbaus.
- 5.) Da der Wortlaut Standortalternativen außerhalb „dieses ausgewiesenen Gebietes“ verneint und das „für Windenergie ausgewiesene Gebiet“ die jeweilige, einzelne, in einem Planungsraum für WEA ausgewiesene Zone ist, ist auch ein Verweis des Vorhabens auf ein anderes für WEA ausgewiesenes Gebiet im selben oder einem anderen Planungsraum unzulässig. Dies entspricht der Zielsetzung des WindBG, nach dem die ausgewiesenen Windenergiegebiete in Summe (und nicht nur einzelne von ihnen) nutzbar sein müssen, um die Ausbauziele und somit das öffentliche Interesse zu erfüllen.

**Nr. 3 Standortalternativen für Standorte außerhalb planerisch ausgewiesener Flächen**

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

**Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Auch in § 45b Abs. 8 Nr. 3 setzt sich das Missverständnis über die planungsrechtlichen Gegebenheiten fort. Für eine dezidierte Regelung müsste unterschieden werden, ob der Standort deshalb nicht in einem für die Windenergie ausgewiesenen Gebiet liegt, weil der Planungsträger keine Planung mit Ausschlusswirkung (nach altem oder neuem Recht) vorgenommen hat, oder aber es sich um einen Standort im Ausschlussbereich einer Windenergieplanung handelt. Liegt der Standort im Ausschlussbereich einer Planung mit wirksamer Ausschlusswirkung, so ist er bereits planungsrechtlich unzulässig; eine Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbote und somit auch eine Ausnahmeprüfung erübrigt sich daher. Befindet sich der Standort in einem Planungsraum ganz ohne planerische Ausweisungen oder außerhalb von ausgewiesenen Flächen, die keine Ausschlusswirkung erzeugen, ist der Standort planungsrechtlich zulässig, so dass ggf. eine Standortalternativenprüfung erforderlich werden kann. Dem Wortlaut nach soll hierzu nun - unabhängig von der Größe und Abgrenzung des Planungsraums oder anderer rechtlicher oder tatsächlicher Gegebenheiten - ein Suchraum mit 20 km Radius maßgeblich sein bzw. im Falle eines Natura2000-Gebietes ein unbegrenzter Suchraum.

Ein Radius vom 20 km entspricht der Größe eines mittleren Landkreises in Deutschland. In einem Suchraum derartiger Größe gibt es tausende potenzieller Standorte für WEA. Die Regelung führt also bereits deshalb nicht zur Begrenzung des Prüfaufwandes auf ein praktikables Maß. Zur Beurteilung des artenschutzfachlichen Konfliktpotenzials von Alternativstandorten müssten auf Grund der strikt an Abstände zu aktuellen Brutplätzen gebundenen Bewertungsmethodik für den gesamten Suchraum flächendeckend aktuelle Kartierungsdaten vorhanden sein, was ebenfalls die Unmöglichkeit einer derartigen Prüfung indiziert. Auch die Prüfung sämtlicher anderer Genehmigungsvoraussetzungen an tausenden potenzieller Standorte ist schlicht unmöglich. Unabhängig davon kann bei einem Suchraum derartiger Größe sowieso offensichtlich ohne nähere Prüfung unterstellt werden, dass es jedenfalls für eine Einzel-WEA, aber auch für Windprojekte mit mehreren WEA, Standorte mit geringerem artenschutzfachlichen Konfliktpotenzial gibt. Es dürfte daher mit der vorliegenden Regelung unmöglich sein, den Nachweis einer Standortalternativlosigkeit zu führen.

Die Problematik der Standortalternativenprüfung liegt in tatsächlicher Hinsicht darin, dass im Gegensatz zu großen Infrastrukturprojekten, für die bei linienhaften Strukturen (Leitungen, Straßen) nur wenige Trassenalternativen zur Verbindung zweier Punkte gegeben sind und für die bei industriellen Großprojekten schon wegen der Großflächigkeit und Anbindungsnotwendigkeiten an leistungsfähige Infrastruktur nur wenige, konkrete Standortalternativen gegeben sind, bei WEA eine extrem große und unbestimmte Zahl an potenziell geeigneten Standorte zu prüfen wäre, selbst wenn man den Suchraum auf die kleinstmögliche Verwaltungseinheit, also ein Gemeindegebiet, beschränken würde. In rechtlicher Hinsicht ist eine Standortalternativenprüfung im Rahmen von BImSchG-Genehmigungen als gebundener Entscheidung gar nicht vorgesehen und möglich. Diese beiden sehr grundlegenden rechtlichen und tatsächlichen Probleme der Prüfung von Standortalternativen in BImSchG-Genehmigungsverfahren für räumlich flexible Kleinprojekte wie WEA sind im vorliegenden Gesetzestext des § 45b Abs. 8 Nr. 3 BNatSchG weder erkannt noch gelöst worden.

**Fazit für die Verwaltungspraxis:**

- 1.) WEA-Standorte im wirksamen Ausschlussbereich nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bzw. § 249 Abs. 2 BauGB (neu) sind bereits planungsrechtlich unzulässig, so dass es weder einer Artenschutz- noch einer Ausnahmeprüfung bedarf. § 45b Abs. 8 Nr. 3 findet daher nur Anwendung in Planungsräumen ohne planerische Ausweisung für die Windenergie oder bei Lage außerhalb von Windenergiegebieten ohne Ausschlusswirkung.
- 2.) Die Anwendung des § 45b Abs. 8 Nr. 3 würde dazu führen, dass der Nachweis einer Standortalternativlosigkeit in einem Planungsraum ohne planerische Ausweisungen für die Windenergie bzw. für Standorte außerhalb von nur als Positivausweisung ausgewiesenen Flächen generell nicht geführt und somit keine Ausnahmeerteilung möglich wäre. Dies wäre gegenüber § 45 Abs. 7 BNatSchG eine Verstärkung nur für WEA und ist wahrscheinlich in dieser Konsequenz nicht vom Gesetzgeber gewollt.
- 3.) In der Verwaltungspraxis sollte daher die Prüfung in derartigen Fällen weiterhin unmittelbar auf § 45 Abs. 7 BNatSchG gestützt und hilfsweise auf die in einigen Länderleitfäden angeführte umge-

kehrte Betrachtung zurückgegriffen werden: Liegt das beantragte Vorhaben in einem artenschutzfachlich außergewöhnlich hochwertigem Bereich wie z.B. einem Dichtezentrum oder Quellpopulationsgebiet, kann man annehmen, dass weniger konfliktreiche Standorte verfügbar sind. Liegt das Vorhaben hingegen in einem Bereich ohne besondere, also nur mit durchschnittlicher Wertigkeit (wozu auch die Lage im Nahbereich eines einzelnen Brutplatzes einer nicht extrem seltenen Art gehört), ist davon auszugehen, dass alternative Standorte im Durchschnitt eine vergleichbare Wertigkeit haben und somit keine besseren Alternativen darstellen.

#### **Nr. 4 und 5 Prüfung der Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustandes**

*4. die Voraussetzungen des § 45 Absatz 7 Satz 2 hinsichtlich des Erhaltungszustands vorliegen, wenn sich der Zustand der durch das Vorhaben jeweils betroffenen lokalen Population unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert,*

*5. die Voraussetzungen des § 45 Absatz 7 Satz 2 hinsichtlich des Erhaltungszustands auch dann vorliegen, wenn auf Grundlage einer Beobachtung im Sinne des § 6 Absatz 2 zu erwarten ist, dass sich der Zustand der Populationen der betreffenden Art in dem betroffenen Land oder auf Bundesebene unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert,*

#### **Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Die Feststellungen des § 45b Abs. 8 Nr. 4 und 5 sind also solche bekannt. Sie gehen kaum über den Wortlaut des § 45 Abs. 7 BNatSchG hinaus. Die Prüfung des Erhaltungszustandes bezieht sich zwar grundsätzlich auf das natürliche Verbreitungsgebiet (also auch über die Grenzen Deutschlands hinaus). Hinter den alternativen Prüfmöglichkeiten auf der Ebene der lokalen, landes- oder bundesweiten Population steht dabei der Gedanke, dass wenn auf der niedrigen Ebene keine negativen Auswirkungen gegeben sind, das konkrete Projekt natürlich auch in Bezug auf die höhere Betrachtungsebene erst recht keine Auswirkungen haben kann, sprich, wenn die lokale Population nicht negativ betroffen ist, kann die landesweite Population, von der die lokale Population ein Teil ist, nicht negativ betroffen sein.

Das Heranziehen von Erkenntnissen aus den naturschutzrechtlich vorgesehenen Überwachungen des Zustandes von Natur- und Landschaft oder aus den unmittelbaren Monitoringverpflichtungen des EU-Arten- und Habitatschutzrechts (die ihrerseits auf Daten basieren, die von einer Vielzahl von Akteuren des behördlichen, professionellen und ehrenamtlichen Naturschutzes erhoben wurden) liegt auch ohne eine gesetzliche Festlegung als fachlich fundierte Grundlage auf der Hand. Ebenso ist die Berücksichtigung von Maßnahmen zur Populationssicherung (FCS-Maßnahmen) bereits bekannt und unumstritten. Erst in der Gesetzesbegründung werden weitergehende Aussagen und konkrete Bewertungen der kollisionsgefährdeten Arten der Anlage 1 getroffen, die auch auf der Internetseite des BfN veröffentlicht und dort fortlaufend aktualisiert werden sollen. Diese Aussagen und Bewertungen haben allerdings keinen Gesetzesrang, d.h. sie können nur als - allerdings gewichtige - Erkenntnisquelle genutzt werden. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass es ausschließlich auf die Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustandes ankommt, nicht jedoch auf den Erhaltungszustand an sich. Eine Ausnahmeerteilung ist also auch dann möglich (und auf Grund des Genehmigungsanspruchs bei einer gebundenen Entscheidung zwingend zu erteilen), wenn zwar der Erhaltungszustand der betroffenen Art schlecht ist, er sich aber durch das konkrete Projekt nicht weiter verschlechtert. Die in der Gesetzesbegründung enthaltene Tabelle scheint jedoch genau dem verbreiteten Irrtum zu unterliegen, dass auch allein ein schlechter Erhaltungszustand die Ausnahmeerteilung sperrt, da dort für Baumfalken, Fisch-, Schrei- und Steinadler sowie Wiesenweihen trotz eines aufsteigenden oder gleichbleibenden Entwicklungstrends für die Ausnahmeprüfung von einer Verschlechterung ausgegangen wird, was anscheinend allein aus dem Gefährdungsstatus abgeleitet wird. Es ist nicht ohne nähere Begründung zu erkennen, warum ein einzelnes Windenergieprojekt geeignet sein sollte, bei diesen Arten den bundesweit positiven Entwicklungstrend in eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes umkehren.

#### **Fazit für die Verwaltungspraxis:**

- 1.) Die Feststellung, dass die Prüfung der Auswirkungen des Projektes auf den Erhaltungszustand wahlweise auf allen Populationsebenen vorgenommen werden kann und die Ausnahmevoraussetzung zu bejahen ist, wenn in Bezug auf eine der Populationsebenen keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes zu besorgen ist, ist eine hilfreiche Klarstellung.
- 2.) Für die Bewertung der Entwicklung des Erhaltungszustandes wird eine Bewertung des BfN als fachliche Hilfestellung ohne formalrechtliche Verbindlichkeit angegeben. Die vorgenommene Be-

wertung des BfN ist allerdings nicht transparent begründet und muss in Bezug auf Arten mit positivem Entwicklungstrend vor einer Übernahme in konkrete Genehmigungsentscheidungen hinterfragt werden.

#### **Nr. 6 gebundene Entscheidung**

*6. eine Ausnahme von den Verboten des § 44 Absatz 1 zu erteilen ist, wenn die Voraussetzungen des § 45 Absatz 7 Satz 1 bis 3 vorliegen.*

#### **Regelungsinhalt und Hintergrund:**

In jüngster Vergangenheit wurde in der Fachliteratur und in einigen Länderleitfäden verschiedentlich unnötigerweise ein vermeintlich bestehendes Ermessen im Sinne einer echten Abwägungsentscheidung problematisiert und das Konstrukt eines „intendierten Ermessens“ entwickelt. Diese Diskussion war jedoch grundlos, denn es war und ist bereits geltende Rechtslage - nicht nur für WEA, sondern generell für BlmSchG-Genehmigungen als gebundener Entscheidung - dass der Genehmigungsbehörde bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für Ausnahme- oder Befreiungstatbestände jeglicher Art kein weitergehendes Ermessen zusteht, sondern die Genehmigung zu erteilen ist und ein Genehmigungsanspruch des Antragsteller besteht (§ 6 Abs. 1 BlmSchG). Dies ist herrschende Meinung in Rechtsprechung und -literatur und wurde speziell für artenschutzrechtliche Ausnahmen bei WEA aktuell z.B. durch das OVG Münster 7 B 8/21 bestätigt. § 45b Abs. 8 Nr. 6 hat also lediglich klarstellenden Charakter und stellt keine „vergünstigende Sonderregelung“ für WEA dar.

#### **Fazit für die Verwaltungspraxis:**

Klarstellung eines rechtlichen Grundsatzes, der im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsregime bereits für jegliche Ausnahme- und Befreiungstatbestände bestand und besteht und nur im Zusammenhang mit WEA fälschlicherweise problematisiert wurde.

#### **§ 45d Abs. 2 Artenschutzabgabe**

*Wird eine Ausnahme nach § 45 Absatz 7 nach Maßgabe des § 45b Absatz 8 Nummer 5 zugelassen, ohne dass Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustands der betreffenden Art durchgeführt werden, hat der Träger des Vorhabens eine Zahlung in Geld zu leisten. Die Zahlung ist von der zuständigen Behörde zusammen mit der Ausnahmeentscheidung für die Dauer des Betriebs als jährlich zu leistender Betrag im Zulassungsbescheid festzusetzen. Sie ist als zweckgebundene Abgabe an den Bund zu leisten. Die Höhe des jährlich zu leistenden Betrages errechnet sich nach Anlage 2 Nummer 4. Dabei ist der nach § 45b Absatz 6 verringerte Energieertrag abzuziehen. Die Mittel werden vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz bewirtschaftet. Sie sind für Maßnahmen nach Absatz 1 zur Sicherung oder Verbesserung des Erhaltungszustands der durch den Betrieb von Windenergieanlagen betroffenen Arten zu verwenden, für die nicht bereits nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung besteht. Die Verpflichtungen nach § 15 bleiben unberührt.*

#### **Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Mit der Einrichtung von staatlich finanzierten Artenhilfsprogrammen (AHP) kommt Deutschland seinen grundsätzlichen Pflichten aus der FFH- und der Vogelschutzrichtlinie nach. § 45d Abs. 1 hebt hier lediglich „insbesondere“ die von Erneuerbaren Energien betroffenen Arten hervor. Die Windbranche soll einen Teilbeitrag zur Finanzierung der AHP leisten. Dazu wird in § 45d Abs. 2 die Zahlung einer Artenschutzabgabe verankert. Die Verpflichtung gilt grundsätzlich für Ausnahmen in Bezug auf alle Arten und alle Verbotstatbestände. Sie greift allerdings nur, wenn die Ausnahme nach Maßgabe des § 45b Abs. 8 Nr. 5 erteilt wird, also die Behörde die Feststellung der Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustandes auf die Populations-ebene des Landes oder Bundes bezieht und dies aus den Daten der staatlichen Beobachtung von Natur- und Landschaft ableitet. Da es rechtsstaatlich bedenklich ist, eine Zahlungspflicht an die von der Behörde gewählte Entscheidungsbegründung zu binden, dürfte die Zahlungspflicht nur dann greifen, wenn die Begründung nach § 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG die einzig mögliche fachliche Begründung in Bezug auf das Kriterium des Erhaltungszustandes ist.

Ähnlich wie die Berechnung der Zumutbarkeits- und der Belastungsschwelle nach Anlage 2 Nr. 2 und 3 ist auch die Berechnung der Artenschutzabgabe zu unklar definiert, als dass sie sicher korrekt bestimmt werden könnte. Bereits § 45d Abs. 2 enthält die offensichtlich fehlerhafte (und in Widerspruch zu den Formelsätzen der Anlage 2 stehende) Aussage, dass „der nach § 45b Abs. 6 verringerter Energieertrag abzuziehen“ sei. Der verringerte Ertrag ist natürlich nicht - schon gar nicht von der Höhe der Artenschutzabgabe - zu subtrahieren. Entsprechend den Formeln der Anlage 2 (und der offensichtlichen Sinnhaftigkeit) ist der verringerte Energieertrag der Berechnung der Artenschutzabgabe zu Grunde zu legen und die rein monetären Kosten, die durch Maßnahmen des „Basisschutzes“ entstehen, sind vom monetären Ertrag der WEA zu subtrahieren.

Die mit der unzureichenden Definition der Höhe der Artenschutzabgabe verbundene Rechtsunsicherheit ist allerdings gering, da die Artenschutzabgabe (im Gegensatz zur Zumutbarkeitsschwelle) nicht zum Nachweis der Erfüllung der Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 dient. Dieser Charakter wird auch durch die Formulierung bestätigt, dass die Zahlung bei Ausnahmeerteilung „ohne Durchführung von Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes“ zu leisten ist. Demnach übernimmt die Artenschutzabgabe nicht die Funktion von FCS-Maßnahmen (dann hätte die Formulierung lauten müssen „anstelle von ggf. erforderlichen projektbezogenen FCS-Maßnahmen kann eine Artenschutzabgabe geleistet werden“), sondern ist (nur) in den Fällen zu leisten, wenn kein Erfordernis von projektbezogenen FCS-Maßnahmen besteht. Dies steht vermutlich im Zusammenhang mit dem Gedanken einer „Belastungsgrenze“ des § 45b Abs. 6 und 9, so dass WEA-Projekte, die bereits mit projektbezogenen FCS-Maßnahmen belastet sind, keine zusätzliche Belastung durch die Artenschutzabgabe bekommen sollen.

Die Berechnung der Artenschutzabgabe nach Anlage 2 Nr. 4 enthält (zumindest) mit dem realen Energieertrag eine jährlich variierende Größe (bei anderen Größen ist unklar, ob die realen Werte oder aber pauschale Werte angesetzt werden sollen). Die Forderung des § 45d Abs. 2, dass die Zahlung als jährlich zu leistender Betrag im Genehmigungsbescheid festzusetzen ist, kann sich also nicht auf die zahlenmäßige Festsetzung eines Geldbetrags beziehen, sondern nur als Festsetzung der generellen Zahlungspflicht verstanden werden - als solche ist sie aber obsolet, da die generelle Zahlungspflicht bereits gesetzlich durch § 45d Abs. 2 selbst festgelegt ist und daher eine entsprechende Formulierung im Genehmigungsbescheid lediglich Hinweiskarakter hätte. Es fehlt zudem noch eine Zuständigkeitszuweisung an die Bundesbehörde, die die Artenschutzabgabe einziehen soll - und dazu zuvor jährlich den variierenden, jeweils zu zahlenden Betrag festsetzen muss. Für die weitere Regelung des Verfahrens der Erhebung der Artenschutzabgabe sowie Festlegungen zur Bestimmung der Höhe bis hin zu einer Anpassung von Anlage 2 ist gemäß § 54 Abs. 10c BNatSchG der Erlass von Rechtsverordnungen vorgesehen, so dass bis zum Zeitpunkt in einigen Jahren, zudem die ersten Festsetzungen des Betrags einer Artenschutzabgabe erforderlich werden, eine Klärung durch die Bundesregierung vorgenommen werden kann. Da die Artenschutzabgabe der Höhe nach also nicht im Genehmigungsbescheid festgesetzt werden kann, besteht in dieser Hinsicht kein Angriffspunkt des Anlagenbetreibers oder Dritter gegen den Genehmigungsbescheid. Eine etwaige Klage muss der WEA-Betreiber gegen den Festsetzungsbescheid und somit gegen die dafür zuständige Bundesbehörde richten. Ob die Rechtsprechung anerkannten Umweltvereinigungen ein Klagerecht in Bezug auf eine fehlerhafte Festsetzung der Artenschutzabgabe zugestehen wird, ist offen; jedenfalls müsste eine solche Klage ebenfalls gegen den Festsetzungsbescheid und nicht den BImSchG-Genehmigungsbescheid gerichtet werden.

#### **Fazit für die Verwaltungspraxis:**

- 1.) Die Artenschutzabgabe ist nicht Voraussetzung für, sondern Folge von einer Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Sie stellt keine Genehmigungsvoraussetzung dar und übernimmt auch nicht die Funktion von ggf. erforderlichen FCS-Maßnahmen.
- 2.) Die Forderung einer Artenschutzabgabe betrifft ausschließlich Ausnahmen, für die keine FCS-Maßnahmen erforderlich sind und deren Begründung zum Erhaltungszustand ausschließlich auf § 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG gestützt werden kann. Der Antragsteller hat daher einen Anspruch darauf, dass zunächst andere Herleitungen zur Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustandes geprüft werden; hierzu kann er selbstverständlich in den Antragsunterlagen eine eigene bzw. gutachterliche Bewertung und Begründung darlegen.
- 3.) Eine abschließende Prüfung und Bemessung der Artenschutzabgabe ist im Rahmen des BImSchG-Genehmigungsverfahrens weder möglich noch erforderlich. Im BImSchG-Genehmigungsbescheid sollte daher in den eindeutig oder zweifelhaft betroffenen Fällen auf die gesetzliche Pflicht nach § 45d Abs. 2 und auf eine ggf. später erfolgende Festsetzung des konkreten Betrags und seine Einziehung hingewiesen werden.
- 4.) Im Ergebnis hat die Artenschutzabgabe für die Prüfung im BImSchG-Genehmigungsverfahren und für die Rechtssicherheit der erteilten Genehmigung keine Relevanz.

**Block 3: Zumutbarkeit / Basisschutz****§ 45b Abs. 6 und 9 und zugehörige Anlage 2 Nr. 1-3****§ 45b Abs. 6 Satz 2-5 monetäre Unzumutbarkeit**

*[...] Die Anordnung von Schutzmaßnahmen, die die Abschaltung von Windenergieanlagen betreffen, gilt unter Berücksichtigung weiterer Schutzmaßnahmen auch für andere besonders geschützte Arten als unzumutbar, soweit sie den Jahresenergieertrag verringern*

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

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

**Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Bei der Bemessung von Vermeidungsmaßnahmen findet keine unmittelbare Prüfung auf Angemessenheit im Sinne der klassischen verwaltungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung statt, da die Vermeidungsmaßnahmen von ihrem Umfang so bemessen sein müssen, dass sie das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle (aber nicht weiter) absenken, um überhaupt geeignet zu sein. Um trotzdem dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, sieht das europäische und auch das deutsche Naturschutzrecht die Prüfung einer Ausnahme vor, wenn keine andere „zumutbare Alternative“ gegeben ist. Die in Abs. 6 skizzierte Prüfung ist also als Maßgabe für die Prüfung auf „Ausführungsalternativen“ im Sinne von § 45 Abs. 7 BNatSchG zu verstehen (zur Standortalternativenprüfung siehe § 45b Abs. 8 Nr. 2 und 3 BNatSchG). Abs. 6 ist allerdings auf die Prüfung von Abschaltmaßnahmen beschränkt. Dies bedeutet einerseits, dass die Prüfung, ob andere Vermeidungsmaßnahmen, d.h. insbesondere die Beschaffung von großflächigen Ablenkflächen, eine zumutbare Ausführungsalternative ist, weiterhin unmittelbar nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erfolgt. Andererseits bedeutet die Beschränkung, dass nur Fälle erfasst sind, in denen ausschließlich Abschaltmaßnahmen als geeignete Maßnahme zur Verfügung stehen - denn wenn auch Ablenkflächen im konkreten Fall wirksam sowie räumlich und vom Flächenzugriff her tatsächlich verfügbar sind, kämen sie ggf. als zu prüfende zumutbare Ausführungsalternative im Rahmen der Ausnahmeprüfung in Betracht. Da für die meisten Vogelarten nach § 45b Abs. 3 iVm Anlage 1 Abschnitt 2 Ablenkflächen oder kurzzeitige Abschaltungen im zentralen Prüfbereich als ausreichend wirksame Maßnahmen eingestuft werden, dürfte das Erfordernis einer Ausnahmeprüfung insgesamt und speziell nach Abs. 6 gering sein und sich im Wesentlichen auf Projekte im Nahbereich sowie Arten, für die nur eine phänologiebedingte Abschaltung als wirksam angesehen wird, beschränken.

Mit der Regelung sollen primär Abschaltungen über längere Zeiträume vermieden werden, weil Langzeitschaltungen dem Erreichen der Ausbauziele für die Windstromerzeugung zuwiderlaufen. Bei einem gegebenen definierten Bedarf an Windstrom bedeutet die langzeitige Abschaltung von WEA unmittelbar, dass mehr Standorte für WEA benötigt werden, was nicht nur allgemein gesellschaftlich, sondern auch naturschutzfachlich unerwünscht ist.

Das Prüfschema des Abs. 6 iVm Anlage 2 wurde aber nicht schlicht und einfach auf die zeitliche Einbuße und den daraus unmittelbar resultierende Stromertragsverlust beschränkt, sondern auf eine komplexe Prüfung des monetären Verlustes des Betreibers ausgeweitet. Dies erfordert die Vorlage von qualifizierten Ertragsgutachten, die derzeit im Genehmigungsverfahren nicht vorgelegt zu werden brauchen. Ertragsgutachten haben eine relevante Prognoseunsicherheit, wobei nicht klar ist, wie mit dieser im Rahmen einer gerichtlich voll überprüfbaren Entscheidung umzugehen ist. Hinzu kommt ein Konflikt zwischen der Tatsache, dass ein Ertragsgutachten ein Geschäftsgeheimnis darstellt, was nicht öffentlich ausgelegt werden darf, aber nun zugleich eine wesentliche Grundlage für die artenschutzfachliche Bewertung darstellt, welche der Öffentlichkeit im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zugänglich gemacht werden muss. Zudem muss ein Fledermausgutachten erstellt werden und darauf eine ebenfalls mit hoher Prognoseunsicherheit verbundene Ertragsverlustberechnung aufgesetzt werden. All dies muss nicht nur durch Gutachter erstellt, sondern auch durch die Behörden geprüft werden. Die Prüfsystematik auf Basis des monetären Verlustes führt also zu einem extrem hohen Gutachten- und behördlichen Prüfaufwand. Sie steht darüber hinaus auch in Widerspruch zum Fokus auf den Ausnahmegrund des öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sicherheit. Der Übergang auf eine monetäre Bewertung ist nur deshalb erforderlich, weil andere artenschutzrechtliche Maßnahmen, die keine Abschaltmaßnahmen sind und für Exemplare anderer Arten

als der Art, für die die Ausnahmeerteilung geprüft wird, in eine Art summarische Betrachtung einbezogen werden sollen. Dieses Einbeziehen geht über den Rechtsrahmen des § 45 Abs. 7 sowie des Europarechts hinaus und verlässt auch den Rahmen sachgerechter Entscheidungen, wenn in einer typischen Fallgestaltung beispielsweise die Abschaltung für den Rotmilan bei landwirtschaftlichen Ereignissen an wenigen Tagen, die weniger als 1% der Jahresstunden ausmacht, allein mit dem Verweis auf eine worst-case-Fledermausabschaltung mit 6% der Jahresstunden oder ein teures großflächiges Ersatzhabitat für den Großen Brachvogel als „unzumutbar“ eingestuft wird - für diese anderen Maßnahmen selbst aber keine „Unzumutbarkeit“ gesehen wird, wenn kein Rotmilan vorhanden wäre.

Unabhängig von der fragwürdigen Rechtmäßigkeit und fachlichen Sinnhaftigkeit ist die Berechnungsvorgabe in Anlage 2 schlicht nicht vollzugsfähig. Dabei sind die offensichtlichen mathematischen Fehler in den Formelsätzen wie fehlerhafte Klammersetzung und fehlende Terme weniger problematisch, weil diese Fehler offensichtliche redaktionelle Fehler sind und die eigentliche Regelungsabsicht klar erkennbar ist. Nicht handhabbar sind hingegen die unzureichende Definition diverser Eingangsgrößen, die je nach Auslegung zu stark variierenden Ergebnissen der Bestimmung der Höhe der monetären Zumutbarkeitsschwelle und der Prüfung auf ihre Einhaltung führt. Dies betrifft einerseits die Unklarheit, welche ertragsmindernden Faktoren für die Bestimmung der Vollbenutzungsstunden, der Referenzertragsklasse und des daraus abgeleiteten anzulegenden Wertes (also der Höhe der Vergütung) zu berücksichtigen sind und andererseits die Frage, welche „Investitionskosten“ für welche „anderen Schutzmaßnahmen“ berücksichtigt werden sollen (siehe hierzu ausführlich die Anmerkungen zu Anlage 2 am Ende dieses Dokuments). Der Begriff „Schutzmaßnahmen“ ist nicht legaldefiniert, obwohl er an verschiedenen Stellen im BNatSchG im Zusammenhang mit artenschutzrechtlichen Anforderungen verwendet wird. In § 44 Abs. 5 Nr. 1 und § 45b Abs. 2 - 5 BNatSchG steht der Begriff „Schutzmaßnahmen“ anstelle von „artenschutzrechtlichen Vermeidungsmaßnahmen“, also Maßnahmen zur Vermeidung des Eintritts des Tötungsverbots. Dies resultiert aber bereits daraus, dass das BNatSchG allein zum Tötungsverbot weitergehenden Regelungen trifft, so dass nicht sicher ist, ob auch andere artenschutzrechtliche Maßnahmen unter diesen Begriff gefasst würden, wenn das BNatSchG etwas dazu regeln würde. Nach der Erläuterung im UMK-Signifikanzrahmenpapier - das sich ebenfalls nur mit dem Tötungsverbot befasst - soll die Verwendung des Begriffs „Schutzmaßnahmen“ einer Abgrenzung von Vermeidungsmaßnahmen im Sinne der Eingriffsregelung nach §§ 15 ff BNatSchG dienen. Es spricht daher einiges dafür, dass mit dem Begriff „Schutzmaßnahmen“ nur Vermeidungsmaßnahmen zur Vermeidung des Eintritts des Tötungsverbots gemeint sind. Für ein weites Begriffsverständnis, das alle artenschutzrechtlichen Maßnahmen unter diesen Begriff fasst, spricht hingegen einerseits die Tatsache, dass auch für artenschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen in Bezug auf das Störungs- und Beschädigungsverbot ein anderer Begriff zu wählen wäre, wenn man einen Gleichklang mit Maßnahmen der Eingriffsregelung vermeiden will, und andererseits die Unverständlichkeit, warum lediglich Vermeidungsmaßnahmen zu einer Unzumutbarkeit führen sollten, während artenschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen mitunter die deutlich höhere finanzielle Belastung darstellen.

Wird der Wert der Zumutbarkeitsschwelle oder die Prüfung ihrer Überschreitung fehlerhaft bestimmt und somit die Frage, ob die Abschaltung eine zumutbare Alternative im Sinne des § 45 Abs. 7 BNatSchG ist, falsch beantwortet, kann dies zur Rechtswidrigkeit der BImSchG-Genehmigung führen, wenn die Gerichte nicht ersatzweise eine eigene Prüfung der Alternativlosigkeit in unmittelbarer Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG durchführen und diese ebenfalls zum positiven Ergebnis kommt (wie es das OVG Münster in seiner Entscheidung 7 B 8/21 impliziert). Da sich die rechnerischen Unsicherheiten allein auf die monetäre Bewertung der Zumutbarkeit beziehen (Prüfschritt 2.3 der Anlage 2) und sich die Rechtsunsicherheit aus der Berücksichtigung von Maßnahmen für andere als die zu prüfende Art ergibt, ist eine rechtssichere und zugleich mit Abs. 6 konforme Feststellung der Unzumutbarkeit dann gegeben, wenn bereits allein die Abschaltmaßnahme für die zu prüfende Vogelart den Wert für den akzeptierten Zeitanteil  $Z_{um}$  von 6 bzw. 8% überschreitet (Prüfschritt 2.2  $Z_{Abs} > Z_{um}$  unter Verzicht auf die Berücksichtigung der Abschaltzeiten für andere als die zu prüfende Art bei der Berechnung von  $Z_{Abs}$ ). D.h. einfach formuliert ist die Prüfung, ob Abschaltzeit für zu prüfende Art allein 6 bzw. 8% der Jahresstunden übersteigt ohne Anrechnung weiterer Artenschutzmaßnahmen ein Lösungsansatz, der auf der sicheren Seite liegt und zugleich durch die Beschränkung auf den Stromertragsverlust auch auf den Ausnahmegrund des öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sicherheit fokussiert. Für die aus Sicht des öffentlichen Interesses unerwünschten Langzeitabschaltungen und länger andauernde phänologiebedingte Abschaltungen lässt sich die Unzumutbarkeit ohne Weiteres auch mit dieser vereinfachten und sicheren Prüfung identifizieren.

Aus dem Wortlaut des § 45b Abs. 6 wird nicht unmittelbar klar, ob er eine abschließende Regelung für die Bewertung der Zumutbarkeit nach § 45 Abs. 7 BNatSchG in Bezug auf Abschaltmaßnahmen für Brutvögel darstellen soll, so dass eine Unzumutbarkeit „nur dann“ gegeben ist, wenn die Maßgaben des § 45b Abs. 6 erfüllt sind, oder ob lediglich geregelt werden soll, dass „jedenfalls dann“, wenn § 45b Abs. 6 erfüllt ist, eine Unzumutbarkeit gegeben ist, so dass die Behörde nicht gehindert ist, auch in weiteren Fallgestaltungen

eine Unzumutbarkeit nach eigenen Maßstäben festzustellen. Da das gesamte Regelungspaket einer Vereinfachung dienen soll und auch der Katalog der Maßnahmen nach § 45b Abs. 6 Satz 1 iVm Anlage 1 Abschnitt 2 als nicht abschließende Liste „jedenfalls“ wirksamer Maßnahmen implementiert ist, liegt es nahe, auch die Zumutbarkeitsregelung derart zu lesen, dass die Behörde jedenfalls bei Überschreitung der definierten Zumutbarkeitsschwelle eine Unzumutbarkeit anzunehmen hat, aber nicht daran gehindert sein soll, diese auch unter anderen sachgerechten Maßstäben festzustellen. Außerdem spricht die Tatsache, dass die Zumutbarkeitsregelung des § 45b Abs. 6 auf den monetären Verlust des Anlagenbetreibers abhebt und damit (nur) eine Präzisierung des Ausnahmegrundes seines wirtschaftlichen Interesses darstellt, dafür, dass eine eigenständige Ausnahmeprüfung, die darauf abstellt, ob die Abschaltmaßnahme auf Grund des Verlustes an erzeugter Windstrommenge keine „zufriedenstellende Alternative“ in Bezug auf das reine öffentliche Interesse und die öffentliche Sicherheit der Versorgung mit EE-Strom darstellt, weiterhin in unmittelbarer Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG nach eigener Maßstabsbildung durch die Behörde möglich ist.

§ 45b Abs. 6 Satz 5 BNatSchG verkennt die Rechtslage. Im Rahmen von BImSchG-Genehmigungen ist das vom Antragsteller beantragte Vorhaben zu prüfen, d.h. im vorliegenden Fall Errichtung und Betrieb der WEA mit der vom Antragsteller vorgesehenen Betriebsbeschränkung zur Vermeidung der Verletzung des Tötungsverbots. Erfüllt das Vorhaben in der beantragten Form die Genehmigungsvoraussetzungen, ist es zu genehmigen. Dementsprechend gilt, dass wenn ein Vorhaben in der beantragten Form keine Verbotverletzung darstellt, keine Ausnahmeprüfung erforderlich ist. Die Behörde kann dann nicht nur das Vorhaben in der beantragten Form genehmigen, sondern darf gar nicht anders handeln und darf das Vorhaben nicht modifizieren. Ein separates, explizites „Verlangen“ des Anlagenbetreibers ist hierzu nicht erforderlich. Die Zumutbarkeitsprüfung nach § 45b Abs. 6 BNatSchG hat die Behörde also genau dann durchzuführen, wenn sie entgegen der Auffassung des Antragstellers eine Abschaltmaßnahme für erforderlich hält.

#### Fazit für die Verwaltungspraxis:

- 1.) Die „Unzumutbarkeitsregelung“ des § 45b Abs. 6 ist in hohem Maß rechtsunsicher, da sie über die Art-für-Art-Prüfung des deutschen und europarechtlichen Rahmens hinaus geht, materiell kaum zu begründen ist und die zahlenmäßige Berechnung des maßgeblichen Kriteriums der „monetären Zumutbarkeit“ nicht ausreichend präzisiert und in hohem Maße fehleranfällig ist. § 45b Abs. 6 iVm Anlage 2 ist daher in der vorgesehenen Form nicht vollzugsfähig.
- 2.) In den Fällen, in denen bereits die Abschaltung für die zu prüfende Vogelart allein den zumutbaren Zeitanteil  $Z_{um}$  überschreitet, ist jedenfalls sicher eine Unzumutbarkeit im Sinne des § 45b Abs. 6 iVm mit Anlage 2 Prüfschritt 2.2 gegeben und zugleich wird die potenzielle Rechtsunsicherheit, die sich aus der summarischen Betrachtung mit Abschaltungen oder anderen Maßnahmen für andere Arten ergibt, vermieden. Der Aufwand für die Erstellung, Prüfung und praktische Handhabung von Ertragsprognosen entfällt. Langzeitabschaltungen überschreiten stets offensichtlich einen Zeitanteil von 6 bzw. 8% der Jahresstunden, so dass sie generell unzumutbar im Sinne des § 45b Abs. 6 sind. Bei phänologiebedingten Abschaltungen kann der Zeitanteil je nach der Gestaltung des Einzelfalls die Schwellenwerte überschreiten, während die Abschaltungen bei landwirtschaftlichen Ereignissen nur in seltenen Fällen mit einer außergewöhnlich hohen Zahl von betroffenen Flurstücken und zweitägiger Abschaltung eine entsprechende Zeitdauer erreichen werden.
- 3.) Die Nicht-Berücksichtigung von Artenschutzmaßnahmen für andere als die zu prüfende Art stellt eine strengere Prüfung der Zumutbarkeit dar als gesetzlich vorgesehen und ist daher für Dritte nicht angreifbar. Anlagenbetreiber sollten mit Blick auf die hohe Rechtsunsicherheit sorgfältig überlegen, ob sie auf einer Zumutbarkeitsfeststellung, die sich auf die Berücksichtigung von Abschaltmaßnahmen anderer Arten und/oder die monetäre Belastung unter Berücksichtigung von anderen Maßnahmen als Abschaltungen stützt, tatsächlich einfordern wollen. Im Falle einer Drittanfechtung der Genehmigung kann bzw. muss dann ggf. doch die betroffene Abschaltmaßnahme anstatt der Ausnahme eingesetzt werden, um die Rechtmäßigkeit der Genehmigung zu erhalten.
- 4.) Im Zeitraum der Übergangsregelung nach § 74 Abs. 4 und 5 kann auf jeden Fall noch eine Unzumutbarkeitsfeststellung auf Basis anderer Maßstäbe als § 45b Abs. 6 BNatSchG vorgenommen werden. Auch nach Ablauf der Übergangsfrist kann unmittelbar auf § 45 Abs. 7 BNatSchG gestützt eine Prüfung vorgenommen werden, ob in Hinsicht auf das öffentliche Interesse und die öffentliche Sicherheit der mit einer Abschaltmaßnahme verbundene Stromertragsverlust keine „zufriedenstellende Alternative“ darstellt (vgl. auch Lösungsansatz der v.g. Nr. 2 und 3).
- 5.) Die Prüfung der Zumutbarkeit anderer artenschutzrechtlicher Maßnahmen als Abschaltmaßnahmen für Brutvögel (d.h. alle Maßnahmen zum Störungs- und Beschädigungsverbot sowie Maßnahmen zum Tötungsverbot, die keine Abschaltungen für Brutvögel sind) ist von § 45b Abs. 6 BNatSchG nicht erfasst und ist somit unmittelbar nach § 45 Abs. 7 BNatSchG an Hand eigener Maßstabsbildung der Behörde oder Regelungen der Länderleitfäden durchzuführen.



- 6.) Auf ein explizites „Verlangen“ oder gar eine Art „Antrag“ auf Durchführung von nach § 45b Abs. 6 BNatSchG als unzumutbar einzustufenden Abschaltmaßnahmen sollte aus Gründen der Rechtsklarheit verzichtet werden, da sich dieses nach der Rechtssystematik der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bereits unmittelbar aus der Beantragung einer WEA mit entsprechenden Abschaltzeiten ergibt.

**§ 45b Abs. 9 Basisschutz im Falle einer Ausnahmeerteilung**

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

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

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

**Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Der Regelungsinhalt des Abs. 9 ist rechtlich und fachlich gesehen vollkommen unklar. Behördliche Forderungen bedürfen stets einer Rechtsgrundlage. Aus dem unjuristischen Wort „daneben“ wird nicht klar, ob es sich um Vermeidungsmaßnahmen zur Senkung des Tötungsrisikos handelt oder um projektbezogene, populationsstützende FCS-Maßnahmen oder um eine eigenständige, neuartige Maßnahmenkategorie.

Aus dem Regelungszusammenhang mit § 45d Abs. 2 BNatSchG kann durch Logikschluss abgeleitet werden, dass es sich beim „Basisschutz“ nicht um ggf. erforderliche, projektbezogene FCS-Maßnahmen handeln kann. Denn nach § 45d Abs. 2 BNatSchG ist eine Artenschutzabgabe nur dann zu zahlen, wenn keine projektbezogenen FCS-Maßnahmen erforderlich sind. In die Berechnung der Artenschutzabgabe nach Anlage 2 Nr. 4 fließen aber die Maßnahmen des Basisschutzes ein, so dass diese jedenfalls keine projektbezogenen FCS-Maßnahmen sein können, denn diese würden die Anwendung der Anlage 2 Nr. 4 ausschließen.

Die Verwendung des Begriffs „Schutzmaßnahmen“ sowohl in § 45b Abs. 9 und Anlage 2 spricht dafür, dass es sich um (beschränkte) Vermeidungsmaßnahmen zur Senkung des Tötungsrisikos handelt. Hierbei wäre aber unklar, warum Vermeidungsmaßnahmen gefordert werden sollen, obwohl eine Ausnahme erteilt wird, die als solche die Tötung des betroffenen Individuums erlaubt. Es muss sich also um eine neuartige Maßnahmenkategorie handeln, für die mit § 45b Abs. 9 eine Rechtsgrundlage geschaffen werden soll. In der Gesetzesbegründung wird dementsprechend ein neuer Begriff eingeführt, indem von einem sog. „Basisschutz“ gesprochen wird, der der Behörde erlaube, trotz Ausnahmeerteilung weiterhin „Schutzmaßnahmen“ für die betroffene Brutvogelart anzuordnen. Dieser Begriff des „Basisschutzes“ ist allerdings im BNatSchG nicht legaldefiniert. Es gibt keinerlei Hinweis, was mit dem Basisschutz bezweckt werden soll, so dass die materielle Gestaltung von „Basisschutzmaßnahmen“ nicht möglich ist oder aber der völlig freien Gestaltungsmöglichkeit der Behörde überlassen bleibt. Es stellt einen Widerspruch in sich dar, einerseits eine Ausnahme zu erteilen - was nur erforderlich ist, wenn das Tötungsverbot verletzt, also der Vogel getötet wird - und zugleich Maßnahmen vorzusehen, die einem toten Vogel doch in keiner denkbaren Weise zu Gute kommen können. Ein „Basisschutz“ der „neben“ einer Ausnahme umgesetzt wird, setzt also voraus, dass der Vogel tatsächlich gar nicht getötet wird - was dann wiederum das Erfordernis der Ausnahmeerteilung in Frage stellt. Diese Lesart des „Basisschutzes“ würde also auf der irrtümlichen Meinung basieren, dass eine Ausnahme nur ein gewisses Maß an Tötungsrisiko abdecke oder abdecken dürfte, aber nicht die Tötung des Vogels erlaube. Im Ergebnis lässt sich ein derartiger Basisschutz also nur rechtfertigen, wenn es sich um eine überschießende Ausnahme handelt, die nur zur Abdeckung von Prognoseunsicherheiten über den Eintritt der Verbotsverletzung (also die tatsächliche Tötung des Vogels) dient, was in den meisten Fällen bei WEA gegeben sein dürfte. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Signifikanzansatz des BVerwG nur besagt, dass ein Verbotsverstoß jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn sich das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht; diese Aussage ist nicht damit gleichzusetzen, dass eine Verbotsverletzung bereits dann gegeben ist, wenn das Risiko signifikant erhöht ist, sondern lediglich, dass eine solche nicht ausgeschlossen werden kann.

Sollte mit dem „Basisschutz“ eine Art „Stand der Technik“, also ein im Artenschutzrecht bisher nicht angewendetes umweltrechtliches Instrument, gemeint sein, der unabhängig vom konkreten Nachweis einer schädlichen Wirkung gefordert werden kann, so fehlt es hierzu ebenfalls an einer materiellen Definition und dem damit verfolgten Ziel. Nach Anlage 2 und der Gesetzesbegründung erscheint der „Basisschutz“ als reine Zahlenspielerlei, die allein dazu dienen soll, die Ausnahme wirtschaftlich weniger attraktiv zu machen.

Auf Grund der Verwendung des Wortes „dürfen“ besteht allerdings keine Verpflichtung der Behörde, „Basisschutzmaßnahmen“ zu fordern. Da es keinerlei materielle Entscheidungsmaßstäbe gibt, können Dritte im Falle einer Klage nicht das Unterlassen entsprechender Maßnahmen geltend machen; eine Ermessensreduzierung auf Null kann es auf Grund vollkommen fehlender Maßgaben ebenfalls nicht geben. Da der Basisschutz dem Wortlaut nach explizit „neben“ der Ausnahmeerteilung steht, also weder Voraussetzung noch Teil von ihr ist, berührt ein eventuell fehlerhafter Basisschutz zudem nicht die Rechtmäßigkeit der Ausnahme. Bezogen auf die Art, für die die Ausnahme erteilt wird, hat die unklare Regelung des § 45b Abs. 9 also nur Bedeutung für eine etwaige zu hohe und damit rechtswidrige Forderung der Behörde gegenüber dem Anlagenbetreiber.

In die klare Rechtswidrigkeit, die auch für Dritte angreifbar ist, führt jedoch die Forderung des Abs. 9 iVm mit Anlage 2 Nr. 3.2 und 3.3, dass sämtliche andere artenschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen, also jedenfalls Maßnahmen in Bezug auf das Tötungsverbot für andere Arten als Brutvögel sowie je nach Definition des Begriffs „Schutzmaßnahmen“ auch Maßnahmen in Bezug das Störungs- und Beschädigungsverbot, derart reduziert werden müssen, dass der in Abs. 9 iVm mit Anlage 2 Nr. 3.1 definierte Schwellenwert (der noch dazu unterhalb der „Zumutbarkeitsschwelle“ liegt) nicht überschritten wird. Eine solche Reduzierung der anderen artenschutzrechtlichen Maßnahmen ist aber weder fachlich sinnvoll noch rechtlich möglich. „Teilmaßnahmen“ sind oftmals fachlich gar nicht wirksam oder zumindest nicht sinnvoll. „Überschießende“ Maßnahmen, die reduziert werden können, ohne dass ein Verbotstoß eintritt, kann es rechtlich nicht geben, da Maßnahmen nur genau in dem Umfang erforderlich und damit zulässig sind, um die Wirkung der WEA gerade eben unter die Verbotsschwelle zu senken bzw. die unzulässige Wirkung zu kompensieren. Schon allein die Reduzierung der erforderlichen Abschaltzeiten für Fledermäuse führt demnach zu einem unzulässigen Verbotstoß, so dass auch für Fledermäuse eine Ausnahme zu erteilen wäre, für die jedoch die Voraussetzungen ggf. nicht (zumindest nicht ohne vorherige Prüfung) vorliegen und der vorliegende Gesetzesentwurf keinerlei Hilfestellung zu dieser Prüfung gibt. Gleiches gilt für den Verzicht auf die Bereitstellung von Ersatzhabitaten für vom Störungs- oder Beschädigungsverbot betroffene Vögel, sofern diese auch unter den Begriff „Schutzmaßnahmen“ zu fassen sein sollten. Es scheint hier so, dass der Gesetzgeber diese Konsequenz, die sich aus der Definition der in Abs. 9 definierten Belastungsgrenze für die Summe aller Maßnahmen ergibt, gar nicht erkannt hat. Im Ergebnis ist die Reduzierung von Maßnahmen für andere Arten als der Art, für die nach § 45b Abs. 6 und 9 iVm Anlage 2 die Ausnahmeerteilung geprüft wird, ohne auch für diese Arten eine Ausnahme zu erteilen, nicht vollzugsfähig, da sie zu einem Verstoß gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG und das Europarecht führen würde.

### **Fazit für die Verwaltungspraxis:**

- 1.) Dem Wortlaut nach wird der Behörde die Forderung und die freie Gestaltung von „Basisschutzmaßnahmen“ auch bei Ausnahmeerteilung für die betroffene Art zugestanden, ohne diese Forderung an Voraussetzungen zu binden oder Ziele oder Maßstäbe für die Maßnahmengestaltung vorzugeben. Eine solche Ermächtigung der Behörde würde jedoch gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen und kann daher nicht gemeint sein. Die Behörde muss von der Regelung keinen Gebrauch machen; tut sie dies, sollte sie jedenfalls das Erfordernis und die fachliche Wahl und Gestaltung der Maßnahmen des Basisschutzes begründen, um den allgemeinen Grundsätzen eines rechtmäßigen Verwaltungshandelns gerecht zu werden und den Vorwurf von Willkür zu vermeiden. Die Forderung derartiger Maßnahmen lässt sich nur im Fall einer überschießenden Ausnahme rechtfertigen, da nur dann unterstellt werden kann, dass der Vogel überhaupt noch überlebt und ihm (begrenzte) Maßnahmen zu Gute kommen können.
- 2.) Die Reduzierung von Maßnahmen für andere Arten (seien es Vermeidungsmaßnahmen in Bezug auf das Tötungsverbot oder auch Maßnahmen in Bezug auf das Störungs- oder Beschädigungsverbot) ohne auch für diese Arten eine Ausnahme zu erteilen, ist jedenfalls europarechtswidrig und wirft auch einen BNatSchG-internen Widerspruch zu den Verbotstatbeständen des § 44 Abs. 1 BNatSchG auf. Diese Regelung ist also in der vorgesehenen Form nicht vollzugsfähig.
- 3.) Im Ergebnis kann § 45b Abs. 9 iVm Anlage 2 rechtssicher derart angewendet werden, dass die Schutzmaßnahmen für die Art, für die die Prüfung und Ausnahmeerteilung erfolgt, beliebig weit, auch bis auf Null reduziert werden können (da dies ja gerade durch die Ausnahmeerteilung abgedeckt ist), die Maßnahmen für andere Arten jedoch unverändert bleiben. Damit ergibt sich zwar eine höhere als in § 45b Abs. 9 vorgesehene Belastung, aber die Europarechtskonformität und Rechtssicherheit der Genehmigung bei Drittanfechtung ist gewährleistet. Es dürfte unwahrscheinlich sein, dass Gerichte auf die Klage eines Anlagenbetreibers einen Anspruch auf Reduzierung der Artenschutzmaßnahmen für andere Arten, für die die Voraussetzungen einer Ausnahmeerteilung nicht gegeben sind, zusprechen.

**Block 4: Repowering****§ 45c BNatSchG****Abs. 1 Anwendungsbereich**

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

**Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Mit § 45c BNatSchG wird der bisherige § 16b Abs. 4 BImSchG in das BNatSchG überführt, um die materielle artenschutzrechtliche Regelung korrekt im BNatSchG und nicht systemwidrig im BImSchG zu verankern. Auf Grund des Bezug auf die Begriffsdefinition der „Modernisierung“ nach § 16b BImSchG ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff laut LAI-LANA-Vollzugshinweisen zu § 16b BImSchG weit, d.h. identisch mit dem Begriff der „Modernisierung“ entsprechend der Definition der REDII auszulegen ist, so dass in Folge dessen auch § 45c BNatSchG nicht nur auf das „Repowering“ im engeren Sinn beschränkt ist. In § 45c BNatSchG selbst wird zudem der Anwendungsbereich für die artenschutzrechtlichen Sonderregelung (nicht jedoch für § 16b BImSchG und die dortigen Regelungen) hinsichtlich des räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs über § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG hinaus erweitert. Repowering mit größeren Standortverlagerungen oder längerem Zeitabstand zwischen Rückbau und Neuerrichtung als von § 16b BImSchG erfasst unterliegen der Neugenehmigungspflicht nach § 4 BImSchG; bei Anwendung von § 4 BImSchG entfallen dann auch die für die Anwendung des § 16b BImSchG (oder § 16 BImSchG) erforderliche Betreiberidentität und das Erfordernis, dass die Bestandsanlagen bereits eine BImSchG-Genehmigung besitzen müssen. Die Entkoppelung der materiellen Regelung zur artenschutzrechtlichen Prüfung von der Verfahrensart nach BImSchG hat zudem zur Konsequenz, dass § 45c BNatSchG - im Gegensatz zu § 16b Abs. 1 und § 16b Abs. 4 (alt) BImSchG - stets von Amts wegen anzuwenden ist und nicht nur auf Antrag des Antragstellers, was bedeutet, dass die mit der Regelung verbundenen Probleme nun unweigerlich in die Genehmigungspraxis gelangen.

Die problematische Formulierung, dass die neue WEA innerhalb eines bestimmten (hier gegenüber § 16b Abs. 2 BImSchG verdoppelten) Zeitraums nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet sein muss, wurde trotz der zum Zeitpunkt der Übernahme bereits bekannten Probleme, dass es unverschuldet oder verschuldet zu einer Verzögerung der Errichtung der neuen WEA kommen kann, bewusst erneut verwendet. Die Annahme der LAI-LANA-Vollzugshinweise zu § 16b BImSchG, dass das Fehlen einer Fristverlängerungsmöglichkeit eine planwidrige Regelungslücke darstellt, kann also nun in Bezug auf § 45c Abs. 1 BNatSchG nicht mehr gelten (sie gilt aber weiterhin in Bezug auf § 16b BImSchG). Da es sich bei § 45c BNatSchG lediglich um materielles Artenschutzrecht handelt, bedeutet ein eventueller Fristverstoß ggf. nur einen nachträglich eingetretenen Verstoß gegen materielles Artenschutzrecht, dem mit Anordnungen der Naturschutzbehörde nach § 3 Abs. 2 BNatSchG zu begegnen ist, vergleichbar mit dem Fall nachträglicher Ansiedelung von Arten. Analoges gilt für den Fall, dass sich innerhalb des Zeitraums von 4 Jahren zwischen Rückbau und Neuerrichtung die Lage der betroffenen Brutplätze so verändert hat, dass die Auswirkungen der Neuanlagen nun nicht mehr „geringer“ sind als die der Altanlagen.

**Fazit für die Verwaltungspraxis:**

- 1.) „Repowering“ hat nun eine eigenständige Begriffsdefinition im BNatSchG, die nur im Kern, aber nicht vollumfänglich der Definition nach § 16b Abs. 1 und 2 entspricht. Es kommt daher für die Anwendung des § 45c BNatSchG nicht darauf an, welche Verfahrensart nach BImSchG zur Anwendung kommt, sondern lediglich, ob das Projekt die Definition des § 45c Abs. 1 BNatSchG erfüllt.
- 2.) § 45c BNatSchG ist stets anzuwenden, so dass § 45b BNatSchG für Repoweringvorhaben nach Abs. 1 nicht zur Anwendung kommt. Da die materiellen Anforderungen des § 45b Abs. 2-5 jedoch jedenfalls auch die materiellen Anforderungen des § 45c erfüllen (bzw. tendenziell übererfüllen), kann in Abstimmung zwischen Behörde und Antragsteller zur Vermeidung von Verzögerungen und Rechtsunsicherheiten durch die unklaren Maßgaben des § 45c Abs. 2 (siehe hierzu unten) eine Prüfung und Maßnahmenbemessung nach den materiellen Kriterien des § 45b Abs. 2-5 erfolgen.

**Abs. 2 Prüfumfang Artenschutz**

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

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

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

**Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Der alleinige Bezug auf das Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b BImSchG ist hier nicht korrekt, da durch die Erweiterung des naturschutzrechtlichen Anwendungsbereichs auch Neugenehmigungsverfahren nach § 4 BImSchG erfasst sind; eine entsprechende Erweiterung des Satzes 1 ist als Auslegung auf Grund des offensichtlich redaktionellen Fehlers, der durch die spätere Einfügung des Abs. 1 entstanden ist, möglich.

In Abs. 2 wird im Wesentlichen unverändert der Wortlaut des § 16b Abs. 4 sowie einige Punkte aus der seinerzeitigen Gesetzesbegründung ins BNatSchG überführt. Da der Prüfumfang explizit unberührt bleibt, führt § 45c jedenfalls nicht zu einer Aufwandsreduzierung oder Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens, da auch im Falle des Repowerings eine vollumfängliche Kartierung über ein Jahr mit anschließender gutachterlicher Bewertung erforderlich ist. Es geht also bei § 45c lediglich um die Reduzierung von Maßnahmen, indem auf Basis eines anderen Bewertungsansatzes entweder gar kein Verbotsverstoß festgestellt wird oder aber ein geringerer Maßnahmenumfang gefordert wird. In Bezug auf das Tötungsverbot soll dann keine Verletzung des Tötungsverbots gegeben sein, wenn „unter Berücksichtigung der gebotenen fachlichen Maßnahmen“ die Auswirkungen der Neuanlagen maximal gleich hoch sind wie die der Altanlagen. Es fehlt hierbei zunächst an Maßgaben dafür, welche Maßnahmen „geboten“ sind. Da es sich um die identische Formulierung wie in § 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG, also der regulären Prüfung, handelt, könnte die Regelung so interpretiert werden, dass auch im Rahmen des Repowerings derselbe Maßnahmenumfang anzuwenden wäre. Damit wären die neuen WEA im Rahmen eines Repowerings bereits für sich selbst genommen nach den Kriterien für eine Neugenehmigung genehmigungsfähig - dann erübrigt sich aber ein Vergleich mit den Auswirkungen der Bestandsanlagen. Legt man die Formulierung in § 45c Abs. 3 Satz 4 BNatSchG hingegen zirkelschlussartig derart aus, dass die Maßnahmen „geboten“ sind, die erforderlich sind, um die Auswirkungen der Neuanlagen auf das Niveau der Bestandsanlagen zu senken, dann dürfte allerdings die Frage, inwieweit bereits bei der Genehmigung der Bestandsanlagen artenschutzrechtliche Aspekte berücksichtigt und entsprechende Vermeidungsmaßnahmen durchgeführt wurden, keine Rolle spielen. Diese beiden Kriterien in § 45c Abs. 1 Nr. 3 und 4 sprechen also wiederum dafür, dass es nicht allein und ohne Weiteres auf die Frage, ob die Auswirkungen der Neuanlagen geringer sind als die der Altanlagen, ankommen soll, sondern dass im Zuge des Repowerings zumindest eine Annäherung wenn nicht gar ein vollständiger Anschluss an das reguläre, aktuelle Schutzniveau erfolgen soll, wenn die Bestandsanlagen (stark) defizitär sind. Unabhängig von der Unklarheit des Prüfkriteriums als solchem mangelt es an fachlichen Methoden und rechtlichen Maßstäben zu einer für eine Vergleichsbetrachtung notwendigen Quantifizierung der Höhe des Tötungsrisikos, da bisher nach regulärer Prüfung nur eine ja/nein-Entscheidung über das Bestehen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos erforderlich ist. Hinsichtlich der weiteren Bewertungskriterien ist anzumerken, dass sich fachlich nicht erschließt, welche Bedeutung die planerische Ausweisung eines Standortes sowie das Vorkommen störungsempfindlicher Arten (sei es in einem Natura2000-Gebiet oder außerhalb) für die Höhe des Tötungsrisikos haben sollte.

Der Gesetzgeber hat versucht, den bisherigen Kritikpunkt, dass ein durch die Neuanlagen verursachtes Risiko, das zwar geringer ist als das der Bestandsanlagen, aber trotzdem noch über der nach regulären Maßstäben definierten Signifikanzschwelle liegt und somit einen unzulässigen Verbotsverstoß darstellt, durch eine Anhebung der Signifikanzschwelle auf das bestehende Risiko der Alt-WEA zu beheben. Dies steht allerdings in Widerspruch zur Definition des Signifikanzmodells des BVerwG, so dass abzuwarten bleibt, ob die Gerichte diese Modifikation des Signifikanzmodells als europarechtskonform akzeptieren werden (siehe hierzu ausführlich Windenergie-Handbuch 18. Ausgabe 2021, S. 247/248).

Der Anwendungsbereich des § 45c BNatSchG ist nicht auf die Beurteilung des Tötungsverbots beschränkt. Allerdings befasst sich Abs. 2 offensichtlich primär mit dem Tötungsverbot, insbesondere Satz 4 gilt auf Grund des Bezugs auf die Signifikanzschwelle explizit nur für das Tötungsverbot, was jedoch - formal gesehen - nicht ausschließt, dass man in Auslegung des unklaren Begriffs der Berücksichtigung der Bestands-WEA als „Vorbeltastung“ auch für diese beiden Verbotsarten den Maßstab anwendet, dass sich die Auswirkungen lediglich nicht erhöhen dürfen.

Auf Grund der nach wie vor sehr vagen und damit stark auslegungsfähigen Regelung könnten auch weiterhin der Gedankenansatz der Verbesserungsgenehmigung oder die Einstufung des Rückbaus der Alt-WEA als artenschutzrechtliche Maßnahme in Betracht kommen (siehe hierzu Windenergie-Handbuch 18. Ausgabe S. 248/249). Jedenfalls ist stets eine rein fachliche Bewertung der bestehenden Situation und der Erkenntnisse aus der Betriebsphase der Alt-WEA möglich (siehe Windenergie-Handbuch S. 249/250) sowie eine Bewertung nach dem regulären Bewertungssystem für Neuanlagen nach § 45b Abs. 2-5 sowie § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG iVm mit den Länderleitfäden möglich. § 45b Abs. 2-5 kommt zwar auf Grund der Vorrangs der Spezialregelung des § 45c formal nicht zur Anwendung. Eine Absenkung der Wirkung der Repowering-WEA auf das Niveau der regulären Signifikanzschwelle erfüllt aber jedenfalls (auch) in ausreichendem Maß die Anforderung des § 45c Abs. 2 Satz 4 BNatSchG. Dies ist offensichtlich, wenn die Auswirkungen der Alt-WEA über der regulären Signifikanzschwelle liegen. Es muss aber auch dann gelten, wenn sich zwar das Risiko gegenüber den Bestands-WEA erhöht, aber unter der regulären Signifikanzschwelle für Neuanlagen bleibt (dies ist insbesondere dann gegeben, wenn die Alt-WEA außerhalb des zentralen oder gar des erweiterten Prüfbereichs liegt, die Neu-WEA aber innerhalb) - ansonsten würde man das Repowering strenger behandeln als die Neuerrichtung. Im Stil des §45c Abs. 2 Satz 4 formuliert ließe sich sagen, dass in dieser Konstellation sowohl die Wirkungen Alt- als auch die Neu-WEA unterhalb der Signifikanzschwelle und somit gleich hoch bzw. niedrig liegen.

Die Regelung zum Repowering bleibt also insgesamt weiterhin rätselhaft. In der Gesetzesbegründung wird ein Bundes-Leitfaden zur Konkretisierung der Prüfung angekündigt - bis dahin wird § 45c BNatSchG wohl kaum (sinnvoll) vollzugsfähig sein.

#### Fazit für die Verwaltungspraxis:

- 1.) § 45c BNatSchG wird auf Grund der weiterhin unklaren Regelung und den verbleibenden Rechtsunsicherheiten voraussichtlich nicht zu einer Vereinfachung der Genehmigung des Repowerings führen.
- 2.) Da für die Prüfung des Tötungsverbots bei Neuanlagen mit § 45b Abs. 2-5 Konkretisierungen, Standardisierungen und deutliche Erleichterungen geschaffen wurden, besteht kaum noch ein Bedarf an einer Sonderregelung für Repowering, da idR eine Verbotsverletzung auch nach den Maßgaben für Neugenehmigungen mit (begrenztem) Maßnahmenaufwand vermieden werden kann. Es geht also bei der speziellen Prüfung nach § 45c sowieso nur um eine Reduzierung der erforderlichen Maßnahmen, insbesondere im Nahbereich. Daher dürfte es in der Praxis vielfach leichtgängiger und rechtssicherer sein, weiterhin auf die Maßstäbe des § 45b Abs. 2-5 zurückzugreifen, die jedenfalls auch die Anforderungen des § 45c (tendenziell über-)erfüllen.
- 3.) Ob bzw. in welchen Fallkonstellationen die Gerichte einen Rechtsanspruch des Anlagenbetreibers auf reduzierte oder vollständig entfallende Maßnahmen gegenüber den für eine Neuanlage erforderlichen Maßnahmen zusprechen, bleibt abzuwarten.
- 4.) Das Störungs- und das Beschädigungsverbot sind zwar vom Anwendungsbereich des § 45c BNatSchG erfasst, jedoch werden zu ihrer Beurteilung keine Hilfestellungen gegeben. Sofern es hierzu Regelungen in den Länderleitfäden gibt, dürften diese also weiterhin anwendbar sein.

#### **Abs. 4 Sonderregelung zur Standortalternativenprüfung bei Ausnahmeprüfung**

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

#### **Regelungsinhalt und Hintergrund:**

Hier wird tatsächlich eine gegenüber dem Recht für Neuanlagen vergünstigende Regelung getroffen, indem die Standortalternativenprüfung idR ausgeschaltet wird und zwar unabhängig von bestehenden planerischen Ausweisungen. Dies korrespondiert mit den Regelungen des § 245e Abs. 3 und § 249 Abs. 3

BauGB, nach denen Repowering übergangsweise auch außerhalb von Windenergiegebieten planungsrechtlich zulässig ist. Klarzustellen ist, dass selbstverständlich das Vorhandensein kollisionsgefährdeter oder störungsempfindlicher Vogelarten sowie Fledermäuse nur in Bezug auf die Beurteilung des jeweils entsprechenden Verbots für die jeweils betroffene Art relevant sein kann, denn das Vorhandensein von Fledermäusen ist für die Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahme für den Rotmilan oder den Großen Brachvogel offensichtlich bedeutungslos.

**Fazit für die Verwaltungspraxis:**

Repowering wird idR als standortalternativlos eingestuft. Dies entbindet natürlich nicht von der Erfüllung sämtlicher anderer Voraussetzungen einer Ausnahmeerteilung.

**Abs. 3 Kompensation für den Eingriff in das Landschaftsbild nach §§ 15ff BNatSchG**

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

**Regelungsinhalt und Fazit für die Verwaltungspraxis:**

Abs. 3 ist in Kapitel 5 Abschnitt 3 des BNatSchG systematisch falsch verortet, da es sich nicht um eine Regelung zum besonderen Artenschutz handelt, sondern zur Eingriffsregelung des Kapitels 3, §§ 15ff BNatSchG. Der Regelungsinhalt ist gering und schreibt lediglich die bereits verbreitete Praxis fest. Die LAI-LANA-Vollzugshinweise zur identischen Vorgängerregelung des § 16b Abs. 4 BImSchG stellen klar, dass die Berechnung und die Anrechnung des Rückbaus der Alt-WEA sich im Übrigen nach den Länderleitfäden richten, da keine weitergehenden bundesgesetzlichen Regelungen getroffen werden. Die weitergehenden Regelungen der Länderleitfäden, nach denen auch der Rückbau von WEA, für die seinerzeit keine Kompensation geleistet wurde, auf das Kompensationserfordernis der neuen WEA anzurechnen ist, bleiben daher weiter anwendbar.

## Anlage 2 (zu § 45b Absätze 6 und 9, zu § 45d Absatz 2) Zumutbarkeit und Höhe der Zahlung in Artenhilfsprogramme

Anmerkungen in roter Schrift

### 1. Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Anlage ist

- $A_{AHP}$  der prozentuale Anteil des Jahresertrages der Windenergieanlage, der mindestens im Rahmen des jährlich zu leistenden Beitrags in ein Artenhilfsprogramm zu leisten ist und der mit 2 Prozent festgelegt wird
- $A_{Ksa}$  die anzunehmende Abschaltung bei Verwendung eines Antikollisionssystems je Jahr, die mit 3 Prozent festgelegt wird,
- AW der anzulegende Wert in Euro je Megawattstunde, auf Grundlage der durchschnittlichen, mengengewichteten Zuschlagswerte der vergangenen drei Ausschreibungen von Windenergieanlagen an Land, veröffentlicht durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,

*Der durchschnittliche mengengewichtete Zuschlagswert ist ein gleitender Wert, der sich innerhalb einiger Monate ändert. Die gesamte Zumutbarkeitsberechnung muss also während der üblichen Laufzeit eines Genehmigungsverfahrens mindestens einmal angepasst werden, da die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung maßgeblich ist. Derzeit ist für das Genehmigungsverfahren keine qualifizierte Ertragsprognose erforderlich, sie liegt meist zum Zeitpunkt des Genehmigungsverfahrens noch nicht vor. Zudem sind die genehmigungsrechtlichen Abschaltungen zu Beginn des Genehmigungsverfahrens noch nicht abschließend bekannt, so dass darüber hinaus Überarbeitungsbedarf und damit verbundene Zeitverzögerung entstehen kann.*

*Der auf diesen Zuschlagswert zur Bestimmung des anzulegenden Wertes AW nach § 36h EEG anzuwendende Korrekturfaktor bezieht sämtliche technischen und genehmigungsrechtlichen Abschaltungen, also auch artenschutzrechtliche Abschaltungen, mit ein. Dies wäre jedoch jedenfalls in Nr. 2.1 unschlüssig; was in den anderen Formeln gewollt ist, ist nicht unmittelbar klar. Es muss daher für jede Formel, in der AW verwendet wird, klargelegt werden, welcher Korrekturfaktor für die Bestimmung von AW herangezogen werden soll: Der Faktor, der sich allein aus den meteorologischen Aspekten ergibt oder der Faktor unter Berücksichtigung aller anderen Verluste als artenschutzrechtlicher Maßnahmen oder aber der Faktor auch unter Einschluss der (vollumfänglichen oder reduzierten) artenschutzrechtlichen Maßnahmen (vgl. auch Anmerkungen zu VBH). Da das Referenzertragsmodell des EEG mit sinkenden VBH einen steigenden AW gewährt, sollten daher in den Formeln, in denen über das Produkt aus Energieertrag und Vergütung der monetäre Ertrag oder der monetäre Verlust berechnet wird, für die Bestimmung der Werte von VBH und AW dieselben Faktoren gewählt werden, da dies am ehesten die tatsächliche Ertrags- bzw. Verlustsituation widerspiegelt (aber nicht vollumfänglich die EEG-Vergütung und schon gar nicht den realen tatsächlichen monetären Ertrag abbildet) und so wenigstens starke Verzerrungen vermieden werden.*

*Die Verwendung der Größe AW basierend auf dem durchschnittlichen mengengewichteten Zuschlagswert in Nr. 4.2 führt dazu, dass entgegen der Absicht nicht der reale finanzielle Ertrag berechnet wird. Es fehlt also die Definition einer Größe „AW“ als der spezifische AW des konkreten WEA-Projektes in Analogie der anderen in Nr. 4.2 verwendeten Größen. Zur Problematik von AW in Nr. 4.3 siehe dort.*

- $B_{Abs}$  der prozentuale Anteil der Abschaltungen aufgrund individueller artenschutzfachlicher Schutzmaßnahmen im Basisschutz. Der Basisschutz umfasst alle artenschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen inklusive Fledermausabschaltungen,
- $B_{MK}$  die monetären Kosten in Euro aller individuellen artenschutzfachlichen Schutzmaßnahmen im Basisschutz,
- $B_{MV}$  der maximal zumutbare monetäre Verlust in Euro im Basisschutz über 20 Jahre,
- $B_S$  der als Prozentwert im Verhältnis zum Jahresertrag ausgedrückte Schwellenwert für die Verringerung des Jahresertrages infolge von als Basisschutz erfolgenden Anordnungen von Schutzmaßnahmen, der in der artenschutzrechtlichen Ausnahme nicht überschritten werden darf, und der mit 4 Prozent für einen Regelfall-Standort oder mit 6 Prozent für einen windreichen Standort festgelegt wird,
- $d$  die prognostizierte Mindest-Nutzungsdauer einer Windenergieanlage an Land in Höhe von 20 Jahren,
- $E_r$  der reale Energieertrag der Windenergieanlage in Megawattstunden des vergangenen Kalenderjahres,
- $E_{rnte}$  die durchschnittliche Häufigkeit je Jahr eines Erntevorgangs je Flurstück, die mit 1 festgelegt wird,
- $Flm_a$  die anzunehmende Abschaltung zum Schutz von Fledermäusen, die mit 2,5 Prozent festgelegt oder auf Grundlage eines Gutachtens oder einer Untersuchung der Fledermausaktivitäten ermittelt wird; sollte der Antragsteller ein Gutachten oder eine Untersuchung der Fledermausaktivitäten beauftragen, ist der Prozentwert der Abschaltung im Verhältnis zum Jahresertrag aus dem Gutachten oder der Untersuchung anzusetzen,

*Bei Anwendung der worst-case-Fledermausabschaltung, die eine Abschaltzeit von deutlich mehr als 2,5% bedeutet, liegt kein Fledermausgutachten vor (dies ist gerade das Vereinfachungsziel der worst-case-Abschaltung). Selbst wenn ein Fledermausgutachten und ein daraus abgeleiteter Abschaltalgorithmus vorliegt, umfasst ein solches Gutachten keine Bestim-*

*mung der Dauer der Abschaltung, da diese bisher kein Kriterium für die Genehmigungsentscheidung ist. Für die Bestimmung der Abschaltdauer eines Fledermausalgorithmus müssen Annahmen hinsichtlich der meteorologischen Verhältnisse getroffen werden (Temperatur, Windgeschwindigkeit, ggf. Niederschlag), woraus sich entweder ein Standardisierungserfordernis ergibt oder eine hohe (behördliche und gerichtliche) Akzeptanz für eine Streubreite vertretbarer Ergebnisse notwendig wird.*

- $F_{\text{Ist}_{\text{Ausn}}}$  die Anzahl der Flurstücke in einem Umkreis von 250 Metern um den Mastfußmittelpunkt der Windenergieanlage, auf denen drei Brutvorkommen oder zwei Brutvorkommen bei besonders gefährdeten Vogelarten betroffen sind,  
*Die verlängerte Abschaltung bei zwei oder mehr Brutvorkommen ist nach Anlage 1 standort- also projektbezogen und nicht flurstücksbezogen. Es geht nicht um Brutvorkommen auf den jeweiligen Flurstücken im 250 m Umkreis (dies wäre ja auch der Nahbereich, zu dem das Gesetz nichts über die Wirksamkeit von Maßnahmen sagt), sondern um die Zahl der Brutvorkommen innerhalb des zentralen Prüfbereichs der Anlage 1 um die WEA. Es ist also nicht für Ereignisse auf einzelnen Flurstücken verlängert abzuschalten, sondern für alle Flurstücke im Umkreis von 250 m um die WEA, wenn innerhalb des artspezifischen Radius zwei oder mehr Brutvorkommen vorhanden sind. Neben der Definition sind dann auch die Formeln entsprechend anzupassen.*
- $F_{\text{Ist}_{\text{Ernte}}}$  die Anzahl der Flurstücke in einem Umkreis von 250 Metern um den Mastfußmittelpunkt der Windenergieanlage mit Feldfrüchten, auf denen Erntevorgänge erfolgen,
- $F_{\text{Ist}_{\text{Mahd}}}$  die Anzahl der Flurstücke in einem Umkreis von 250 Metern um den Mastfußmittelpunkt der Windenergieanlage mit Grünland, auf denen Mahdvorgänge erfolgen,
- $F_{\text{Ist}_{\text{Pflügen}}}$  die Anzahl der Flurstücke in einem Umkreis von 250 Metern um den Mastfußmittelpunkt der Windenergieanlage mit Ackerland, auf denen Pflugvorgänge erfolgen,
- $h$  die anzunehmende Stundenanzahl bezogen auf die Abschaltung bei einem landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsereignis (Ernte, Mahd, Pflügen), die mit 14 festgelegt wird,  
 *$h$  wird in den Formelsätzen nicht nur für die landwirtschaftliche Abschaltung, sondern auch für die Phänologische Abschaltung verwendet. Dies sollte also in der Definition klargestellt werden. Zudem sollte differenziert werden, dass  $h$  bei phänologischer Abschaltung stets 14 h beträgt und bei landwirtschaftlicher Abschaltung bei einem Brutvorkommen 14 h und bei 2 bzw. 3 Brutvorkommen nach Anlage 1 28 h. Damit lässt sich die Formel erheblich vereinfachen (siehe unten zu Nr. 2.2.)*
- $h_a$  die Anzahl der Stunden eines Jahres, die mit 8.760 festgelegt wird,
- $IK$  die Summe der Investitionskosten in Euro aller Schutzmaßnahmen,  
*Hierzu muss zunächst geklärt werden, was genau von dem Begriff „Schutzmaßnahmen“ erfasst sein soll, d.h. ob nur Vermeidungsmaßnahmen in Bezug auf das Tötungsverbot aller Arten (bei Betrieb und Errichtung) oder auch artenschutzrechtliche Maßnahmen in Bezug auf das Störungs- und Beschädigungsverbot für alle Arten (bei Betrieb und Errichtung) erfasst sind (s.o. Erläuterungen zu § 45b Abs. 6 BNatSchG). Für den so konkretisierten Kreis von Maßnahmen muss darüber hinaus näher bestimmt werden, was als „Investitionskosten“ angerechnet werden darf, z.B. Anschaffungskosten eines Antikollisionsystems und Fledermausabschaltungsmoduls, Programmierungskosten beider Systeme, erhöhter Verschleiß durch häufigere Abschaltungen, Pachtkosten bei flächenbezogenen Maßnahmen, Erstanlage von flächenbezogenen Maßnahmen, Kosten für laufende Pflege/ Bewirtschaftung der Maßnahmen, Kosten für vertragliche Regelungen mit Bewirtschaftern bei landwirtschaftsbezogenen Abschaltungen usw. Da § 45b Abs. 6 die Berücksichtigung von „Schutzmaßnahmen“ vorschreibt und dies nicht auf Investitionskosten beschränkt, muss hier der Begriff „Investitionskosten“ wahrscheinlich weit ausgelegt werden. Sollte es nicht beabsichtigt sein, den Kreis der berücksichtigungsfähigen Maßnahmen und Kosten so weit zu ziehen wie vorstehend aufgezeigt, muss im Gesetz eine klar definierte Eingrenzung erfolgen. Demgegenüber muss klargestellt werden, dass nur die anderen Maßnahmen einzurechnen sind, die (auch) den WEA zugeordnet werden, für die die Zumutbarkeitsprüfung nach § 45b Abs. 6 vorgenommen wird, also nur die WEA einer beantragten WEA-Gruppe, für die Abschaltung für den konkreten Vogel erforderlich ist. D.h. die Fledermausabschaltung oder (bei Berücksichtigungsfähigkeit) das Ersatzhabitat für einen störungsempfindlichen Kiebitz, die ausschließlich für WEA der beantragten WEA-Gruppe erforderlich sind, die nicht der zu prüfenden Abschaltung unterliegen, sind unbeachtlich (vgl. auch Anmerkung zu  $K_{\text{AS}}$ )*
- $K_{\text{AS}}$  der Selbstbehalt von den Investitionskosten für den Antragsteller in Höhe von 17.000 Euro je Megawatt zu installierender Leistung,  
*Hier kann bei Beantragung mehrerer WEA selbstverständlich nur die Leistung der WEA einbezogen werden, für die artenschutzrechtliche Abschaltmaßnahme für den betroffenen Vogel erforderlich ist, da nur für diese WEA eine Ausnahmeprüfung nach § 45b Abs. 6 BNatSchG i.V.m. Anlage 2 erforderlich ist (vgl. auch Anmerkung zu  $IK$ ).*
- $M_{\text{mahd}}$  die durchschnittliche Häufigkeit je Jahr eines Mahdvorgangs je Flurstück, die mit 4 festgelegt wird,
- $M_r$  der reale monetäre Ertrag der Windenergieanlage in Euro im vergangenen Kalenderjahr,
- $P$  die zu installierende Leistung der geplanten Windenergieanlage an Land in Megawatt, d.h. die elektrische Wirkleistung, die eine Anlage bei bestimmungsgemäßem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann,  
*man könnte hier auch einfach „ $P$  ist die Nennleistung der betroffenen WEA in Megawatt“ schreiben*
- $P_{\text{pflügen}}$  die durchschnittliche Häufigkeit je Jahr eines Pflugvorgangs je Flurstück, die mit 0,5 festgelegt wird,
- $P_{\text{häno}}$  die Anzahl der Tage mit phänologischen Abschaltungen,



- Regelfall-Standort ein Standort mit einem Gütefaktor  $\leq 90$  Prozent. Die Prognose des Gütefaktors ist aus dem Ertragsgutachten zu entnehmen,  
*Da sich der Gütefaktor nach § 36h EEG aus den meteorologischen Bedingungen sowie den technischen und genehmigungsrechtlichen Abschaltungen ergibt, muss für die Entscheidung, ob es sich um einen Standort mit Gütefaktor über oder unter 90% handelt, klargestellt werden, welche Aspekte bei der Bestimmung des Gütefaktors berücksichtigt werden sollen. Nach der Gesetzesbegründung sollen hier Standorte mit normaler Windhöffigkeit und besonders windreiche Standorte unterschieden werden, so dass in diesem Sinne davon auszugehen ist, dass der Gütefaktor hier im Gegensatz zu § 36h EEG ausschließlich nach den meteorologischen Bedingungen ohne Berücksichtigung von Abschaltungen ermittelt werden soll. Ein Einbeziehen der artenschutzrechtlichen Abschaltungen wäre jedenfalls widersinnig, da Anlage 2 gerade zur Prüfung dient, ob bzw. inwieweit sie überhaupt zur Anwendung kommen (vgl. auch Anmerkungen zur Größe AW).*
- VBH die Anzahl der Vollbenutzungsstunden der Windenergieanlage, die aus den Ertragsgutachten zu entnehmen ist,  
*Zur Größe VBH im gesamten Formelsatz nach Nr. 2, 3 und 4 muss (ggf. differenziert für die einzelnen Formeln) klargestellt werden, ob es sich allein um den meteorologisch determinierten Wert oder aber den Wert unter Berücksichtigung aller anderen Verluste als artenschutzrechtlicher Maßnahmen handeln soll (vgl. auch Anmerkungen zu AW und zum Regelfall-Standort). Das Einbeziehen von Artenschutzabschaltungen in die Größe VBH würde jedenfalls in den Nr. 2 und 3 keinen Sinn ergeben. Da das Referenzertragsmodell des EEG mit sinkenden VBH einen steigenden AW gewährt, sollten in den Formeln, in denen über das Produkt aus Energieertrag und Vergütung der monetäre Ertrag oder der monetäre Verlust berechnet wird, für die Bestimmung der Werte von VBH und AW dieselben Faktoren gewählt werden, da dies am ehesten die tatsächlich Ertrags- bzw. Verlustsituation widerspiegelt (aber nicht vollumfänglich die EEG-Vergütung abbildet) und starke Verzerrungen vermieden werden.*
- VBH<sub>r</sub> die Anzahl der realen Vollbenutzungsstunden der Windenergieanlage des vergangenen Kalenderjahres,
- Windreicher Standort ein Standort mit einem Gütefaktor  $> 90$  Prozent. Die Prognose des Gütefaktors ist aus dem Ertragsgutachten zu entnehmen,  
*siehe Anmerkungen zum „Regelfall-Standort“*
- Z<sub>Abs</sub> der prozentuale Anteil der Abschaltungen aufgrund individueller artenschutzfachlicher Schutzmaßnahmen,
- Z<sub>AHPa</sub> die Höhe des jährlich zu leistenden Beitrags in Euro in ein Artenhilfsprogramm
- Z<sub>Mo</sub> die monetären Kosten in Euro der individuellen artenschutzfachlichen Schutzmaßnahmen in der Zumutbarkeit,
- Z<sub>MV</sub> der maximal zumutbare monetäre Verlust in Euro über 20 Jahre,
- Z<sub>um</sub> der als Prozentwert im Verhältnis zum Jahresertrag ausgedrückte Schwellenwert, oberhalb dessen Verringerungen des Jahresertrages infolge der Anordnung von Schutzmaßnahmen als nicht mehr zumutbar gelten, und der mit 6 Prozent für einen Regelfall-Standort oder mit 8 Prozent für einen windreichen Standort festgelegt wird; die Zumutbarkeitsschwelle umfasst alle artenschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen inklusive Fledermausabschaltungen.

## 2. Berechnung der Zumutbarkeitsschwelle

Die Zumutbarkeitsschwelle für die Anordnung von Schutzmaßnahmen für Windenergieanlagen an Land nach § 45b Absatz 2 (*fehlerhafter Verweis, gemeint ist Abs. 6*) wird nach folgenden Formeln bestimmt, bei deren Berechnung auf zwei Nachkommastellen (*besser: Rundung auf ganze Zahlen - denn bei den Geldbeträgen geht es um 6- bis 8-stellige Geldsummen, so dass es unerheblich ist, auf den Cent zu rechnen. Gleiches gilt für die Energieerträge. Auch die Prozentwert-Schwellen sind nur ganzzahlige Werte, eine Berechnung auf zwei Nachkommastellen ist also auch hier für die Entscheidung unerheblich. Und schließlich geben die Berechnungen (und bereits die unklaren Definitionen) eine solche Genauigkeit bei weitem nicht her.*) zu runden ist:

### 2.1 Maximal zumutbarer Energieverlust

$$Z_{EV} = P \cdot VBH \cdot Z_{um} \cdot d$$

Z<sub>EV</sub> findet für die weitere Berechnung und Entscheidung keinerlei Verwendung. Die Größe wurde auch aus der Liste in Nr. 1 gestrichen. Die Formel ist daher obsolet und sollte gestrichen werden. Stattdessen wird die Berechnung des maximal zumutbaren monetären Verlustes Z<sub>MV</sub> benötigt (siehe Einfügung in rot). Wahrscheinlich wurde im Zuge der verschiedenen Entwurfsfassungen als redaktionelles Versehen die falsche Formel entfernt.

### 2.1 Maximal zumutbarer monetärer Verlust

$$Z_{MV} = P * VBH * Z_{um} * AW * d$$

Diese Formel aus früheren Entwurfsfassungen muss wieder eingefügt werden, da die Größe Z<sub>MV</sub> als grundlegendes Kriterium des Bewertungsschemas benötigt wird. Anzumerken ist, dass dies eine vereinfachte Formel ist, die nicht den tatsächlichen monetären Verlust berechnet, da der Ausgleichsmechanismus des Referenzertragsmodells nicht berücksichtigt wird. Der anzulegende Wert erhöht sich bei Durchführung artenschutzrechtlicher Abschaltungen und mindert so den tatsächlichen monetären Verlust. Die monetäre Zumutbarkeit wird hier also mit einem fiktiven Wert angesetzt, der deutlich oberhalb des realen monetären Verlustes liegt, der mit 6 bzw. 8% Energieertragsverlust verbunden ist. (zur Präzisierung der Größen VBH und AW siehe Anmerkungen zu den jeweiligen Begriffsdefinitionen in Nr. 1).

## 2.2 Prozentualer Anteil der Abschaltungen

In der Formel fehlen Klammersetzungen, da ohne diese Punktvorstrichrechnung gilt. Die fehlenden Klammern sind in rot hinzugefügt.

Die Größe  $P \cdot VBH$  kann im Zähler und Nenner des Bruchs gekürzt werden. Es wird im Ergebnis nur der Prozentanteil der abgeschalteten Stunden an den Jahresstunden berechnet, welcher unabhängig von den Vollbenutzungsstunden der WEA ist.

In Bezug auf  $Flst_{Ausn}$  fehlen die zutreffenden Faktoren  $M_{ahd}$ ,  $E_{rnte}$  und  $P_{flügen}$ . (zur Korrektur der Formel entsprechend der Maßnahmendefinition in Anlage 1 siehe Nr.1 Begriffsbestimmungen)

hier fehlt der Faktor 100, damit der Wert des Bruches zu einer Prozentzahl wird und zu den Prozentwerten von  $Flm_a$  und  $AKS_a$  addiert werden kann

$$Z_{Abs} = \frac{(((Flst_{M\ddot{a}hd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte}) + (Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen})) \cdot h + (Flst_{Ausn} \cdot h) + (P_{h\ddot{a}no} \cdot h)) \cdot \frac{P \cdot VBH}{h_a}}{P \cdot VBH} + Flm_a + AKS_a$$

Unter Berücksichtigung der o.g. mathematischen Korrekturen ergibt sich die Formel zu:

$$Z_{Abs} = \frac{[(Flst_{M\ddot{a}hd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte}) + (Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen}) + (Flst_{AusnM\ddot{a}hd} \cdot 2 \cdot M_{ahd}) + (Flst_{AusnErnte} \cdot 2 \cdot E_{rnte}) + (Flst_{AusnPflügen} \cdot 2 \cdot P_{flügen}) + P_{h\ddot{a}no}] \cdot h \cdot 100\%}{h_a} + Flm_a + AKS_a$$

Unter Berücksichtigung des fachlichen Hintergrunds, dass zwei oder mehr Brutvorkommen im artspezifischen Radius für alle Flurstücke im 250 m-Umfeld eine verlängerte Abschaltung auslösen, verkürzt sich die Formel:

$$Z_{Abs} = \frac{[(Flst_{M\ddot{a}hd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte}) + (Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen})] \cdot h_{Land} + (P_{h\ddot{a}no} \cdot h_{Ph\ddot{a}no})}{h_a} \cdot 100\% + Flm_a + AKS_a$$

In Nr. 1 ist dann zur Definition von  $h$  zu ergänzen: „...bzw. mit 28 festgelegt wird bei Standorten mit drei Brutvorkommen oder zwei Brutvorkommen besonders gefährdeter Vogelarten. Bei phänologischer Abschaltung beträgt  $h$  stets 14 h.“

Werden keine Abschaltungen auf Grund landwirtschaftlicher Bewirtschaftungsereignisse angeordnet, ist  $(Flst_{M\ddot{a}hd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte}) + (Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen}) \cdot h + (Flst_{Ausn} \cdot h)$  bei der Berechnung aus der Formel zu streichen.

Werden nur einzelne Abschaltungen auf Grund landwirtschaftlicher Bewirtschaftungsereignisse (nur Mahd, nur Ernte oder nur Pflügen oder eine andere Kombination dieser drei Ereignisse) angeordnet, ist das nicht angeordnete Ereignis aus der Formel zu streichen, das heißt  $(Flst_{M\ddot{a}hd} \cdot M_{ahd})$  oder  $(Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte})$  oder  $(Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen})$ .

Werden keine phänologischen Abschaltungen angeordnet, ist  $(P_{h\ddot{a}no} \cdot h)$  bei der Berechnung aus der Formel zu streichen.

Es sollte ohne Weiteres klar sein, dass in die Formel nur Abschaltungen eingehen, die auch tatsächlich im konkreten Projekt vorgesehen sind. Bei mathematischem Vorgehen resultiert für die jeweiligen Terme sowieso ein Wert von Null, wenn die Größen „Flst“ und „P<sub>hänö</sub>“ zu Null gesetzt werden, weil für kein Flurstück bzw. an keinem Tag eine Abschaltung erfolgt. Hält man trotzdem eine explizite Aussage für erforderlich, muss diese dann konsequenterweise auch für  $Flm_a$  und  $AKS_a$  getroffen werden, da sonst das Missverständnis entstehen könnte, dass diese Abschaltungen pauschal anzusetzen wären. Dann kann die Textpassage aber auf einen einfachen Satz reduziert werden:

„In der Formel sind nur die Abschaltungen zu berücksichtigen, die im konkreten Projekt auch tatsächlich vorgesehen sind.“

Unabhängig davon erlaubt die Maßnahmendefinition in Anlage 1 im Regelfall (also bei gegebener Zumutbarkeit) nicht das Absehen von Abschaltungen bei einzelnen Bewirtschaftungsereignissen, so dass der zweite Satz jedenfalls zu streichen ist.

Ist  $Z_{Abs} \leq Z_{um}$  können die Abschaltungen zumutbar sein, sofern sie auch monetär zumutbar sind (Berechnung durch Nummer 2.3). *Anmerkung: Die Abschaltung für sich allein ist stets monetär zumutbar, wenn sie energetisch zumutbar ist, also wenn  $Z_{Abs} \leq Z_{um}$ , da die Formeln zur Berechnung des energetischen und monetären Verlustes durch Abschaltungen mathematisch äquivalent sind; es wird in beiden Formeln derselbe Prozentsatz ermittelt. Oder anders formuliert: Der monetäre Verlust ergibt sich einfach durch Multiplikation des Energieverlustes mit der Vergütung. Nr. 2.3 prüft also nicht, ob „die Abschaltung“ monetär zumutbar ist, sondern ob die Abschaltung auch unter Hinzurechnen weiterer Kosten für andere Artenschutzmaßnahmen, also ob die Summe aller anrechnungsfähigen Artenschutzmaßnahmen monetär zumutbar ist. Korrekt müsste die Formulierung also lauten: „Ist  $Z_{Abs} \leq Z_{um}$  können die Abschaltungen zumutbar sein, sofern die Summe der Kosten aller artenschutzrechtlichen Maßnahmen monetär zumutbar ist (Berechnung durch Nummer 2.3).“*

Ist  $Z_{Abs} > Z_{um}$  gelten die Abschaltungen als unzumutbar und die Berechnungen ab Nummer 3 sind durchzuführen.

### 2.3 Monetäre Zumutbarkeit der Maßnahmen

$$Z_{Mo} = P \cdot VBH \cdot Z_{Abs} \cdot AW \cdot d + (IK - K_{AS})$$

Ergibt sich bei der Berechnung von  $IK - K_{AS}$  ein Wert kleiner null, wird der Wert mit null festgesetzt.

Ist  $Z_{Mo} \leq Z_{MV}$  sind die Schutzmaßnahmen zumutbar.

Ist  $Z_{Mo} > Z_{MV}$  gelten die Schutzmaßnahmen als unzumutbar und die Berechnungen ab Nummer 3 sind durchzuführen.

## 3. Berechnung des Basisschutzes in der artenschutzrechtlichen Ausnahme

### 3.1 Maximal zulässiger monetärer Verlust im Basisschutz

$$B_{MV} = P \cdot VBH \cdot B_S \cdot d \cdot AW$$

zu den Fehlern und Überarbeitungsmöglichkeiten der Formel siehe Anmerkungen zu Nr. 2.2 analog

### 3.2 Prozentualer Anteil der Abschaltungen im Basisschutz

$$B_{Abs} = \frac{((Flst_{Mahd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte}) + (Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen}) \cdot h + (Flst_{Ausn} \cdot h) + (P_{häno} \cdot h)) \cdot \frac{P \cdot VBH}{h_a}}{P \cdot VBH} + Flm_a + AKS_a$$

Werden keine Abschaltungen auf Grund landwirtschaftlicher Bewirtschaftungsereignisse angeordnet, ist  $(Flst_{Mahd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte}) + (Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen}) \cdot h + (Flst_{Ausn} \cdot h)$  bei der Berechnung aus der Formel zu streichen.

Werden nur einzelne Abschaltungen auf Grund landwirtschaftlicher Bewirtschaftungsereignisse (nur Mahd, nur Ernte oder nur Pflügen oder eine andere Kombination dieser drei Ereignisse) angeordnet, ist das nicht angeordnete Ereignis aus der Formel zu streichen, das heißt  $(Flst_{Mahd} \cdot M_{ahd})$  oder  $(Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte})$  oder  $(Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen})$

Werden keine phänologischen Abschaltungen angeordnet, ist  $(P_{häno} \cdot h)$  bei der Berechnung aus der Formel zu streichen.

Da es hier ganz konkret um die Maßnahmen geht, die im Projekt umgesetzt werden sollen und die ggf. zu reduzieren sind, sollte hier noch deutlicher als bereits in Ziffer 2.2. klar sein, dass nur die tatsächlich vorgesehenen und nach Reduzierung noch verbleibenden Abschaltungen erfasst sein können. Auch hier gilt, dass bei mathematischem Vorgehen für die jeweiligen Terme sowieso ein Wert von Null resultiert, wenn die Größen „Flst“ und „P<sub>häno</sub>“ zu Null gesetzt werden, weil für kein Flurstück bzw. an keinem Tag eine Abschaltung erfolgt. Hält man trotzdem eine explizite Aussage für erforderlich, muss diese dann konsequenterweise auch für Flm<sub>a</sub> und AKS<sub>a</sub> getroffen werden, da sonst das Missverständnis entstehen könnte, dass diese Abschaltungen pauschal anzusetzen wären oder im Rahmen des Prüfschrittes nicht reduziert bzw. vollständig entfallen dürften. Dann kann die Textpassage aber auf einen einfachen Satz reduziert werden:

„In der Formel sind nur die Abschaltungen zu berücksichtigen, die im konkreten Projekt auch tatsächlich vorgesehen sind bzw. nach Reduzierung der Maßnahmen verbleiben.“

Der zweite Satz ist hier im Gegensatz zu Nr. 2.2 relevant, denn da hier in vielen Fällen eine Reduzierung der Maßnahmen gefordert wird, muss davon ausgegangen werden, dass zu diesem Zweck auch von den Anforderungen der Anlage 1 abgewichen werden darf bzw. muss.

Ist  $B_{Abs} > B_S$ , sind die Maßnahmen unzulässig und müssen reduziert werden, bis  $B_{Abs} \leq B_S$ .

Ist  $B_{Abs} \leq B_S$ , sind die Maßnahmen zulässig und werden bei der Berechnung der Zahlung in Artenhilfsprogramme (Nummer 4) berücksichtigt. Dies ist so nicht zutreffend. Prüfschritt 3.2 prüft allein den prozentualen Verlust durch die Abschaltung (auch hier sind wieder energetischer und monetärer Verlust mathematisch äquivalent). Hier muss schlicht die Abschaltzeit auf weniger als 4 bzw. 6% reduziert werden. Damit ist zwar die Abschaltung für sich allein zumutbar, aber analog zu 2.3 soll dann noch Prüfschritt 3.3 angeschlossen werden (sonst käme Nr. 3.3 nicht zum Einsatz), mit dem geprüft wird, ob die (reduzierte) Abschaltung in Summe mit den anderen Maßnahmen des Basisschutzes den Grenzwert der monetären Belastung durch den Basisschutz einhält. Statt des abschließenden Testats der Zulässigkeit und Verweis auf Nr. 4 als den nächsten Schritt, muss hier also analog zu Nr. 2.2 auf Nr. 3.3 als nächsten Prüfschritt verwiesen werden: „Ist  $B_{Abs} \leq B_S$  können die Abschaltungen zulässig sein, sofern die Summe der Kosten aller anrechnungsfähigen artenschutzrechtlichen Maßnahmen des Basisschutzes monetär zulässig sind (Berechnung durch Nummer 3.3).“

### 3.3 Monetäre Kosten der Maßnahmen im Basisschutz

$$B_{MK} = B_{Abs} \cdot P \cdot VBH \cdot AW \cdot d + (IK - K_{AS})$$

Ergibt sich bei der Berechnung von  $(IK - K_{AS})$  ein Wert kleiner null, wird das Ergebnis der Subtraktion von  $IK - K_{AS}$  mit null festgesetzt.

Ist  $B_{MK} > B_{MV}$  sind die Maßnahmen unzulässig und müssen reduziert werden, bis  $B_{MK} \leq B_{MV}$ .

Ist  $B_{MK} \leq B_{MV}$  sind die Maßnahmen zulässig und werden bei der Berechnung der Zahlung in Artenhilfsprogramme (Nummer 4) berücksichtigt.

*Für die reduzierten Maßnahmen sollte eine eigenständige Formelbezeichnung  $B_{MKred}$  (s.o.) eingeführt werden, da diese reduzierte Größe in Formel 4.3 Anwendung findet.*

## 4. Berechnung der Zahlungen in Artenhilfsprogramme

### 4.1 Berechnung des realen Energieertrags im vergangenen Kalenderjahr

$$E_r = P \cdot VBH_r$$

Die Vollbenutzungsstunden werden bei der Betriebsdatenerfassung von WEA nicht unmittelbar aufgezeichnet, sondern nur die tatsächlich erzeugten kWh, d.h. die Größe  $E_r$ . Es ist daher wenig sinnvoll, wenn der Anlagenbetreiber aus der aufgezeichneten Größe  $E_r$  rechnerisch die Größe  $VBH_r$  bestimmt, diese der Behörde mitteilt, damit die Behörde dann daraus wieder den Jahresertrag  $E_r$  errechnet. Dieser Berechnungsschritt ist also obsolet.

### 4.2 Berechnung des realen monetären Ertrags im vergangenen Kalenderjahr

$$M_r = E_r \cdot AW$$

Da hier der reale monetäre Ertrag ermittelt werden soll, ist hier die Größe  $AW$  nach § 36h EEG unter Heranziehung des konkreten Zuschlagwertes einschließlich des individuellen Korrekturfaktors für die betroffene WEA zu bestimmen (Hinweis: auch dies entspricht auf Grund der Direktvermarktungspflicht nicht dem realen monetären Ertrag, ist aber die brauchbarste Näherung). Zur Unterscheidung zu der Größe  $AW$  in den Formeln in den Nr. 2 und 3 sollte hier also die Größe „ $AW_r$ “ verwendet werden (siehe oben Anmerkung zur Begriffsdefinition). Da die Bestimmung von  $AW_r$  nach § 36h EEG komplex ist und sich über die 20-jährige Vergütungszeit ändert, sollte die Größe  $AW_r$  nicht von der Behörde berechnet werden, sondern als Auskunft durch den Betreiber für das jeweilige Kalenderjahr mitgeteilt werden. Klargestellt werden muss hierbei zudem, ob auch die Zahlung der Artenschutzabgabe nachträglich zu korrigieren ist, wenn eine Erstattung von zu viel oder zu wenig gezahlter Vergütung nach § 36h EEG Abs. 2 erfolgt.

### 4.3. Berechnung der Höhe des zu zahlenden Beitrages in das Artenhilfsprogramm für das vergangene Kalenderjahr

$$Z_{AHPa} = \frac{B_{MV} - B_{MK}}{d} + (A_{AHP} \cdot M_r)$$

Hier handelt es sich um die nach Prüfschritt 3.4 reduzierten Maßnahmen  $B_{MK}$ . Es sollte daher klarstellend eine Größe  $B_{MKred}$  verwendet werden (s. Anmerkung zu Nr. 3.3)

*Der Bruchterm der Formel stellt nach den verwendeten Formelzeichen und ihren Definitionen eindeutig keine Berechnung auf Basis der realen Werte dar (keine Indices „r“), sondern ist identisch mit den prognostisch-fiktiven Berechnungen der Nr. 3 im Rahmen des Genehmigungsverfahrens. Die Bestimmung der Artenschutzabgabe ist also entgegen der Aussage in der Gesetzesbegründung nur zum Teil (d.h. dem Term  $A_{AHP} \cdot M_r$ ) aus dem realen Ertrag abgeleitet - und dies auch nur, wenn zu Formel 4.2 klargestellt wird, dass dort der tatsächlich Vergütungssatz  $AW_r$  des konkreten WEA-Projektes anzusetzen ist. Hier sollte überprüft werden, ob die Formel Nr. 4.3 dem Gewollten entspricht.*

*Sofern in die Größen  $B_{MV}$  und  $B_{MK}$  nicht der tatsächliche Vergütungssatz des Projektes, sondern stets der gleitende Mittelwert der letzten drei Ausschreibungen eingehen soll, ist dieser Wert zwar zeitlich variabel, stellt aber ebenfalls nicht den tatsächlichen, individuellen anzulegenden Wert der konkreten WEA dar. Durch die Entwicklung des gleitenden Mittelwertes über einen Zeitraum von 20 Jahren kann es zu sehr deutlichen Abweichungen zwischen dem Wert von  $AW$  und der tatsächlichen, fixen Vergütung der betroffenen WEA kommen. Nach § 36b Abs. 2 EEG verringert sich das Höchstgebot und somit der gleitende Mittelwert  $AW$  pro Kalenderjahr um 1%, so dass der aus dem Bruchterm resultierende Beitrag zur Artenschutzabgabe stetig sinken würde. Realistisch muss jedoch mit steigenden Werten von  $AW$  gerechnet werden, was dazu führen würde, dass dem Anlagenbetreiber steigende Zahlungen abverlangt werden, während seine tatsächliche Vergütung fix bleibt. Um diese Schief lagen in beide Richtungen zu vermeiden, sollte im Bruchterm der Nr. 4.3 also entweder stets mit dem fixen Wert von  $AW$  gearbeitet werden, der der Genehmigungsentscheidung zu Grunde lag, oder mit dem realen Wert der konkreten WEA, also  $AW_r$ . Im ersteren Fall wird der Wert des Bruches zu einem fixen Wert, der aus Gründen der Klarheit im Genehmigungsbescheid aufgeführt werden sollte.*