

Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben

(Stand: 13.05.2020)

Inhalt

1. Zusammenfassung	2
2. Ausnahmegründe	3
2.1 Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses	3
2.2 Interesse der öffentlichen Sicherheit.....	4
2.3 Windenergieausbau im öffentlichen Interesse	6
2.4 Abwägung im Einzelfall.....	10
3. Keine zumutbaren Alternativen	11
3.1 Standortalternativen.....	13
3.1.1 Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung in Regionalplänen	13
3.1.2 Darstellungen in Flächennutzungsplänen.....	15
3.1.3 Keine Windenergieplanung oder keine Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange auf der Planungsebene	16
3.2 Ausführungsalternativen	16
4. Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen einer Art... 18	
4.1 Betrachtung der Gesamtpopulation	18
4.1.1 Lokale Betrachtung.....	19
4.1.2 Überregionale und landesweite Betrachtung	20
4.2 Wahrung des Erhaltungszustands (Verschlechterungsprognose)	20
4.3 Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen	21
5. Ermessen	23

1. Zusammenfassung

Bei Zulassung von Windenergieanlagen (WEA) können Konflikte mit artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten auftreten. Insbesondere mit Blick auf WEA-sensible Vogelarten muss das Verletzungs- und Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für besonders und streng geschützte Arten gewahrt bleiben. Zugleich besteht am Ausbau der Windenergie vor dem Hintergrund der internationalen und nationalen Ziele und Verpflichtungen zum Klimaschutz ein hohes öffentliches Interesse, dessen besondere Bedeutung auch bei der Abwägung mit den Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu berücksichtigen ist (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG).

Wenn ein Windenergievorhaben zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungs- oder Verletzungsrisikos (§ 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG) führen kann, ist es die vorrangige Aufgabe der Antragstellenden und der zuständigen Behörden, dass der Eintritt des Verletzungs- und Tötungsverbot durch geeignete, fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen (Vermeidungs- und vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen) vermieden wird. Sollte dies nicht gelingen, ist zu prüfen, inwiefern das Vorhaben gegebenenfalls nach Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme genehmigungsfähig ist.

Mit der Ausnahmegvorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG steht ein rechtliches Instrument zur Verfügung, um die Belange des Artenschutzes und der zügigen Schaffung und Sicherung einer klimaneutralen Energieversorgung zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen. Nach § 45 Abs. 7 BNatSchG sind Ausnahmen möglich, wenn ein Ausnahmegrund vorliegt, zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art als solche in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet nicht verschlechtert. Die zuständige Behörde hat dies einzelfallbezogen zu klären.¹

Der Bedarf nach einer langfristig klimaverträglichen und vor allem gesicherten Energieversorgung in Deutschland kann in bestimmten Einzelfällen die Erteilung von Ausnahmen insbesondere nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 oder Nr. 5 BNatSchG im Interesse der öffentlichen Sicherheit und sonstiger Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses erlauben. Das nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG geforderte Fehlen von Alternativen für das betreffende Windenergievorhaben stellt durch das einschränkende Merkmal der Zumutbarkeit und durch die faktische, vielfach auch bereits planerisch oder gesetzgeberisch festgelegte Verringerung der prüffähigen Standortalternativen keine unbegrenzten Prüfungsanforderungen. Der Ausschluss der Verschlechterung der Populationen der betroffenen Art kann häufig bereits aufgrund von Prognosen von Auswirkungen auf die lokale Population geklärt werden. Kompensatorische Maßnahmen und Artenschutzprogramme, deren Durchführung und Wirksamkeit dauerhaft gesichert ist, bieten zusätzlich Gestaltungsspielräume. Sie können im Einzelfall eine Verschlechterung der Gesamtpopulation in ihrem Verbreitungsgebiet vermeiden und damit die Ausnahmeerteilung ermöglichen, wenn keine Maßnahmen zur Vermeidung einer signifikanten Beeinträchtigung zur Verfügung stehen, mit denen bereits eine Verletzung der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ausgeschlossen werden könnte.

Die zuständige Behörde hat ihr Ermessen dahin auszuüben, eine Ausnahme bei Vorliegen der Voraussetzungen im Regelfall zu erteilen. Als ultima ratio darf sie aber nicht zum Regelfall werden.

¹ Vgl. auch BT-Drs. 18/11939, S. 17.

2. Ausnahmegründe

Ausnahmen bei der Zulassung von Windenergieanlagen (WEA) werden teilweise auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG (andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art) gestützt.² Dies lässt sich auch unter Berücksichtigung des europäischen Primär- und Sekundärrechts rechtfertigen (dazu 2.1). Darüber hinaus kommt jedenfalls eine Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG (Interesse der öffentlichen Sicherheit) in Betracht (dazu 2.2). Auf weitere denkbare Ausnahmegründe, wie die maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder den Schutz der Tier- und Pflanzenwelt, wird daher im Folgenden nicht näher eingegangen. Keine Auseinandersetzung erfolgt auch mit dem im Einzelfall, z. B. zur Erprobung von Vogelerkennungssystemen, durchaus in Betracht kommenden Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 3 BNatSchG (Forschung). Liegt ein unter § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 oder Nr. 5 BNatSchG fallendes öffentliches Interesse an der Vorhabenverwirklichung vor, ist grundsätzlich in einer einzelfallbezogenen Abwägungsentscheidung zu ermitteln, ob dieses die konkreten artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungen überwiegt (dazu 2.4).³ Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine Ausnahmeerteilung nur dann zulässig ist, wenn die Beeinträchtigungen den Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet nicht verschlechtern (dazu 4.) und dass der Katalog der Ausnahmegründe bereits eine strenge Vorauswahl überhaupt hinreichend schwerwiegender öffentlicher Interessen enthält.

2.1 Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Auch wenn allgemeine Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nur in Art. 16 Abs. 1 lit. c FFH-RL und nicht in den Ausnahmetatbeständen des Art. 9 Abs. 1 VRL erwähnt sind (vgl. hierzu das Urteil des EuGH zu Polen vom 26.01.2012⁴), kann auch bei europäischen Vogelarten der entsprechende Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG herangezogen werden. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG ist selbst im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie europarechtskonform, denn Art. 9 VRL ist im Lichte des primärrechtlich verankerten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszulegen, der es verbietet, bedeutende Infrastrukturvorhaben scheitern zu lassen, für die – zwingende – Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses streiten.⁵

Eine Gleichstellung dieser Ausnahmemöglichkeiten im europäischen Vogelschutz mit denen des sonstigen europäischen Naturschutzrechts nach der FFH-Richtlinie bzw. die Anreicherung des Art. 9 Abs. 1 VRL um ein ungeschriebenes weiteres Tatbestandsmerkmal ist insbesondere auch erforderlich, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, die sich aus der vom EuGH

² Vgl. z. B. den bayerischen Windenergieerlass (BayWEE) vom 19.07.2016, Allgemeines Ministerialblatt v. 31.08.2016, S. 1642 (1659), oder den niedersächsischen Windenergieerlass, Niedersächsisches Ministerialblatt v. 24.02.2016, S. 190 (202).

³ Lütke in: Lütke/Ewer, 2. Aufl. 2018, BNatSchG § 45 Rn. 40, 45

⁴ C-192/11, nicht amtliche deutsche Übersetzung in NuR 2013, 718-722.

⁵ BayVGH, Urt. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040 u.a. –, juris Rn. 849. Siehe auch Müller-Mitschke, NuR 2015, 741 (744); Gellermann, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 219; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL September 2019, BNatSchG, § 45 Rn. 24; VG Münster, Urt. v. 12.07.2018 – 10 K 4940/16 –, juris Rn. 68 ff; Schütte/Gerbig, in: GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 BNatSchG Rn. 32 m. w. N.

gebilligten Durchbrechung der Verbote des Art. 5 VRL beispielsweise für Freizeitaktivitäten (wie die Ausübung der Jagd) ergäben.⁶

Für einen harmonisierten Maßstab spricht auch der rechtssystematische Vergleich mit dem sonstigen europäischen Umwelt- und Naturschutzrecht. So werden die Vogelarten dort stets einheitlich mit den nach der FFH-Richtlinie streng geschützten Tierarten behandelt, etwa in Art. 2 Nr. 1 lit. a, Nr. 3 sowie Nr. 4 lit. b der Umwelthaftungsrichtlinie (2004/35/EG) oder in Art. 2 lit. b und Art. 3 lit. f der Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt (2008/99/EG). Daraus, dass im Rahmen der Kodifizierung der VRL im Jahr 2009 die Ausnahmegvorschrift des Art. 9 VRL unverändert beibehalten wurde, ist hingegen nicht zu schließen, dass die daran beteiligten EU-Organe eine Harmonisierung mit den Ausnahmetatbeständen der FFH-RL gerade nicht gewollt haben,⁷ denn ein Kodifizierungsverfahren zielt stets und von vornherein lediglich darauf ab, „die zu kodifizierenden Rechtsakte aufzuheben und durch einen einzigen Rechtsakt zu ersetzen, der keine inhaltliche Änderung der betreffenden Rechtsakte bewirkt“⁸.

Somit kann die Ausnahmeerteilung bei der Zulassung von WEA nach wie vor auf den Ausnahmegrund in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG gestützt werden. Der EuGH⁹ hat zudem bereits entschieden, dass die Förderung erneuerbarer Energien im übergeordneten öffentlichen Interesse liegen kann. Auch handelt es sich bei dem Ziel, die Stromversorgungssicherheit in einem Mitgliedstaat jederzeit zu gewährleisten, um einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses.¹⁰ Es ist mit guten Gründen zu erwarten, dass der EuGH die Rechtslage bei vertiefter Auseinandersetzung mit der vorgenannten Auslegungsfrage, z.B. in einer Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV, deutlich anders bewerten würde als in seinem o.g. im Vertragsverletzungsverfahren gegenüber Polen ergangenen de facto- „Anerkenntnisurteil“¹¹. Solange dies nicht erfolgt ist, erscheint es jedoch sinnvoll, eine Zulassung von WEA zusätzlich auf den Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG (Interesse der öffentlichen Sicherheit), einen Spezialfall eines zwingenden Grundes des öffentlichen Interesses, zu stützen (dazu sogleich 2.2). Die unter 2.3 dargestellten gesetzlichen und planerischen Festlegungen im Bereich der Energieversorgung sind dabei für beide Ausnahmegründe von Bedeutung.

2.2 Interesse der öffentlichen Sicherheit

Im Fall der Zulassung von WEA kommt insbesondere, aber nicht ausschließlich, eine Ausnahmeerteilung im Interesse der öffentlichen Sicherheit nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG in Betracht. Dieser Ausnahmegrund entspricht Art. 9 Abs. 1 lit. a, 1. Spiegelstrich VRL. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat für Verkehrsinfrastrukturprojekte bereits den

⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.02.2020 – OVG 11 S 8/20 –, juris Rn. 39

⁷ So aber VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris Rn. 109. S. dazu die Anmerkungen von *Gellermann*, NuR 2020, 178-181 und *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250-252.

⁸ Absatz 1 der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 20. Dezember 1994 über ein beschleunigtes Arbeitsverfahren für die amtliche Kodifizierung von Rechtstexten. S. dazu auch *Gellermann*, NuR 2020, 178 (180) und *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250 (250).

⁹ Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14 –, juris Rn. 71 ff. zur Wasserrahmenrichtlinie.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17 –, juris Rn. 155, 157 zu Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 der Habitatrichtlinie.

¹¹ Zu den Hintergründen siehe *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250 (250 f.) und *Ruß*, NuR 2016, 591 (594).

Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG als erfüllt angesehen.¹² Ein zumindest gleichrangiges Interesse der öffentlichen Sicherheit besteht auch für die Sicherung der Energieversorgung, die eine weitere unabdingbare Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Staates darstellt. Dies gilt auch für Vorhaben privater Träger.¹³ Als zentraler Baustein eines klimaneutralen, inzwischen planerisch und gesetzgeberisch gesicherten Energieversorgungskonzepts der Zukunft in Deutschland liegt daher auch der Ausbau der Windenergieerzeugung im Interesse der öffentlichen Sicherheit (dazu 2.3).

Der Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ im Sinne des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG umfasst nicht nur „die Belange im Zusammenhang mit der Existenzsicherung des Staates, der Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen sowie der Abwehr unmittelbarer oder absehbarer Gefahren für grundlegende gesellschaftliche Interessen“.¹⁴ Nach obergerichtlicher Rechtsprechung¹⁵ ist der Begriff der öffentlichen Sicherheit vielmehr deutlich weiter auszulegen. Er erfasst „neben dem Schutz der zentralen Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und Vermögen des Einzelnen auch den Schutz von Einrichtungen des Staates oder [...] von sonstigen durch Private betriebenen, dem öffentlichen Interesse dienenden Einrichtungen und kollektive Schutzgüter und ist außer auf bereits vorhandene Einrichtungen auch auf solche, die sich noch in der Planung befinden, zu erstrecken“.¹⁶

Der EuGH¹⁷ hat zur Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit entschieden, dass Energiequellen in der modernen Wirtschaft „wesentlich sind für die Existenz eines Staates, da nicht nur das Funktionieren seiner Wirtschaft, sondern vor allem auch das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und selbst das Überleben seiner Bevölkerung von ihnen abhängen.“ Die Unterbrechung der Energieversorgung kann somit die öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigen. Die öffentliche Sicherheit sah der EuGH¹⁸ auch im Fall von Privatunternehmen als betroffen an, die in den Bereichen öffentlichen Energieversorgung mit Elektrizität tätig sind und damit im Hoheitsgebiet des fraglichen Mitgliedstaats Gemeinwohldienstleistungen erbringen.¹⁹ Die öffentliche Sicherheit kann geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der

¹² Urteile v. 16.03.2006 – 4 A 1075/04 –, Rn. 566; 4 A 1073.04 –, juris Rn. 573 zum Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld und Urte. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 124 ff. zur Nordumfahrung von Bad Oeynhausen.

¹³ Vgl. auch BT-Drs. 18/11939, S. 17.

¹⁴ So aber VG Sigmaringen, Urte. v. 02.04.2019 – 3 K 74/17 –, juris Rn. 18. Das VG Gießen, Urte. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris Rn. 119 ff. legt den Begriff der öffentlichen Sicherheit ebenfalls eng aus und verweist dazu auf *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 17, zitiert aber unvollständig: Der Begriff umfasst selbst bei enger Auslegung nicht nur die Existenzsicherung des Staates und die Bekämpfung von Gewaltanwendungen im Inneren oder von außen, sondern auch die Abwehr unmittelbarer oder absehbarer Gefahren für grundlegende gesellschaftliche Interessen.

¹⁵ OVG RP, Urte. v. 06.11.2019 – 8 C 10240/18 –, juris Rn. 280; OVG NRW, Urte. v. 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK –, juris Rn. 949; BayVGH, Urte. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040 u.a. –, juris Rn. 849.

¹⁶ HessVGH, Urte. v. 21.08.2009 – 11 C 318/08.T –, juris Rn. 771.

¹⁷ Urte. v. 10.07.1984 – Rs. 72/83 –, Rn. 34 zu Erdölerzeugnissen. S. zu diesem Urteil, zur Übertragbarkeit auf die Stromversorgung und zum Begriff der öffentlichen Sicherheit ausführlich *Lau*, NVwZ 2017, 830 (834 f.). A. A. *Gellermann*, NuR 2020, 178 (180).

¹⁸ Urte. v. 04.06.2002 – C-503/99 –, juris Rn. 46.

¹⁹ EuGH, Urte. v. 08.11.2012 – C-244/11 –, juris Rn. 65 m. w. N.

Gesellschaft berührt.²⁰ Dass die Sicherheit der Energieversorgung „ein Kernelement der öffentlichen Sicherheit“ ist ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2009/72/EG²¹.

Diese Erwägungen zur Sicherung der Energieversorgung gelten auch bei der Zulassung von WEA. Auch hier kann dargelegt werden, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung droht, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, wenn eine ausreichende, sichere und umweltschonende Energieversorgung anderenfalls nicht sichergestellt werden könnte.

2.3 Windenergieausbau im öffentlichen Interesse

Die Errichtung von Windenergieanlagen ist vor dem Hintergrund der Bedeutung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien als Maßnahme des Klimaschutzes und zur Sicherstellung der Energieversorgung ein öffentlicher Belang i.S.v. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG, der in der Einzelfallabwägung bei Vorliegen der übrigen Ausnahmevoraussetzungen, insbesondere der erforderlichen Neutralität der Auswirkungen des Vorhabens für den Erhaltungszustand der Gesamtpopulationen (dazu 4.), die artenschutzrechtlichen Belange in bestimmten Fällen überwiegen kann.

Die Bundesrepublik Deutschland hat sich in Übereinstimmung mit und zur Umsetzung von Völker- und Unionsrecht zur Reduktion von Kohlenstoffdioxid-Emissionen verpflichtet. Die zu diesem Zwecke auf Bundes- und Landesebene bereits vorgenommenen, rechtsverbindlichen gesetzgeberischen und planerischen Festlegungen sehen vor, dass die Windenergie einen maßgeblichen, wenn nicht den tragenden Teil, einer auf erneuerbaren Technologien basierten Energieversorgung stellen wird (§ 3 Nr. 21 lit. b EEG). Vor dem Hintergrund der für die Planung und Verwirklichung dieser Energiewende erforderlichen Investitionen und zeitlichen Vorläufe hängt die Sicherheit der Energieversorgung insgesamt daher auch untrennbar damit zusammen, ob die Schaffung ausreichender Kapazitäten im Windkraftsektor gelingt.

Die Notwendigkeit des Ausbaus der Erneuerbaren Energien, insbesondere der Windenergie, lässt sich auf allen Ebenen der Normhierarchie ablesen:

- Völker- und Europarecht
- Bundesgesetze, z. B. im AtomG und EEG sowie Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung
- Landesgesetze, z.B. Klimaschutzgesetze mit konkreten THG-Minderungszielen
- Landesweite Raumordnungspläne
- Regionalpläne
- Flächennutzungspläne
- Erlasse der Landesministerien.

²⁰ EuGH, Urt. v. 04.06.2002 – C-503/99 –, juris Rn. 47; EuGH, Urt. v. 08.11.2012 – C-244/11 –, juris Rn. 67 m. w. N. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17 –, juris Rn. 158 f. zu Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 der Habitatrichtlinie.

²¹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG ABI. L 211 v. 14.08.2009, S. 55-93.

Aus dem Völkerrecht ist insbesondere das Protokoll von Kyoto vom 11.12.1997 zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (Kyoto-Protokoll) mit dem deutschen Zustimmungsgesetz vom 27.04.2002 zu beachten. Darin haben die Vertragsparteien die Erfüllung quantifizierter Emissionsbegrenzungs- und -reduktionsverpflichtungen vereinbart.

Unionsrechtlich ergibt sich die Bedeutung der Windenergienutzung für die öffentliche Sicherheit aus Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2009/28/EG²²: Die vermehrte Nutzung von Energie aus erneuerbaren Energiequellen ist hiernach ein wesentliches Element des Maßnahmenbündels, das zur Verringerung der Treibhausgasemissionen und zur Einhaltung des Protokolls von Kyoto sowie weiterer gemeinschaftlicher und internationaler Verpflichtungen zur Senkung der Treibhausgasemissionen benötigt wird und „eine wichtige Rolle bei der Stärkung der Energieversorgungssicherheit“ spielt. Auch in der Richtlinie (EU) 2018/2001²³ ist in Erwägungsgrund 65 erwähnt, dass die erneuerbaren Energien auch eine bessere lokale Energieversorgungssicherheit ermöglichen.

Relevante bundesgesetzliche Festlegungen ergeben sich zunächst aus dem EEG, das in § 1 Abs. 2 und 3 als Ziel die Steigerung des Anteils des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch bis 2025, 2035 und 2050 bzw. des Anteils erneuerbarer Energien am gesamten Bruttoendenergieverbrauch bis 2020 auf bestimmte prozentuale Werte vorsieht.

Der Energiebedarf kann mit Blick auf den beschlossenen Atomausstieg (§ 7 Abs. 1a AtomG) auch nicht durch Kernkraft gedeckt werden²⁴. Im Fall der Reduzierung der Stromproduktion aus WEA bleiben daher eben nicht ohne weiteres „ausreichend Möglichkeiten, diese Strommenge durch eine andere Energiegewinnung auszugleichen“.²⁵ Es handelt sich nicht nur um „klimapolitische Zielsetzungen eines Mitgliedstaats“, sondern in nach demokratischer Willensbildung durch ein nationales Parlament beschlossenen Gesetzen und weiteren Rechtsakten verankerte verbindliche Vorgaben, die vielfach insbesondere auf der Ebene der Regionalplanung konkretisiert werden und im Rahmen der Ausnahmeerteilung zu berücksichtigen sind. Ebenso wenig wie die „Systemalternative“ des Wiedereinstiegs Deutschlands in die Gewinnung von Atomstrom möglich ist, kann auf eine weitere, klimapolitisch unverantwortbare Verzögerung des Kohleausstiegs verwiesen werden (§ 1 Abs. 2 Kohleausstiegsgesetz).

Ein Zusammenhang von Klima- und Naturschutz wird in § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG deutlich: Danach kommt dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien eine besondere Bedeutung zu.²⁶

²² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. L 140 v. 05.06.2009, S. 16-62.

²³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung), ABl. L 328 v. 21.12.2018, S. 82-2019.

²⁴ Zur Verfassungskonformität der Vorschrift siehe BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11 u.a. – juris = BVerfGE 143, 246-396.

²⁵ So aber VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris Rn. 125.

²⁶ S. dazu auch die Artenschutzrechtliche Arbeits- und Beurteilungshilfe für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen (AAB-WEA) des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Teil Vögel, Stand: 01.08.2016, S. 8, abrufbar unter https://www.lung.mv-regierung.de/dateien/aab_wea_voegel.pdf.

Auch auf Landesebene sind zahlreiche rechtsverbindliche Festlegungen getroffen worden (z. B. Klima-/Klimaschutzgesetze), die der Bedeutung der Windenergie für die Sicherung der Energieversorgung Rechnung tragen. Gleiches gilt für die landesweiten Raumordnungspläne. Dass die langfristige Planung des Windenergieausbaus für die Energieversorgung und damit für die öffentliche Sicherheit wesentlich ist und ihre Bedeutung noch zunehmen wird, zeigt sich an Regelwerken, die einen prozentualen Anteil der Landesfläche nennen, der für die Windenergienutzung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt verwendet werden soll. Beispielweise wurde mit der Dritten Landesverordnung zur Änderung der Landesverordnung über das Landesentwicklungsprogramm Rheinland-Pfalz²⁷ die Vorgabe der Bereitstellung von zwei Prozent der Landesfläche für die Windenergienutzung grundsätzlich beibehalten, ebenso die entsprechende Vorgabe von zwei Prozent für die Zurverfügungstellung von Waldflächen. Auch sieht die Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan Hessen 2000²⁸ vor, dass für Räume mit ausreichenden natürlichen Windenergieverhältnissen in den Regionalplänen „Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie“ mit Ausschluss des übrigen Planungsraumes für die Errichtung von Windenergieanlagen festzulegen sind und diese Gebiete grundsätzlich in der Größenordnung von zwei Prozent der Fläche der Planungsregionen festgelegt werden sollen. Niedersachsen gibt in der Verordnung über das Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen (LROP-VO)²⁹ für die besonders windhöufigen Landesteile konkrete Mindestleistungen vor, für die entsprechende Vorranggebiete Windenergie festzulegen sind.

Das für die Sicherstellung der künftigen Gesamtenergieversorgung in Deutschland relevante öffentliche Interesse am Windenergieausbau manifestiert sich besonders deutlich in Regelungen, die eine Gesamtleistung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder eine jährlich zu erbringende Leistung festlegen:

So sollen nach dem niedersächsischen Windenergieerlass³⁰ bis 2050 mindestens 20 Gigawatt Windkraftleistung in Niedersachsen (an Land) errichtet werden können. Auch die Sächsische Staatsregierung sieht es im sächsischen Energie- und Klimaprogramm vom 12.03.2013³¹ „als möglich an, in den nächsten zehn Jahren die Stromerzeugung aus Windenergie im Wesentlichen auf den bereits durch die Regionalplanung festgelegten Flächen und einer moderaten Erweiterung dieser Flächen von 1.700 GWh/a auf 2.200 GWh/a zu steigern“. Der sächsische Landesentwicklungsplan³² nimmt in einer Zielfestlegung darauf Bezug (Z 5.1.3: „In den Regionalplänen sind die räumlichen Voraussetzungen zum Erreichen des für die Nutzung der Windenergie geltenden Zieles der Sächsischen Staatsregierung in der jeweils geltenden Fassung entsprechend dem Flächenanteil der jeweiligen Planungsregion an der Gesamtfläche des Freistaates Sachsen (regionaler Mindestenergieertrag) zu sichern.“). Das Gesetz zur Energiewende und zum Klimaschutz in Schleswig-Holstein (EWKG)³³ sieht in § 3 Abs. 3 vor, dass die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien in Schleswig-Holstein bis zum Jahr 2025 auf mindestens 37 Terawattstunden ausgebaut werden soll. Auf dieser Grundlage hat

²⁷ GVBl. 2017, S. 162 (173).

²⁸ GVBl. 2018, S. 398 (484).

²⁹ In der Fassung vom 26.09.2017, GVBl. 2017, 378 (unter 4.2 04 S. 2).

³⁰ Nds. MBl. 2016, S. 190 (191).

³¹ S. 37, abrufbar unter <https://www.klima.sachsen.de/energie-und-klimaprogramm-sachsen-22623.html>.

³² S. 146, abrufbar unter <https://www.landesentwicklung.sachsen.de/31381.htm>.

³³ V. 07.03.2017, GVBl. S. 124.

die Landesregierung einen Ausbau der Onshore-WEA bis 2025 auf 10 GW installierte Leistung festgelegt.³⁴ Das Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg (KSG BW) vom 23. Juli 2013 legt in § 4 fest, dass die Gesamtsumme der Treibhausgasemissionen in Baden-Württemberg bis zum Jahr 2020 um mindestens 25 Prozent verringert werden soll. Die Ziele zum Ausbau der erneuerbaren Energien sind nach § 6 KSG BW im Integrierten Energie- und Klimaschutzkonzept (IEKK) festgelegt. KSG BW und IEKK werden derzeit überarbeitet. Das Forschungsvorhaben „Energie- und Klimaschutzziele 2030“, das Grundlage für diese Überarbeitung ist, sieht vor, dass im Jahr 2030 jährlich 13 Terrawattstunden Strom und im Jahr 2050 jährlich 27 Terrawattstunden Strom durch Windenergie in Baden-Württemberg erzeugt werden müssen.

Dass Deutschland derzeit (noch) Strom im Umfang von netto 51 TWh (2018) bzw. rund 37 TWh (2019) exportiert hat,³⁵ steht dem Überwiegen des öffentlichen Interesses am Ausbau der Windenergie nicht entgegen, denn die krisensichere Funktion der Stromnetze und damit der Stromversorgung in Europa bei enger zusammenwachsenden Strommärkten und europaweit ansteigenden Anteilen fluktuierender erneuerbarer Energien ist ebenso sicherzustellen. Gerade wenn sehr viel Windenergie genutzt wird, muss der Strom in Spitzenzeiten ggf. kurzfristig grenzüberschreitend zur Stabilisierung der Netze in andere Staaten exportiert bzw. importiert werden. Darüber hinaus ist insoweit der gesetzlich festgeschriebene künftige Verzicht auf die Kohle- und Kernenergie zu berücksichtigen. Der aktuelle Stromüberschuss geht darauf zurück, dass dem stetig wachsenden Anteil erneuerbarer Energien an der Bruttostromerzeugung bislang noch nicht im gleichen Maße ein Rückgang der konventionellen Stromerzeugung gegenüberstand³⁶.

Schließlich zeigt sich die Relevanz des Windenergieausbaus für die öffentliche Sicherheit auch in Flächennutzungsplänen. Dies gilt insbesondere für die Stadtstaaten, in denen ein Flächennutzungsplan die Funktion des landesweiten Raumordnungsplans übernehmen kann und keine Verpflichtung zur Aufstellung von Regionalplänen besteht (§ 13 Abs. 1 S. 2, 3 ROG). Nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem Vorhaben, das nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB der Nutzung der Windenergie dient, entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Nach der Rechtsprechung des BVerwG³⁷ stellt § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Errichtung u.a. von Windenergieanlagen im gemeindlichen Außenbereich unter einen Planungsvorbehalt, der sich (auch) an die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung richtet. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB verleiht solchen Darstellungen im Flächennutzungsplan danach rechtliche Ausschlusswirkung mit der Folge, dass Vorhaben außerhalb der Konzentrationszonen in der Regel unzulässig sind. Dem Plan muss daher ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liegen, das den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots gerecht wird. Dabei muss die Gemeinde der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen und für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum schaffen. Damit flankiert § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Privilegierung u.a. der Vorhaben,

³⁴ LT-Drs. 18/4389, S. 16 ff.

³⁵ So VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris Rn. 124 unter Verweis auf das Statistik-Portal Statista.

³⁶ <https://www.umweltbundesamt.de/daten/energie/stromerzeugung-erneuerbar-konventionell#definition-und-zeitliche-entwicklung>.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 – 4 C 2/04 –, juris Rn. 13 = BVerwGE 122, 109-116 m. w. N.

die der Nutzung der Windenergie dienen.³⁸ Beide Vorschriften dienen mithin dazu, dass die Windenergie an geeigneten Standorten eine Chance hat und einen wichtigen positiven Beitrag zum Klimaschutz leisten kann.³⁹ Die Privilegierung mit flankierendem Planungsvorbehalt und die Rechtsprechung dazu, dass die Windenergienutzung in substantieller Weise ermöglicht werden muss, belegen mithin die Bedeutung der Windenergie für die Sicherung der Energieversorgung.

Sind weder in einem Regionalplan noch in einem Flächennutzungsplan Festlegungen zur Windenergienutzung enthalten, ist zu bedenken, dass jedes einzelne Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässig ist. Diese gesetzgeberische Entscheidung belegt, dass jedes einzelne Vorhaben zum Gelingen der Energiewende beitragen kann. Dies ist im Rahmen der einzelfallbezogenen Abwägungsentscheidung, ob das unter § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 (oder Nr. 5) BNatSchG fallende öffentliches Interesse an der Vorhabenverwirklichung gegenüber den konkreten artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungen überwiegt, zu berücksichtigen.

2.4 Abwägung im Einzelfall

Die Wahrung des öffentlichen Interesses am Ausbau der erneuerbaren Energien in Deutschland hängt maßgeblich davon ab, dass in ausreichendem Umfang Windenergieanlagen an dafür geeigneten Standorten errichtet und betrieben werden (siehe oben unter Ziff. 2.3). Trotz der hohen Bedeutung der o.g. energierechtlichen Festlegungen, muss die zuständige Behörde im Rahmen der von ihr zu treffenden Ausnahmeentscheidung nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG abwägen, ob diese Belange in Ansehung des konkreten Einzelfalls überwiegen oder den Interessen des Artenschutzes der Vorrang zu geben ist.

In die Abwägung ist auf Seiten des Artenschutzes insbesondere das Ausmaß der Beeinträchtigung geschützter Arten unter Berücksichtigung des jeweiligen Gefährdungsgrads (vgl. § 1 Abs. 2 BNatSchG) und der zu ergreifenden Vermeidungsmaßnahmen einzustellen. Besteht z.B. die Gefahr, dass mehrere Exemplare einer seltenen Vogelart durch die Anlagen getötet würden, kommt die Ablehnung einer Ausnahme eher in Betracht, als wenn für eine häufig vorkommende Art ein zwar signifikant, aber nur leicht erhöhtes Tötungsrisiko besteht.

Damit die Windenergie einen ausreichenden Beitrag im vernetzten Gesamtsystem der auf erneuerbaren Technologien basierenden Energieversorgung leisten kann, bedarf es zahlreicher Einzelbeiträge. Das Ziel einer dezentralen Versorgung durch erneuerbare Energieträger ohne Großkraftwerke wäre in der Abwägung nicht hinreichend berücksichtigt, wenn in diesem Mikro/Makro-Dilemma das öffentliche Interesse stets nur auf die Einzelanlage reduziert bzw. bagatellisiert würde. Es wäre daher ein Fehlschluss, z.B. einem Windpark mit nur wenigen Anlagen per se mittels Argumenten der Division bzw. einer Verkleinerung die Ausnahmefähigkeit abzusprechen. Aufgrund der technisch bedingten Erforderlichkeit einer großen Zahl von Anlagen kann die Erteilung einer Ausnahme vor diesem Hintergrund nicht mit dem Hinweis

³⁸ Rieger, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 35 Rn. 178; siehe auch Köck/Bovet, ZUR 2018, 579 (579).

³⁹ So der Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau zur Schaffung der Privilegierung und des Planvorbehalts, BT-Drs. 13/4978, S. 6; siehe auch Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35 Rn. 9, 58.

abgelehnt werden, die Errichtung einer einzelnen WEA oder eines einzelnen Windparks sei nicht im überwiegenden öffentlichen Interesse i.S.v. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG.

3. Keine zumutbaren Alternativen

Nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG darf eine Ausnahme nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind. Für diese artenschutzrechtliche Alternativenprüfung gelten im Ansatz vergleichbare Grundsätze wie für diejenige im Rahmen der gebietsschutzrechtlichen Beurteilung nach § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG.⁴⁰ Wie die gebietsschutzrechtliche ist die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar.⁴¹

Ausgangspunkt der Alternativenprüfung ist dabei das mit dem Vorhaben verfolgte Ziel, sofern es die Voraussetzungen eines Ausnahmegrundes erfüllt (dazu 2). Eine Alternativlösung setzt voraus, dass die zulässigerweise verfolgten Planungsziele trotz hinnehmbarer Abstriche auch mit ihr erreicht werden können.⁴² Die Null-Variante, d.h. der Verzicht auf das Vorhaben, kommt daher als zumutbare Alternative von vornherein nicht in Betracht.⁴³ Gleiches gilt für eine Umgestaltung des Vorhabens, die auf ein anderes Projekt hinausläuft, weil die vom Vorhabenträger in zulässiger Weise verfolgten Ziele nicht mehr verwirklicht werden könnten.⁴⁴ Daher scheidet auch der Verweis auf andere Systemvarianten wie die Nutzung der Atomenergie und Kohleverstromung (s. zu § 7 Abs. 1a AtomG bereits 2.2) oder einen vermehrten Einkauf von Energie aus anderen Ländern als zumutbare Alternative aus.⁴⁵

Durch das zusätzliche Kriterium der Zumutbarkeit wird dem unions- und verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung getragen.⁴⁶ So darf das dem Vorhabenträger zugemutete Maß an Vermeidungsanstrengungen nicht außerhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu dem damit erzielbaren Gewinn für die betroffenen Schutzgüter stehen.⁴⁷ Ein Vorhabenträger braucht sich auf eine Alternativlösung nicht verweisen zu lassen, wenn sich die artenschutzrechtlichen Schutzvorschriften am Alternativstandort als ebenso wirksame Zulassungssperre erweisen wie an dem von ihm gewählten Standort. Wenn die artenschutzrechtlichen Probleme am Alternativstandort allerdings kleiner sind, kommt diese Alternative durchaus in Betracht. Außerdem darf eine Alternativlösung auch verworfen werden, wenn sie sich aus

⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25/12 –, juris Rn. 120 = BVerwGE 149, 289-315; HessVGH, Urt. v. 21.08.2009 – 11 C 318/08.T –, juris Rn. 692; *Schütte/Gerbig*, in: GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 BNatSchG Rn. 37.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20/08 –, juris Rn. 57; BVerwG, Beschl. v. 13.03.2008 – 9 VR 9/07 –, juris Rn. 50; *Schütte/Gerbig*, in: GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 BNatSchG Rn. 37.

⁴² BVerwG, Beschl. v. 01.04.2009 – 4 B 62.08 –, juris Rn. 45 (zum Habitatschutz); *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316 (320)

⁴³ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20/05 –, juris Rn. 142 (zum Habitatschutz) = BVerwGE 128, 1-76; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 21; *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316 (320); a. A. *Müller-Walter*, BNatSchG, 3. Aufl. 2013, § 45 Rn. 16.

⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20/05 –, juris Rn. 143 (zum Habitatschutz) = BVerwGE 128, 1-76; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 21; *Müller-Walter*, BNatSchG, 3. Aufl. 2013, § 45 Rn. 16.

⁴⁵ Verwaltungsvorschrift zur „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) in Hessen“ (HMUKLV / HMWEVW 2020), Entwurf (Stand: 06.03.2020), S. 16.

⁴⁶ *Schütte/Gerbig*, in: GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 BNatSchG Rn. 41.

⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06 –, juris Rn. 172 (zum Habitatschutz) = BVerwGE 130, 299-383.

naturschutzexternen Gründen als unverhältnismäßiges Mittel erweist.⁴⁸ Dies gilt etwa, wenn bei sehr hoher Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit des Windenergieprojekts am Alternativstandort (etwa wegen deutlich ungünstigerer Windverhältnisse) Abstriche am Grad der Zielerreichung in unzumutbarem Umfang drohen können. Ferner muss es dem Vorhabenträger bzw. demjenigen, dessen Interesse die Ausnahme dienen würde,⁴⁹ möglich sein, die einen Alternativstandort bietende Fläche zumindest zu pachten oder sich aneignen zu können, sie muss für ihn also rechtlich und tatsächlich verfügbar sein.⁵⁰

Planungsalternativen müssen dabei grundsätzlich nicht erschöpfend, sondern nur so weitgehend ausgearbeitet und untersucht werden, dass sich einschätzen lässt, ob sie für die besonders, ggf. auch streng geschützten Arten ein erhebliches Beeinträchtigungspotenzial bergen. Vergleichbar der durch das planungsrechtliche Abwägungsgebot geforderten allgemeinen Alternativenprüfung wird zur Beurteilung dieser Fragestellung häufig eine bloße Grobanalyse ausreichen. Dabei können diejenigen Alternativen ausgeschieden werden, denen offensichtlich höhere rechtliche Hürden begegnen als der Vorzugsvariante. Hierbei sind auch all diejenigen Alternativen außen vor zu lassen, die ersichtlich mit gewichtigeren Eingriffen in Natur und Landschaft verbunden sind.⁵¹

Daher ist ein abgeschichtetes Vorgehen zu empfehlen: Alternativen, welche eindeutig höhere Beeinträchtigungsrisiken verursachen als die Vorzugsalternative, können in der Regel auf Basis einer Grobanalyse im Vorfeld ausgeschieden werden. Beispielweise, wenn aufgrund des Umfangs der Inanspruchnahme hochwertiger Habitatstrukturen und der Anzahl betroffener Arten offensichtlich ausgeschlossen werden kann, dass es artenschutzrechtlich zu geringeren Beeinträchtigungen kommt als für die Vorzugsalternative. Gleiches gilt für Alternativen, die zwar unter artenschutzrechtlichen Gesichtspunkten günstiger sind, aber unzweifelhaft unzumutbar sind, da ihre Nachteile offensichtlich außer Verhältnis zu den artenschutzrechtlichen Vorteilen stehen (z.B. wenn die Alternative vergleichbare artenschutzrechtliche Beeinträchtigungen nach sich zieht und gleichzeitig zu erheblichen Beeinträchtigungen eines Natura 2000-Gebietes führen würde). In diesen Fällen wird zumeist eine verbal-argumentative Begründung ausreichend sein, weshalb die jeweilige Variante nicht als verträglichere Alternative in Frage kommt. In den übrigen, nicht eindeutig auf Basis einer Grobanalyse zu klärenden Fällen, ist die Bestandserfassung und -bewertung zu den einzelnen Varianten im Rahmen des Zumutbaren so weit zu vertiefen, bis hinreichende Klarheit über die entscheidungsrelevanten Sachverhalte besteht.⁵²

Selbst in Fällen, in denen sich eine genauere Untersuchung als notwendig erweist, lässt sich das Vorhandensein eines erheblichen Gefährdungspotenzials jedenfalls einschätzen, ohne die betreffenden Alternativen einschließlich möglicher Vermeidungsmaßnahmen bis zur Planreife auszuarbeiten.⁵³

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25/12 –, juris Rn. 120 = BVerwGE 149, 289-315 m. w. N.

⁴⁹ S. dazu, dass die Alternativenprüfung nicht durch vertraglich vereinbarte Auftragsverhältnisse ausgehebelt werden darf, OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.02.2015 – OVG 11 S 3.15 –, juris Rn. 19.

⁵⁰ *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316 (320).

⁵¹ *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 23.

⁵² Vgl. u.a. *Simon/Runge/Schade/Bernotat*, Bewertung von Alternativen im Rahmen der Ausnahmeprüfung nach europäischem Gebiets- und Artenschutzrecht, BfN-Skripten 420 (2015), S. 14.

⁵³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06 –, juris Rn. 172 (zum Habitatschutz) = BVerwGE 130, 299-383; *Schütte/Gerbig*, in: GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 BNatSchG Rn. 43.

Als zu prüfende Alternativen können im Einzelfall in Betracht kommen:

- Standortalternativen (dazu 3.1) und
- Ausführungsalternativen, insbesondere technische Alternativen (dazu 3.2).

3.1 Standortalternativen

Eine (zumutbare) Standortalternative ist vorzugswürdig, wenn sie aus naturschutzfachlicher Sicht weniger einschneidend ist, beispielsweise weil an einem Alternativstandort keine besonders (und ggf. streng) geschützten Arten betroffen sind.⁵⁴

Die Prüfung von Standortalternativen kann im Einzelfall aufgrund planerischer Vorentscheidungen oder spezieller gesetzlicher Regelungen stark eingeschränkt sein. Dies gilt insbesondere, wenn in Regionalplänen Vorranggebiete ausgewiesen werden, die zugleich Ausschlusswirkung entfalten (dazu 3.1.1) oder Vorranggebiete (ohne Ausschlusswirkung) in Regionalplänen durch geeignete naturschutzfachliche Pläne der Landesbehörden ergänzt werden. Auch die Ausweisung durch Darstellungen in Flächennutzungsplänen wirkt sich in diesem Zusammenhang aus (dazu 3.1.2). Gibt es keine räumliche Windenergieplanung, hat die zuständige Behörde die Standortalternativen im Einzelfall zu prüfen (dazu 3.1.3).

In anderen Fällen können – auch bei Vorranggebieten ohne Ausschlusswirkung – länderspezifische gesetzliche Regelungen (z.B. die „10 H-Regelung“ in Bayern) faktisch den weitgehenden Ausschluss der Windkraftnutzung an anderer Stelle im Planungsraum, auch in anderen Vorrangflächen, zur Folge haben. Die tatsächliche Verfügbarkeit potentiell geeigneter Standortalternativen ist dann regelmäßig so weitgehend eingeschränkt, dass nur noch kleinräumige Standortverschiebungen innerhalb des beplanten Vorranggebiets in Frage kommen. Dies gilt auch dann, wenn ein Teil der übrigen Vorrangflächen im Planungsraum weiterhin der Windkraftnutzung zugänglich ist oder durch andere Planungsinstrumente (z.B. gemeindliche Flächennutzungspläne) Flächen für die Windkraftnutzung außerhalb der Vorranggebiete zur Verfügung stehen.

3.1.1 Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung in Regionalplänen

Die Festlegung von Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung in Regionalplänen führt unter den nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen regelmäßig dazu, dass Standortalternativen außerhalb der Vorranggebiete nicht in Betracht gezogen werden müssen. Die Länder können Vorrang- und Eignungsgebiete in ihren Regionalplänen kombinieren, vgl. § 7 S. 1 Nr. 1, 3, S. 2 ROG. Beispielsweise sieht die Dritte Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan Hessen 2000⁵⁵ vor, dass für Räume mit ausreichenden natürlichen Windenergieverhältnissen in den Regionalplänen „Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie“ mit Ausschuss des übrigen Planungsraumes für die Errichtung von Windenergieanlagen festzulegen sind. Auch das Landesentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern 2016⁵⁶ gibt der Regionalplanung auf, Eignungsgebiete für Windenergie festzulegen und in diesen

⁵⁴ Schütte/Gerbig, in: GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 BNatSchG Rn. 40.

⁵⁵ GVBl. 2018, S. 398 (484).

⁵⁶ 5.3 (11) und (12) = S. 72, abrufbar unter <https://www.regierung-mv.de/Landesregierung/em/Raumordnung/Landesraumentwicklungsprogramm/aktuelles-Programm/>.

Eignungsgebieten der Errichtung und dem Betrieb Vorrang vor anderen raumbedeutsamen Nutzungsansprüchen einzuräumen.

Die Festlegung von Eignungsgebieten führt nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ROG dazu, dass die festgelegten Nutzungen an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen sind. Legt ein Regionalplan Vorranggebiete für die Nutzung der Windenergie fest, die zugleich Eignungsgebiete sind, sind daher in aller Regel nur noch innerhalb dieser Gebiete Standortalternativen zu prüfen.⁵⁷ Es verbleibt somit nur noch eine Prüfung im Einzelfall, ob der artenschutzrechtliche Konflikt durch eine kleinräumige Standortverlagerung innerhalb des Vorranggebietes gelöst werden kann.⁵⁸ Etwas anderes kann gelten, wenn ein Land Vorranggebiete ausgewiesen hat, die über die Flächen hinausgehen, die für den Ausbau der Windenergie zur Sicherstellung der Energieversorgung notwendig sind („Puffer“).

Voraussetzung für eine solche Abschichtung der Alternativenprüfung zwischen Planungs- und Genehmigungsebene ist, dass die artenschutzrechtlichen Belange bereits auf der Ebene der Regionalplanung adäquat berücksichtigt oder ergänzende artenschutzfachliche Festlegungen der Landesbehörden aufgestellt wurden, so dass die identifizierten Bereiche in artenschutzrechtlich möglichst konfliktarmen Bereichen liegen. Dabei kann eine Auswahl der Arten, für die eine Abschichtung vorgenommen wird, anhand der folgenden Kriterien⁵⁹ erfolgen:

- Es sind im Hinblick auf den Betrieb der WEA ausschließlich WEA-sensible Arten zu betrachten.⁶⁰
- Vogelarten, für die ein Vorkommen anhand nachvollziehbarer Darlegung im Untersuchungsraum sicher ausgeschlossen werden kann, können von der Betrachtung auf der Ebene der Regionalplanung ausgeschlossen werden.
- Vogelarten, für die im Hinblick auf die Errichtung der WEA nachweislich wirksame Vermeidungsmaßnahmen ergriffen werden können (z.B. zeitliche Vorgaben bei der Baufeldräumung), können von der Betrachtung auf der Ebene der Regionalplanung ausgeschlossen werden. Diese Maßnahmen müssen abgesichert, dokumentiert und evaluiert werden.

Für die verbleibenden zu betrachtenden Arten sind entsprechende Datengrundlagen erforderlich, um eine Berücksichtigung bei der Ausweisung der Windenergiebereiche vornehmen zu können.⁶¹ Dabei müssen Bereiche mit hohem Konfliktpotential abgegrenzt und dargestellt werden.⁶² Hierzu sind auf Länderebene bereits häufig sog. Dichtezentren mit einer erhöhten

⁵⁷ Vgl. Verwaltungsvorschrift zur „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) in Hessen“ (HMUKLV / HMWEVW 2020), Entwurf (Stand: 06.03.2020), S. 16 f.

⁵⁸ Standardisierung des Vollzugs artenschutzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf das Tötungsverbot bei ausgewählten windkraftsensiblen Großvogelarten in Schleswig-Holstein, Entwurf mit Stand 13.03.2020, S. 31.

⁵⁹ Dazu ausführlich *Wulfert/Köstermeyer/Lau*, Arten und Gebietsschutz auf vorgelagerten Planungsebenen, BfN-Skript 507, 2018, abrufbar unter <https://www.bfn.de/infotehk/veroeffentlichungen/bfn-skripten/numerische-sortierung.html>, S. 102 ff.

⁶⁰ S. z. B. Anhang 1 zum Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in NRW“ in der Fassung der ersten Änderung vom 10.11.2017, abrufbar unter <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/downloads>.

⁶¹ S. dazu *Wulfert/Köstermeyer/Lau*, Fn. 59, S. 111 ff.

⁶² *Wulfert/Köstermeyer/Lau*, Fn. 59, S. 118 ff.

Abundanz einer Art kartiert worden. Ist die Ermittlung konfliktarmer Planungsräume nicht möglich, muss ein artenschutzrechtlicher Vergleich der Planungsräume hinsichtlich ihrer Konfliktschwere vorgenommen werden.⁶³

Manche Länder verzichten auf die Ausweisung von kombinierten Vorrang- und Eignungsgebieten für die Nutzung der Windenergie und weisen nur Vorranggebiete (und ggf. Vorbehaltsgebiete) aus: Beispielsweise sind nach dem Landesentwicklungsprogramm Bayern⁶⁴ in den Regionalplänen Vorranggebiete für die Errichtung von WEA festzulegen und Vorbehaltsgebiete können festgelegt werden. In Baden-Württemberg können seit der Änderung des Landesplanungsgesetzes 2012⁶⁵ Standorte für regional bedeutsame WEA nur noch als Vorranggebiete festgelegt werden und die zuvor festgelegten Vorrang- und Ausschlussgebiete wurden aufgehoben. Auch im Saarland wurde mit der ersten Änderung des Landesentwicklungsplans, Teilabschnitt „Umwelt“ (LEP Umwelt), im Oktober 2011 die Ausschlusswirkung der im LEP Umwelt festgelegten Vorranggebiete für Windenergie aufgehoben.⁶⁶

In anderen Ländern wie z.B. Brandenburg werden regionalplanerisch zwar Eignungsgebiete festgelegt, jedoch ohne Vorrang für Windkraftnutzung. Bei dieser Konstellation sind Standortalternativen jedenfalls in allen Eignungsgebieten zu prüfen und in Planungsregionen ohne festgesetzte Eignungsgebiete innerhalb des gesamten Planungsraums zu suchen.

Im Einzelfall kann sich dann eine Einschränkung der Prüfung von Standortalternativen noch durch andere gesetzliche Regelungen der Länder (siehe 3.1) oder aus Darstellungen in Flächennutzungsplänen ergeben (dazu sogleich 3.1.2).

3.1.2 Darstellungen in Flächennutzungsplänen

Wie ausgeführt (s. unter 2.3) stellt § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Errichtung u.a. von Windenergieanlagen im gemeindlichen Außenbereich unter einen Planungsvorbehalt, der sich (auch) an die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung richtet, und führt dazu, dass Vorhaben außerhalb der Konzentrationszonen im Gemeindegebiet in der Regel unzulässig sind. Diese gesetzliche Ausschlusswirkung der Konzentrationszonen ist bei der Prüfung von Standortalternativen zu berücksichtigen: In den Stadtstaaten kommen von vornherein regelmäßig nur Standortalternativen innerhalb der Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan in Betracht.

Angesichts der in den Flächenstaaten sehr unterschiedlich großen Planungsräume kann keine bundesweit einheitliche Betrachtungsebene festgelegt werden. In vielen Flächenstaaten, in denen keine Steuerung des Windkraftausbaus durch Gebiete mit Ausschlusswirkung auf der Ebene der Regionalplanung vorgenommen wird, orientiert sich die Alternativenprüfung in der Praxis an dem Gebiet, das dem Planungsträger, in dessen Planungsraum über Konzentration und Ausschlusswirkung entschieden wird, zur Verfügung steht. In Rheinland-Pfalz beispielsweise mit seinen großflächigen Verbandsgemeinden ist das die Ebene der Flächennutzungsplanung. Auch das Saarland erstreckt die Alternativenprüfung auf die in einem

⁶³ Wulfert/Köstermeyer/Lau, Fn. 59, S. 120.

⁶⁴ 6.2.2 = S. 86, nicht amtliche Lesefassung Stand 01.01.2020, abrufbar unter <http://www.landesentwicklung-bayern.de/instrumente/landesentwicklungsprogramm/landesentwicklungs-programm-bayern-stand-2018/>.

⁶⁵ GBl. BW 2012, S. 285 (285 f.).

⁶⁶ <https://www.saarland.de/134158.htm>.

Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszonen, soweit eine solche Ausweisung erfolgt ist (s. im Übrigen 3.1.3).

In anderen Ländern wie z.B. Brandenburg werden regionalplanerisch zwar Eignungsgebiete festgelegt, jedoch ohne Vorrang für Windkraftnutzung. Bei dieser Konstellation sind Standortalternativen jedenfalls in allen Eignungsgebieten zu prüfen und in Planungsregionen ohne festgesetzte Eignungsgebiete innerhalb des gesamten Planungsraums zu suchen.

Landesspezifisch sind die von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zu berücksichtigen⁶⁷. Danach muss der Bezugsraum so bestimmt sein, dass auf der einen Seite das Vorhaben nicht in seinem Grundcharakter verändert wird und auf der anderen Seite die Alternativenprüfung nicht durch einen zu eng gefassten Bezugsraum ins Leere läuft. Eine Ausdehnung der Alternativenprüfung auf das Bundesgebiet oder das Gebiet des jeweiligen Flächenlandes kommt nicht in Betracht.

3.1.3 Keine Windenergieplanung oder keine Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange auf der Planungsebene

Existiert keine Windenergieplanung oder wurde diese gerichtlich aufgehoben, sind also weder regionalplanerische Festlegungen noch Konzentrationszonen vorhanden, oder wurden bei einer vorliegenden Regional- und/oder Bauleitplanung artenschutzrechtliche Belange nicht berücksichtigt, sind Standortalternativen von der zuständigen Behörde im jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Teilweise wird aus Praktikabilitätsabwägungen festgelegt, dass sich in diesem Fall der räumliche Suchbereich im Rahmen der Alternativenprüfung auf das Gemeindegebiet und auf benachbarte Gemeinden erstreckt.⁶⁸ Auch das Saarland bezieht benachbarte Gebietskörperschaften ein, soweit sie im gleichen Naturraum liegen.

3.2 Ausführungsalternativen

Zu den möglichen Alternativen nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG können andere Größenordnungen oder alternative Aktivitäten, Prozesse oder Methoden gehören.⁶⁹ An dieser Stelle werden nochmals die in § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG im Kontext der Signifikanzprüfung geregelten „fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen“ relevant; diese Vermeidungs- oder (bei nicht vollständiger Vermeidung einer Verbotsverwirklichung) Minderungsmaßnahmen⁷⁰ müssen aber auch verhältnismäßig sein.

⁶⁷ Für Niedersachsen: OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 – 12 LB 118/16 –, juris Rn. 233 (zur Unwirksamkeit des Ziels Rn. 168); bestätigend im Hinblick auf eine UVP-Vorprüfung im Fall eines unwirksamen Flächennutzungsplans OVG Lüneburg, Urt. v. 26.02.2020 – 12 LB 157/18 – juris, Rn. 66.

⁶⁸ Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen, 01.07.2015, S. 11, abrufbar unter https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/mum/intern/Dateien/Dokumente/5_Energie/Erneuerbare_Energien/Windenergie/MLR_Hinweise_artenschutzrechtliche_Ausnahme_WEA.pdf.

⁶⁹ Vgl. zum Habitatschutz BVerwG, Urt. v. 06.11.2013 – 9 A 14/12 –, juris Rn. 131 = BVerwGE 148, 373-399; auch zum Artenschutz BVerwG, Urt. v. 28.03.2013 – 9 A 22/11 –, juris Rn. 136 = BVerwGE 146, 145-175.

⁷⁰ *Fellenberg*, NuR 2016, 749 (750).

Eine Ausführungsalternative – sofern zumutbar – ist vorzugswürdig, wenn sie aus naturschutzfachlicher Sicht weniger einschneidend ist, beispielsweise weil eine alternative Ausführung besonders (und ggf. streng) geschützte Arten weniger stark beeinträchtigt.⁷¹

Als im Einzelfall durch die zuständige Behörde zu prüfende Ausführungsalternativen kommen insbesondere die folgenden Maßnahmen in Betracht, die als Neben- oder Inhaltsbestimmung Teil der Zulassungsentscheidung sein können:

- Anordnung von WEA in Clustern: Die Anordnung von WEA in Clustern reduziert das Kollisionsrisiko gegenüber der Anordnung in Reihen, allerdings ist die Anordnung oft von weiteren Faktoren abhängig.⁷² Dazu zählen auch physikalische Faktoren wie z. B. Strömungswinde.
- Grünlicher bzw. bräunlicher Anstrich der Masten der WEA: Ein grünlicher bzw. bräunlicher Anstrich ist in Bezug auf bestimmte Arten (Feldvögel) sinnvoll.⁷³
- Abgestimmte landwirtschaftliche Bewirtschaftung in Windparks: Eine abgestimmte Bewirtschaftung innerhalb eines Windparks ist empfehlenswert.⁷⁴
- Abschaltung während bodenwendender Bearbeitungen, Mahd und Ernte: Da bodenwendende Bearbeitungen sowie Mahd- und Erntevorgänge eine hohe Attraktionswirkung auf einige Greif- und Großvogelarten haben, kann eine Abschaltung während bodenwendender Bearbeitungen, Mahd und Ernte als zeitlich begrenzte Vermeidungsmaßnahme eingesetzt werden, die im Einzelfall eine bedeutende Konfliktminimierung erreichen kann.⁷⁵
- Ablenkflächen/Ausweichhabitate/Nahrungs- bzw. Lenkungsflächen: Wenn beispielsweise Rotmilane oder Weißstörche nicht nur während der Erntezeit, sondern

⁷¹ Schütte/Gerbig, in: GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 BNatSchG Rn. 40.

⁷² Blew/Albrecht/Reichenbach/Bußler/Grünkorn/Menke/Middeke, Wirksamkeit von Maßnahmen gegen Vogelkollisionen an Windenergieanlagen, BfN-Skript 518, 2018, abrufbar unter <https://www.bfn.de/infotehk/veroeffentlichungen/bfn-skripten/numerische-sortierung.html>, S. 24 f., 57 (Nr. 1).

⁷³ Blew/Albrecht/Reichenbach/Bußler/Grünkorn/Menke/Middeke, Fn. 72, S. 28 f., 58 (Nr. 7); s. auch LUBW Baden-Württemberg, Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen, Stand: 01.07.2015, abrufbar unter <https://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/natur-und-landschaft/artenschutz-und-windkraft>, S. 16, 29; BayWEE, Fn. 2, S. 1659; Leitfaden zur Beachtung artenschutzrechtlicher Belange beim Ausbau der Windenergienutzung im Saarland, Juni 2013, abrufbar unter https://www.saarland.de/dokumente/thema_naturschutz/Leitfaden_Artenschutz_Windenergie_Schlussfassung_19Juni2013.pdf, S. 21; Leitfaden Artenschutz an Windenergieanlagen in Sachsen-Anhalt, abrufbar unter <https://mule.sachsen-anhalt.de/energie/erneuerbare-energien/windenergie/>, S. 27.

⁷⁴ Blew/Albrecht/Reichenbach/Bußler/Grünkorn/Menke/Middeke, Fn. 72, S. 32 ff., 59 (Nr. 14); s. auch Leitfaden Saarland, Fn. 73, S. 21.

⁷⁵ Standardisierung des Vollzugs artenschutzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf das Tötungsverbot bei ausgewählten windkraftsensiblen Großvogelarten in Schleswig-Holstein, Entwurf mit Stand 13.03.2020, S. 21 f., 31 f.; s. auch Blew/Albrecht/Reichenbach/Bußler/Grünkorn/Menke/Middeke, Fn. 72, S. 45 f., 62 (Nr. 34); BayWEE, Fn. 2, S. 1658; Leitfaden Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen, Nds. MBI. 2016, S. 212 (224); Leitfaden NRW, Fn. 60, S. 32 f.; Leitfaden Saarland, Fn. 73, S. 20; Leitfaden Sachsen-Anhalt, Fn. 73, S. 25; Avifaunistischer Fachbeitrag zur Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA) in Thüringen, Stand: 30.08.2017, abrufbar unter <https://tlubn.thueringen.de/naturschutz/zoo-artenschutz/fb-und-artenhilfenschutz/>, S. 8 ff. Siehe auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.12.2018, 4 LA 389/17, LS 1.

regelmäßig von Frühjahr bis Herbst auf windkraftnahen Flächen nach Nahrung suchen, ist das Weglocken der Individuen in konfliktfreie Bereiche außerhalb von Windparks eine mögliche Artenschutzmaßnahme.⁷⁶

- Phänologiebedingte Abschaltung: Zeigen Seeadler, Weißstorch, Rotmilan oder andere betroffene Vögel eine deutlich erkennbare Aktivitätssteigerung innerhalb biologisch abgrenzbarer Lebensphasen, ist eine generelle Abschaltung während dieser Phasen in Betracht zu ziehen.⁷⁷ Sie ist angesichts erheblicher Auswirkungen auf den Energieertrag auf das zumutbare Maß zu begrenzen.
- Automatisierte Abschaltung: Die bedarfsgerechte Abschaltung von WEA unter Einsatz von automatisierten Kamera- und Radarsystemen wird aktuell erprobt und kann – soweit wirksam, marktreif und zertifiziert – künftig als zusätzliche Vermeidungsmaßnahme in Betracht kommen.⁷⁸

In jedem Einzelfall ist die Zumutbarkeit der in Betracht kommenden Alternativmaßnahme zu prüfen. Dazu gehört auch die Berücksichtigung des Zeit- und Kostenaufwands und der Erfolgsaussichten der Maßnahme.

4. Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen einer Art

Liegt ein Ausnahmegrund vor und sind zumutbare Alternativen nicht gegeben, kann die zuständige Behörde eine Ausnahme vom naturschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbot erteilen, wenn sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art bei Umsetzung des Vorhabens nicht verschlechtert (§ 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG).

4.1 Betrachtung der Gesamtpopulation

Eine Population ist eine biologisch oder geografisch abgegrenzte Zahl von Individuen (§ 7 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG), die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie derselben Art oder Unterart angehören und innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets in generativen oder vegetativen Vermehrungsbeziehungen stehen.⁷⁹ Maßgeblich ist im Rahmen des § 45 Abs. 7

⁷⁶ Standardisierung des Vollzugs artenschutzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf das Tötungsverbot bei ausgewählten windkraftsensiblen Großvogelarten in Schleswig-Holstein, Entwurf mit Stand 13.03.2020, S. 22 f., 32; s. auch *Blew/Albrecht/Reichenbach/Bußler/Grünkorn/Menke/Middeke*, Fn. 72, S. 37 ff., 60 (Nr. 21); LUBW Baden-Württemberg, Fn. 73, S. 17, 29; AAB-WEA des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Fn. 26, S. 65 ff.; Leitfaden Niedersachsen, Fn. 75, S. 212 (224); Leitfaden NRW, Fn. 60, S. 34; Hinweise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Errichtung von Windenergieanlagen in Rheinland-Pfalz (Rundschreiben Windenergie), abrufbar unter https://mueef.rlp.de/fileadmin/mulewf/Themen/Energie_und_Strahlenschutz/Energie/Rundschreiben_28_05_2013_.pdf, S. 35; Leitfaden Saarland, Fn. 73, S. 22; Leitfaden Sachsen-Anhalt, Fn. 73, S. 26; Avifaunistischer Fachbeitrag Thüringen, Fn. 75, S. 45.

⁷⁷ Standardisierung des Vollzugs artenschutzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf das Tötungsverbot bei ausgewählten windkraftsensiblen Großvogelarten in Schleswig-Holstein, Entwurf mit Stand 13.03.2020, S. 23, 32 f.; s. auch *Blew/Albrecht/Reichenbach/Bußler/Grünkorn/Menke/Middeke*, Fn. 72, S. 47 f., 62 (Nr. 36).

⁷⁸ Standardisierung des Vollzugs artenschutzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf das Tötungsverbot bei ausgewählten windkraftsensiblen Großvogelarten in Schleswig-Holstein, Entwurf mit Stand 13.03.2020, S. 23 f.; s. auch *Blew/Albrecht/Reichenbach/Bußler/Grünkorn/Menke/Middeke*, Fn. 72, S. 46 f., 62 (Nr. 35).

⁷⁹ BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 4 A 1075/04 - Rn. 571; OVG Lüneburg, Urt. v. 27.08.2019 - 7 KS 24/17, Rn. 356.

BNatSchG, dass die Gesamtpopulation in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Plangebiet hinausreicht, als lebensfähiges Element des Naturhaushalts erhalten bleibt.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund kann eine Prüfung auf zwei räumlichen Ebenen, insbesondere auf lokaler und ggf. großräumigerer Ebene erforderlich werden. Hierbei gilt jedoch: Eine angemessene und ökologisch aussagekräftige Bewertung einer spezifischen Ausnahme wird in den meisten Fällen auf einer niedrigeren Ebene als der biogeografischen Region stattfinden müssen.⁸¹ Die Feststellungen zum Ausschluss einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes sind stets artspezifisch im Einzelfall auf einer sachgemäßen Grundlage zu treffen und zu begründen. Dies setzt eine ausreichende Bestandsaufnahme der Arten voraus, die in den Planungs- bereich oder Einwirkungsbereich des Vorhabens fallen.⁸²

4.1.1 Lokale Betrachtung

Zunächst ist ausgehend vom Einwirkungsbereich des Vorhabens die lokale Population der Art zu betrachten.⁸³ Eine lokale Population umfasst diejenigen Habitate und Aktivitätsbereiche der Individuen einer Art, die in einem für die Lebensraumansprüche der Art ausreichenden räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen.⁸⁴ Bei Arten mit einer punktuellen oder zerstreuten Verbreitung (z. B. Winterquartiere, Vogelansammlungen in Brutkolonien oder an Rastplätzen) oder solchen mit lokalen Dichtezentren sollte sich die Abgrenzung an eher kleinräumigen Landschaftseinheiten orientieren, etwa an Waldgebieten, Grünlandkomplexen oder Bachläufen, oder auf eindeutig abgegrenzte Schutzgebiete beziehen.

Bei Arten mit einer flächigen Verbreitung sowie bei revierbildenden Arten mit großen Aktionsräumen kann die lokale Population auf den Bereich einer großräumigeren Landschaftseinheit bezogen werden.⁸⁵ Wo auch dies nicht möglich ist, können schließlich administrative Grenzen auf Kreis- oder Gemeindeebene zugrunde gelegt werden.⁸⁶ Eine Verschlechterung ist dann anzunehmen, wenn sich die Anzahl der Individuen einer Population wesentlich verkleinert.⁸⁷ Wenn einzelne Exemplare oder einzelne Reviere oder Siedlungsräume im Zuge der Verwirklichung eines Planvorhabens vernichtet werden oder verloren gehen, heißt dies nicht zwangsläufig, dass eine Ausnahme ausscheidet, sofern der Erhaltungszustand bezogen auf die relevante Gesamtpopulation stabil bleibt.⁸⁸ Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn – sofern möglich – geeignete Ausweichhabitate orts- und zeitnah in ausreichendem Umfang zur Verfügung gestellt werden.⁸⁹ Es empfiehlt sich, den Nachweis der Nichtverschlechterung bereits auf lokaler Ebene regelhaft durch die Planung geeigneter FCS-Maßnahmen (dazu unter 4.3)

⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 4 A 1075/04 - Rn. 572; OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2019 – 8 C 10240/18 –, Rn. 283, juris; OVG München, Urt. v. 10.07.2019 – 22 B 17.124 –, Rn. 55, juris.

⁸¹ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 68.

⁸² Heugel, in: Lütkes/Ewer, 2. Aufl. 2018, BNatSchG § 45, Rn. 50.

⁸³ Vgl. dazu EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 68, 69.

⁸⁴ BT-Drs. 16/5100, S. 11.

⁸⁵ Vgl. LANA 2009, Hinweise zu zentralen unbestimmten Rechtsbegriffen des Bundesnaturschutzgesetzes, S. 6.

⁸⁶ Heugel, in: Lütkes/Ewer, 2. Aufl. 2018, BNatSchG § 44 Rn. 14.

⁸⁷ LANA 2006, Hinweise zur Anwendung des europäischen Artenschutzrechts bei der Zulassung von Vorhaben und bei Planungen, S. 7.

⁸⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 4 A 1075/04 - Rn. 572.

⁸⁹ BVerwG, Beschl. v. 17.04.2010 – 9 B 5/10 Rn. 10.

abzusichern. Der Suchraum entspricht dabei in der Regel dem Verbreitungsgebiet der lokalen Population. Sind danach auf lokaler Ebene keine erheblichen Auswirkungen zu erwarten, ist eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes auch für das überörtliche Verbreitungsgebiet auszuschließen.⁹⁰ Zusätzliche Untersuchungen der Lokalpopulation sind im Regelfall nicht erforderlich.

4.1.2 Überregionale und landesweite Betrachtung

Falls die lokale Population negativ betroffen ist, muss eine weiträumigere Betrachtung stattfinden. Falls der Erhaltungszustand der Population in ihrem regionalen (zum Beispiel einem Naturraum) oder sogar noch größeren Verbreitungsgebiet stabil bleibt, kommt eine Ausnahmeerteilung in Betracht.⁹¹ Hierbei sind auch auf übergeordneter Ebene – dann mit erweiterten Raumbezügen – FCS-Maßnahmen für die betroffenen Arten (dazu 4.3) und ggf. Kompensationsmaßnahmen im betroffenen und benachbarten Naturraum im Sinne von § 15 Abs. 2 BNatSchG vorzusehen, um gesamthafte und schleichende Beeinträchtigungen, z.B. durch andere Ausnahmegenehmigungen, die sich auf die betroffene Population beziehen, ausschließen zu können. Der Betrachtungsraum ist auf die Populationen begrenzt, die innerhalb der Bundesrepublik Deutschland vorkommen.⁹² Ggf. kann mit Blick auf die föderale Struktur die Population des jeweiligen Bundeslandes berücksichtigt werden.⁹³

4.2 Wahrung des Erhaltungszustands (Verschlechterungsprognose)

Die Prognoseentscheidung über den Erhaltungszustand der Art nach Durchführung des Vorhabens und somit über den Ausschluss einer möglichen Verschlechterung hängt wesentlich vom Ausgangszustand der Populationen ab. Der Erhaltungszustand einer Art ist als günstig anzusehen, wenn aufgrund der Daten über die Populationsdynamik anzunehmen ist, dass die Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird und ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich auch weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen der Art zu sichern.⁹⁴ Bei günstigem Ausgangszustand sind Ausnahmen in Abhängigkeit von der Schwere der zu erwartenden Beeinträchtigungen eher gerechtfertigt.⁹⁵ Dies bedeutet allerdings nicht, dass aus einem günstigen Ausgangszustand automatisch darauf geschlossen werden kann, dass der Erhaltungszustand der Populationen sich nicht verschlechtern wird. Vielmehr ist auch bei günstigem Ausgangszustand immer eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Die flankierende Anordnung von FCS-Maßnahmen kann in Übereinstimmung mit den Leitlinien der EU-Kommission⁹⁶ häufig geboten sein, um eine Verschlechterung mit der

⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3/06, Rn. 249; OVG Koblenz, Urt. v. 09.10.2019 - 8 C 10240/18, Rn. 283.

⁹¹ Lütkes, in: Lütkes/Ewer, 2. Aufl. 2018, BNatSchG § 45, Rn. 56.

⁹² EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 69.

⁹³ Leitfaden zur Beachtung artenschutzrechtlicher Belange beim Ausbau der Windenergienutzung im Saarland, S. 19.

⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 4 A 1075/04 - Rn. 571.

⁹⁵ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 69.

⁹⁶ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 70.

hinreichenden Sicherheit ausschließen zu können und eine Ausnahme im Ergebnis rechtssicher erteilen zu können. Eine Hilfestellung zur Einschätzung von aktuellen Erhaltungszuständen bieten z. B. die Roten Listen. Fehlt es gänzlich an gesicherten Erkenntnissen über den Erhaltungszustand, ist im Zweifel von einem ungünstigen Erhaltungszustand auszugehen.⁹⁷ Ein ungünstiger Ausgangszustand erschwert die Erteilung einer Ausnahme, steht allerdings nicht generell entgegen. Auch bei einem ungünstigen Ausgangszustand der Populationen der betroffenen Art sind Ausnahmen zulässig, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern.⁹⁸

Ein für die Ausnahmeentscheidung neben der Gefährdung u.a. heranziehbares Indiz kann die Häufigkeit einer Art bei überregionaler Betrachtung (s. dazu 4.1.2) darstellen. Bei überregional häufig vorkommenden Arten ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Populationen in einem günstigen Erhaltungszustand verbleiben werden, weil die verschiedenen lokalen Populationen solcher allgemein häufigen Arten naturgemäß Ausdehnungen haben, die es ohne weiteres ermöglichen, Störungen einzelner Brutreviere zu verkraften, ohne dass die Population als Ganzes destabilisiert wird.⁹⁹ Für weit verbreitete, d.h. überregional häufig vorkommende Arten kann zudem auch grundsätzlich angenommen werden, dass sich der Erhaltungszustand infolge der Ausnahme nicht verschlechtert, wenn sich der Standort der Windenergieanlage außerhalb eines Gebietes mit besonderer Bedeutung für den Vogelschutz nach landesrechtlichen Vorgaben einschließlich der sogenannten Dichtezentren befindet.¹⁰⁰

4.3 Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen

Bei absehbar negativer Entwicklung des Erhaltungszustands kann eine Ausnahme unter Berücksichtigung von populationsstützenden Ausgleichsmaßnahmen (FCS-Maßnahmen) gewährt werden, wenn diese der Population unmittelbar zugutekommen und die negativen Auswirkungen der Ausnahme populationsbezogen kompensieren.¹⁰¹

Die Erfolgsaussichten, eine Verschlechterung des Erhaltungszustands unter Anordnung von FCS-Maßnahmen zu vermeiden, sind umso höher,

- je geringer der Anteil der Individuen einer Population ist, der von der Windenergieplanung betroffen ist
- je geringer der Vernetzungsgrad im Lebensraum seltener Arten¹⁰² durch eine Windenergieplanung reduziert wird

⁹⁷ Lau, in: Frenz/Müggenborg BNatSchG § 45 Rn. 27 mit Verweis auf BVerwG Urt. v. 14.04.2010, 9 A 5.08, Rn. 140.

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 14.6.2007 – Rs. C-342/05 – Rn. 29.

⁹⁹ BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3/06, Rn. 258; OVG Koblenz, Urt. v. 09.10.2019 - 8 C 10240/18, Rn. 283.

¹⁰⁰ Vgl. BayVGH, Urt. v. 10.07.2019 – 22 B 17.124 –, Rn. 55.

¹⁰¹ Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung Schleswig-Holstein, Standardisierung des Vollzugs artenschutzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf das Tötungsverbot bei ausgewählten windkraftsensiblen Großvogelarten in Schleswig-Holstein, S. 33.

¹⁰² Dies umfasst u.a. komplexe Habitatansprüche einer Art bzw. von Individuen im Jahreszyklus, „Ausweichmöglichkeiten“ zur Besiedlung von Kompensationsflächen, Austauschmöglichkeit von Individuen innerhalb einer Population und die Möglichkeit zur Besiedlung durch Quellpopulationen.

- je höher Flexibilität und Mobilität der Arten in der Lebensraumnutzung¹⁰³ ausgeprägt sind und
- je höher das Reproduktionsvermögen der Art beschaffen ist.¹⁰⁴

Alle genannten Gesichtspunkte sind fachlich zu unterlegen und in einer Gesamtschau zu bewerten.

Da die Maßnahmen nicht an dem betroffenen Vorkommen der Art bzw. an den betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten ansetzen müssen, können sie räumlich flexibler ausgestaltet werden als Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen. Auch hinsichtlich des Funktionsbezugs ist eine flexiblere Ausgestaltung der Maßnahmen möglich, da diese primär auf die Wahrung des Erhaltungszustands der betroffenen Population ausgerichtet sein müssen. FCS-Maßnahmen können auch für mehrere Vorhaben gebündelt und im Vorfeld von deren Genehmigung und Errichtung umgesetzt werden. Zu diesem Zweck können vorausschauend Flächenpools aufgebaut werden, spezielle Ökokonten eingerichtet oder bestehende Ökokonten und Flächenpools mit entsprechenden Maßnahmen angereichert werden. Dies gilt umso mehr, als die FCS-Maßnahmen in aller Regel zugleich multifunktional als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nach § 15 Abs. 2 BNatSchG angerechnet werden und auch sonst hinsichtlich der rechtlichen Sicherung von Artenschutzmaßnahmen auf die Instrumente der Eingriffsregelung zurückgegriffen wird.¹⁰⁵ Dies ermöglicht eine Beschleunigung des Ausnahmeverfahrens, erleichtert die rechtliche Sicherung, Umsetzung und ggf. Überwachung der Maßnahmen und kann im Einzelfall das einzelne Vorhaben von dem Flächenbeschaffungsproblem entlasten.¹⁰⁶ Die Maßnahmen müssen aber auf die betreffende Art ausgerichtet und wirksam sein, bevor die zu kompensierende negative Wirkung eintritt. Um die Wirksamkeit der Maßnahmen zu belegen, ist im Regelfall ein Risikomanagement mit Korrektur- und Vorsorgemaßnahmen sowie einem begleitenden Monitoring erforderlich.¹⁰⁷

Für die Umsetzung erforderlicher FCS-Maßnahmen, die im Rahmen der Feststellung einer Nichtverschlechterung des Erhaltungszustandes nach § 45 Abs. 7 BNatSchG berücksichtigt werden können, sind grundsätzlich zwei Möglichkeiten denkbar: Die Maßnahmen können einzelfallbezogen bei Genehmigungserteilung anhand fachlicher Kriterien im Hinblick auf die Lage, den Maßnahmeninhalt und den Flächenumfang durch Nebenbestimmungen angeordnet und rechtzeitig vor Eintritt der negativen Wirkungen des Vorhabens durchgeführt werden. Sie müssen grundsätzlich für die gesamte Dauer des Vorhabens (Betrieb der WEA) bestehen und wirksam bleiben. Alternativ können die populationsstützenden Wirkungen von speziell im Zuge des WEA-Ausbaus aufgestellten Artenschutz- und Artenhilfsprogrammen oder Artenschutzplänen¹⁰⁸ (vgl. § 38 Abs. 2 S. 1 BNatSchG) berücksichtigt werden, soweit diese geeignet sind,

¹⁰³ Vorausgesetzt, dass geeignete, bisher unbesiedelte Lebensräume vorhanden und erreichbar sind.

¹⁰⁴ Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Vorarbeiten für Leitlinien Windenergie und Artenschutz.

¹⁰⁵ Vgl. HessVGH, Urt. v. 25.06.2009 – 4 C 1347/08.N, Rn. 55; ausführlich zum Ganzen auch *Lau/Wulfert/Müller-Pfannenstiel*, NuR 2019, 721 ff.

¹⁰⁶ *Lau/Wulfert*, Vögel und Windenergienutzung: Best Practice-Beispiele und planerische Ansätze zur Konfliktlösung, Projektbericht FKZ 3519861000 (noch unveröffentlicht).

¹⁰⁷ Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen, 01.07.2015, S. 18f.

¹⁰⁸ Vgl. EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 69.

eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes im Einzelfall zu vermeiden und der Erfolg sichergestellt ist.¹⁰⁹

5. Ermessen

Die Vorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG räumt der Behörde zwar ein Ermessen ein, welches sie gemäß dem Zweck der Vorschrift und unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ausüben hat. Da wichtige Entscheidungsvoraussetzungen bereits ausführlich im Tatbestand der Rechtsnorm selbst aufgenommen sind und insbesondere in jedem Einzelfall im Rahmen einer Abwägung zu prüfen ist, ob das öffentliche Interesse an der Vorhabenverwirklichung die konkreten artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungen überwiegt, ist die Ausnahme bei Vorliegen dieser Voraussetzungen aber in der Regel zu erteilen.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung Schleswig-Holstein, Standardisierung des Vollzugs artenschutzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf das Tötungsverbot bei ausgewählten windkraftsensiblen Großvogelarten in Schleswig-Holstein, S. 38.

¹¹⁰ Vgl. hierzu auch VG Freiburg, Urt. v. 17.02.2009 - 3 K 805/08 zu § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F.; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg BNatSchG § 45, Rn. 13; wohl auch: *Gläß*, in: BeckOK UmweltR, 53. Ed. 1.1.2020, BNatSchG § 45 Rn. 37; a.A. *Müller-Walter*, in: Lorz u.a., BNatSchG, 3. Aufl., § 45 BNatSchG Rn. 14.