

# Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (BT-Drs. 20/2354)

Die vorliegende Stellungnahme gibt nicht die Auffassung des Ausschusses wieder, sondern liegt in der fachlichen Verantwortung des/der Sachverständigen. Die Sachverständigen für Anhörungen/Fachgespräche des Ausschusses werden von den Fraktionen entsprechend dem Stärkeverhältnis benannt.

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz,  
nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz  
Ausschussdrucksache  
20(16)66  
öAnh. am 4.07.22  
29.06.2022

*Stellungnahme  
zu dem Gesetzentwurf  
der Fraktionen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP  
aus Anlass der öffentlichen Anhörung  
des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Nukleare Sicherheit  
und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages  
am 4. Juli 2022  
von Rechtsanwalt apl. Prof. Dr. Martin Gellermann*

## I. Vorbemerkung

Vor dem Hintergrund des Klimawandels muss Deutschland seiner Verantwortung gerecht werden und substanzielle Beiträge zur Bewältigung des globalen Problems erbringen. Der forcierte Ausbau der Windenergie ist daher das Gebot der Stunde. Zugleich aber gilt es, der Biodiversitätskrise zu begegnen. „Europa verliert seine Vögel“<sup>1</sup> und die Roten Listen der gefährdeten Brutvogelarten werden auch hierzulande immer länger.

Da die ökologische Qualität avifaunistisch bedeutsamer Lebensräume durch Windenergieanlagen (WEA) schon während der Bauphase verschlechtert werden kann und Vögel durch den Betrieb der Anlagen gestört und an den Rotoren zu Tode kommen können, muss der beschleunigte Ausbau der Windenergie schon aus Gründen des Staatsziels Umweltschutz (Art. 20a GG) in rechtliche Bahnen gelenkt werden, die den Integritätsinteressen des Artenschutzes gebührend Rechnung tragen. Gemessen an diesem Maßstab sieht sich der Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes Bedenken ausgesetzt, die noch dadurch verstärkt werden, dass einzelne Vorschriften einer Überprüfung am Maßstab des Völker- und Unionsrechts nicht standhalten.

## II. Öffnung von Schutzgebieten für die Windkraftnutzung (§ 26 Abs. 3)

Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege vom 29.07.2009<sup>2</sup> ergänzte der Gesetzgeber den § 26 BNatSchG und stellte klar, dass Landschaftsschutzgebiete auch zum Schutz der Lebensstätten und Lebensräume bestimmter wildlebender Tierarten ausgewiesen werden können. Aktuell gibt es in Deutschland 8.788 Landschaftsschutzgebiete mit einer Gesamtfläche von rund 10 Mio. Hektar (Stand: 31.12.2017); sie erstrecken sich auf rund 26% der Gesamtfläche Deutschlands.<sup>3</sup>

Angesichts dieser Ausdehnung ist das Interesse verständlich, Landschaftsschutzgebiete um der Erreichung der Flächenbeitragswerte der Länder (§ 3 Abs. 2 WindBG-Entw.) willen durch den nun vorgeschlagenen § 26 Abs. 3 für die Windkraftnutzung zu öffnen. Aus völker- und unionsrechtlicher Perspektive begegnet dies keinen Bedenken, weil Gebiete des Netzes Natura 2000 und Welterbegebiete hiervon ausgenommen sind (§ 26 Abs. 3 S. 5). Das ändert aber nichts daran, dass die in diesen Gebieten bestehenden Bauverbote für WEA dem Ausbau der Windenergie zum Opfer fallen sollen. Der hiermit einhergehende Abbau bestehender Schutzstandards ist mit Art. 20a GG nicht ohne weiteres vereinbar. Diese Staatszielbestimmung garantiert nicht den Bestand des einmal geschaffenen Rechts,<sup>4</sup> begründet aber ein allgemeines Verschlechterungsverbot.<sup>5</sup> Damit dürfte es schwerlich vereinbar sein, wenn der großräumigen Absenkung des Schutzniveaus der Landschaftsschutzgebiete trotz des fortschreitenden Lebensraumschwundes<sup>6</sup> und eines dramatischen Biodiversitätsverlustes<sup>7</sup>

<sup>1</sup> *Krumenacker*, Europa verliert seine Vögel, SZ vom 23.11.2021 mit Hinweis auf *Burns et al.*, Abundance decline in the avifauna of the European Union reveals cross-continental similarities in biodiversity change, 15.11.2021, <https://doi.org/10.1002/ece3.8282>.

<sup>2</sup> BGBl. 2009 I, 2542.

<sup>3</sup> *Bundesamt für Naturschutz (BfN)*, Gebiete und Lebensräume, Landschaftsschutzgebiete, <https://www.bfn.de/landschaftsschutzgebiete> (Letzter Aufruf: 27.06.2022).

<sup>4</sup> *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht I, Stand: 97, Lfg. 2021, Nr. 3 Art. 20a GG Rn. 53; *Murswiek*, in: Sachs Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 40.

<sup>5</sup> *Appel*, in: Koch/Hofmann/Reese, Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 117; *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. § 3 Rn. 49: ökologisches Rückschrittverbot.

<sup>6</sup> *Klein*, Dramatischer Rückgang, Forschung & Lehre, 5 (2021), 360 ff.

<sup>7</sup> Vgl. nur *Böhning-Gaese*, Ist die biologische Vielfalt verloren?, Forschung & Lehre 2021, 357 ff.; *Glaubrecht*, Das biologische Analphabetentum der Politik bringt uns noch alle um, Gastbeitrag, Tagesspiegel vom 16.01.2022, <https://www.tagesspiegel.de/politik/artenschutz-als-ignoriertes-thema-das-biologi>

nicht durch gegenläufige Maßnahmen des Lebensraumschutzes ausgeglichen würde. Werden die weitläufigen Landschaftsschutzgebiete um der Verwirklichung des 2%-Ziels willen für die Windenergienutzung geöffnet, muss mindestens Sorge dafür getragen werden, dass alle übrigen Schutzgebiete von WEA tatsächlich freigehalten werden. Dass dies bislang nicht der Fall ist, zeigt das Beispiel des u.a. zum Schutz des Rotmilans eingerichteten Vogelschutzgebietes DE-5421-401 „Vogelsberg“ (Nordhessen), in dem sich mindestens 107 WEA befinden, an denen bereits zahlreiche Rotmilane zu Tode gekommen sind.<sup>8</sup> Parallel zur Öffnung der Landschaftsschutzgebiete sollten daher alle Natura 2000-Gebiete sowie sämtliche Nationalparks, Nationalen Naturmonumente, Naturschutzgebiete und Kernzonen von Biosphärenreservaten zu „absoluten Tabuzonen“ für die Windkraftnutzung erklärt werden, in denen WEA auch im Wege einer Ausnahme oder Befreiung nicht zugelassen werden dürfen. Die Verbesserung des Schutzniveaus dieser Gebiete wäre ein wesentlicher Schritt, um die Absenkung des Schutzniveaus der Landschaftsschutzgebiete in einer den Anforderungen des Art. 20a GG gerecht werdenden Weise zu gestalten. Folgende Änderungen werden vorgeschlagen:

- § 23 Absatz 3 BNatSchG wird wie folgt gefasst:  
*„In Naturschutzgebieten ist die Errichtung von Anlagen zur Durchführung von Gewässerbenutzungen im Sinne des § 9 Absatz 2 Nummer 3 und 4 des Wasserhaushaltsgesetzes und von Anlagen zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie im Sinne des § 35 Absatz 1 Nr. 5 des Baugesetzbuchs verboten. § 67 findet insoweit keine Anwendung“.*
- In § 33 Absatz 1a wird hinter dem Wort „anfällt“ in Nummer 2 ein Komma gesetzt und folgende Nummer 3 eingefügt:  
*„3. zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie im Sinne des § 35 Absatz 1 Nr. 5 des Baugesetzbuchs“.*

### III. Änderung des besonderen Artenschutzrechts

Die geplanten Gesetzesänderungen betreffen in ihrem Schwerpunkt das besondere Artenschutzrecht, das der Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten der Berner Konvention dient und zur Umsetzung artenschutzrechtlicher Regelungsvorgaben des Europäischen Naturschutzrechts bestimmt ist. Mit §§ 45b-d sollen Sondervorschriften in das Gesetz aufgenommen werden, die darauf abzielen, den beschleunigten Ausbau der Windenergie ohne Absenkung des ökologischen Schutzniveaus mit dem Artenschutz in Übereinstimmung zu bringen.

#### 1. Konkretisierung der Signifikanzschwelle (§ 45 Abs. 1-5)

§ 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG begründen das Verbot, das Risiko der Tötung oder Verletzung europäischer Vogelarten sowie der Arten des Anhangs IV der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) signifikant zu erhöhen. Da die Signifikanzschwelle bisher keine normative Festlegung erfahren hat, wird in Reaktion auf Gebote der geltenden Verfassungsordnung<sup>9</sup> mit § 45b Abs. 1-5 der Versuch unternommen, die für die Aktivierung der artenschutzrechtlichen Verbotsfolge maßgebliche Schwelle konkreter zu fassen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, indessen müssen die Regelungsvorschläge modifiziert werden, um Verstöße gegen Vorgaben des mit Vorrang begabten Unionsrechts zu vermeiden und der Praxis

---

sche-analphabetentum-der-politik-bringt-uns-noch-alle-um/27975842.html (letzter Aufruf: 27.06.2022).

<sup>8</sup> *Apel*, Umgang mit nachträglich festgestellten Tötungsrisiken an genehmigten Windenergieanlagen. Am Beispiel von Kollisionsopfern unter Rotmilanen im hessischen Vogelsbergkreis, Naturschutz und Landschaftsplanung 54 (2022), 32 (33 f.).

<sup>9</sup> Hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 23.10.2018, 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 Rn. 24.

einen rechtssicheren Umgang mit dem Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG zu ermöglichen.

### 1.1 Abschließende Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten

§ 45b Abs. 1-5 gilt für kollisionsgefährdete Brutvogelarten, die in der in Anhang 1 Abschnitt 1 enthaltenen Liste genannt sind. Die als abschließend zu verstehende Liste umfasst 15 Brutvogelarten, während allen übrigen Brutvögeln der Schutz des Tötungs- und Verletzungsverbots selbst dann entzogen werden soll, wenn sie zu den häufigen Opfern der Windkraftnutzung zählen. Davon sind sogar vom Aussterben bedrohte Vogelarten (z.B. Großtrappe, Uferschnepfe, Bekassine, Großer Brachvogel, Goldregenpfeifer, Triel)<sup>10</sup> betroffen, die nach den Erkenntnissen der ornithologischen Fachwissenschaft gleichfalls kollisionsempfindlich<sup>11</sup> und in Leitfäden und Erlassen verschiedener Bundesländer als solche genannt sind. Wenn künftig nicht einmal mehr diese hochgradig gefährdeten Vogelarten vor windkraftbedingter Verletzung oder Tötung geschützt werden sollen, zielt § 45b offensichtlich darauf ab, bestehende Schutzstandards des geltenden Rechts zugunsten der Windkraftnutzung abzubauen.

Werden artenschutzrechtliche Konflikte zwischen Windkraftnutzung und Artenschutz nicht (mehr) bewältigt, mag dies dem Ziel einer Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie entsprechen, führt aber ins völker- und unionsrechtliche Abseits. In Übereinstimmung mit den Vorgaben des Art. 6 der Berner Konvention verpflichtet Art. 5 Buchst. a der Vogelschutzrichtlinie (V-RL) die Mitgliedstaaten, die absichtliche Tötung von Exemplaren aller europäischen Vogelarten zu untersagen.<sup>12</sup> Dies schließt in Ansehung der Windkraftnutzung eine Konzentration auf kollisionsgefährdete Vogelarten nicht aus, solange Sorge dafür getragen wird, dass sämtliche Arten durch das nationale Zugriffsverbot geschützt werden, die zu den häufigen Opfern der Windkraftnutzung zählen. Dagegen ist es mit Art. 5 Buchst. a V-RL unvereinbar, wenn zahlreichen Vogelarten, die nach dem Erkenntnisstand der Fachwissenschaft kollisionsempfindlich sind, der Schutz des Tötungs- und Verletzungsverbots kurzerhand entzogen wird. Es empfiehlt sich daher, in § 45b Abs. 1 klarzustellen, dass die Liste in Anhang 1 Abschnitt 1 nicht abschließend ist. Das mindert die Streit anfälligkeit und trägt dazu bei, die Rechtssicherheit der Genehmigungen von WEA zu verbessern. Folgende Änderungen werden vorgeschlagen:

- Hinter dem Punkt in § 45b wird folgender Satz 2 eingefügt:  
*„Kollisionsgefährdet sind die in Anhang 1 Abschnitt 1 genannten Brutvogelarten sowie weitere Vogelarten, die wegen ihres artspezifischen Verhaltens nach dem Erkenntnisstand der ornithologischen Fachwissenschaft an Windenergieanlagen häufig zu Tode kommen.“*

## 2. Staffelung brutplatzbezogener Abstandsvorgaben

2.1 Der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Signifikanzansatz wurde 2017 in das Gesetz übernommen (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG), ohne die Signifikanzschwelle zu kon-

<sup>10</sup> Ryslavy et al., Rote Liste der Brutvögel Deutschlands, 6. Fassung, 30. September 2020, Berichte zum Vogelschutz 57 (2020), 13 (39).

<sup>11</sup> Vgl. nur die Zusammenstellung bei Bernotat & Dierschke, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, Teil II.3: Arbeitshilfe zur Bewertung der Kollisionsgefährdung von Vögeln an Windenergieanlagen (an Land), 4. Fassung, Stand: 31.08.2021, S. 27 Tabelle 12-8; ferner Bundesamt für Naturschutz (BfN), Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA, 2020, S. 11 f., Tabelle 2.

<sup>12</sup> Vgl. nur EuGH, Urt. v. 04.03.2021, C- 473/19, Föreningen Skydda Skogen, ECLI:EU:C:2021:166 Rn. 45; hierzu auch OVG Greifswald, Urt. v. 24.08.2021, 1 LB 21/16, juris Rn. 58.

kretisieren. Einen konkreten Schwellenwert, der Auskunft darüber gibt, mit welcher Intensität der Raum befliegen werden muss, um auf eine signifikante Erhöhung des Kollisionsrisikos erkennen zu können, enthält auch § 45b nicht. Stattdessen behilft sich der Entwurf mit gestaffelten, brutplatzbezogenen Abstandsvorgaben, die zwischen einem „Nahbereich“ im direkten Umfeld des Brutplatzes, einem „zentralen Prüfbereich“ und einem „erweiterten Prüfbereich“ unterscheiden.

2.2 Kritisch anzumerken ist zunächst, dass die Abstandsbereiche des zentralen und des erweiterten Prüfbereichs mitunter deutlich hinter den Empfehlungen der ornithologischen Fachwissenschaft zurückbleiben,<sup>13</sup> ohne dass dieser Schritt in der Begründung des Entwurfs erläutert würde. Schon der Respekt vor dem Souverän (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) gebietet es, dass der Gesetzgeber die ihm unterbreiteten Vorschläge nicht einfach übernimmt, ohne die Gründe zu kennen, die für die Abweichung von den fachwissenschaftlichen Abstandsempfehlungen sprechen mögen. Das gilt umso mehr, als die Abstandsempfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW) vom Bundesamt für Naturschutz (BfN) als Ausdruck des „komprimierten bestverfügbaren Wissenstandes“ bewertet wurden.<sup>14</sup>

2.3 Im „Nahbereich“ der Brutplätze wird eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos unwiderleglich vermutet (45b Abs. 2). Das ist ein bedeutender Fortschritt, weil die Regelung für Rechtsklarheit sorgt. Wer im Nahbereich eine WEA errichten möchte, kann sich aufwändige Prüfungen ersparen, weil bei einer Unterschreitung des artspezifisch festgelegten Abstandes von vornherein feststeht, dass die Anlage nur zulassungsfähig ist, wenn hierfür eine artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt werden kann.

2.4 Wird eine WEA im „zentralen Prüfbereich“ geplant, soll nach der – insoweit allerdings etwas unklar gefassten Vorschrift des § 45b Abs. 3 – eine Vermutung für eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos bestehen, die aber widerlegt oder durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen ausgeräumt werden kann (§ 45 Abs. 3).

2.4.1 Bei einer Unterschreitung des in Anlage 1 Abschnitt 1 artspezifisch festgelegten Abstandes kann die Regelvermutung nach § 45b Abs. 3 Nr. 1 durch eine Habitatpotenzialanalyse (HPA) oder eine „auf Verlangen des Trägers des Vorhabens“ durchgeführte Raumnutzungsanalyse (RNA) widerlegt werden. Diese Regelung entlastet die Vorhabenträger, weil die Antragsunterlagen nur noch eine vergleichsweise unaufwändige HPA umfassen müssen; sie wirkt zugleich beschleunigend, weil sich die Behörde im Genehmigungsverfahren auf die Prüfung beschränken kann, ob die Ergebnisse der HPA den vollen Beweis dafür erbringen, dass im Einzelfall kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben ist.

2.4.2 Reichen die Ergebnisse der HPA dafür nicht aus, kann eine RNA für Abhilfe sorgen, die von der Behörde aber nicht angeordnet werden darf, sondern nur „auf Verlangen des Trägers des Vorhabens“ durchzuführen ist. Der Vorhabenträger muss diese Untersuchung nicht selbst vornehmen, sondern kann sich darauf beschränken, deren Durchführung zu verlangen. Die RNA wird dann von der Behörde oder in deren Auftrag von einem Fachgutachter erstellt. Die Regelung hat erhebliche Vorteile für sich. Der Vorhabenträger wird deutlich entlastet, weil seine Antragsunterlagen keine RNA umfassen müssen. Wird diese Untersuchung im Auftrag der Behörde durchgeführt, wählt sie den Fachgutachter aus, der mit dieser Auf-

<sup>13</sup> Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015), Berichte zum Vogelschutz 51 (2014), 15 (18 Tabelle 2).

<sup>14</sup> Bundesamt für Naturschutz (Fn. 11) Methodenvorschlag, S. 23; ähnlich VGH Kassel, Beschl. v. 14.01.2021, 9 B 2223/20, juris Rn. 15.

gabe betraut wird. Dabei achtet die Behörde auf hinreichende Neutralität und Sachkunde.<sup>15</sup> Das trägt entscheidend zur Verbesserung der Qualität und Verlässlichkeit der Ergebnisse der RNA bei und mindert zugleich deren Streit anfälligkeit, wenn Fachgutachten nicht mehr im Auftrag der Vorhabenträger erstellt werden.

2.4.3 Lässt sich die gesetzliche Vermutung weder durch eine HNA noch eine behördliche RNA widerlegen, wird das Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG dennoch nur aktiviert, soweit die signifikante Risikoerhöhung nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen hinreichend gemindert werden kann (§ 45b Abs. 3 Nr. 2 HS 1). Als fachlich anerkannt sollen insbesondere die in Anlage 1 Abschnitt 2 genannten Maßnahmen (§ 45b Abs. 6 S. 1) gelten. Ob deren Einsatz im jeweiligen Einzelfall zu einer hinreichenden Risikominimierung führt, bedarf an sich einer gesonderten behördlichen Prüfung. Um für Erleichterung zu sorgen soll nach § 45b Abs. 3 Nr. 2 HS 2 in der Regel davon auszugehen sein, dass die Risikoerhöhung bei einem Einsatz der dort im Einzelnen genannten Maßnahmen (Antikollisionssystem, bewirtschaftungsbedingte Abschaltung, Ablenkflächen, phänologiebedingte Abschaltung) hinreichend gemindert ist.

Diese Regelung findet in den Angaben der Anlage 1 Abschnitt 2 keinen Rückhalt. Wenn – um es am Beispiel zu veranschaulichen – ein wirksames Antikollisionssystem derzeit nur für den Rotmilan existiert, kann dessen Einsatz ein erhöhtes Risiko für den Schreiadler nicht reduzieren. In Fällen der Betroffenheit der letztgenannten Greifvogelart entbehrt die Vermutung jeder Grundlage. Bei Einsatz attraktiver Ausweich-Nahrungshabitate, deren fachwissenschaftliche Anerkennung noch immer aussteht,<sup>16</sup> hängt die Risikominderung nach Anlage 1 Abschnitt 2 davon ab, dass sie über eine artspezifisch ausreichende Größe verfügen. Das Spektrum der Vorschläge reicht beim Rotmilan von 5 ha/Brutpaar<sup>17</sup> über 5 ha Grünland + 5 ha sonstige Nahrungsfläche<sup>18</sup> bis zu 70 ha portionsweise zu mähende Luzerneflächen.<sup>19</sup> Eine gesetzliche Vermutung der hinreichenden Risikominimierung daran zu knüpfen, dass attraktive Ausweichhabitate gleich welcher Größe angeordnet werden, erscheint reichlich gewagt. Es wird daher angeregt, den § 45b Abs. 3 Nr. 2 HS 2 zu streichen.

2.5 Während § 45b Abs. 4 die widerlegliche Vermutung dafür begründet, dass der Betrieb einer WEA in dem „erweiterten Prüfbereich“ kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko hervorruft, legt Absatz 5 der Vorschrift fest, dass das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare außerhalb dieses Bereichs nicht signifikant erhöht ist und keine Schutzmaßnahmen erforderlich sind. Der Anwendungsbereich des durch § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG begründeten Zugriffsverbots erfährt hierdurch eine räumliche Begrenzung, die im Unionsrecht keinen Rückhalt findet. Da sich die Verbote des Art. 5 V-RL

<sup>15</sup> Czajka, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Stand: 59. Update 2021/22, § 13 9. BImSchV Rn. 49; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht IV, Werkstand: 97. Lfg. 2021, § 13 9. BImSchV, Rn. 3.

<sup>16</sup> Blew et al., Wirksamkeit von Maßnahmen gegen Vogelkollisionen an Windenergieanlagen, BfN-Skripten 518/2018, S. 38: „Während eine positive Wirkung solcher Maßnahmen wahrscheinlich ist, ist die Wirksamkeit an sich bisher - vor allem quantitativ – nicht belegt“.

<sup>17</sup> Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen (MULNV)/Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen (LANUV), Leitfaden. Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen, Fassung: 10.11.2017, 1. Änderung, S. 35 unter Hinweis auf den „Wirksamkeitsleitfaden“ (Aktualisiert: 2021).

<sup>18</sup> Landesanstalt für Umwelt Baden-Württemberg (LUBW), Hinweise zur Erfassung und Bewertung von Vogelvorkommen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, gültig ab Februar 2021, S. 139.

<sup>19</sup> Landesamt für Umweltschutz Sachsen-Anhalt, Artenhilfsprogramm Rotmilan des Landes Sachsen-Anhalt, Berichte des Landesamtes Heft 5/2014, S. 99.

ubiquitäre Geltung beilegen, ist es den Mitgliedstaaten versagt, den räumlichen Anwendungsbereich der Schutzvorschrift zu verengen. Es wird angeregt, die Vorschrift zu streichen.

### 3. Zumutbarkeit temporärer Abschaltungen (§ 45b Abs. 6)

Während § 45b Abs. 6 S. 1 exemplarisch („*insbesondere*“) erläutert, was fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen sind, wird in den Sätzen 2-4 festgelegt, unter welchen Bedingungen die Anordnung einer Abschaltung der WEA unzumutbar ist. Da die Schwelle der Zumutbarkeit „*unter Berücksichtigung weiterer Schutzmaßnahmen auch für andere besonders geschützte Arten*“ bestimmt wird, dürfte § 45b Abs. 6 S. 2 so zu verstehen sein, dass WEA nur noch unter Inanspruchnahme einer artenschutzrechtlichen Ausnahme genehmigt werden dürfen, wenn diese Zumutbarkeitsschwelle überschritten wird. Dafür spricht nicht zuletzt der Umstand, dass Investitionskosten für Schutzmaßnahmen gleich welcher Art (z.B. Erwerb von Ausweich-Nahrungshabitaten) anzurechnen sind.

Die Regelung ist schon deshalb nicht praxistauglich, weil die Behörden genötigt werden, eine Berechnung anhand der Formeln in Anlage 2 vorzunehmen, die schwer nachvollziehbar sind und deren Anwendung sicher nicht zur Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren beitragen. Eher werden Fehler der Genehmigungsentscheidungen vorprogrammiert, die zu unnötigen rechtlichen Auseinandersetzungen führen können.

Davon abgesehen ist die Regelung problematisch, weil sich die Zumutbarkeitsschwelle unter Berücksichtigung der Kosten für Schutzmaßnahmen am Jahresenergieertrag und nicht zugleich auch daran orientiert, ob die Abschaltung zum Schutz einer vom Aussterben bedrohten (z.B. Schreiadler, Kornweihe, Sumpfohreule) oder zugunsten einer Brutvogelart angeordnet werden soll, die ungefährdet und in Ausbreitung begriffen ist (z.B. Uhu, Wanderfalke). Da an der Erhaltung der vom Aussterben bedrohten Vogelarten ein öffentliches Interesse von herausragender Bedeutung besteht, während das Gewicht dieses Belangs bei ungefährdeten Arten deutlich geringer ausfällt, läuft es dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwider, wenn dem Gefährdungsgrad der betroffenen Brutvogelart bei der Bemessung der Zumutbarkeitsschwelle keinerlei Bedeutung zuerkannt wird. Die Ertragseinbußen und die hierdurch verursachten finanziellen Verluste sind fraglos relevant, indessen ist zugleich zu berücksichtigen, dass auch eine sich auf die gesamte Brutzeit beziehende Tagabschaltung zumutbar sein kann, wenn sich hierdurch der Verlust von Exemplaren einer vom Aussterben bedrohten Art verhindern lässt. Um es am Beispiel zu illustrieren: Wird eine WEA im Lebensraum des Schreiadlers errichtet, deren Betrieb das Risiko der Tötung der Brutvögel in signifikanter Weise erhöht, können dem Träger eines solchen Vorhabens im Interesse der Erhaltung dieser vom Aussterben bedrohten Greifvogelart deutlich weitergehende Schutz- und Vermeidungsmaßnahmen abverlangt werden, als demjenigen, dessen WEA den ungefährdeten Uhu in Mitleidenschaft zu ziehen droht. Vor diesem Hintergrund und mit Rücksicht darauf, dass angesichts des fortschreitenden Artensterbens um der Bewahrung der Schöpfung willen Einbußen in Höhe „*des Zehnten*“ hinnehmbar erscheinen, wird angeregt, folgende Änderung des § 45b Abs. 6 vorzunehmen.

- Nach Satz 1 werden folgende Sätze eingefügt:  
*„Die Anordnung von Schutzmaßnahmen, die die Abschaltung von Windenergieanlagen betreffen, ist unter Berücksichtigung der Anzahl und des Gefährdungsgrades der betroffenen Brutvogelarten sowie der weiteren Schutzmaßnahmen auch für andere besonders geschützte Arten in der Regel zumutbar, soweit sie den Jahresenergieertrag an dem jeweiligen Standort um nicht mehr als 10 Prozent verringern“.*
- Satz 2 wird gestrichen. Die Sätze 4 und 5 werden zu den Sätzen 3 und 4.

#### 4. Nisthilfen

Der Vorschlag, ein Verbot der Anbringung von Nisthilfen kollisionsgefährdeter Vogel- und Fledermausarten in Gebieten für die Windenergienutzung und im Umkreis von 1.500 m um bestehende WEA in das Gesetz aufzunehmen, ist nicht praktikabel. Abgesehen davon, dass der zentrale Prüfbereich, in dem eine gesetzliche Vermutung für die signifikante Erhöhung des Kollisionsrisikos streitet, zumeist weniger als 1.500 m beträgt, wäre eine Nisthilfe für den Rotmilan verboten, indessen bliebe das Anbringen einer Nisthilfe für den Mäusebussard weiterhin erlaubt, weil diese Art in Anhang 1 Abschnitt 1 nicht zu den kollisionsgefährdeten Brutvogelarten gerechnet wird. Wenn nun im Abstand von 500 m zu einer WEA ein marktgängiger Nistkorb für den Mäusebussard (z.B. RK BU 01)<sup>20</sup> aufgehängt, aber vom Rotmilan bezogen wird, läuft das Verbot leer. Es wird daher angeregt, die weitgehend sinnfreie Vorschrift des § 45b Abs. 7 ersatzlos zu streichen, die auch deshalb entbehrlich ist, weil die Naturschutzbehörden auf der Grundlage des § 3 Abs. 2 BNatSchG einschreiten können, wenn Nisthilfen angebracht werden, die Vögel in den Gefahrenbereich von WEA locken könnten.

#### 5. Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen für den Betrieb von Windenergieanlagen

Für die Erteilung einer sich auf § 45 Abs. 7 BNatSchG gründenden Ausnahme von artenschutzrechtlichen Verboten enthält § 45b Abs. 8 verschiedene Maßgaben. Die Sondervorschrift, die auch in Fällen der windkraftbedingten Betroffenheit von Arten des Anhangs IV FFH-RL (z.B. Fledermäuse) zum Tragen kommen soll, bezieht sich ausschließlich auf die betriebsbedingte Aktivierung der Zugriffsverbote, während die Maßgaben nicht anzuwenden sind, wenn schon der Bau mit artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten in Konflikt gerät. Droht – um es an einem aktuellen Beispiel des Windparks Reinhardswald zu illustrieren – in der Bauphase die Tötung streng geschützter Haselmäuse,<sup>21</sup> während der Rotmilan durch den Betrieb der Anlagen einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt wird, ist die Genehmigungsbehörde zu der doppelten Prüfung genötigt, ob baubedingte Verstöße in Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG und betriebsbedingte Verstöße in Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG i.V.m. den Maßgaben des § 45b Abs. 8 zugelassen werden können. Das erhöht den behördlichen Prüfungsaufwand, ist fehleranfällig und sicher kein Beitrag zur Vereinfachung und Beschleunigung der Genehmigungsverfahren. Unabhängig davon sehen sich die Maßgaben des § 45b Abs. 8 erheblichen Bedenken ausgesetzt.

##### 5.1 Ausnahmegründe

§ 45b Abs. 8 Nr. 1 bringt zum Ausdruck, dass der Betrieb von WEA im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient. Der tiefere Sinn der Regelung erschließt sich nicht, zumal „*zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses*“ sowie der Aspekt der „*öffentlichen Sicherheit*“ schon im Katalog des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG genannt sind.

Sollte die Maßgabe so zu verstehen sein, dass für WEA das Vorliegen eines Ausnahmegrundes in jedem Einzelfall und unabhängig von den ihn prägenden Besonderheiten erfüllt ist, wäre die Regelung unionsrechtswidrig. Abgesehen davon, dass Gründe des öffentlichen Interesses in Fällen der Betroffenheit europäischer Vogelarten ohnehin nicht zur Rechtfertigung artenschutzrechtlicher Ausnahmen herangezogen werden dürfen,<sup>22</sup> haben die unionsrechtlichen Ausnahmeermächtigungen (Art. 9 V-RL, Art. 16 FFH-RL) nach den Erkenntnissen des Gerichtshofs der Europäischen Union nur „*besondere Situationen*“ im Auge und erfordern

<sup>20</sup> Siehe <http://www.vivarapro.de/RK-BU-01-Nistkorb-Bussard-Rotmilan> (letzter Aufruf: 27.06.2022).

<sup>21</sup> Vgl. *VGH Kassel*, Beschl. v. 11.05.2022, 9 B 234/22.T, juris Rn. 8.

<sup>22</sup> *EuGH*, Urt. v. 26.01.2012, -102/11, Kommission / Polen, NuR 2013, 718 Rn. 39 f.



eine konkrete und gezielte Anwendung.<sup>23</sup> Stets bedarf es im Einzelfall einer Abwägung zwischen dem Schutz der Vögel und anderen Belangen z.B. der öffentlichen Sicherheit. Damit ist es nicht vereinbar, dem Interesse am Ausbau der Windenergie einen „*absoluten Vorrang*“ vor den Integritätsinteressen des Artenschutzes einzuräumen.

Nichts anderes ergibt sich, wenn das geltende Verfassungsrecht in den Blick genommen wird. Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Klimaschutz, indessen verleiht dies dem Klimaschutzgebot keinen „*unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen*“.<sup>24</sup> Da das Staatsziel Umweltschutz die natürlichen Lebensgrundlagen einschließlich der hiervon umfassten Pflanzen und Tiere gesichert wissen will, gehören gerade die gefährdeten oder gar vom Aussterben bedrohten Arten zu den verfassungsrechtlich geschützten Gütern, weil sich bei ihnen schon einzelne Verluste nachteilig auf die Arterhaltung auswirken können. Dies darf der Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen nicht außer Acht lassen, zumal Art. 20a GG dem Naturschutz einen hohen Rang verleiht.<sup>25</sup> Dem liefe es zuwider, wenn der Windkraftnutzung ein „*artenschutzrechtlicher Persilschein*“ ausgestellt würde, nur weil die Interessenvertretung der Windenergie diesbezügliche Forderungen öffentlichkeitswirksam und lautstark erhebt.

## 5.2 Alternativenprüfung

Auf rechtlich schwankenden Grund führt daneben der Versuch, die unionsrechtlich gebotene und strikt zu handhabende Prüfung räumlicher Alternativen zu relativieren. Genau dies geschieht mit der Maßgabe des § 45b Abs. 8 Nr. 2, nach der Standortalternativen außerhalb der Gebiete, die in einem Raumordnungsplan oder einem Flächennutzungsplan für die Windenergie ausgewiesen wurden, in der Regel bis zur Erreichung der Flächenbeitragswerte (§ 3 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1 WindBG-Entw.) nicht zumutbar sind. Eine derartige Regelung wäre noch vertretbar, wenn bereits auf der planerischen Ebene eine Prüfung standörtlicher Alternativen stattfände, die den strengen Anforderungen des Unionsrechts vollauf genüge. Das ist aber gerade nicht der Fall, weil im Rahmen der räumlichen Gesamtplanung lediglich geprüft wird, ob sich die Verbote des Artenschutzes im „*Planvollzug*“ als unüberwindliche Hindernisse erweisen.<sup>26</sup> Anders als im Kontext der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und des unionsbasierten Habitatschutzrechts (vgl. § 1a Abs. 3, 4 BauGB) hat der Gesetzgeber den Schritt einer „*Hochzonung*“ des Artenschutzes auf die planerische Ebene bis heute nicht vollzogen. Kann das in Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben (Art. 16 Abs. 1 FFH-RL, Art. 9 Abs. 1 V-RL) durch § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG begründete und mit Blick auf das Unionsrecht strikt beachtliche Vermeidungsgebot bei der Planung von Sondergebieten für die Windkraftnutzung seine steuernde Wirkung nicht entfalten, enthält § 45b Abs. 8 Nr. 2 eine Regelvermutung die den Realitäten handgreiflich nicht entspricht. Der Umstand, dass auf der planerischen Ebene eine sich dem Abwägungsgebot verdankende Alternativenprüfung erfolgt,<sup>27</sup> stellt dies nicht in Frage, weil diese Prüfung hinter den strengen Anforderungen des § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG deutlich zurückbleibt.

## 5.3 „*Basisschutz*“ – Reduzierung des Vermeidungsaufwandes (§ 45 Abs. 9)

Besonders fragwürdig ist die Regelung des § 45b Abs. 9, nach der die Genehmigungsbehörde bei Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme gehindert wird, Abschaltanordnungen

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 08.07.1987, 247/85, Kommission / Belgien, Slg. 1987, 3057 Rn. 7 und rN. 28.

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, juris Rn. 198.

<sup>25</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.10.1997, 1 BvR 310/84, juris Rn. 34.

<sup>26</sup> Vgl. nur Gellermann, in: Schrödter, Baugesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 181 m.w.N.

<sup>27</sup> Hierzu Rieger, in: Schrödter (Fn. 26), § 1 Rn. 683 ff.

zu treffen, die den Jahresenergieertrag um mehr als 6% an besonders windhöffigen oder um mehr als 4% an sonstigen Standorten verringern, obwohl Ertragsreduzierungen bis zu 8% bzw. 6% unter bestimmten weiteren Bedingungen als zumutbar erachtet werden (§ 45b Abs. 6). Wer eine Ausnahme erhält, soll daher davon entbunden werden, an sich zumutbare Möglichkeiten zur Vermeidung unnötiger Schädigungen durch Abschaltungen zu nutzen. In der Begründung des Entwurfs ist die Rede von einem „*Basisschutz*“, den die von einer Ausnahme betroffenen Tiere erfahren sollen.

Wenn an einem durchschnittlich windhöffigen Standort eine Reduzierung des Jahresenergieertrages von 6% zumutbar ist, darf eine dennoch erforderliche artenschutzrechtliche Ausnahme nur erteilt werden, wenn die entsprechenden Schutzmaßnahmen auch tatsächlich ergriffen werden. Was in zumutbarer Weise vermeidbar ist, muss aus Gründen des Art. 9 Abs. 1 V-RL, Art. 16 Abs. 1 FFH-RL auch tatsächlich vermieden werden, weil die Vorschriften eine Abweichung von den ansonsten strikt beachtlichen Verboten nur im Hinblick auf solche Schädigungen erlauben, die sich mit zumutbaren Vermeidungsanstrengungen nicht verhindern lassen. § 45b Abs. 9 läuft dem zuwider und bringt es überdies mit sich, dass die Projektträger, die artenschutzrechtliche Konfliktlagen unter Einsatz zumutbarer Schutzmaßnahmen entschärfen, im Ergebnis eine Ertragseinbuße von 6% des Jahresenergieertrages hinnehmen müssen, während sich die Verluste derjenigen Projektträger lediglich auf 4% belaufen, denen eine artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt wird. Wer Konflikte verursacht, aber nicht durch Vermeidungsanstrengungen bewältigt, wird daher anders behandelt, als derjenige, der den Eintritt der Konfliktlage verhindert.

Der tiefere Grund für diese Ungleichbehandlung liegt ersichtlich darin, dass Träger von Windkraftprojekten, denen eine artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt wird, zur Finanzierung des Nationalen Artenhilfsprogramms beitragen sollen (§ 45d Abs. 2 S. 1). Der „*Kuh, die man melken will*“, soll daher wenigstens gestattet sein, auch solche Schädigungen geschützter Individuen zu verursachen, die an sich in zumutbarer Weise verhindert werden können. Die Logik scheint tatsächlich darin zu bestehen, vermeidbare Schäden zuzulassen, um finanzielle Mittel zu erhalten, mit denen die besagten Schäden nachträglich repariert werden sollen. Das läuft nicht bloß den Vorgaben des Sekundärrechts (Art. 9 Abs. 1 V-RL, Art. 16 Abs. 1 FFH-RL) zuwider, sondern verstößt auch noch gegen das primärrechtlich verankerte Prinzip der Vorsorge (Art. 191 Abs. 2 AEUV) einschließlich des hiervon umfassten Grundsatzes der „*Schadensvermeidung vor Schadensbeseitigung*“,<sup>28</sup> das auch für die Mitgliedstaaten beachtlich ist, wenn sie europäisches Umweltrecht umsetzen, durchführen und anwenden.<sup>29</sup>

Davon abgesehen hat die beabsichtigte Regelung auch noch zur Konsequenz, dass ertragsmindernde Abschaltungen in gewissem Umfang durch eine Geldzahlung abgelöst werden. So berechtigt es auch ist, den Vorhabenträgern eine Sonderabgabe aufzuerlegen, wenn ihnen die „*Lizenz zur Tötung oder Schädigung*“ geschützter Arten erteilt wird, so wenig nachvollziehbar ist es, wenn Vermeidungsanstrengungen durch Zahlungspflichten substituiert werden. Das erinnert an einen „*Ablasshandel*“, der eigentlich nur dazu dient, den Trägern von Windkraftprojekten die Mühe zu ersparen, sich durch praktisch wirksame Maßnahmen um die Verhinderung artenschutzrechtlicher Konflikte zu bemühen.

Es wird daher empfohlen, die in § 45b Abs. 9 vorgesehene Entlastung von Vermeidungsanstrengungen zu streichen und die Zahlungspflicht bei Erteilung einer artenschutzrechtlichen

<sup>28</sup> Kahl, in: Streinz, AEUV/EUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 191 AEUV Rn. 77; Appel, in: Koch/Hofmann/Reese, Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 32.

<sup>29</sup> Eingehend *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2019, 1. Teil, Kapitel 5 Rn. 52 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 220.

Ausnahme in Anlehnung an § 15 Abs. 6 BNatSchG anhand der durchschnittlichen Kosten der aus Gründen ihrer Unzumutbarkeit nicht durchführbaren Vermeidungsmaßnahmen oder – alternativ – anhand der Dauer und Schwere der Beeinträchtigung zu bemessen, die durch zumutbare Vermeidungsanstrengungen nicht verhindert werden kann. Es wird angeregt, folgende Änderungen in Erwägung zu ziehen.

- § 45b Absatz 9 wird wie folgt gefasst:  
*„Wird eine Ausnahme nach § 45 Absatz 7 Satz 1 bis 3 erteilt, setzt die Behörde die erforderlichen und zumutbaren Schutzmaßnahmen im Sinne des Absatzes 6 sowie den vom Träger des Vorhabens nach Maßgabe des § 45d Absatz 2 Satz 1 und 2 zu zahlenden Geldbetrag als jährlich zu leistende Abgabe fest“.*
- In § 45d Absatz 2 wird Satz 2 durch folgenden Satz ersetzt:  
*„Die Geldzahlung bemisst sich nach den durchschnittlichen Kosten der Vermeidungsmaßnahmen, die von der Behörde wegen einer Überschreitung der in § 45b Absatz 6 genannten Zumutbarkeitsschwelle nicht angeordnet werden dürfen“. Alternativ: „Die Geldzahlung bemisst sich nach der Schwere der mit der Erteilung der Ausnahme zugelassenen Beeinträchtigung unter Berücksichtigung der dem Träger des Vorhabens daraus erwachsenden Vorteile“.*
- Als Folgeänderung wird Satz 4 des § 45d Absatz 2 gestrichen.

## 6. Repowering

Die für das Repowering maßgebliche Regelung des § 16b Abs. 4 BImSchG soll durch § 45c in das Bundesnaturschutzgesetz überführt und die im Immissionsschutzrecht verankerte „*Deltaprüfung*“<sup>30</sup> konkretisiert werden. Das ist fraglos zu begrüßen, indessen dürfte die geplante Regelung die Praxis vor Probleme stellen.

### 6.1 Signifikanzschwelle

Während § 45c Abs. 1 S. 3 eine Liste von Beurteilungskriterien enthält, soll Satz 4 die Regelvermutung mangelnder Signifikanzerhöhung aufstellen, die nicht zum Tragen kommt, wenn sich der Standort der Anlage in einem besonders sensiblen Gebiet befindet. Zu diesen Gebieten werden u.a. *„bedeutsame Dichtezentren“*, *„Schwerpunktvorkommen“* sowie *„landesweit bedeutsame Brutvorkommen kollisionsgefährdeter oder störungsempfindlicher Arten“* gezählt. Es trägt nicht zur Erleichterung des Vollzuges bei, wenn der unbestimmte Rechtsbegriff des *„besonders sensiblen Gebietes“* durch weitere Termini definiert wird, die nicht minder unbestimmt sind. So wird der Begriff des *„Dichtezentrums“* in einem Papier erwähnt, das der NABU-Präsident gemeinsam mit dem Bundeswirtschaftsminister und seinem parlamentarischen Staatssekretär verfasst hat,<sup>31</sup> indessen findet sich dort keine nähere Erläuterung. *Bernotat & Dierschke* verstehen unter einem Dichtezentrum *„Gebiete mit hohen Brutvogeldichten einer Art“*,<sup>32</sup> belassen es aber bei dieser allgemeinen Umschreibung und benennen keine konkreten Kriterien, anhand derer ermittelt werden könnte, ob sich der Standort einer WEA

<sup>30</sup> Hierzu *Lang*, in: Säcker/Ludwigs, Berliner Kommentar zum Energierecht, 5. Aufl. 2022, § 16b BImSchG Rn. 8.

<sup>31</sup> *Krüger/Habeck/Krischer*, Maßnahmenvorschläge zur Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land, 02.12.2020, [https://www.oliver-krischer.eu/wp-content/uploads/2020/12/2020-12-02-Diskussionpapier-EE-und-Artenschutz\\_GRUeNE\\_NABU\\_final.pdf](https://www.oliver-krischer.eu/wp-content/uploads/2020/12/2020-12-02-Diskussionpapier-EE-und-Artenschutz_GRUeNE_NABU_final.pdf) (letzter Aufruf: 23.06.2022).

<sup>32</sup> *Bernotat & Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, Teil I: Rechtliche und methodische Grundlagen, 4. Fassung, Stand 31.08.2021, S. 111.

in einem Dichtezentrum befindet. Es versteht sich von selbst, dass derlei Regelungen nicht praxistauglich, sondern in hohem Maße streitanfällig und im Übrigen bestens geeignet sind, Genehmigungsverfahren für Repowering-Vorhaben zu verzögern. Es wird daher angeregt, als besonders sensible Gebiete sämtliche Gebiete zu verstehen, die – mit Ausnahme der Landschaftsschutzgebiete – zum geschützten Teil von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 und Nr. 6-7 BNatSchG erklärt worden sind, zu den gesetzlich geschützten Biotopen im Sinne des § 30 Abs. 2 BNatSchG oder landesrechtlichen Bestimmungen und zu den Gebieten des Netzes Natura 2000 im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 8 BNatSchG gehören. Die Regelung könnte wie folgt formuliert werden.

- § 45c Absatz 1 S. 5 wird wie folgt gefasst:  
*„Besonders sensible Gebiete sind die in § 20 Absatz 2 Nummer 1 bis 3 und Nummern 6 und 7 genannten Teile von Natur und Landschaft, gesetzlich geschützte Biotope im Sinne des § 30 Absatz 2 und landesgesetzlicher Bestimmungen im Sinne des § 30 Absatz 2 Satz 1 sowie die Natura 2000-Gebiete im Sinne des § 7 Absatz 1 Nr. 8“.*

## 6.2 Alternativenprüfung

Das Problem mangelnder Bestimmtheit tritt auch im Kontext des § 45c Abs. 3 auf, der Standortalternativen bei Repoweringvorhaben in der Regel für unzumutbar erklärt, es sei denn, der Standort läge in einem besonders sensiblen Gebiet. Erschwerend kommt hinzu, dass hierdurch die unionsrechtlich gebotene Alternativenprüfung in einer Weise verkürzt wird, die den Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 V-RL und des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL nicht gerecht wird. Die Vorschriften etablieren ein strikt beachtliches Vermeidungsgebot, mit dem es nicht vereinbar ist, wenn artenschutzrechtlich unbedenkliche Alternativstandorte regelhaft für unzumutbar erklärt werden. Derartige Erleichterungen sieht das Unionsrecht auch in Fällen einer Modernisierung nicht vor.

## 7. Nationales Artenhilfsprogramm

Im Koalitionsvertrag wurde ein nationales Artenhilfsprogramm vereinbart, zu dem die Betreiber von WEA einen finanziellen Beitrag leisten sollen. In Reaktion darauf sieht § 45d Abs. 1 vor, dass das Bundesamt für Naturschutz (BfN) nationale Artenhilfsprogramme „zum dauerhaften Schutz insbesondere der durch den Ausbau der Erneuerbaren Energien betroffenen Arten“ aufstellt und die „zu deren Umsetzung erforderlichen Maßnahmen (ergreift)“. Artenhilfsprogramme können in Abhängigkeit von der Art ihrer Ausgestaltung und der Effektivität ihrer praktischen Umsetzung wichtige Beiträge erbringen, um dem nach wie vor ungebremsten Artensterben zu begegnen. So sehr nationale Artenhilfsprogramme daher auch zu begrüßen sind, so wenig ändert dies daran, dass sich § 45d verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sieht.

7.1 Verfügt der Bund – wie auf dem Felde des Naturschutzrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG) – über die Gesetzgebungskompetenz, bietet ihm die Kompetenzgrundlage des Art. 87 Abs. 3 GG die Möglichkeit, selbstständige Bundesoberbehörden einzurichten oder bestehenden Bundesoberbehörden wie dem BfN neue Aufgaben zu übertragen.<sup>33</sup> Das gilt allerdings nur für solche Aufgaben, „die der Sache nach für das ganze Bundesgebiet von einer Oberbehörde ohne Mittel- oder Unterbau und ohne Inanspruchnahme von Verwaltungsbehörden der Länder – außer für reine Amtshilfe – wahrgenommen werden können“.<sup>34</sup> Die Aufgabe muss da-

<sup>33</sup> BFH, Urt. v. 8.7.2015, X R 41/13, DStRE 2015, 1365 Rn. 38; Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 87 Rn. 14.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 3.3.2004, 1 BvF 3/92, NJW 2004, 2213 (2214).

her nach ihren typischen Merkmalen einer zentralen Erledigung zugänglich sein.<sup>35</sup> Das ist in Ansehung von Artenhilfsprogramme schon deshalb zweifelhaft, weil § 38 Abs. 2 S. 1 BNatSchG den Ländern die Aufgabe der Erstellung solcher Programme zuweist. Die „Verdrängung von Länderkompetenzen“ ist ein Indiz dafür, dass es sich nicht um eine zentral zu erledigende Aufgabe handelt.<sup>36</sup> Dafür spricht auch, dass die Konzeption von Artenhilfsprogrammen die Erhebung artbezogener Grundlagendaten erfordert, die von den Ländern in Erfüllung der gesetzlichen Pflicht zur fortlaufenden Beobachtung von Natur und Landschaft (§ 6 Abs. 2 BNatSchG) erhoben und dem Bundesamt zur Verfügung gestellt werden müssten. Es kommt hinzu, dass die vom BfN artspezifisch konzipierten Artenhilfsmaßnahmen umgesetzt und vor Ort verwirklicht werden müssen. Besteht daher ein starker Bezug zu den örtlichen Gegebenheiten, ist dies ein weiterer Aspekt, der die Zentralität der in § 45d thematisierten Aufgabe in Frage stellt.<sup>37</sup>

7.2 Selbst wenn dies abweichend zu bewerten wäre, ist zu berücksichtigen, dass die Verwaltung des Bundes und der Länder grundsätzlich in funktioneller und organisatorischer Hinsicht voneinander getrennt sind (Art. 30, 83 ff. GG). Diese Trennung erfordert eine klare und auf Vollständigkeit angelegte Zuordnung der Kompetenzen,<sup>38</sup> mit der es nicht vereinbar ist, wenn eine doppelte Verwaltungszuständigkeit von Bund und Ländern für den gleichen Sachgegenstand begründet wird. Sollte § 45d in seiner jetzigen Gestalt in das Gesetz aufgenommen werden, käme es zu einer derartigen Verdoppelung der Zuständigkeiten, die verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar ist. Nach § 45d soll das BfN Artenhilfsprogramme „insbesondere“ für die vom Ausbau der Erneuerbaren Energien betroffenen Arten aufstellen, ist darauf aber nicht beschränkt. Gleichzeitig weist § 38 BNatSchG den Ländern die Aufgaben des gestaltenden Artenschutzes zu, die – wie bereits bemerkt – die Aufstellung von Artenhilfsprogrammen umfasst. Der Überschneidungsbereich beider Vorschriften ist beträchtlich und bringt es mit sich, dass es zu einer Verdoppelung der Verwaltungszuständigkeit von Bund und Ländern für den gleichen Sachgegenstand kommt, der aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht akzeptiert werden kann.

7.3 Den genannten Bedenken kann abgeholfen werden, indem die Länder verpflichtet werden, Artenhilfsprogramme für die von dem Ausbau der Erneuerbaren Energien betroffenen Arten aufzustellen und durchzuführen. Das stellt die Zahlungspflicht der Träger von Windkraftprojekten nicht in Frage, indessen wäre die Zahlung jeweils an das Bundesland zu leisten, in dem das Projekt verwirklicht wird. Eine diesbezügliche Regelung könnte wie folgt gefasst werden.

- In der amtlichen Überschrift des § 45d wird das Wort „Nationale“ gestrichen.
- § 45d Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

*„Die Länder stellen vorrangig Artenhilfsprogramme auf zum dauerhaften Schutz der durch den Ausbau der Erneuerbaren Energien betroffenen Arten einschließlich deren Lebensstätten und ergreifen die zu deren Umsetzung erforderlichen Maßnahmen. Im Übrigen bleibt § 38 Absatz 2 Satz 1 unberührt“.*

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 3.3.2004, 1 BvF 3/92, NJW 2004, 2213 (2214); BVerwG, Urt. v. 30.6.2005, 7 C 26.04, juris Rn. 48; *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 87; *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 96. Lfg. 2021, Art. 87 Rn. 245.

<sup>36</sup> *Ibler*, in: Dürig/Scholz/Herzog (Fn. 33), Art. 87 Rn. 245; *Durner*, Die aktuellen Vorschläge für eine Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG), DVBl. 2011, 853 (857).

<sup>37</sup> Vgl. nur *Britz*, Bundeseigenverwaltung durch selbständige Bundesoberbehörden, DVBl. 1998, 1167 (1173).

<sup>38</sup> BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04 u.a., NVwZ 2008, 183 Rn. 155 f.

- Der Entwurf des § 45d Absatz 2 Satz 3 wird wie folgt gefasst:  
*„Sie ist als zweckgebundene Abgabe an das Land zu leisten, dessen Behörden die artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt“.*

#### **IV. Statisches Recht trifft auf dynamische Natur**

Der Entwurf des Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes gibt keine Antworten auf die Frage, wie damit umgegangen werden kann, dass der Betrieb der WEA durch Erteilung der Genehmigung zeitlich unbegrenzt gestattet wird, aber nicht in jedem Betriebsjahr artenschutzrechtliche Konflikte bestehen. Praktischen Erfahrungen entspricht es, dass der Horst eines Greifvogels (z.B. Wechselhorst des Rotmilans), dessen Existenz im Genehmigungsverfahren zur Anordnung mehr oder weniger weit reichender Abschaltzeiten veranlasst hat, schon im ersten Betriebsjahr der WEA nicht mehr besetzt ist, in einzelnen Folgejahren aber erneut von Individuen der betreffenden Art zur Brut genutzt wird. Umgekehrt ist es gar nicht selten, dass es erst während der Betriebszeit der WEA zu Neuansiedlungen kollisionsempfindlicher Brutvogelarten im Umfeld des Anlagenstandortes kommt. So ist dem Unterzeichner in seiner anwaltlichen Praxis ein Fall bekannt geworden, in dem sich erstmals 13 Jahre nach Inbetriebnahme einer Windfarm ein Brutpaar des Rotmilans in direkter Nachbarschaft der WEA ansiedelte.

Um die sich mit behördlichen Abschaltanordnungen des Genehmigungsbescheides verbindenden Einbußen des Energieertrages so gering wie möglich zu halten, sollte die Naturschutzbehörde ermächtigt werden, den Betreiber einer WEA in einzelnen Betriebsjahren von der Pflicht zur Abschaltung zu entbinden, in denen der Betrieb der Anlage nachweislich keinen artenschutzrechtlichen Konflikt auslöst. Umgekehrt sollte die Ermächtigung es aber zugleich erlauben, auf etwaige erst im Verlauf der Betriebsphase auftretende Konflikte zu reagieren und den Betreiber einer WEA zu deren Bewältigung im jeweiligen Betriebsjahr zur temporären Abschaltung seiner Anlage zu verpflichten. Eine solche Regelung ist trotz der Vorschrift des § 3 Abs. 2 BNatSchG nicht entbehrlich, sondern könnte entscheidend dazu beitragen, die Reichweite der naturschutzbehördlichen Anordnungsbefugnisse klarer zu konturieren.

Von der Unterbreitung eines konkreten Regelungsvorschlages wird abgesehen, weil zugleich geregelt werden müsste, auf welche Weise das Ausbleiben bzw. Bestehen einer artenschutzrechtlichen Konfliktlage während der Betriebsphase festgestellt wird. Unterschiedliche Gestaltungen sind insoweit denkbar (z.B. Monitoring durch den Betreiber; Erfassungen durch die Naturschutzbehörde); außerdem muss Sorge dafür getragen werden, dass kein Anreiz zur illegalen Beseitigung von Brutplätzen oder zu Störungen während der Brutzeit geschaffen wird. Dennoch sollte dem Themenfeld im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens Aufmerksamkeit gewidmet werden, weil eine entsprechende Ermächtigung der zuständigen Naturschutzbehörde geeignet erscheint, auf Konflikte zwischen der Windkraftnutzung und dem Artenschutz in einer Weise zu reagieren, die der Interessenlage beider Seite gerecht wird.

#### **V. Fazit**

Der Entwurf des Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes lässt Licht, vor allem aber auch viel Schatten erkennen. Die Konkretisierung der Signifikanzschwelle des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbots ist ebenso zu begrüßen, wie die beabsichtigte Einführung von Artenhilfsprogrammen, soweit dies in verfassungskonformer Weise geschieht.

Ansonsten überwiegt der Eindruck, dass bestehende Schutzstandards sogar zu Lasten stark gefährdeter oder gar vom Aussterben bedrohter Arten im Interesse der Windkraftnutzung abgebaut werden sollen. Das ist nicht bloß aus der verfassungsrechtlichen Perspektive des Art. 20a GG bedenklich, sondern sieht sich zugleich handgreiflichen Einwänden aus völker- und unionsrechtlicher Perspektive ausgesetzt. Zu allem Überfluss sind manche Regelungen – man denke nur an die Rechenformel der Anlage 2 – kaum vollzugstauglich und fehleranfällig. Im Übrigen enthält der Entwurf keinen Vorschlag, der Wege aufzeigt, um die Dynamik des Naturschutzgeschehens mit dem Interesse an einem möglichst unbeschränkten Betrieb von WEA in Einklang zu bringen.

Wenn der beschleunigte Ausbau der Windkraftnutzung in einer den völker-, unions- und verfassungsrechtlich radizierten Integritätsinteressen des Artenschutzes entsprechenden Weise gelingen soll, muss der Entwurf des Vierten Änderungsgesetzes noch in erheblichem Umfang modifiziert werden.

Westerkappeln, den 27. Juni 2022

apl. Prof. Dr. Martin Gellermann  
Rechtsanwalt