

INHALT

Teil 1: BNatSchG-Novelle 2022 (reguläres Recht)

Teil 2: EU-NotfallVO / Umsetzung durch § 6 WindBG-E (Sonderrecht)

Teil 3: Ausblick REDIV-Novelle

REVISIONEN

Rev. 1 (15.10.22): Ausgangsdokument

Rev. 2 (26.02.23):

- redaktionelle Korrekturen und Ergänzungen der Arbeitshilfe zum BNatSchG
- Einarbeitung geänderte Anlage 2 des BNatSchG
- Einarbeitung erster Rechtsprechung zur BNatSchG-Novelle
OVG Münster 22 A 1184/18 vom 29.11.22
VG Sigmaringen 14 K 1208/20 vom 30.09.22
- Ergänzung um EU-NotfallVO / Entwurf § 6 WindBG (neu)
- Ergänzung um Ausblick RED IV-Novelle

TEIL 1: BNATSchG-NOVELLE

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 [OVG Münster 22 A 1184/18]. 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 Rahmenseetzungen 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 [VG Sigmaringen 14 K 1208/20]. 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 artspezi-

fischen 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 Regelvermutungen 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 [siehe hierzu umfassend OVG Münster 22 A 1184/18].

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 diese 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. Das OVG Münster hat hierzu bereits festgestellt, dass die Wertung, die der Gesetzgeber mit der Liste der Anlage 1 getroffen hat, im Rahmen des fachlich Vertretbaren liegt [OVG Münster 22 A 1184/18]. 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 [VG Sigmaringen 14 K 1208/20]. 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 3 und 4 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 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 [OVG Münster 22 A 1184/18]. 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 Maß-

nahmen in Anlage 1 Abschnitt 2 nur allgemein definiert sind, muss ihre detaillierte Ausgestaltung allerdings durch die Behörde oder die Länderleitfäden vorgenommen werden.

Übergangsregelung:

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. Dementsprechend ist § 45b Abs. 1-6 BNatSchG auch in Verpflichtungsklagen sowie in Drittanfechtungsklagen zu bereits vor Inkrafttreten des BNatSchG ergangene Versagungen bzw. Genehmigungen einschließlich behördlicher Heilungen anzuwenden, wenn der Antragsteller dies beantragt [OVG Münster 22 A 1184/18, VGH Mannheim 10 S 2295/22, VG Sigmaringen 14 K 1208/20]. Darüber hinaus dürfte § 45b Abs. 1-6 BNatSchG (nach dem 1.2.24 oder auf Antrag des Anlagenbetreibers bereits zuvor) auch im Rahmen von Änderungsgenehmigungen nach § 16 BImSchG anzuwenden sein, so dass Änderungsanträge zur Aufhebung von Langzeitabschaltungen zulässig sind. Die Nicht-Anwendungsregelung des § 74 Abs. 4 BNatSchG für bereits genehmigte WEA zielt darauf, dass die Behörde anlässlich der Gesetzesänderung keine systematischen nachträglichen Anordnungen von Amts wegen vornehmen soll. Es ist nicht ersichtlich, dass für Änderungen an WEA (was nach neuer Rechtslage auch das Repowering umfasst) zeitlich unbegrenzt die alte Rechtslage gelten soll. In Bezug auf die Aufhebung von Langzeitabschaltungen ergibt sich die Anwendbarkeit des neuen Rechts sowohl aus dem Wortlaut, da der WEA-Betrieb in diesen Zeitintervallen noch gar nicht genehmigt ist, als auch aus dem Ziel des 45b BNatSchG, Langzeitabschaltungen zu unterbinden, da sie dem öffentlichen Interesse an Windstrom zuwiderlaufen. Eine Verpflichtung der Behörde zur aktiven Aufhebung von Langzeitabschaltungen von Amts wegen besteht allerdings nicht.

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 Auswechnahrungshabitate 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 auch in diesem Fall der Antragsteller die Kosten des Gutachtens zu tragen hat und 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.

§ 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG enthält die Möglichkeit, ein eventuell erhöhtes Tötungsrisiko mit Vermeidungsmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle zu senken. Hierzu attestiert der Gesetzgeber Antikollisionsystemen, 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 [OVG Münster 22 A 1184/18]. 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 sein 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 bräuchte 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 [OVG Münster 22 A 1184/18].

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 Maßnahmenerefordernis 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 Wirksamkeitstestat 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 [OVG Münster 22 A 1184/18, VG Sigmaringen 14 K 1208/20].
- 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 Wirksamkeitstestat 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 [VG Sigmaringen 14 K 1208/20]. 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. Allein das Vorkommen von Brutplätzen oder übliche Aufenthaltszeiten reichen für die Widerlegung der Regelvermutung ebenso wenig aus wie die Lage in einem Dichtezentrum oder die reine Möglichkeit erhöhter Aufenthaltszeiten [VG Sigmaringen 14 K 1208/20].
- 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 BNatSchG 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 BNatSchG 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 [OVG Münster 22 A 1184/18].

Nr. 2 Standortalternativen bei Standorten innerhalb planerisch ausgewiesenen 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. 3, 5, 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 Planungshoheit 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 Wind-

energie 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. 3 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 [OVG Münster 22 A 1184/18]. 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 konfliktärmsten 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 BNatSchG 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. 3, 5, 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 BNatSchG 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 einzelne 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 Standorten 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. In einem ersten Lösungsansatz lässt das OVG Münster eine Betrachtung an Hand von Potenzialstudien und die allgemeine, nicht spezifisch für den Einzelfall belegte Argumentation, dass im betroffenen Raum bereits viele für WEA geeignete Flächen bebaut, beplant oder (postuliert) bei konkurrierenden Projektierern unter Vertrag sind, ausreichen. Da nicht auf ein modifiziertes, verkleinertes Projekt verwiesen werden darf, beschränkt sich die Zahl der Alternativstandorte insbesondere für große WEA-Projekte [OVG Münster 22 A 1184/18]. Dieser Ansatz erscheint zwar auf den ersten Blick pragmatisch, führt jedoch neben dem Effekt, dass große Projekte gegenüber kleinen begünstigt werden, vor allem dazu, dass in Planungsräumen, die bisher nur wenig ihres Potenzials genutzt haben, noch Alternativen bestehen und somit gerade dort, wo der Windenergieausbau nach dem Willen des Gesetzgebers vorangetrieben werden soll, die beantragten WEA nicht über eine Ausnahme genehmigt werden können.

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 Planungs-

- räumen 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 umgekehrte 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.
 - 4.) Alternativ kann in NRW der Ansatz des OVG Münster angewendet werden und allgemein auf der Ebene von Potenzialbetrachtungen argumentiert werden. Ob dieser Argumentationsweg verbreitet von der Rechtsprechung akzeptiert wird, bleibt abzuwarten.
 - 5.) Darüberhinaus können weitere, ggf. einzelfallspezifische Prüfungen und Argumentationen angewendet werden.

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 Habitschutzrechts (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 [explizit nochmals klargestellt durch OVG Münster 22 A 1184/18]. 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 Bewertung des BfN ist allerdings nicht transparent begründet und muss in Bezug auf Arten mit positivem Entwicklungstrend vor einer Übernahme in konkrete Genehmigungsentscheidungen hinterfragt werden [vgl. OVG Münster 22 A 1184/18].

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 BImSchG-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 Antragstellers besteht (§ 6 Abs. 1 BImSchG). Das fachrechtliche freie Ermessen der „kann-Vorschrift“ wird also durch die gebundene Entscheidung des § 6 Abs. 1 BImSchG („ist/muss-Vorschrift“) verdrängt. Die Prüfung des Erhaltungszustandes und der Alternativen sowie die Interessensabwägung auf der Tatbestandsseite nach § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG ist also nach wie vor - nun unter Berücksichtigung der Gewichtung des § 2 EEG - vorzunehmen, aber eben darüber hinaus kein Entschließungsermessen auf der Rechtsfolgenseite auszuüben, ob bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen eine Ausnahme erteilt wird oder nicht. 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 BNatSchG 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 BNatSchG 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 Populationsebene 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 verringerte 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 Ausnahmevoraussetzungen 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 resultiert einerseits unmittelbar bereits auf der Voraussetzung, dass die Nicht-Verschlechterung auf der Ebene der landes- bzw. bundesweiten Population beurteilt und auf das allgemeine Artenhilfsprogramm anstatt projektbezogenen FCS-Maßnahmen Bezug genommen wird, und steht vermutlich andererseits 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 BNatSchG selbst festgelegt ist und daher eine entsprechende Formulierung im Genehmigungsbescheid lediglich Hinweischarakter 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 BNatSchG 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. (zur erweiterten Anwendung der Zumutbarkeitsregelung im Rahmen der Umsetzung der EU-NotfallVO siehe Teil 2 dieser Arbeitshilfe)

Mit der Regelung sollen primär Abschaltungen über längere Zeiträume vermieden werden, weil Langzeitabschaltungen 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 offensichtlich redaktionelle Fehler sind und die eigentliche Regelungsabsicht klar erkennbar ist. Sie wurden inzwischen größtenteils korrigiert. 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. Ebenso wäre nicht nachvollziehbar, warum bei der Bemessung der Höhe der Artenschutzabgabe für eine erteilte Ausnahme vom Tötungsverbot ggf. durchgeführte Vermeidungsmaßnahmen angerechnet werden dürfen, aber bei einer Ausnahme vom Störungs- und Beschädigungsverbot keine Anrechnung von diesbezüglicher Maßnahmen zulässig wäre.

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 die Abschaltzeit für die 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 Maßstabbildung durch die Behörde möglich ist. Hierbei können insbesondere die aus der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung bekannten Aspekte des finanziellen, arbeitstechnischen und organisatorischen Aufwandes im Verhältnis zu der mit der Maßnahme erzielbaren Wirkung herangezogen werden, aber auch die im öffentlichen Interesse liegenden Aspekte der Funktionssicherung der für die Windenergie ausgewiesenen Flächen und der Verlust an Windstromerzeugung.

§ 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 Verbotsverletzung 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. Da Ertragsverluste durch Abschaltungen durch das EEG-Vergütungssystem z.T. kompensiert werden, die Zahlung einer Artenschutzabgabe aber nicht, kann aus Sicht des Betreibers die Durchführung der Abschaltung wirtschaftlicher sein als die Zahlung einer Artenschutzabgabe.

Fazit für die Verwaltungspraxis:

- 1.) Die „Unzumutbarkeitsregelung“ des § 45b Abs. 6 BNatSchG 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. Wird bei phänologiebedingten Abschaltungen die in Anlage 2 vorgesehene Obergrenze von maximal 6 Wochen eingehalten, dann ist sie bei einem windreichen Standort zumutbar und bei einem Regelstandort ab einem Zeitraum von mehr als 5 Wochen unzumutbar. Die Abschaltungen bei landwirtschaftlichen Ereignissen dürften nur in seltenen Fällen mit einer außergewöhnlich hohen Zahl von betroffenen Flurstücken und zweitägiger Abschaltung eine entsprechende Zeitdauer erreichen. Weitere Hinweise zu Datengrundlagen, rechnerischen Vereinfachungen und überschlägigen Annahmen finden sich in Teil 2 im Zusammenhang mit der Anwendung der Zumutbarkeitschwelle im Rahmen der EU-NotfallVO / § 6 WindBG (neu).
- 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 über-

legen, 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.) Sind mehrere Gegenstand des Genehmigungsantrags, so ist die Zumutbarkeitsprüfung für jede WEA einzeln durchzuführen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass oftmals nur einzelne WEA innerhalb der artspezifischen Prüfradien stehen und nur für diese überhaupt eine Ausnahmeprüfung in Frage kommen kann. Sind verschiedene Maßnahmen, die einen Kostenaufwand erfordern, verschiedenen WEA bzw. WEA-Gruppen zugeordnet, so ist eine Verrechnung der Kosten ebenfalls nur möglich, indem die Kosten auf die jeweils betroffenen WEA verteilt werden, so dass für jede WEA die individuellen Kostenanteile der sie betreffenden Maßnahmen addiert werden (siehe hierzu auch Teil 2 / Berechnungsformeln).
- 5.) 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).
- 6.) 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 vergleichbar der klassischen verwaltungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen.
- 7.) 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 Zahlenspielerei, 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 mitunter fachlich gar nicht wirksam oder zumindest nicht sinnvoll. „Überschießende“ Maßnahmen, die reduziert werden können, ohne dass ein Verbotsverstoß 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 Verbotsverstoß, 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 Rechtsstaatprinzip 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 (sei 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 BImSchG (alt) - 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 48 Monaten 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 BImSchG 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 BImSchG (alt) sowie einige Punkte aus der seinerzeitigen Gesetzesbegründung ins BNatSchG überführt. Da der Prüfumfang explizit unberührt bleibt, führt § 45c BnatSchG 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 BnatSchG lediglich um die Reduzierung von Maßnahmen, indem auf Basis eines anderen Bewertungsansatzes entweder gar kein Verbot verstoß 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. 2 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. 2 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 Verbotverstoß 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, zu den Entwicklungen im EU-Recht siehe Teil 2 dieser Arbeitshilfe).

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 zur Auslegung des unklaren Begriffs der Berücksichtigung der Bestands-WEA als „Vorbelastung“ auch für diese beiden Verbotsarten den Maßstab anwendet, dass sich die Auswirkungen lediglich nicht erhöhen dürfen. Auch in § 45c Abs. 2 BNatSchG besteht zudem die Unklarheit des Begriffs „Schutzmaßnahmen“, d.h. ob die in Nr. 4 genannten „Schutzmaßnahmen“ als Oberbegriff aller artenschutzrechtlichen Maßnahmen zu verstehen sind oder man sich die Berücksichtigung von CEF- und FCS-Maßnahmen ergänzend zu der nicht abschließenden Aufzählung hinzudenken soll, denn es wäre eine kaum zu begründende Ungleichbehandlung, wenn man beim Repowering nur in Bezug auf das Tötungsverbot, nicht aber in Bezug auf das Störungs- und Beschädigungsverbot die Maßnahmen, die für die Bestandsanlage durchgeführt wurden, berücksichtigen sollte.

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 des 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 BNatSchG 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
- $A_{K_{Sa}}$ 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.

Achtung: Die BNetzA hat auf Grund der erheblichen Kostensteigerungen durch Inflation und Finanzierung für das Jahr 2023 den Höchstgebotswert auf 7,35 ct/kWh festgesetzt. Der Rückgriff auf den durchschnittlichen Zuschlagswert der letzten drei Ausschreibungen von 5,85 ct/kWh ist daher nicht mehr sachgerecht (siehe Erläuterungen in Teil 2 / Berechnungsformeln).

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. Grundsätzlich sind Ertragsprognosen mit erheblichen Prognoseunsicherheiten behaftet, die sich durch den Einsatz neuester Anlagentypen mit noch nicht vermessener Leistungskurve weiter erhöhen. Die realen Erträge schwanken mit dem Wetter von Jahr zu Jahr stark. Es stellt sich also die Frage, ob nicht eine allgemeine Einschätzung der Verhältnismäßigkeit an Hand von typischen Erfahrungswerten für den Ertrag ebenfalls ausreichend und zugleich einfacher ist (siehe hierzu auch Erläuterungen in Teil 2 / Berechnungsformeln).

Der auf den Zuschlagswert zur Bestimmung des anzulegenden Wertes AW nach § 36h iVm Anlage 2 EEG anzuwendende Korrekturfaktor bezieht sämtliche technischen und genehmigungsrechtlichen Abschaltungen, also auch artenschutzrechtliche Abschaltungen, mit ein. Dies wäre jedoch jedenfalls in Nr. 2.1 unschlüssig, denn dann würde der prozentuale Verlust auf die falsche Basis, nämlich auf den bereits reduzierten Ertrag bezogen und somit die Zumutbarkeitsschwelle zu klein bestimmt. Welcher Ansatz für AW in den anderen Formeln gewollt ist, ist nicht unmittelbar klar. Es muss daher für jede Formel, in der AW verwendet wird, klargestellt 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_r“ 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_{nte} 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 Bestimmung 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. Am ehesten eignet sich die Ermittlung des Ertragsverlustes durch die Fledermausabschaltung aus dem Ertragsgutachten, das sowieso vorgelegt werden muss.
- $Flst_{Ausr}$ 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.
- $Flst_{Ernte}$ die Anzahl der Flurstücke in einem Umkreis von 250 Metern um den Mastfußmittelpunkt der Windenergieanlage mit Feldfrüchten, auf denen Erntevorgänge erfolgen,
- $Flst_{Mahd}$ die Anzahl der Flurstücke in einem Umkreis von 250 Metern um den Mastfußmittelpunkt der Windenergieanlage mit Grünland, auf denen Mahdvorgänge erfolgen,
- $Flst_{Pflügen}$ 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 Antikollisionssystems 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 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. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Investitionskosten von Maßnahmen, die für mehrere WEA durchgeführt werden, anteilig auf die einzelnen WEA umzulegen sind und die Zumutbarkeitsprüfung dann für die einzelne(n) WEA durchgeführt wird (vgl. auch Anmerkung zu K_{AS})*
- K_{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_{ahd} 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 bestimmungsgemäßigem Betrieb ohne zeitliche Einschränkungen unbeschadet kurzfristiger geringfügiger Abweichungen technisch erbringen kann,
- $P_{\text{flügen}}$ 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 ≤ 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_r 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_{Abs} der prozentuale Anteil der Abschaltungen aufgrund individueller artenschutzfachlicher Schutzmaßnahmen,
- Z_{AHPa} die Höhe des jährlich zu leistenden Beitrags in Euro in ein Artenhilfsprogramm
- Z_{Mo} die monetären Kosten in Euro der individuellen artenschutzfachlichen Schutzmaßnahmen in der Zumutbarkeit,
- Z_{MV} der maximal zumutbare monetäre Verlust in Euro über 20 Jahre,
- Z_{um} 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 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 monetärer Verlust

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

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

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

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

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

$$Z_{Abs} = \frac{[(Flst_{Mahd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte}) + (Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen}) + (Flst_{AusnMahd} \cdot 2 \cdot M_{ahd}) + (Flst_{AusnErnte} \cdot 2 \cdot E_{rnte}) + (Flst_{AusnPflügen} \cdot 2 \cdot P_{flügen}) + P_{häno}] \cdot h \cdot 100\%}{h_a} + Flm_a + AKS_a$$

Unter Berücksichtigung des fachlichen Hintergrunds, dass zwei oder mehr Brutvorkommen im artspezifischen Radius für alle Flurstücke im 250 m-Umfeld eine verlängerte Abschaltung auslösen, sowie der Tatsache, dass Ernte und Pflügen stets dieselben Flurstücke (Acker) betreffen und somit E_{rnte} und $P_{flügen}$ zu $A_{cker} = 1,5$ zusammengefasst werden können, verkürzt sich die Formel:

$$Z_{Abs} = \frac{[(Flst_{Mahd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Acker} \cdot A_{cker})] \cdot h_{Land} + (P_{häno} \cdot h_{Phäno}) \cdot 100\%}{h_a} + Flm_a + AKS_a$$

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 $((Flst_{Mahd} \cdot M_{ahd}) + (Flst_{Ernte} \cdot E_{rnte}) + (Flst_{Pflügen} \cdot P_{flügen})) \cdot h + (Flst_{Ausn} \cdot h)$ 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.

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_{häno}“ 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 insgesamt 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 und es erfolgt keine Zahlung in Artenhilfsprogramme. 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

$$B_{Abs} = \frac{(((F_{lst_{Mahd}} \cdot M_{ahd}) + (F_{lst_{Ernte}} \cdot E_{rnte}) + (F_{lst_{Pflügen}} \cdot P_{flügen})) \cdot h + (F_{lst_{Ausn}} \cdot h) + (P_{h\ddot{a}no} \cdot h)) \cdot \frac{P \cdot VBH}{h_a}}{P \cdot VBH} + Flm_a + AKS_a$$

Werden keine Abschaltungen auf Grund landwirtschaftlicher Bewirtschaftungsereignisse angeordnet, ist $((F_{lst_{Mahd}} \cdot M_{ahd}) + (F_{lst_{Ernte}} \cdot E_{rnte}) + (F_{lst_{Pflügen}} \cdot P_{flügen})) \cdot h + (F_{lst_{Ausn}} \cdot h)$ 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 $(F_{lst_{Mahd}} \cdot M_{ahd})$ oder $(F_{lst_{Ernte}} \cdot E_{rnte})$ oder $(F_{lst_{Pflügen}} \cdot P_{flügen})$

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

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 „F_{lst}“ und „P_{hāno}“ 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 Fl_m_a und AKS_a 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 Zuschlagswertes 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.

TEIL 2: EU-NotfallVO / Umsetzung durch § 6 WindBG (neu)**§ 6 WindBG (neu)****Abs. 1 Verfahrenserleichterungen in Windenergiegebieten**

Wird die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet nach § 2 Nummer 1 beantragt, ist im Genehmigungsverfahren abweichend von den Vorschriften des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung eine Umweltverträglichkeitsprüfung und abweichend von den Vorschriften des § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes eine artenschutzrechtliche Prüfung nicht durchzuführen. Satz 1 ist nur anzuwenden,

1. wenn bei Ausweisung des Windenergiegebietes eine Umweltprüfung nach § 8 des Raumordnungsgesetzes oder § 2 Absatz 4 des Baugesetzbuchs durchgeführt wurde und
2. soweit das Windenergiegebiet nicht in einem Natura 2000-Gebiet, einem Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt.

Die zuständige Behörde hat auf Grundlage vorhandener Daten geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen in den Windenergiegebieten anzuordnen, um die Einhaltung der Vorschriften des § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes zu gewährleisten, sofern die Daten eine ausreichende räumliche Genauigkeit aufweisen und zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag nicht älter als fünf Jahre sind. Minderungsmaßnahmen nach Satz 3 zum Schutz von Fledermäusen hat die Behörde in Form einer Abregelung der Windenergieanlage anzuordnen, die auf Grundlage einer zweijährigen akustischen Erfassung der Fledermausaktivität im Gondelbereich anzupassen ist. Soweit geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen nicht verfügbar oder Daten nicht vorhanden sind, hat der Betreiber eine Zahlung in Geld zu leisten. Die Zahlung ist von der zuständigen Behörde zusammen mit der Genehmigung für die Dauer des Betriebes als jährlich zu leistender Betrag festzusetzen. Die Höhe der Zahlung bemisst sich unter Berücksichtigung der angeordneten Minderungsmaßnahmen nach Art, Schwere und Ausmaß der Beeinträchtigungen, insbesondere der Anzahl und Schutzwürdigkeit der betroffenen Arten und hat zwischen 300 Euro und 7 000 Euro pro Megawatt installierter Leistung zu betragen. Sie ist von dem Betreiber der Windenergieanlage als zweckgebundene Abgabe an den Bund zu leisten.[...] Eine Ausnahme nach § 45 Absatz 7 des Bundesnaturschutzgesetzes ist nicht erforderlich.

Abs. 2 Geltungszeitraum

Absatz 1 ist auf Genehmigungsverfahren anzuwenden, bei denen der Antragsteller den Antrag bis zum Ablauf des 30. Juni 2024 stellt. Der Antragsteller hat bei der Antragstellung nachzuweisen, dass er das Grundstück, auf dem die Windenergieanlage errichtet werden soll, für die Errichtung und den Betrieb vertraglich gesichert hat. Absatz 1 ist auch auf Genehmigungsverfahren anzuwenden, bei denen der Antragsteller den Antrag vor Beginn des Geltungszeitraums der Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien gestellt hat, wenn der Antragsteller dies gegenüber der zuständigen Behörde verlangt. Die Sätze 1 bis 3 sind für das gesamte Genehmigungsverfahren anzuwenden ungeachtet dessen, ob es bis zum Ablauf des 30. Juni 2024 abgeschlossen wird.

Hintergrund und Regelungskonzept:

Zur Überbrückung des Zeitraums bis zur RED IV-Novelle (siehe Teil 3) und zur sofortigen, besonderen Beschleunigung von Genehmigungsverfahren für WEA (und andere EE-Anlagen) hat die EU eine Notfallverordnung (auch Dringlichkeitsverordnung genannt) erlassen, die zum 30.12.22 in Kraft getreten ist und 18 Monate gelten soll [[2022/2577/EU](#)]. Art. 6 dieser Verordnung enthält eine weitergehend simplifizierte Version des in Teil 3 dargestellten Konzeptes der „go-to-Gebiete“. Zur Umsetzung von Art. 6 der VO 2022/2577/EU in deutsches Recht liegt bereits ein [Formulierungsentwurf](#) in Form eines § 6 WindBG (neu) vor, der in das laufende Gesetzgebungsverfahren zur ROG-Änderung eingebracht werden und voraussichtlich Anfang April in Kraft treten soll. Die Sonderregelung des § 6 WindBG (neu) ist ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens (also voraussichtlich Anfang April) anzuwenden. Sie greift dann verpflichtend für alle Anträge in planerisch ausgewiesenen Windenergiegebieten, die seit dem Inkrafttreten der EU-NotfallVO 2022/2577/EU (d.h. dem 30.12.22) gestellt wurden und bis zum 29.06.24 gestellt werden. Bereits vor dem 30.12.22 gestellte Anträge sind nur auf Verlangen des Antragstellers § 6 WindBG (neu) zu unterwerfen. Für den Ablaufstichtag 29.06.24 wird nicht auf die Vollständigkeit des Antrags abgehoben, sondern auf den Nachweis der Verfügbarkeit des Antragsgrundstücks, so dass der zeitliche Geltungsspielraum der EU-NotfallVO maximal ausgedehnt (ggf. sogar überdehnt) wird. Da allerdings geplant ist, dass die EU-NotfallVO nahtlos durch die RED IV-Novelle abgelöst wird oder auch eine Verlängerung der EU-NotfallVO in Erwä-

gung gezogen wird, wird voraussichtlich keine (wesentliche) zeitlich Lücke entstehen; der weitere Ablauf bleibt abzuwarten.

Nach Sonderregelung des Art. 6 der EU-NotfallVO 2022/2577/EU iVm § 6 WindBG (neu) entfällt in allen Windenergiegebieten nach § 2 WindBG (also alle planerischen Ausweisungen für die Windenergie auf Bauleit- und Regionalplanungsebene, ob mit Ausschlusswirkung oder ohne), für die im Planverfahren eine SUP durchgeführt wurde (also in Deutschland Pläne ab etwa dem Jahr 2004 als der Umsetzungsfrist der SUP-Richtlinie 2001/42/EG) und die nicht in Nationalparks, Natura2000- oder Naturschutzgebieten liegen, das Erfordernis zur Durchführung einer UVP und Artenschutzprüfung. Stattdessen hat die Behörde geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen anzuordnen, sofern ausreichend räumlich präzise und aktuelle Daten über Vogelvorkommen vorhanden sind. Liegen keine ausreichend räumlich genauen und aktuellen Kartierungsdaten vor oder sind keine geeigneten und verhältnismäßigen Maßnahmen verfügbar, ist eine Zahlung in Artenhilfsprogramme zu leisten. Klargestellt wird zudem explizit, dass jedenfalls keine Kartierungen und - auch bei Beschränkung der Maßnahmen auf das zumutbare Maß und bei Übergang von konkreten, projektbezogenen Maßnahmen zur Artenschutzabgabe - keine Ausnahmeprüfungen erforderlich sind, so dass auch keine Prüfung auf Alternativlosigkeit und Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustandes erforderlich ist. Eine Versagung von WEA auf Grund des Artenschutzes ist daher im räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich der EU-NotfallVO / § 6 WindBG (neu) nicht möglich, da auch wenn ein Verbotstoß feststeht, der nicht mit Maßnahmen vermieden werden kann bzw. nicht vermieden wird und für den nach regulärem Recht ggf. keine Ausnahme erteilt werden könnte, nach der europa- und bundesrechtlich übereinstimmenden Sonderregelung die Zahlung in ein Artenhilfsprogramm ausreicht. Die Zahlungspflicht und die Höhe der Abgabe sind in der BImSchG-Genehmigung festzusetzen und die Zahlung an den Bund zu leisten. Der Bund besitzt eine Verordnungsermächtigung zur detaillierten Regelung der Artenschutzabgabe; bis zum Erlass einer solchen Verordnung bleibt Raum für die Präzisierung durch Länderleitfäden innerhalb des gesetzlich gesteckten Rahmens. Eine eventuell fehlerhaft bemessene Artenschutzabgabe dürfte wenig Auswirkungen auf die Rechtssicherheit der erteilten Genehmigung haben, da bereits zweifelhaft ist, ob sie Genehmigungsvoraussetzung oder lediglich Folge der Genehmigungserteilung ist, aber jedenfalls bei einer abweichenden Betragsbemessung durch die Gerichte im Klageverfahren jederzeit korrigiert werden kann.

Mit dieser Regelung löst der Gesetzgeber den einjährigen Vorlauf für Vogelkartierungen sowie ggf. zusätzlicher Wartezeiten auf Grund fehlender Gutachterkapazitäten auf. Die materiellen Artenschutzanforderungen entfallen nicht, sondern sie werden auf andere Art und Weise, vergleichbar dem System bei der Eingriffskompensation nach §§ 15 ff BNatSchG als Kombination von projektgebundenen und über Abgabezahlungen unterstützte übergeordnet konzipierte programmatische Maßnahmen erfüllt. Dies ist europarechtlich durch Art. 6 der EU-NotfallVO gedeckt. Diese neue Systematik wird zu einer kurzfristigen Erhöhung des Antragsaufkommens führen. Allerdings ist die Prüfung nach § 6 WindBG (neu) keine eingespielte Verwaltungspraxis, so dass im Folgenden einige erste Hinweise zur Umsetzung in der Praxis skizziert werden, die den Zeitraum bis zur Regelungen in Länderleitfäden oder der o.g. Verordnung überbrücken helfen.

Vorfrage: rechtlicher Status des für die Windenergie ausgewiesenen Gebiets

Weder die EU-NotfallVO noch § 6 iVm § 2 WindBG fordert, dass es sich um einen Plan mit (wirksamer) Ausschlusswirkung handelt. Auch reine Positivausweisungen wie z.B. Vorranggebiete in Regionalplänen fallen in den Anwendungsbereich des § 6 WindBG. Hierzu gehören auch alle Plänen, bei denen gemäß der Tenorierungsentscheidung des BVerwG nicht der gesamte Plan, sondern nur die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für unwirksam erklärt wurde, so dass die ausgewiesenen Flächen als reine Positivausweisung verbleiben. In älteren Gerichtsentscheidungen wurde allerdings oftmals der Plan insgesamt für rechtswidrig erklärt. Neben der Tenorierung ist zudem danach zu unterscheiden, ob es sich um eine prinzipale Normkontrollklage nach § 47 VwGO handelt, die sich unmittelbar auf den rechtlichen Status auswirkt und allgemeinverbindlich wirkt oder aber lediglich um eine inzidente Gerichtsentscheidung im Rahmen einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer BImSchG-Genehmigung, die den Plan als solchen unangetastet lässt, so dass auch hier die ausgewiesenen Flächen (zumindest als Positivausweisung) formal weiter Bestand haben. Gleiches gilt im Fall einer behördlichen Nichtanwendung des Plans, auch diese betrifft ausschließlich die Ausschlusswirkung, nicht die Ausweisung der Fläche für die Windenergie. Es ist daher kein Widerspruch, wenn eine Behörde zwar die Ausschlusswirkung eines Plans nicht anwendet, aber in den ausgewiesenen Zonen § 6 WindBG anwendet. Hat ein Planungsträger den Plan formal aufgehoben, bestehen keine Windenergiegebiete mehr. Die Prüfung des Status der ausgewiesenen Flächen eines Plans kann im Einzelfall komplex sein. In Bundesländern, in denen die planerische Steuerung bisher auf Regionalplanebene stattgefunden hat, so dass es nur wenige Pläne gibt, wäre es daher für die Verwaltungspraxis hilfreich, wenn das Bundesland eine Einordnung der in den Plänen ausgewiesenen Flächen in Hinsicht auf § 2 WindBG (und damit auch in Hinsicht auf § 6 WindBG) offiziell zentral vornehmen würde.

1. vom Antragsteller vorgesehene Maßnahmen

§ 6 WindBG (neu) formuliert zwar, dass die Behörde Maßnahmen anzuordnen hat, die verhältnismäßig sein müssen. Antragsteller sind aber nicht daran hindert, in ihrem Antrag ein Maßnahmenkonzept vorzuschlagen, das auch über die Zumutbarkeitsgrenze des § 45b Abs. 6 BNatSchG hinausgehen kann. Verstößt die WEA mit dem vorgesehenen Maßnahmenpaket nicht gegen die artenschutzrechtlichen Verbote (reguläres Recht), ist sie auch weiterhin genehmigungsfähig und kann nicht durch das als Erleichterung eingesetzte Sonderrecht des § 6 WindBG (neu) verboten sein (vgl. auch § 45b Abs. 6 Satz 5 BNatSchG). In Fällen, in denen eine Kartierung durchgeführt wurde und bereits ein Maßnahmenkonzept ausgeplant wurde, kann dieses Vorgehen im Einzelfall nicht nur schneller sondern auch kostengünstiger für den Antragsteller sein. Auch wenn keine ausreichend räumlich präzisen Daten vorliegen, kann ggf. die Durchführung von Abschaltmaßnahmen (nicht von Flächenmaßnahmen) im Sinne eines worst-case-Ansatzes für den Antragsteller wirtschaftlich günstiger als eine Artenschutzabgabe sein, da die Stromertragsverluste z.T. durch das EEG-Vergütungssystem ausgeglichen werden, die Zahlung in das Artenhilfsprogramm jedoch nicht. So kann die Vornahme einer Fledermausabschaltung und einer Abschaltung bei landwirtschaftlichen Ereignissen durchaus eine geringere tatsächliche finanzielle Belastung darstellen als eine Artenschutzabgabe im mittleren Bereich des vorgesehenen Rahmens. (An dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, dass die Zumutbarkeitsberechnung nach Anlage 2 des BNatSchG nicht den tatsächlichen monetären Verlust abbildet, sondern auf Grund des Außerachtlassens des Vergütungsmechanismus des EEG eine fiktive Belastung als Maßstab heranzieht. Der monetäre Verlust von 6% nach Anlage 2 entspricht je nach Standortgüte nur einem realen monetären Verlust zwischen ca. 1-3%).

Nach § 6 WindBG (neu) ist der Antragsteller aber nicht mehr dazu verpflichtet, eine Artenschutzprüfung oder ein Maßnahmenkonzept vorzulegen, die Behörde kann dies nicht mehr verlangen. Wird kein Maßnahmenkonzept durch den Antragsteller vorgeschlagen oder ist dies unzureichend, prüft und ordnet die Behörde geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen oder die Zahlung einer Artenschutzabgabe gemäß den folgenden Prüfschritten an.

2. vorhandene Daten

a) betriebsbedingte Auswirkungen auf Vögel

Mit dem Bezug auf räumlich ausreichend genaue Daten, die nicht älter als 5 Jahre sind, greift § 6 WindBG die Anforderungen an eine Datenlage auf, die eine Bestimmung der erforderlichen Artenschutzmaßnahmen nach dem regulären Beurteilungssystem der artenschutzrechtlichen Verbote erlauben. Für betriebsbedingte Auswirkungen ist dazu in Bezug auf das betriebsbedingte Tötungsverbot bei Brutvögeln § 45b Abs. 2-5 BNatSchG anzuwenden, in Bezug auf die anderen betriebsbedingten Verbotstatbestände auf die einschlägigen Länderleitfäden oder den allgemeinen fachlichen Erkenntnisstand zurückzugreifen. Für diese reguläre abstandsorientierte Bewertung von Vögeln ist daher eine genaue Verortung von Brut- oder Rastplätzen bzw. Fortpflanzungs- und Ruhestätte erforderlich. Eine derartige präzise Datenlage wird für die Projekte gegeben sein, für die bereits eine Kartierung nach regulärem Recht durchgeführt wurde oder wenn entsprechende Daten aus vorlaufenden Projekten oder Planverfahren vorliegen, die noch ausreichend aktuell sind. Hierauf kann dann auch der Antragsteller ein eigenes Maßnahmenkonzept stützen, wenn er dies möchte (s.o. Nr. 1). Der Gesetzgeber erkennt darüber hinaus grundsätzlich auch Daten der einschlägigen Fachdatenbanken bei den Naturschutzbehörden und den Landesumweltämtern, Biologischen Stationen u.ä. qualitätsgesicherten Daten als nutzbare Datengrundlagen an. In NRW existiert z.B. das zentral beim LANUV geführte Fundortkataster, das über das Informationssystem @linfos verfügbar ist; bei anderen Landesumweltämtern gibt es vergleichbare Datensammlungen. Diese Daten sind allerdings über einen längeren Zeitraum zusammengetragen worden und indizieren meist nur räumlich unpräzise Vorkommen einer bestimmten Art in einem größeren Gebiet wie z.B. einem Messtischblattquadranten. Mit derartig abstrakteren Daten kann also der Abstand zwischen Brut- oder Rastplatz bzw. Fortpflanzungs- und Ruhestätte und der geplanten WEA nicht genau bestimmt und somit im abstandsorientierten System keine eindeutige Entscheidung über das Erfordernis von Maßnahmen getroffen werden, so dass stattdessen unmittelbar zur Entscheidung und Bemessung einer Artenschutzabgabe überzugehen ist - die Gesetzesbegründung stellt explizit klar, dass keine (Nach-)Kartierungen erforderlich sind. Sofern die v.g. Datenquellen im Einzelfall ausreichend präzise und aktuell sind, was insbesondere bei sehr seltenen Arten oder Arten mit hoher regionale Bedeutung der Fall ist, die behördlich oder durch den ehrenamtlichen Naturschutz systematisch beobachtet und erfasst werden (siehe z.B. Artenschutzleitfäden Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Baden-Württemberg) können konkrete Maßnahmenforderungen auf sie gestützt werden.

b) betriebsbedingte Auswirkungen auf Fledermäuse

In Bezug auf Fledermäuse ist es bereits heute im regulären Bewertungsregime vielfach geübte Praxis, im Rahmen des Genehmigungsverfahrens als worst case-Ansatz vom Vorhandensein relevanter Fledermausaktivitäten auszugehen und ohne Vornahme von Kartierungen und Gutachten unmittelbar Abschaltzeiten

vorzusehen, die dann in den ersten Betriebsjahren durch ein Gondelmonitoring an das reale Aktivitätsgeschehen angepasst werden. § 6 WindBG (neu) lehnt sich an dieses Vorgehen an, indem die Behörde unter Heranziehung der vorhandenen Daten darüber entscheidet, ob derartige Abschaltungen indiziert sind.

c) baubedingte Auswirkungen auf planungsrelevante Arten

Eine Zwischenstellung nimmt die Prüfung von möglichen baubedingten Verbotverstößen wie z.B. das Abräumen von Nestern von Bodenbrütern oder das Fällen von Horst- oder Quartierbäumen ein, wovon neben Vögeln und Fledermäusen ggf. auch weitere planungsrelevante Arten betroffen sein können. Diese werden einerseits bereits durch die Projektplanung vermieden, indem kleinräumige, wertvolle Habitate nicht überbaut und nach Möglichkeit Gehölzeingriffe vermieden werden. Weitere nicht genau zu verortende und zu prognostizierende Beeinträchtigungen werden auch im regulären Beurteilungssystem zumeist nur an Hand der allgemein auf Basis der einschlägigen Fachdatenbanken erwarteten Artvorkommen abgeschätzt und üblicherweise durch eine ökologische Baubegleitung und Bauzeitbeschränkungen abgedeckt, so dass über diese Maßnahmen auch im Anwendungsbereich von § 6 WindBG idR ausreichend entschieden werden kann. Mit Blick auf die Zielsetzung der Ausbaubeschleunigung sollte dabei die ökologische Baubegleitung, mit der sich Bauzeitbeschränkungen für die Aufbauarbeiten der WEA weitgehend vermeiden lassen, bevorzugt angewendet werden. Auch in den Fällen, in denen im regulären Beurteilungssystem spezifische Datenerhebungen erfolgen würden, sind diese im Anwendungsbereich des § 6 WindBG (neu) nicht durchzuführen, da dieser allumfassend für alle Verbotstatbestände und alle Tierarten die vorhandene Datenlage ausreichen lässt und Kartierungen ausschließt. Verbleiben also ggf. baubedingte Wirkungen, hinsichtlich derer auf Basis der vorhandenen Datengrundlage nach den regulären Beurteilungsmaßstäben nicht über das Erfordernis von Maßnahmen entschieden werden kann, so ist auch in dieser Hinsicht unmittelbar zur Artenschutzabgabe überzugehen.

3. Eignung und Verfügbarkeit

Können also nach den v.g. Maßstäben auf Basis der vorhandenen Daten erforderliche Maßnahmen bestimmt werden, so sind diese in einem zweiten Schritt auf ihre Eignung und Verfügbarkeit zu prüfen. Hierbei gilt wiederum, dass wenn es sich um ein Projekt handelt, dessen Planungsstand nach dem regulären Recht entsprechend fortgeschritten ist, auch bereits nach dem regulären Recht ausgeplante Maßnahmen vorliegen, d.h. geeignet und verfügbar sind (vgl. oben Nr. 1). Liegen aus der Projektplanung oder den der Behörde vorliegenden Daten exakte, aktuelle Kartierungsdaten vor, aber wurde durch das WEA-Projekt noch keine Maßnahmenplanung vorgenommen, können zwar geeignete Maßnahmen bestimmt werden. Sofern es sich dabei um Flächenmaßnahmen handelt (also Ablenkflächen, Ersatzhabitate u.ä.), fehlt es aber an der Verfügbarkeit der Flächen und damit der Maßnahmen. Mit Blick auf die Beschleunigung als zentrales Ziel der Regelung ist hier sicherlich nicht die Forderung einer Flächenbeschaffung und Ausplanung von Maßnahmen (die üblicherweise einen mehrmonatigen Zeitraum mit anschließenden Abstimmungsprozessen mit ungewissen Erfolgsaussichten beanspruchen) beabsichtigt. Abschaltungen, ökologische Baubegleitung, unattraktive Turmfußgestaltung o.ä. sind hingegen stets verfügbar. Maßnahmen, deren Konzipierung an die exakte räumliche Lage von Brutplätzen im Verhältnis zu den WEA gebunden sind - also insbesondere die Anlage von Ablenkflächen in der von den WEA abgewandten Richtung - scheiden als „geeignete“ Maßnahme aus, wenn keine ausreichend räumlich präzisen Daten vorliegen, was umgekehrt wiederum die o.g. Aussagen zur Eignung verschiedener Datensätze zur Maßnahmenbestimmung bestätigt. Im Ergebnis wird sich also die Maßnahmenfestsetzung nach § 6 WindBG (neu) weniger auf Flächenmaßnahmen sondern primär auf betriebliche und organisatorische Maßnahmen fokussieren.

4. Verhältnismäßigkeit und Bemessung der Artenschutzabgabe

a) Zusammenspiel von Zumutbarkeitsschwelle und Bemessungssatz der Artenschutzabgabe

Für die Frage der Verhältnismäßigkeit etwaiger Maßnahmen kann unmittelbar aus dem Gesetzestext heraus der finanzielle Rahmen der ersatzweise zu zahlenden Artenschutzabgabe als Orientierung herangezogen werden, denn unterstellt, die Datenlage ließe keinerlei Maßnahmenanordnung zu, stellt der Rahmen der Artenschutzabgabe das Maß an finanzieller Belastung dar, das der Gesetzgeber als angemessen zur Abdeckung sämtlicher artenschutzrechtlicher Belange ansieht. Die Artenschutzabgabe bemisst nach Art, Ausmaß und Schwere der Beeinträchtigungen, insbesondere der Zahl und der Schutzwürdigkeit der betroffenen Arten, in einem Rahmen von 300 bis 7000 €/MW·a. Diese Bemessung kommt also im Gegensatz zur problematischen Zumutbarkeitsschwelle nach § 45b Abs. 6 BNatSchG ohne eine Prognose des Strom- und finanziellen Ertrags aus und orientiert sich am Verhältnis zur Höhe der getätigten Investition, wie es auch ein gebräuchlicher Ansatz in der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist. Nach den aktuellen [Kostenerhebungen](#) zum Erfahrungsbericht des EEG entspricht ein Satz von 3500 €/MW·a ca. 5% der Investitionskosten einer WEA.

Zur Abschätzung des Ausmaßes der Beeinträchtigung kann auf Daten der o.g. einschlägigen Fachdatenbanken u.ä. qualitätsgesicherten Daten zurückgegriffen werden. Diese Daten sind zwar oftmals nicht ausreichend räumlich genau und aktuell, um eine Maßnahmenentscheidung und -planung nach dem üblichen abstandsbasierendem System vornehmen zu können (s.o.), sie bieten aber wie im Entwurf der Gesetzesbegründung angesprochen ausreichende Hinweise auf das im Gebiet vorhandene Arteninventar und somit eine geeignete Bemessungsgrundlage für die Artenschutzabgabe. Nach dem Entwurf der Gesetzesbegründung ist bei nicht vorhandenen Daten - hiermit muss dann folgerichtig das Fehlen jeglicher Daten, also sowohl konkreter Kartierungsdaten als auch qualitätsgesicherter Daten in Fachdatenbanken o.ä. gemeint sein - ein Sockelbetrag im unteren Bereich des v.g. Rahmens anzusetzen. Mit diesem Ansatz regelt der Gesetzgeber die rein rechtliche Frage, zu wessen Lasten ein Informationsdefizit gehen soll; hier soll demnach der Fall fehlender Daten nicht zu Lasten des Betreibers gehen und damit kein worst-case-Ansatz, d.h. keine Artenschutzabgabe im oberen Bereich gewählt werden. Der Fall komplett fehlender Daten dürfte auf Grund der flächendeckend vorhandenen o.g. Fachdatenbanken in aller Regel nicht auftreten und daher wenig praxisrelevant sein. Für einen Standort mit durchschnittlichem Artvorkommen und durchschnittlichen Auswirkungen ist nach den allgemeinen Regeln für Kostenrahmen ein Wert im mittleren Bereich, d.h. im Bereich 2533 - 4766 €/MW·a zu wählen.

Die Gesetzesbegründung verweist darüber hinaus auf die Zumutbarkeitsregelung des § 45b Abs. 6 Satz 2 BNatSchG. Somit kommen (im Gegensatz zum sehr engen originären Anwendungsbereich des § 45b Abs. 6 Satz 2 BNatSchG) nun einerseits die Zweifelsfragen der Zumutbarkeitsregelung (siehe Teil 1) in die relevante, alltägliche Verwaltungspraxis. Andererseits entsteht ein Wertungskonflikt, da die Zumutbarkeitschwelle erheblich höher liegt als die Artenschutzabgabe: Für einen nach heutigen Maßstäben unterdurchschnittlich ertragsstarken WEA-Typ (2500 Volllaststunden am 100%-Referenzstandort) an einem wind schwachen Standort der Güteklasse 50%, beträgt die - von den Artvorkommen unabhängige, also auch bei unkritischen, geringen Artvorkommen anzusetzende - Zumutbarkeitsschwelle von 6% des jährlichen Ertrags bei dem mengengewichteten Zuschlagswert aus dem Jahr 2022 von 5,88 ct/kWh bereits 6835 €/MW·a und entspricht somit der oberen Grenze des Bemessungsrahmens der Artenschutzabgabe, die nur bei außergewöhnlich kritischen Artvorkommen und besonders umfangreichen und schwerwiegenden Auswirkungen anzusetzen ist. Für ein typisches durchschnittliches Projekt (WEA-Typ mit 2800 Volllaststunden am 100%-Referenzstandort, das an einem Standort der Güteklasse 80% errichtet wird) liegt die Zumutbarkeitsgrenze bereits bei 9167 €/MW·a und steigt für einen ertragsstarken WEA-Typ mit 3000 Volllaststunden, der an einem windreichen 100%-Standort errichtet wird, so dass eine Zumutbarkeitsschwelle von 8% gilt, auf 14112 €/MW·a an. Die BNetzA hat den Höchstgebotswert für das Jahr 2023 auf 7,35 ct/kWh festgesetzt, wodurch die Zumutbarkeitsschwelle von 6% des finanziellen Ertrags und somit die Diskrepanz zur Artenschutzabgabe nach § 6 WindBG (neu) nochmals erheblich ansteigt.

Nach dem Entwurf der Gesetzesbegründung sind Kosten und Ertragsausfälle, die durch angeordnete Maßnahmen entstehen, auf die Zahlung der Artenschutzabgabe anzurechnen. Im Gegensatz zur regulären Anwendung der Anlage 2 iVm § 45b Abs. 6 BNatSchG, bei der fraglich ist, welche Maßnahmen auf die Zumutbarkeitsschwelle und die Artenschutzabgabe angerechnet werden dürfen, gilt also im Anwendungsbereich der Sonderregelung des § 6 WindBG, der ja die gesamte Artenschutzprüfung und somit alle Verbotsarten in Bezug auf alle Tiere sowohl in der Bau- als auch der Betriebsphase umfasst, nun unzweifelhaft, dass die Summe aller Artenschutzmaßnahmen auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen und ggf. auf die Artenschutzabgabe anzurechnen ist. An Hand der o.g. beispielhaft berechneten Zahlen wird deutlich, dass jedenfalls bei Ausschöpfen der Zumutbarkeitsgrenze keinerlei Zahlung in das Artenhilfsprogramm mehr erfolgt.

b) Fledermausabschaltung

Aus dem Regelansatz der Anlage 2 des BNatSchG von 2,5% Energieertragsverlust für die in § 6 WindBG konkret genannte Fledermausabschaltung ergeben sich für die drei o.g. Fallbeispiele bei einem Zuschlagswert von 5,88 ct/kWh Ertragsverluste von 2848 €/MW·a, 3820 €/MW·a und 4410 €/MW·a bzw. bei Ansatz von 7,35 ct/kWh von 3560 €/MW·a, 4774 €/MW·a und 5512 €/MW·a. D.h. in üblichen Fallgestaltungen an Standorten mit durchschnittlichem Arteninventar und somit Bemessung der Artenschutzabgabe im mittleren Bereich des Rahmens wird bereits die Anordnung der Fledermausabschaltung dazu führen, dass keine Zahlung in das Artenhilfsprogramm gefordert werden kann. Standorten mit besonders kritischem Arteninventar kann aber noch durch zusätzliche Zahlungen in die Artenschutzabgabe Rechnung getragen werden; ebenso liegt es in der Entscheidung der Behörde, ob und inwieweit sie eine Fledermausabschaltung am konkreten Standort als prioritär einstuft oder diese gegenüber einem (höheren) Beitrag in die Artenhilfsprogramme zu Gunsten von anderen Arten zurückstellt. An den v.g. Beispielzahlen zeigt sich ebenfalls die Inkompatibilität der als Prozentsatz des Ertrags bemessenen Zumutbarkeitsschwelle und des als Geldbetrag in Bezug auf die installierte Leistung festgelegten Bemessungssatzes der Artenschutzabgabe, denn von dem ertragsarmen Standort könnte nach Abzug der Fledermausabschaltung noch eine höhere Arten-

schutzabgabe gefordert werden als von dem ertragsstarken Standort. In der Gesetzesbegründung wird hierzu als Korrektiv die Berücksichtigung der Windhöffigkeit des Standortes eingesetzt.

c) weitere Abschaltmaßnahmen

Werden eine Fledermausabschaltung und darüber hinaus weitere Maßnahmen oder aber andere Maßnahmenkombinationen gefordert, müssen diese jedenfalls unabhängig von der Frage der Artenschutzabgabe am Maßstab der Zumutbarkeitsregelung des § 45b Abs. 6 iVm Anlage 2 des BNatSchG gemessen werden. Die Belastung durch Abschaltung bei landwirtschaftlichen Ereignissen sowie eine phänologiebedingte Abschaltung können nach der in Anlage 2 des BNatSchG vorgesehenen vereinfachten Prüfung, die nach Formel Nr. 2.2 allein auf dem Prozentanteil der Abschaltungsstunden an den Stunden eines Jahres basiert und somit keine Ertragsprognose benötigt, berechnet und ggf. zu dem Verlust von 2,5% der Fledermausabschaltung addiert werden. Hierbei dürften sich landwirtschaftliche Abschaltungen in der Ackerflur in üblichen Konstellationen auch in Addition zur Fledermausabschaltung als zumutbar erweisen; landwirtschaftliche Abschaltungen im Bereich von Grünland oder mit 28-stündiger Abschaltung oder phänologiebedingter Abschaltungen müssen ggf. beschränkt werden, um die Grenze von 6% allein oder in Summe mit einer Fledermausabschaltung einzuhalten. Die erforderliche zeitliche Beschränkung lässt sich leicht mit der Formel der Nr. 2.2 der Anlage 2 des BNatSchG ausrechnen.

d) mit Aufwendungen verbundene Maßnahmen (Flächenmaßnahmen, ökologischen Baubegleitung)

Für Maßnahmen, die sich nicht als Ertragsverlust, sondern als zu erbringende Aufwendung darstellen, sollte (wie üblich bei Verhältnismäßigkeitsprüfungen) zur Vereinfachung und Gleichbehandlung auf standardisierte Beträge zurückgegriffen werden, so dass Kostenaufstellungen oder Nachweise des WEA-Betreibers entbehrlich sind und es nicht zu verzerrten Entscheidungen durch starke Preisspannen kommt.

Für die ökologische Baubegleitung können übliche Stundensätze iVm mit einer Einschätzung des Stundenaufwandes je nach der genauen Forderung des Aufgabenumfanges herangezogen werden. Für die ökologische Baubegleitung kann nach allgemeiner Erfahrung sicher von Beträgen < 100.000 € (realistisch wahrscheinlich < 50.000 €) ausgegangen werden, was umgerechnet auf den nach Anlage 2 des BNatSchG maßgeblichen Zeitraum von 20 Jahren einem Betrag von < 5.000 €/a entspricht. Ein solcher Betrag dürfte nur bei Einzel-WEA an sehr ertragsschwachen Standorten in den Bereich von 1% des finanziellen Ertrags heranreichen, und liegt bei allen anderen Projekten deutlich darunter und dürfte bereits durch den Selbstbehalt (K_{AS}) von 17.000 €/MW nach Anlage 2 des BNatSchG abgedeckt sein, so dass eine ökologische Baubegleitung ohne nähere Prüfung auch in Ergänzung zu Fledermaus- und (begrenzten, verhältnismäßigen) Vogelabschaltungen als zumutbar eingestuft werden kann. Die Kosten für eine ökologische Baubegleitung liegen offensichtlich im Bereich der Unsicherheiten, mit denen Windenergie-Ertragsprognosen behaftet sind, sowie der ohnehin nur groben und mit Zweifelsfragen verbundenen Berechnung der monetären Belastung durch die Formelsätze der Anlage 2 des BNatSchG, so dass die Forderung einer projektspezifischen Ertragsprognose nur zur Beurteilung der ökologischen Baubegleitung unverhältnismäßig wäre, weil sie keinen Genauigkeitsgewinn der Entscheidung über die Zumutbarkeit erzielt.

Bei Flächenmaßnahmen kann zur Kostenschätzung auf die von der jeweiligen Naturschutzbehörde üblicherweise angesetzten Sätze (€/m²) für Ersatzgeldzahlungen nach § 15 Abs. 6 BNatSchG zurückgegriffen werden. Die nach den Vorgaben der Länderleitfäden oder der Naturschutzbehörden geforderten Flächengrößen und darauf durchzuführenden Maßnahmen sowie die Flächenbeschaffungspreise variieren regional sehr stark. Hinzu kommt die Frage, wie viele WEA eines Windprojektes das Erfordernis einer Flächenmaßnahme auslösen und somit auf wie viele WEA die Kosten rechnerisch verteilt werden, denn im abstandsbaasierten System unterliegen nur die WEA eines Projekts der Maßnahmenpflicht, die die Abstände zu einem konkreten Vogelvorkommen unterschreiten. Wie oben dargestellt, werden Flächenmaßnahmen auf Grund der Kriterien der Geeignetheit und der Verfügbarkeit im Anwendungsbereich des § 6 WindBG eher seltener zum Einsatz kommen. Nach Abzug der Belastung durch die Fledermausabschaltung verbleibt noch eine zulässige Belastung von 3,5% des Ertrags, die bei Anordnung von Abschaltungen für Vögel (sowie ökologischer Baubegleitung) in vielen Fällen bereits aufgezehrt sein wird, so dass auch deshalb wenig Raum für Flächenmaßnahmen verbleiben wird - es sein denn, sie werden von der Behörde gegenüber den dann entfallenden Abschaltmaßnahmen priorisiert. Steht in Einzelfällen trotz all dem die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Flächenmaßnahmen an, so sollten zunächst die Kosten der Maßnahme bestimmt werden. Können diese Kosten an Hand der o.g. typischen Fallbeispiele für ertragsarme bzw. ertragsstarke Projekte schon als eindeutig verhältnismäßig oder aber unverhältnismäßig eingestuft werden, erübrigt sich die Forderung einer genauen Ertragsprognose für das konkrete WEA-Projekt. Mit einem derartig gestuften Vorgehen kann der Aufwand für die Erstellung einer Ertragsprognose und die detaillierte Prüfung nach Anlage 2 auf wenige Fälle beschränkt werden.

e) Fazit

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass auf Grund der nicht durchgehend schlüssig aufeinander abgestimmten rechnerischen Bestimmungen der Zumutbarkeitsgrenze des § 45b Abs. 6 iVm mit Anlage 2 BNatSchG und der Artenschutzabgabe des § 6 WindBG sowie der grundsätzlich mit Ertrags- und Ertragsausfallprognosen und Kostenschätzungen verbundenen Unsicherheiten die zahlenmäßigen Kriterien wie in der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung als Orientierung, aber nicht als exakte Berechnung für die geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung angewendet werden sollten. Ein derartiges Vorgehen entspricht auch dem Ziel der Sonderregelung des § 6 WindBG, die eine vereinfachte, abstrahierte Prüfung ausreichen lässt, um einen Beschleunigungseffekt zu erzielen und sicherlich nicht Aufwand und Diskussionen um Artenschutzprüfungen durch Aufwand und Diskussionen um exakte Ertragsprognosen und Kostenrechnungen ersetzen wollte. Sofern keine Ertragsprognose durch den Antragsteller vorgelegt wird, kann die Behörde an Hand allgemeiner Erfahrungswerte sowie ggf. vorhandenen, qualifizierten Tools zur überschlägigen Ertragsprognose (siehe Verweise unter Nr. 5 Berechnungsformeln) überschlägig den zu erwartenden Ertrag abschätzen. Ein Maßnahmenpaket aus Fledermausabschaltung, ereignis- oder begrenzter phänologiebedingter Abschaltung für Vögel und ökologischer Baubegleitung kann nach den dargestellten Überlegungen in der Regel für einen breiten Bereich der Projekte auch ohne Vorlage einer projektspezifischen Ertragsprognose als verhältnismäßig eingestuft werden und deckt wesentliche Aspekte des projektbezogenen Artenschutzes ab. An Standorten mit durchschnittlichen Artvorkommen verbleibt dann folgerichtig keine Artenschutzabgabe mehr, während an besonders kritischen Standorten ggf. noch ergänzende Zahlungen möglich sind. Die Behörden haben die Möglichkeit, sowohl bei der summarischen Verhältnismäßigkeitsprüfung verschiedene Maßnahmen untereinander zu gewichten und die wichtigsten und wirksamsten Maßnahmen zu priorisieren als auch zu entscheiden, ob eher projektbezogene oder programmatische Maßnahmen über die Artenhilfsprogramme für die konkret betroffenen Arten effektiver sind.

Für die kurzfristige Anwendung kann also aus der Gesetzeslage eine praktikable Vorgehensweise für die Verwaltungspraxis abgeleitet werden. Langfristig wären weitergehend und solide ausgearbeitete Vorschriften durch untergesetzliches Regelwerk, für das sowohl in Bezug auf die Zumutbarkeitsregelung als auch die Artenschutzabgabe Verordnungsermächtigungen bestehen, wünschenswert und hilfreich, die optimalerweise mit Umsetzung der RED IV als dauerhaftes, konsistentes Regelungsregime fertiggestellt sein sollten.

5. Berechnungsformeln

Grundlage: Umrechnung der Zumutbarkeitsschwelle nach § 45b Abs. 6 iVm Anlage 2 BNatSchG in äquivalente Artenschutzabgabe nach § 6 WindBG
Hinweise zu Datenquellen und Überschlagsmöglichkeiten

$$P \cdot A = P \cdot \underbrace{VBH \cdot AW \cdot Z_{um}}_{\text{Gl. 0}}$$

= Artenschutzabgabe nach § 6 WindBG = jährlicher maximal zumutbarer Verlust nach Nr. 2.1 der Anlage 2 des BNatSchG

$$\Rightarrow A = \underbrace{Gf \cdot VBH_{100}}_{= VBH} \cdot \underbrace{Kf \cdot DMW}_{= AW} \cdot Z_{um}$$

= jährliche Vergütungssumme pro MW installierte Leistung

mit

P = Nennleistung der WEA in MW

A = Bemessungssatz der Artenschutzabgabe nach § 6 WindBG in €/MW·a

VBH = Vollbenutzungsstunden des WEA-Typs am konkreten Standort (ggf. als Erfahrungswert abschätzen*)

VBH₁₀₀ = Vollbenutzungsstunden am 100%-Referenzstandort (abzuleiten aus [Referenzertrag](#) des WEA-Typs)

AW = anzulegender Wert nach § 36h EEG in €/MWh

Z_{um} = relative Zumutbarkeitsschwelle (= Prozentsatz : 100)

Gf = relativer Gütefaktor des konkreten Standortes nach § 36h EEG (= Prozentsatz : 100) (ggf. als Erfahrungswert abschätzen*)

Kf = Korrekturfaktor nach § 36h EEG

DMW = durchschnittlicher mengengewichteter Zuschlagswert der vergangenen drei Ausschreibungen in €/MWh

Hinweise: Der DMW der einzelnen Ausschreibungsrunden findet sich auf der Internetseite der BNetzA [„beendete Ausschreibungen / Statistik“](#). Der DMW der letzten drei Ausschreibungsrunden im Jahr 2022 betrug 5,87 ct/kWh, 5,84 ct/kWh und 5,85 ct/kWh. Dies zeigt, dass der DMW auf Grund der durchgehenden Unterzeichnung der Ausschreibungen zu meist knapp unter dem Höchstgebotswert (im Jahr 2022: 5,88 ct/kWh) liegt. Auf Grund der aktuellen Inflationsrate und Kostensteigerungen insbesondere im Baubereich hat die [BNetzA beschlossen](#), den Höchstgebotswert für das Jahr 2023 auf 7,35 ct/kWh festzulegen. Es ist daher nicht sachgerecht, für die Beurteilung der Zumutbarkeit den DMW des Jahres 2022 heranzuziehen. Stattdessen sollte bis zum Vorliegen des ersten mengengewichteten Zuschlagswert des Jahres 2023 (voraussichtlich Ende Februar) der Höchstgebotswert von 7,35 ct/kWh angesetzt werden, danach der erste mengengewichtete Zuschlagswert aus der Ausschreibungsrunde vom 1.2.23 und im folgenden aufbauend der Mittelwert mit den später folgenden Ausschreibungsrunden. Bei erneuten Anpassungen des Höchstgebotswertes durch den Gesetzgeber (Degression nach § 36b Abs. 2 EEG bzw. EEG-Novellen) oder die BNetzA sollte stets entsprechend verfahren werden, um Verzerrungen der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit zu vermeiden.

*Der Gütefaktor des Standorts und die Vollbenutzungsstunden am Standort sind äquivalente Größen und bilden beide den Standortertrag ab. Zu ihrer Bestimmung wird ein Ertragsgutachten nach EEG iVm mit der FGW-Richtlinie TR 6 erstellt. Sofern dies bereits zum Zeitpunkt des Genehmigungsverfahrens vorliegt, kann dies genutzt werden. Liegt kein Ertragsgutachten vor so kann an Hand allgemeiner Erfahrungswerte die Volllaststundenzahl abgeschätzt werden, Orientierung hierzu bieten z.B. die [Häufigkeitsverteilung der Standortgütefaktoren der FA Wind](#), die Prognose der Entwicklung der Volllaststunden durch die [Deutsche Windguard](#). In NRW steht im Energieatlas des LANUV ein [Ertragsrechner](#) zur Verfügung - dieser kann zur Vereinfachung und Standardisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung dienen.

Schritt 1: Bestimmung und Umrechnung der absolute Kosten für Artenschutzmaßnahmen in relativen Anteil der 20jährigen Vergütung pro WEA

Hinweis: Werden keine Maßnahmen gefordert, die mit finanziellen Aufwendungen verbunden sind, kann direkt zu Schritt 2 übergegangen werden. Werden Abschaltmaßnahmen gefordert und diese durch die Behörde gegenüber weiteren Maßnahmen, die mit finanziellen Aufwendungen verbunden sind (also insbesondere Flächenmaßnahmen), als prioritär angesehen, kann zunächst die Zumutbarkeit der Abschaltungen mit Gl. 2 ohne die Größe IK_{rel} geprüft werden. Wird mit den Abschaltmaßnahmen bereits die Zumutbarkeitsgrenze ausgeschöpft oder überschritten, können keine weiteren Maßnahmen gefordert werden und somit Schritt 1 (der eine Ertragsabschätzung erfordert) entfallen.

$$IK = \frac{IK_{M1}}{AZ_{M1}} + \frac{IK_{M2}}{AZ_{M2}} + \dots + \frac{IK_{Mn}}{AZ_{Mn}} \quad (\text{Gl. 1a})$$

mit

IK = absolute Kosten aller Artenschutzmaßnahmen über den Verlauf von 20 Jahren, d.h. alle aufzuwendenden Kosten in €, die auf die betreffende einzelne WEA der beantragten WEA-Gruppe entfallen
nicht: Ertragsverluste durch Abschaltungen (diese werden in Gl. 3 eingerechnet)

$IK_{M1..n}$ = Kosten für die Maßnahme $M1...Mn$ über den Verlauf von 20 Jahren, die (auch) für die betreffende WEA umgesetzt wird

$AZ_{M1..n}$ = Zahl der WEA der beantragten WEA-Gruppe, für die die betreffende Maßnahme erforderlich ist

⇒ fiktives Beispiel:

Es wird eine WEA-Gruppe mit 5 WEA beantragt.

- Für alle WEA wird eine ökologische Baubegleitung durchgeführt ($M1$); die Kosten IK_{M1} werden also auf alle WEA umgelegt ($AZ_{M1} = 5$).
- Es liegen ausreichend räumlich präzise und aktuelle Daten für den Fischadler vor, nach der die hier zu prüfende WEA und zwei weitere WEA der Gruppe im zentralen Prüfbereich liegen, so dass für diese 3 WEA eine Ablenkfläche ($M2$) angelegt wird, deren Kosten IK_{M2} auf die 3 betroffenen WEA umgelegt werden ($AZ_{M2} = 3$).
- Es liegen ausreichend räumlich präzise und aktuelle Daten für die Rohrweihe vor, nach der die hier zu prüfende WEA und eine weitere WEA der Gruppe im zentralen Prüfbereich liegen. Die hier zu prüfende WEA hat einen ausreichend großen Freiraum zwischen Boden und unterm Rotorblattdurchgang, die andere WEA nicht. Es wird daher nur für die andere WEA eine Abschaltung bei landwirtschaftlichen Ereignissen gefordert, nicht für die hier zu prüfende WEA. Die Kosten für das „Traktordetektionssystem“ (IK_{M3}) werden daher allein der anderen WEA zugeordnet, nicht der hier zu prüfenden WEA.
- Nach Daten der Biostation brüten im Umfeld der WEA regelmäßig mehrere Kiebitzbrutpaare, für die von einer Störung durch die WEA auszugehen ist und ein Ersatzhabitat angelegt wird. Die exakte räumliche Lage ist aber nicht für die aktuelle Brutsaison bekannt (und wechselt sowieso auch kleinräumig in jeder Saison), so dass eine spezifische Zuordnung zu einzelnen WEA nicht möglich ist. Die Kosten der Maßnahme IK_{M4} werden daher auf alle WEA der Gruppe umgelegt. Hinweis: Die Forderung des Ersatzhabitats in diesem Fall erfordert, dass die vorhandenen Daten so weit räumlich präzise sind, dass sicher davon ausgegangen werden kann, dass mindestens ein Kiebitzbrutplatz im artspezifischen Prüfradius mindestens einer WEA der beantragten WEA-Gruppe liegt. Reicht die Datenqualität hierzu nicht aus, kann keine Maßnahme gefordert werden, sondern es ist direkt zur Artenschutzabgabe überzugehen.

$$IK_{rel} = \frac{IK - 17000 \cdot P}{P \cdot Gf \cdot VBH_{100} \cdot Kf \cdot DMW \cdot 20a} \quad (\text{Gl. 1b})$$

mit

IK = absolute Kosten aller Artenschutzmaßnahmen über den Verlauf von 20 Jahren, d.h. alle aufzuwendenden Kosten in €, die auf die betreffende einzelne WEA entfallen, berechnet nach Gl. 1a,
 hier abzüglich des Selbstbehalts $K_{AS} = 17000 \text{ €/MW}$ nach Anlage 2 des BNatSchG

IK_{rel} = relativer Anteil der Kosten an Vergütungssumme über 20 Jahre = relativer Anteil der Kosten an der jährlichen Vergütung
 = relativer Anteil an Jahresstunden, wenn pauschaliert für alle Jahresstunden derselbe Ertrag angenommen wird, wie es die Berechnung nach Anlage 2 des BNatSchG vorsieht

andere Größen wie Gl. 0

Schritt 2: Berechnung der relativen Gesamtbelastung durch Ertragsverlust durch Abschaltungen und Kosten für andere Artenschutzmaßnahmen

Hinweis: Gl. 2 entspricht dem Prüfschema der Nr. 2 der Anlage 2 des BNatSchG und bildet daher das Zumutbarkeitskriterium entsprechend der gesetzlichen Regelung ab, allerdings in mathematisch äquivalenter, vereinfachter Form. Dabei werden die absoluten monetären Kosten IK in die relative Belastung umgerechnet (Gl. 1b), so dass die Einhaltung der Belastungsgrenze bzw. die iterative Reduzierung der Maßnahmen bis zur Belastungsgrenze einfach zu prüfen ist. Ebenso vereinfacht dies den Vergleich mit der Artenschutzabgabe nach § 6 WindBG (Gl. 0).

$$B_{\text{rel}} = \frac{\left(\left(\text{Flst}_{\text{Mahd}} \cdot M_{\text{Mahd}} \right) + \left(\text{Flst}_{\text{Acker}} \cdot A_{\text{Acker}} \right) \right) \cdot h_{\text{Land}} + \left(P_{\text{h\u00e4no}} \cdot h_{\text{Ph\u00e4no}} \right)}{8760h} + \text{Flm}_a + \text{AKS}_a + \text{IK}_{\text{rel}} \quad (\text{Gl. 2})$$

mit

$\text{Flst}_{\text{Mahd}}$ = Zahl der Grünlandflurstücke, für die eine Abschaltung bei Bewirtschaftungsereignissen gefordert wird

$\text{Flst}_{\text{Acker}}$ = Zahl der Ackerflurstücke, für die eine Abschaltung bei Bewirtschaftungsereignissen gefordert wird

M_{Mahd} = Zahl der Abschaltereignisse pro Jahr auf Grünland, die laut Anlage 2 des BNatSchG als Standardwert mit 4 festgelegt ist

A_{Acker} = Zahl der Abschaltereignisse pro Jahr auf Äckern, die laut Anlage 2 des BNatSchG als Standard mit 4 festgelegt ist

h_{Land} = geforderte Abschaltzeit pro landwirtschaftlichem Abschaltereignis in h

$P_{\text{h\u00e4no}}$ = Zahl der Tage, an denen eine ph\u00e4nologiebedingte Abschaltung gefordert wird

$h_{\text{Ph\u00e4no}}$ = geforderte Abschaltzeit an Tagen mit ph\u00e4nologiebedingter Abschaltung in h

$h_a = 8760 \text{ h}$ = Dauer eines Jahres in h

Flm_a = relative Abschaltzeit für Fledermäuse (= Prozentsatz : 100), die laut Anlage 2 des BNatSchG mit 0,025 als Standardwert festgelegt ist

AKS_a = relative Abschaltzeit durch Vogeldetektionssysteme (= Prozentsatz : 100), die - sofern gefordert - laut Anlage 2 des BNatSchG mit 0,03 als Standardwert festgelegt ist

IK_{rel} = relativer Kosten- bzw. Ertragsverlustanteil anderer Artenschutzmaßnahmen als Abschaltungen, berechnet nach Gl. 1b

B_{rel} = relative Gesamtbelastung durch alle geforderten Artenschutzmaßnahmen

⇒ Prüfung: $B_{\text{rel}} \leq Z_{\text{um}}$?

wenn ja: Maßnahmenpaket ist verhältnism\u00e4\u00dfig und damit zul\u00e4ssig

wenn nein: Maßnahmen nach fachlicher Priorisierung und fachlicher Sinnhaftigkeit so weit reduzieren, bis $B_{\text{rel}} \leq Z_{\text{um}}$
Ist keine ausreichende Reduzierung m\u00f6glich, da Teilmaßnahmen nicht wirksam oder zielf\u00fchrend sind, stehen keine geeigneten und verhältnism\u00e4\u00dfigen Maßnahmen zur Verf\u00fcgung, so dass keine projektbezogenen Maßnahmen umgesetzt werden und ausschlie\u00dflich eine Zahlung in das AHP erfolgt,

Schritt 3: nach Abzug der Gesamtbelastung durch alle geforderten Artenschutzmaßnahmen verbleibende Zahlung in Artenhilfsprogramm (Anwendung von Gl. 0)

Hinweise: Eine Zahlung in ein AHP ist nur dann zu berechnen, wenn nicht alle Arten, die nach den vorhandenen Daten relevant sind, bereits mit Maßnahmen abgedeckt sind. Ist ein Teil der relevanten Arten durch Maßnahmen abgedeckt, dann kann sich die Artenschutzabgabe nur noch auf den anderen Teil der Arten beziehen. \u00dcberschreitet die finanzieller Belastung durch die durchgef\u00fchrten Maßnahmen bereits den abstrakt an Hand des Arteninventars bestimmten Satz der Artenschutzabgabe, ist keine Zahlung zu leisten, auch wenn die Maßnahmen nicht alle Arten abdecken.

$$\text{AHP} = P \cdot A - P \cdot \text{VBH} \cdot \text{AW} \cdot B_{\text{rel}}$$

$$\text{AHP} = P \cdot (A - \text{VBH} \cdot \text{AW} \cdot B_{\text{rel}}) \quad (\text{Gl. 3})$$

$$\text{AHP} = P \cdot (A - G_f \cdot \text{VBH}_{100} \cdot K_f \cdot \text{DMW} \cdot B_{\text{rel}})$$

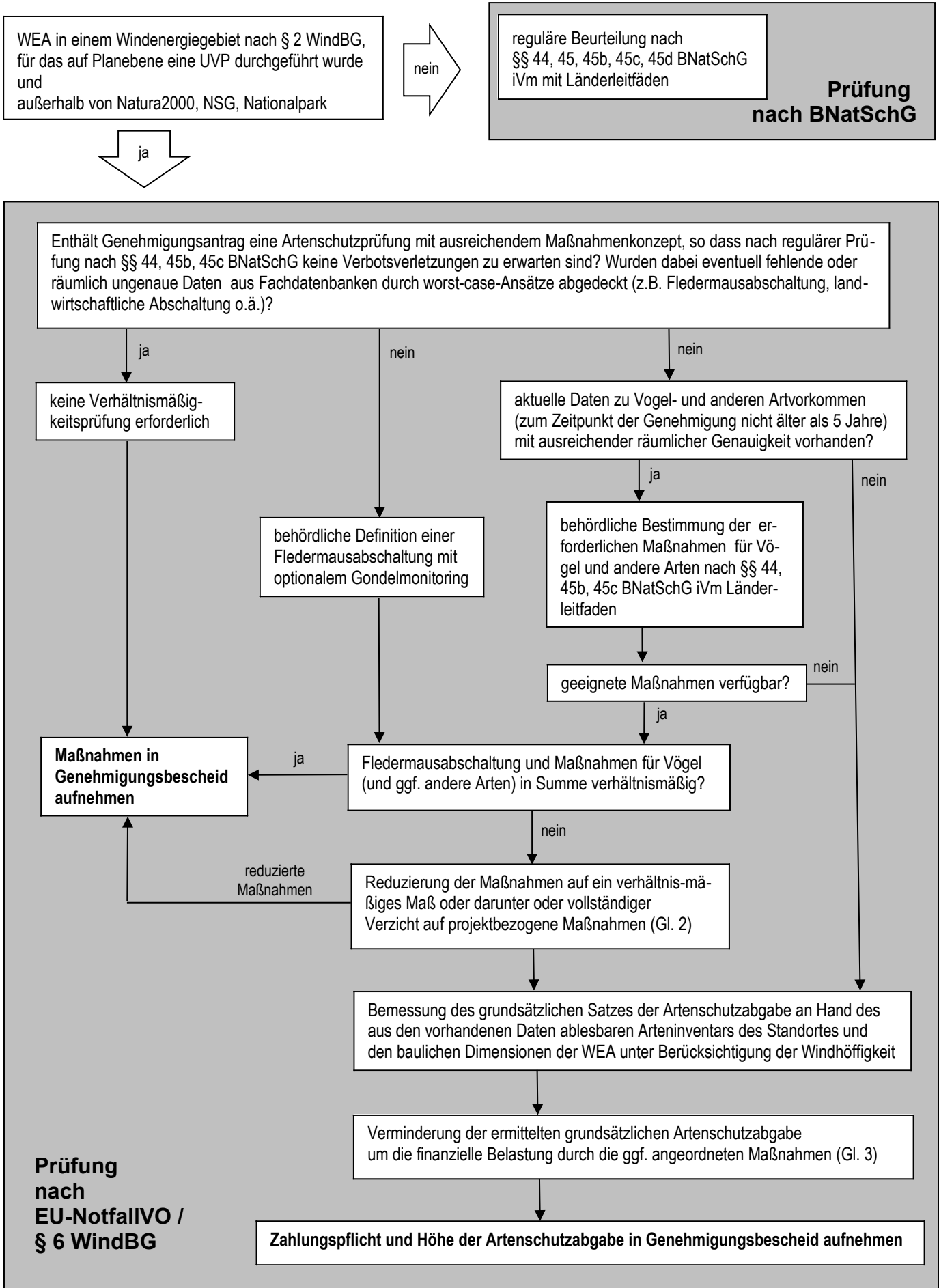
mit

AHP = Zahlungsbetrag in Artenhilfsprogramm in €/a (ist AHP < 0, ist keine Zahlung zu leisten)

A = f\u00fcr das Projekt auf Basis der vorhanden Daten nach Art und Ausma\u00df der zu erwartenden Auswirkungen in Bezug auf alle betroffenen Arten und alle Verbotsarten bei Bau und Betrieb bestimmter Bemessungssatz der Artenschutzabgabe nach § 6 WindBG in €/MW·a

andere Gr\u00f6\u00dfen wie Gl. 0 und 2

6. Fließbild



TEIL 3: Ausblick RED IV - Novelle

Die EU strebt an, im Zuge der Überarbeitung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (2018/2001/EU, RED IV) das Zusammenspiel von Planungs- und Genehmigungsebene zu optimieren. So sollen die Mitgliedstaaten die Gebiete identifizieren, die sich besonders gut für den Ausbau der Erneuerbaren Energien eignen und konfliktarm sind und diese dann planerisch in einem Verfahren mit umfassender Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung als sog. „go-to-Gebiete“ (oder synonym „Beschleunigungsgebiete“, welcher Begriff sich am Ende durchsetzen wird, ist noch offen) ausweisen. Bei der Ermittlung der geeigneten Gebiete sollen Natura2000-Gebiete und andere hochrangige naturschutzrechtlich geschützte Gebiete ausgeschlossen sowie alle Erkenntnisse über besonders sensible Gebiete aus der staatlichen und behördlichen Überwachung und ehrenamtlichen Beobachtung von Natur, Arten und ihren Lebensräumen einbezogen werden, um auch andere ökologisch sensible, aber nicht formal geschützte Lebensräume nach Möglichkeit freizuhalten. In den Plänen sollen Vorschriften und Maßnahmen zur Vermeidung oder, wenn dies nicht möglich ist, Verminderung von nachteiligen Auswirkungen in Form von artenschutzrechtlich relevanten Tötungen, Störungen und Beschädigungen festgelegt werden (Art. 15c des Entwurfs der RED IV). Dies bedeutet nicht, dass die Artenschutzprüfung in der Prüftiefe des Genehmigungsverfahrens einschließlich der derzeit in Deutschland üblichen Brut- und Rastvogelkartierungen auf die Ebene hochgezogen werden sollen, denn dies würde nicht zu einer Beschleunigung und Vereinfachung führen. Vielmehr soll die Entscheidung auf verfügbare Daten, z.B. den Daten aus der Ausweisung von Natura2000-Gebieten, aus der staatlichen Überwachung von Natur- und Landschaft, aus Fachdatenbanken, dem ehrenamtlichen und professionellen Naturschutz o.ä. gestützt und eine abstrahierte Prüfung durchgeführt werden.

In den auf diese Weise planerisch für WEA ausgewiesenen Gebieten gelten dann für das BImSchG-Genehmigungsverfahren formelle und materielle Erleichterungen, indem für plankonforme Projekte bei Umsetzung der im Plan vorgesehenen Maßnahmen keine Verletzung der artenschutzrechtlichen Verbote gegeben ist und somit keine spezifische Artenschutzprüfung und keine artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung sowie ebenso keine UVP und keine FFH-Verträglichkeitsprüfung erforderlich ist (Art. 16a des Entwurfs der RED IV).

Das Konzept der go-to-Gebiete bietet also die Chance, die aktuellen Problemlagen bei der verwaltungspraktischen Umsetzung des Artenschutzes zu überwinden. Durch die planerische Steuerung der Windenergie auf natur- und artenschutzfachlich konfliktarme Bereiche wird das Manko behoben, dass das individuenbezogene Artenschutzrecht keinen Schutz für sensible, für den Populationserhalt wichtige Gebiete ermöglicht. Die Nutzung der umfassenden, langjährigen Datengrundlagen aller Akteure vermittelt einen zutreffenderen Eindruck des im Gebiet vorhandenen Arteninventars als die Momentaufnahme eines einjährigen, projektbezogenen Kartierens. Die Bemessung der Maßnahmen erfolgt ebenfalls an Hand dieses grundlegenden Arteninventars und entbindet die Behörde vom konkreten Schädlichkeitsnachweis im Einzelfall. Die gleichmäßige Heranziehung aller im Gebiet agierenden Anlagebetreiber zu artenschutzrechtlichen Maßnahmen bietet eine deutlich verbesserte Gerechtigkeit. Hierbei kann dann ein projektbezogener „Basisschutz“ oder „Stand der Technik“ optimal mit projektunabhängigen, zentral konzipierten und umgesetzten Artenschutzprogrammen kombiniert werden, die dauerhaft Bestand haben und variabel, rein fachorientiert an Populationsentwicklungen und neue Erkenntnislagen angepasst werden können ohne verwaltungsrechtlichen Erfordernissen zu unterliegen. Die Genehmigungsverfahren werden von Zeit-, Kosten- und Prüfaufwand entlastet und die Ressourcen unmittelbar in fachliche und programmatische Maßnahmen umgelenkt. Im Ergebnis kann so - eine sachgerechte Umsetzung vorausgesetzt - ein effektiverer und zugleich effizienterer Artenschutz realisiert werden.

Derzeit (Stand Ende Dezember 2022) liegen zwei Entwurfsversionen der RED IV vom [EU-Parlament](#) und vom [Rat der EU](#) vor, die im weiteren Rechtssetzungsprozess noch zu einer abschließenden Fassung geeint werden und danach in deutsches Recht umgesetzt werden müssen. Beide Entwürfe sind im Wesentlichen identisch und enthalten das oben dargestellte Konzept. Im Detail gibt es jedoch Abweichungen zwischen beiden Fassungen, die gerade für die Verwaltungspraxis sehr relevant sein können.

So sehen beide Entwurfsversionen vor, dass auch bereits existierende planerische Ausweisungen als go-to-Gebiete (bzw. Beschleunigungsgebiete) eingestuft werden können. Das Parlament fordert hierzu, dass die Pläne die o.g. Anforderungen vollumfänglich erfüllen müssen, während der Rat die Durchführung einer strategischen Umweltprüfung (SUP) auf Ebene und den Ausschluss der o.g. geschützten bzw. sensiblen Gebiete ausreichen lässt und mit einer Maßnahmenfestlegung auf Genehmigungsebene oder Zahlung eines finanziellen Beitrags in ein Artenhilfsprogramm verbindet. In Deutschland erfüllen (derzeit) die bestehenden planerischen Ausweisungen die Anforderungen des Rates, aber nicht die des Parlaments, da das deutsche Recht bisher keine Festlegung von Artenschutzmaßnahmen in Bauleit- oder Regionalplänen vorsieht. Bestehende Pläne können also nur dann zu go-to-Gebieten erklärt werden, wenn sich die Regelungsversion des Rates durchsetzt oder im Zuge der nun bundesweit anlaufenden Planverfahren zur Erfül-

lung der Flächenziele des WindBG bereits jetzt im Vorgriff auf die kommende RED IV entsprechende Prüfungen und Regelungen zum Artenschutz auf Ebene durchgeföhrt werden.

Auf der Genehmigungsebene sehen beide Entwurfss Fassungen eine Kontrollprüfung vor, ob auf Grund der ökologischen Empfindlichkeit des Gebiets (unvorhergesehene) nachteilige Auswirkungen gegeben sind, die im Plan nicht ermittelt wurden und die nicht durch die im Plan definierten oder vom Antragsteller vorgesehenen Maßnahmen gemindert werden. Prüfungsumfang und –tiefe sowie Entscheidungsmaßstäbe sind allerdings viel zu unpräzise, um den Genehmigungsbehörden eine klare Prüfanleitung zu geben: Soll es um die im regulären Recht übliche tiefere, konkretere Prüfung auf Genehmigungsebene, um eine Richtigkeitsüberprüfung des Plans oder um eine Aktualitätsprüfung auf veränderte Umstände wie z.B. veränderte Artvorkommen gehen? Reicht eine Prüfung auf Basis vorhandener Daten aus oder müssen Daten erhoben und Untersuchungen durchgeföhrt werden? In dieser allgemeinen Formulierung hat die Kontrollprüfung also das Potenzial zur umfassenden Konterkarierung der Grundannahme des Art. 15c / Art. 16a Abs. 3 des RED IV-Entwurfs, dass plan-konforme Maßnahmen keinen Verbotstoß darstellen und die Maßnahmen des Plans ausreichen, und der damit beabsichtigten Verfahrenserleichterung. Eine Präzisierung des Gewollten auf EU-Ebene oder zumindest bei der Umsetzung in deutsches Recht ist daher zwingend erforderlich, um die angestrebte Beschleunigung von Genehmigungsverfahren bei gleichzeitiger Rechtssicherheit tatsächlich zu erreichen. Hinzu kommt, dass bei der Erklärung von bestehenden Plänen ohne Maßnahmenfestlegung zu go-to-Gebieten, wie es der Rat vorsieht, eine Kontrollprüfung keinen Sinn macht, da so wieso (erst) auf Genehmigungsebene über die durchzuföhrenden Maßnahmen entschieden wird.

Infolge einer etwaigen Feststellung unvorhergesehener negativer Auswirkungen soll eine UVP und ggf. eine FFH-Verträglichkeitsprüfung durchgeföhrt werden; unklar ist hingegen, ob auch eine vertiefte Artenschutzprüfung im Sinne des deutschen Rechts erforderlich wird, da diese in den Entwurfsdokumenten nicht explizit genannt wird und offen ist, ob damit eine Artenschutzprüfung stets unterbleiben soll oder nur keine Nennung erfolgt, da das Europarecht den Begriff einer Artenschutzprüfung nicht kennt oder eine entsprechende Prüfung als inhaltlich von der UVP umfasst ansieht. Jedenfalls könnte bei der Durchföh rung einer vertieften Artenschutzprüfung kein strengeres Anforderungsniveau als bei der Prüfung auf der Ebene gelten, um innere Wertungs- und Regelungswidersprüche zu vermeiden. Da auf Ebene in den Fällen, in denen sich nachteilige Auswirkungen nicht vollumfänglich vermeiden lassen, eine Verminderung ausreicht, müsste dies also auch bei Durchföh rung einer ggf. im Einzelfall durchzuföhrenden Artenschutzprüfung auf Genehmigungsebene gelten, so dass jedenfalls auch hier keine artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung erforderlich wird und keine Versagung des Projektes zulässig ist. Die Entwurfss Fassung des Rates enthält eine Freistellungsklausel von dieser auf Grund der Kontrollprüfung ggf. im Einzelfall erforderlichen UVP, FFH-Verträglichkeits- und Artenschutzprüfung und sieht stattdessen wiederum die Festlegung von (zusätzlichen) Minderungsmaßnahmen oder aber die Zahlung eines finanziellen Ausgleichs in Artenhilfsprogramme vor.

Da das Anforderungsniveau aus Gründen der Gleichbehandlung nicht davon abhängig sein kann, ob die Maßnahmen auf Ebene oder bei bestehenden Plänen auf Genehmigungsebene oder auf Grund einer anlässlich einer Kontrollprüfung durchgeföhrt Nachprüfung bestimmt werden, muss die RED IV im weiteren Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens also hierzu noch einmal zu einem klaren und schlüssigen Konzept präzisiert werden. Gleiches gilt hinsichtlich des anzuwendenden Maßstabes der Verhältnismäßigkeit: Während in der Entwurfss Fassung des Parlaments nur (selbstverständlich) von „geeigneten“ Maßnahmen gesprochen wird, gibt es in der Entwurfsvariante des Rates den Zusatz von „angemessen und zeitgerecht“ sowie im Falle der Maßnahmenfestlegung auf Genehmigungsebene „angemessen und verhältnismäßig“ und bei der Freistellung von der Kontrollprüfung „verhältnismäßig“. Auch hier ist also noch die Klarstellung des Gewollten und die Gewährleistung eines konsistenten Regelungsgefüges erforderlich.

Der Entwurf der RED IV-Novelle enthält in Art. 16b darüber hinaus auch eine Regelung der Artenschutzprüfung außerhalb von go-to-Gebieten (bzw. Beschleunigungsgebieten). Außerhalb dieser Gebiete gelten eventuelle Tötungen und Störungen nicht als absichtlich, wenn erforderliche (Fassung EU-Parlament) bzw. geeignete (Fassung Rat der EU) Minderungsmaßnahmen durchgeföhrt werden. Diese Regelung entspricht im Ergebnis dem deutschen Signifikanzansatz bzw. der in Bezug auf alle Verbotarten eröffneten Möglichkeit, einen Verbotseintritt durch artenschutzfachliche Maßnahmen zu vermeiden. Die Umsetzung dieser Regelung erfordert allerdings die formale Wiedereinföh rung der Absichtlichkeit in § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG (das Beschädigungsverbot wird nicht von Art. 16c der REDIV erfasst und verbleibt somit unverändert). Problematisch ist die zirkelschlussartige Formulierung, nach der eine absichtliche Verbotverletzung nicht vorliegt, wenn die „erforderlichen“ Maßnahmen ergriffen werden, aber für die Bestimmung der „erforderlichen“ Maßnahmen nur der Maßstab besteht, dass keine Verbotverletzung eintreten darf. Hier besteht also Präzisierungsbedarf auf EU-, Bundes und Länderebene. Da nur eine „Minderung“, nicht aber eine „Vermeidung“ gefordert ist, dürfte keine Ausnahmeprüfung erforderlich sein, sofern zumindest gewisse Minderungen möglich sind und diese auch umgesetzt werden. In Bezug auf Repowering findet sich die Aussage, dass bei der „Umweltprüfung“ nur Auswirkungen der Änderungen betrachtet und gemindert wer-

den müssen, wobei auf Grund einer fehlenden Begriffsdefinition und uneinheitlichen Verwendung des Wortes unklar bleibt, ob hiermit lediglich die Umweltverträglichkeitsprüfung oder aber auch die spezifische Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände gemeint ist und wenn ja, ob sich dies nur auf das Tötungs- und Störungsverbot (auf den sich Art. 16b ansonsten beschränkt) oder auch auf das Beschädigungsverbot bezieht. Auch hier besteht also noch Präzisierungsbedarf.

Der Rechtssetzungsprozess der RED IV wird also noch eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen und die letztendliche Fassung ist derzeit im Detail noch nicht genau absehbar. Ein Inkrafttreten wird im Laufe des Jahres 2024 erwartet.