

Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land – Das Eckpunktepapier des BMUV und BMWK vom 4. April 2022 –

Anmerkungen aus rechtswissenschaftlicher Perspektive

von

apl. Prof. Dr. Martin Gellermann

Vor dem Hintergrund des Klimawandels muss Deutschland seiner Verantwortung gerecht werden und substanzielle Beiträge zur Bewältigung des globalen Problems erbringen. Das Aktionsprogramm „*Natürlicher Klimaschutz*“, das u.a. darauf abzielt, durch den Schutz, die Stärkung und Wiederherstellung von Mooren, Fließgewässern mit ihren Auen, Wald- und Meeresökosystemen die Klimaschutzziele der Bundesregierung zu erreichen,¹ ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Damit allein kann es sein Bewenden aber noch nicht haben. Um die angestrebte Klimaneutralität zu erreichen, müssen die Emissionen von Treibhausgasen in der Industrie, dem Verkehr, der Landwirtschaft sowie im Abfall- und Gebäudebereich reduziert und Sorge dafür getragen werden, dass sich der künftige Energiebedarf aus regenerativen Quellen speist.

Der zügige Ausbau aller Erneuerbaren Energien ist daher das Gebot der Stunde. Dennoch betrifft das Eckpunktepapier des BMUV und des BMWK einzig die angestrebte Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie an Land und beschränkt sich selbst in diesem Kontext auf eine Beschreibung der Schritte, mit denen das von interessierter Seite gern beschworene Konfliktfeld zwischen Windkraftnutzung und Artenschutz bewältigt werden soll.

I. Räumliche Steuerung der Windkraftnutzung

Der beschleunigte Ausbau der Windenergie setzt einem geläufigen Narrativ zufolge die zügige Bereitstellung von 2% der Landes- und Gemeindeflächen voraus.² In dieser Hinsicht erwähnt das Eckpunktepapier, dass die Länder mit dem geplanten Wind-an-Land-Gesetz verpflichtet werden sollen, den entsprechenden prozentualen Anteil ihrer jeweiligen Landesfläche für Zwecke der Windenergienutzung verfügbar zu machen.

Dieser Schritt könnte maßgeblich zur räumlichen Entzerrung von Konflikten zwischen Windenergie und Artenschutz beitragen. Dazu müssten die für die Windkraftnutzung vorgesehenen Gebiete, die insgesamt 2% der Landesfläche umfassen mögen, unter Beachtung des Artenschutzrechts ausgewählt und zugleich Sorge dafür getragen werden, dass Windenergieanlagen außerhalb dieser artenschutzrechtlich weitgehend konfliktfreien Positivflächen nicht errichtet werden dürfen. Neben einer „*Hochzonung*“ des Artenschutzrechts auf die Ebene der räumlichen Gesamtplanung, die sich am habitatschutzrechtlichen Vorbild des § 1a Abs. 4 BauGB orientieren kann, erfordert dies allerdings einen rechtlich gesicherten Ausschluss der Windkraftnutzung außerhalb der Positivflächen, den das geltende Recht derzeit nicht bietet.

Der Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, der zeitlich mit der durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB begründeten Privilegierung der Windkraftnutzung im Außenbe-

¹ *BMUV*, Aktionsprogramm Natürlicher Klimaschutz, Eckpunktepapier, 29.03.2022.

² Vgl. nur *BMWK*, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 13.01.2022, S. 14

reich eingeführt wurde, hat die in ihn gesetzten Erwartungen in der Praxis nicht erfüllt. An die hierdurch ermöglichte Planung von „Konzentrationszonen“, die der Windenergienutzung einen ihrer Privilegierung entsprechenden Raum geben, zugleich aber die Errichtung von WEA außerhalb der hierfür vorgesehenen Gebiete ausschließen, werden in der obergerichtlichen Rechtsprechung überaus komplexe rechtliche Anforderungen gestellt, die in der Praxis kaum noch erfüllbar sind.³ Normenkontrollverfahren, die von Projektträgern regelhaft mit dem Ziel der Beseitigung der Ausschlusswirkung angestrengt werden, sind daher zumeist von Erfolg gekrönt. Das hat dann freilich zur Folge, dass sich die im Außenbereich privilegierte Windkraftnutzung planerisch ungesteuert einzig nach den Wünschen der Projektierer und ohne Rücksicht auf die Konsequenzen entfaltet, die dieser „Wildwuchs“ für die Ziele des Artenschutzes hat.

Wem daher ernsthaft daran gelegen ist, einen naturverträglichen Ausbau der Windenergie an Land zu gewährleisten, kommt nicht umhin, die durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bewirkte Privilegierung von Vorhaben zur Nutzung der Windenergie im Außenbereich zu streichen.⁴ Windenergieanlagen wären dann nur noch in planerisch dafür ausgewiesenen Sonder- oder Industriegebieten zulässig, die in ihrer Gesamtheit 2% der Landesfläche umfassen sollen. Dazu findet sich im ministeriellen Eckpunktepapier allerdings keine Aussage und so wird es wohl dabei bleiben, dass sich der durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ermöglichte „Wildwuchs der Windkraft“ weiterhin nach dem Willen der Projektträger auch in solchen Bereichen der Landschaft vollzieht, in denen Konflikte mit dem geltenden Artenschutzrecht unausweichlich sind.

II. Vorfahrt für Erneuerbare Energien

Anstatt die auf der Hand liegenden Möglichkeiten zu nutzen, um Konflikte zwischen Windkraftnutzung und Artenschutz durch räumliche Entzerrung zu vermeiden, zielt das Eckpunktepapier auf deren Bewältigung zu Lasten des Artenschutzes, indem eine „Vorfahrtregelung für Erneuerbare“ eingeführt werden soll. Erneuerbaren Energien soll ausweislich des Papiers künftig kraft Gesetzes attestiert werden, „im überragenden öffentlichen Interesse“ zu liegen und „der öffentlichen Sicherheit“ zu dienen.

Einem entsprechenden Regelungsvorschlag, der den Beifall der Windkraftlobby fraglos finden wird und seinen Niederschlag nach den Vorstellungen des BMWK künftig in § 2 EEG finden soll,⁵ hat sich der Gesetzgeber in der zurückliegenden Legislaturperiode aus gutem Grunde widersetzt. Eine derartige Regelung diene – anders als das Eckpunktepapier suggeriert – keineswegs „bloß“ dazu, die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) von den unionsbasierten Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu erleichtern. Stattdessen würde eine derartige Regelung zugleich als „Türöffner“ fungieren, um Windenergie- und Photovoltaik-

³ *Erbguth*, Bindung und Abwägung bei der Planung von Konzentrationszonen: zum Verständnis des § 35 Abs. 3 S. 3, DVBl. 2015, 1346 (1350): „rechtlicher Missgriff“; *Schmidt-Eichstaed*, Die harten und weichen Tabuzonen bei der Windenergieplanung und die Beachtlichkeit etwaiger Fehluordnungen, ZfBR 2019, 434 (435): „praktisch weitgehend untauglich“;

⁴ Zumindest im gedanklichen Ausgangspunkt auch *Wegner et al.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, Kurzgutachten 2020, S. 36.

⁵ Referententwurf eines Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor, Stand: 04.03.2022.

Freiflächenanlagen auf der Grundlage der habitatschutzrechtlichen Ausnahmeermächtigung des § 34 Abs. 4 BNatSchG selbst noch in prioritären Gebieten des europäischen ökologischen Netzes Natura 2000 (z.B. Feuchte Europäische Heiden, Moore, Auwälder) zulassen zu können. Das läuft dem auf Bewahrung des europäischen Naturerbes gerichteten Zielen des Gebietsverbundes Natura 2000 erkennbar zuwider und findet im Übrigen in zwingenden Vorgaben des Unionsrechts keinen Rückhalt. Dies umso weniger, als Natura 2000-Gebiete mit prioritären Lebensraumtypen oder Arten allenfalls zur Abwendung einer „*tatsächlichen und schwerwiegenden Gefahr für die Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaates*“ in Anspruch genommen werden dürfen.⁶ Wer daher Konflikte mit dem Unionsrecht vermeiden und einen naturverträglichen Ausbau von Wind- und Sonnenenergie nicht bloß behaupten, sondern tatsächlich erreichen möchte, sollte die Errichtung entsprechender Erzeugungsanlagen in den zum Schutz des europäischen Naturerbes bestimmten Gebieten des Netzes Natura 2000 untersagen.

III. Standardisierung der Signifikanzprüfung

Die Ankündigung, die Signifikanzprüfung (§ 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG) zu standardisieren, ist grundsätzlich zu begrüßen. Dieser Schritt erleichterte nicht bloß den Vollzug des Tötungs- und Verletzungsverbots, sondern ist längst überfällig, um Geboten der geltenden Verfassungsordnung Respekt zu erweisen.⁷

1. Im Eckpunktepapier ist die Rede von „*Standardisierung*“, die nähere Betrachtung belehrt aber darüber, dass eine Relativierung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote angestrebt wird. Wenn künftig nur noch die im Anhang des Papiers abschließend aufgeführten 16 Vogelarten vor einer windkraftbedingten Erhöhung des Tötungsrisikos geschützt werden sollen, während die ornithologische Fachwissenschaft hierzulande in einer nicht abschließenden Liste 31 Vogelarten als windkraftsensibel bezeichnet⁸ und längst erkannt worden ist, dass auch Arten wie der Mäusebussard und die Feldlerche ihres artspezifischen Verhaltens wegen unter den Auswirkungen der Windkraftnutzung besonders leiden,⁹ ist dies ein deutlicher Beleg dafür, dass nicht der schnelle Ausbau von Windkraft bei „*höchsten ökologischen Schutzstandards*“ ermöglicht,¹⁰ sondern der normative Schutzstandard des § 44 Abs. 1 BNatSchG zulasten zahlreicher Vogelarten im Interesse der Windenergienutzung abgebaut werden soll.

⁶ *EuGH*, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-411/17, Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, ECLI:EU:C:2019:622 Rn. 158.

⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 23.11.2018, 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 Rn. 24.

⁸ *Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW)*, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutenden Vogel Lebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015), Ber. Vogelschutz 51 (2014), 15 (18 Tab. 2).

⁹ *Landesamt für Umwelt Brandenburg, Staatliche Vogelschutzwarte*, Informationen über Einflüsse der Windenergienutzung auf Vögel, Stand: 10.05.2021, S. 71 ff. mit zahlreichen Nachweisen; *Werner et al.*, Vögel und Windkraft: Untersuchung und Bewertung von UVP-pflichtigen Windkraftprojekten. Empfehlungen der Schweizerischen Vogelwarte Sempach, 2019, Anhang S. 40; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 24.09.2021, 12 ME 45/21, juris Rn. 113, 149.

¹⁰ *BMU*, Einigung bei naturverträglichem Ausbau der Windenergie an Land erzielt, Pressemitteilung vom 04.04.2022, im Internet abrufbar unter der Adresse: <https://www.bmu.de/pressemitteilung/einigung-bei-naturvertraeglichem-ausbau-der-windenergie-an-land-erzielt> (letzter Aufruf: 07.04.2022).

2. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht nachdrücklich betonte, das Art. 20a GG den Staat zum Klimaschutz verpflichtet, entbindet dies nicht von der sich dieser Staatszielbestimmung zugleich verdankenden Verpflichtung, die natürlichen Lebensgrundlagen in ihrer Gesamtheit unter Einschluss der Tier- und Pflanzenwelt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu schützen. Das vermittelt dem geltenden Artenschutzrecht keine Bestandsgarantie,¹¹ lässt Absenkungen der normativen Schutzstandards aber in einem verfassungsrechtlich mindestens zweifelhaften Licht erscheinen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass es neben der Klimakrise auch der nicht weniger dramatischen Biodiversitätskrise¹² und dem hierzulande nach wie vor ungebremsten Artensterben Einhalt zu gebieten gilt. Der diesbezüglichen völkerrechtlichen Verantwortlichkeit, die sich aus der Biodiversitätskonvention (CBD), der Berner Konvention und der Bonner Konvention einschließlich ihre Folgeabkommen ableitet, hat die Bundesrepublik Deutschland ersichtlich bis heute nicht entsprochen. Verwiesen sei nur darauf, dass sich in Europa derzeit ein Vogelschwund historischen Ausmaßes vollzieht,¹³ von dem zahlreiche Vogelarten betroffen sind, die von der ökologischen Fachwissenschaft als windkraftempfindlich eingestuft werden. Das betrifft beispielsweise die hierzulande vom Aussterben bedrohte Uferschnepfe, die Bekassine und den Großen Brachvogel,¹⁴ daneben aber auch vormals häufige Arten wie die Feldlerche.¹⁵ Wird das Eckpunktepapier in der angekündigten Weise umgesetzt, droht der umweltinterne Konflikt nicht in einer dem Gebot gerechter Abwägung entsprechenden Weise, sondern einseitig zu Lasten des Schutzes der Tierwelt gelöst zu werden.

Erschwerend kommt hinzu, dass die unionsrechtlich bindende Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG (V-RL) die Mitgliedstaaten verpflichtet, Vögel der europäischen Arten schon zu schützen, bevor es zu Bestandsabnahmen kommt oder sich die Gefahr des Aussterbens konkretisiert.¹⁶ Erst unlängst stellte der Gerichtshof der Europäischen Union klar, dass der zum Schutz sämtlicher europäischer Vogelarten bestimmte Art. 5 V-RL unabhängig davon zu beachten ist, ob eine Vogelart auf irgendeiner Ebene bedroht ist oder ihre Populationen rückläufig sind.¹⁷ Dem Verbot des Art. 5 Buchst. a V-RL liefe es daher zuwider, wenn Vogelarten, die ihrer artspezifischen Verhaltensweisen wegen unter den Auswirkungen der Windkraftnutzung besonders leiden, der unionsrechtlich gebotene Schutz kurzerhand durch eine bundesrechtliche Regelung entzogen würde. Anders als an prominenter Stelle des Eckpunktepapiers betont,

¹¹ Vgl. nur *Murawiek*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 40.

¹² Siehe nur *Weltbiodiversitätsrat* (IPBES), Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. 2019 <https://doi.org/10.5281/zenodo.3831673> (letzter Aufruf: 10.04.2022).

¹³ *Burns et al.*, Abundance decline in the avifauna of the European Union reveals cross-continental similarities in biodiversity change, *Ecology and Evolution*, <https://doi.org/10.1002/ece3.8282>.

¹⁴ *Ryslavy et al.*, Rote Liste der Brutvögel Deutschlands, 6. Fassung, *Ber. Vogelschutz* 57 (2020), 13 (39).

¹⁵ *Werner et al.*, Vögel und Windkraft: Untersuchung und Bewertung von UVP-pflichtigen Windkraftprojekten. Empfehlungen der Schweizerischen Vogelwarte Sempach, 2019, Anhang S. 40.

¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 02.08.1993, C-355/90, Kommission / Spanien, Slg. 1993, I-4221 Rn. 27.

¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 04.03.2021, C- 473/19 u.a., Föreningen Skydda Skogen, ECLI:EU:C:2021:166 Rn. 44 f.

kann von einer Respektierung der europäischen Naturschutz-Richtlinien schwerlich gesprochen werden.

3. Das zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit zugleich an der im Eckpunktepapier vorgesehenen Zonierung im Umfeld der Brutplätze, die zwischen einem inneren Schutzbereich („*Tabubereich*“), einem zentralen Prüfbereich und einem erweiterten Prüfbereich unterscheidet. Namentlich die Aussage, außerhalb des erweiterten Prüfbereichs wären keine weiteren Prüfungen erforderlich, ist erkennbar von der Fehlvorstellung getragen, dass das Tötungs- und Verletzungsverbot allein im Umfeld der Brutplätze beachtlich wäre. Tatsächlich legt sich das unionsbasierte Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ubiquitäre Geltung bei und ist auch jenseits der im Eckpunktepapier genannten Prüfbereiche auf sämtlichen Flächen strikt beachtlich, die von Vögeln der windkraftempfindlichen Arten häufig frequentiert werden.¹⁸ Man denke nur an attraktive Nahrungsflächen für den Rotmilan, die sich mitunter weitab von den Horsten befinden und in der Praxis schon dazu geführt haben, die Errichtung von Windenergieanlagen zu unterbinden.¹⁹ Dies aus gutem Grunde, weil Art. 5 Buchst. a V-RL keine räumlichen Begrenzungen kennt, die ohne Verstoß gegen unionsrechtliche Pflichten selbst dann nicht eingeführt werden dürfen, wenn dies in einem ministeriellen Eckpunktepapier gefordert wird.

Keinen Anlass zu unionsrechtlicher Beanstandung bietet dagegen die Festlegung eines artspezifischen „*Tabubereichs*“. Den Mitgliedstaaten bleibt es unbenommen, schutzverstärkende Maßnahmen zu ergreifen (Art. 193 AEUV), um eine Windkraftnutzung im direkten Umfeld der Horste windkraftempfindlicher Vogelarten zu unterbinden. Fragwürdig erscheint allerdings, ob eine derartige Regelung mit der verfassungsrechtlichen Garantie des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) vereinbar wäre. Wenn ein Grundeigentümer in einem Abstand von weniger als 500 m zum Horst eines Rotmilans und damit innerhalb des im Eckpunktepapier vorgesehenen „*Tabubereichs*“ eine WEA errichten, dieselbe aber während der Brutzeit im Interessen des Schutzes der Greifvögel tagsüber abschalten will, ist kein Grund ersichtlich, der es mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte, ihm dies zu versagen. Ein absoluter „*Tabubereich*“, in dem die Windkraftnutzung pauschal ausgeschlossen wäre, lässt sich daher schwerlich einführen, ohne mit Art. 14 Abs. 1 GG in Konflikt zu geraten.

4. Das leitet über zu der Aussage, dass es jenseits einer bewirtschaftungsbedingten Abschaltung im engeren Umkreis um eine WEA bzw. einer sich an der Windgeschwindigkeit orientierenden Abschaltung „*keine weiteren saisonalen oder brutzeitbezogenen Abschaltungen ... mehr geben (soll)*“. Wollte man dies ernst nehmen, wäre die Errichtung einer solchen Anlage im zentralen Prüfbereich schlicht unzulässig, wenn eine bei Bewirtschaftungsvorgängen oder sich an der Windgeschwindigkeit orientierenden Abschaltung nicht genügt, um ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko „*auf Normalmaß abzusenken*“. Wenn der Betreiber der Anlage, dem die Entwicklung eines Vermeidungskonzepts zur Verhinderung eines signifikant erhöhten Tötungsrisi-

¹⁸ BVerwG, Urt. v. 14.07.2011, 9 A 14.10, NuR 2011, 866 Rn. 99; Beschl. v. 08.03.2018, 9 B 25.17, NuR 2018, 625 Rn. 11; Beschl. v. 07.01.2020, 4 B 20.19, juris Rn. 5.

¹⁹ Exemplarisch VGH Kassel, Beschl. v. 17.12.2013, 9 A 1540/12.Z, juris Rn. 11.

sikos obliegt,²⁰ in einer solchen Situation eine brutzeitbedingte Abschaltung zum Schutz von Greifvögeln vorsieht – was in der Praxis nicht einmal selten vorkommt –, kann ihm die Genehmigung aus artenschutzrechtlichen Gründen nicht unter Hinweis darauf versagt werden, dass es solche Abschaltungen nach den ministeriellen Wünschen des BMUV und des BMWK nicht mehr geben soll.

5. Der Vollständigkeit halber sei schließlich erwähnt, dass neben Vögeln auch Fledermäuse unter den Auswirkungen der Windkraftnutzung besonders leiden und an den Rotoren zu Tode kommen, wenn keine Nachtabschaltung während ihrer Anwesenheitszeiten angeordnet wird. Da Fledermäuse zumindest im Zusammenhang mit der Anbringung von Nisthilfen angesprochen werden, im Anhang des Eckpunktepapiers aber keinerlei Erwähnung finden, liegt die Annahme nicht fern, dass ihnen der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG unter flagranter Verletzung der unionsrechtlichen Regelungsvorgaben des Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL kurzerhand entzogen werden soll. Es bleibt zu hoffen, dass dies so nicht gemeint ist und die Fledermäuse der ministeriellen Aufmerksamkeit einfach nur entgangen sind.

IV. Artenschutzrechtliche Ausnahmen

Den Mitgliedstaaten eröffnet das Unionsrecht die Möglichkeit, unter bestimmten Bedingungen von den artenschutzrechtlichen Verboten abzuweichen (Art. 9 Abs. 1 V-RL, Art. 16 Abs. 1 FFH-RL). Das ministerielle Eckpunktepapier legt die Annahme nahe, dass die zur Umsetzung der unionsrechtlichen Regelungsvorgaben dienende Vorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG geändert oder neben der fragwürdigen „*Lex Wolf*“ (§ 45a BNatSchG) demnächst auch noch eine „*Lex Windkraft*“ eingeführt werden soll.

1. Die bereits erwähnte „*Vorfahrtregelung für Erneuerbare*“ soll jedenfalls zur Folge haben, dass der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG) insbesondere bei der Zulassung von Windenergie- und Freiflächen-Photovoltaikanlagen „*in der Regel*“ als erfüllt zu betrachten ist. Das führt wiederum auf „*unionsrechtliches Glatteis*“. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist die Behörde, die eine artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt, für das Vorliegen der artenschutzrechtlichen Ausnahmevoraussetzungen beweispflichtig und im Übrigen genötigt, ihre Entscheidung „*mit einer genauen, die Einzelmerkmale der Ermächtigung in Bezug nehmenden Begründung*“ zu versehen.²¹ Sollte sich der Gesetzgeber anschicken, eine gesetzliche Vermutung des im Eckpunktepapier zum Ausdruck kommenden Inhalts zu begründen, hätte dies zur Folge, dass die gesetzlich vermutete Tatsache grundsätzlich widerlegbar, aber eben nicht mehr beweisbedürftig ist (§ 292 ZPO).²² Das mag den Vollzug vereinfachen, ist aber mit dem Unionsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof nicht vereinbar und daher ungeeignet, den Investoren in Windenergie oder PV-Anlagen eine rechtssichere Basis für ihre Investition zu verschaffen.

²⁰ OVG Münster, Beschl. v. 01.04.2019, 8 B 1013/18, NuR 2019, 425 (428); VGH München, Urt. v. 27.05.2016, 22 BV 15.1959, juris Rn. 37 f.; OVG Saarlouis, Beschl. v. 05.09.2017, 2 A 316/16, NuR 2017, 718 (719 f.).

²¹ EuGH, Urt. v. 15.12.2005, C-344/03, Kommission / Finnland, Slg. 2005, I-11033 Rn. 39, 60; Urt. v. 08.06.2006, C-60/05, WWF Italia, Slg. 2006, I-5083 Rn. 34; Urt. v. 12.07.2007, C-507/04, Slg. 2007, I-5939 Rn. 198.

²² Vgl. nur Laumen, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl. 2017, § 292 Rn. 1.

2. Dasselbe gilt für die sich auf die Alternativenprüfung beziehende „*Regelvermutung*“, nach der in Gebieten, „*die gezielt für die Windenergie ausgewiesen sind oder ausgewiesen werden sollen*“, regelmäßig davon auszugehen sein soll, dass außerhalb derselben keine Standortalternativen existieren. Eine derartige Regelung wäre akzeptabel, wenn bereits auf der gesamtplanerischen Ebene eine Prüfung standörtlicher Alternativen stattfände, die den artenschutzrechtlichen Anforderungen des unionsbasierten § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG vollauf genüge. Das ist aber gerade nicht der Fall, weil im Rahmen der Regionalplanung und der kommunalen Bauleitplanung insoweit lediglich geprüft wird, ob sich die Verbote des Artenschutzes im „*Planvollzug*“ als unüberwindliche Hindernisse erweisen.²³ Anders als im Kontext des Habitatschutzrechts hat der Gesetzgeber bis heute den Schritt einer „*Hochzonung*“ des Artenschutzes auf die Ebene der räumlichen Gesamtplanung 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, stellt das ministerielle Eckpunktepapier eine „*Regelvermutung*“ in Aussicht, die den Realitäten handgreiflich nicht entspricht. Der Umstand, dass auf der planerischen Ebene eine sich dem Abwägungsgebot verdankende Alternativenprüfung erfolgt,²⁴ stellt dies nicht durchgreifend in Frage, weil diese Prüfung hinter den strengen Anforderungen des § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG deutlich zurückbleibt.

3. Die sich auf das Ausbleiben einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Populationen einer Art beziehende weitere Vermutung, die im Eckpunktepapier thematisiert wird, mutet – um es diplomatisch zu formulieren – doch eher befremdlich an. Da den meisten windkraftempfindlichen Arten der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ohnehin entzogen werden soll, bezieht sich die Vermutung ausschließlich auf die im Anhang des Eckpunktepapiers genannten Vogelarten. Dieser Anhang umfasst Vogelarten, die nach der Roten Liste der Brutvögel Deutschlands vom Aussterben bedroht sind (Schreiadler, Kornweihe, Sumpfohreule). Bei derart stark gefährdeten Arten auf die Idee zu kommen, dass selbst bei ihnen das Ausbleiben einer Verschlechterung – wenn auch unter bestimmten Bedingungen – noch vermutet werden könnte, nährt die Befürchtung, dass die Verfasser des Eckpunktepapiers die Windkraftnutzung „*ohne Rücksicht auf Verluste*“ durchsetzen wollen. Derartiges in einem mit dem BMUV abgestimmten Eckpunktepapier zu lesen, lässt für den Schutz der Arten nichts Gutes erwarten, wenn „*für die als kollisionsgefährdet gelisteten Vögel ... sehr zeitnah festgelegt (wird), ob sie in ihrem Bestand gefährdet sind*“.

Soweit die angekündigte Vermutung nicht bloß von der Erhaltungssituation der Population der betreffenden Art, sondern zugleich davon abhängig gemacht wird, dass Vorhabenträger in ein bestehendes Artenhilfsprogramm einzahlen, soll von dieser Vermutung offenbar nur profitieren können, wer zahlungswillig ist. Das Privileg, sich die angekündigte Vermutung zunutze machen zu können, muss daher von den Vorhabenträgern mehr oder weniger teuer erkaufte werden. Wer dazu nicht bereit oder im Stande ist, gelangt allenfalls dann in den Genuss einer artenschutzrechtlichen Aus-

²³ Hierzu *Gellermann*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 181 m.w.N.

²⁴ *Rieger*, in: Schrödter (Fn. 23), § 1 Rn. 638 ff.

nahme, wenn der positive Nachweis geführt werden kann, dass eine diesbezügliche Entscheidung den Erhaltungszustand der betreffenden Population nicht verschlechtert.

Nun wäre noch nachvollziehbar, wenn all denjenigen eine Pflicht zur Einzahlung in ein bestehendes Artenhilfsprogramm auferlegt wird, denen mit der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme die „*Lizenz zum Töten*“ geschützter Vögel erteilt wird. Dabei dürfte es sich um eine dem Ersatzgeld des § 15 Abs. 6 BNatSchG vergleichbare Sonderabgabe handeln, die verfassungsrechtlich unbedenklich ist.²⁵ Wird eine Zahlungspflicht aber nicht an die Gewährung einer Ausnahme geknüpft, sondern zur Voraussetzung dafür erhoben, die Vermutung für das Ausbleiben einer Verschlechterung der Erhaltungssituation einer Vogelart in Anspruch nehmen zu können, besteht die Gefahr, dass sich die bereits angekündigte Festlegung der Arten, die in ihrem Bestand gefährdet sind, weniger an deren tatsächlichem Erhaltungszustand als vielmehr an dem Interesse orientiert, Finanzierungsquellen für Artenhilfsprogramme zu erschließen. Das ist nicht der Sinn der Sache und liefe im Übrigen darauf hinaus, einschlägige Vorgaben des Unionsrechts (Art. 13 V-RL) zu unterlaufen. Da Richtlinien in einer Weise in das nationale Recht umgesetzt werden müssen, die weder tatsächlich noch theoretisch die Gefahr einer Verfehlung der unionsrechtlichen Anforderungen heraufbeschwört,²⁶ droht auch in dieser Hinsicht Ungemach, sollten der Ankündigung des Eckpunktepapier entsprechende Taten nachfolgen.

V. Nachträgliche Anordnungen und Nisthilfen

Siedeln sich im Umfeld eines Windparks während der Betriebsphase kollisionsempfindliche Vogel- oder Fledermausarten an, kann die uneingeschränkte Fortsetzung des Anlagenbetriebs mit dem Tötungs- und Verletzungsgebot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in Konflikt geraten. Zur Bewältigung solcher Konfliktlagen ermächtigt § 3 Abs. 2 BNatSchG die Naturschutzbehörden, den Anlagenbetrieb unter strikter Wahrung des verfassungsrechtlichen Gebots der Verhältnismäßigkeit zu beschränken.²⁷ Das entspricht der unionsrechtlich begründeten Pflicht zur Etablierung eines strengen Schutzsystems, ist den betroffenen Anlagenbetreibern aber „*ein Dorn im Auge*“, weil solche Anordnungen gewisse Ertragseinbußen zur Folge haben, die den Gewinn schmälern und ihren wirtschaftlichen Interessen zuwiderlaufen.

Ihr Wehklagen wurde nun in Berlin erhört und mit dem Eckpunktepapier angekündigt, dass nachträgliche Anordnungen nur noch in Ausnahmefällen und nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für die Anlagenbetreiber möglich sein sollen. Letzteres versteht sich von selbst, zumal derartige Anordnungen stets dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen müssen. Ersterem steht die Unionsrechtswidrigkeit „*auf die Stirn geschrieben*“, weil die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, alle absichtlichen Formen des Tötens geschützter Tiere zu unterbinden, und zwar nicht bloß im Ausnahmefall.

²⁵ Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Ersatzgeldes *Meßerschmidt*, Bundesnaturschutzrecht, 150. Akt. 2020, § 15 Rn 134.

²⁶ Besonders anschaulich *EuGH*, Urt. v. 09.04.1987, Rs. 363/85, *Kommission / Italien*, ECLI:EU:C:1987:196 Rn. 12; hierzu *Gellermann*, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 1994, S. 23 f.

²⁷ Instruktiv *OVG Lüneburg*, Urt. v. 13.03.2019, 12 LB 125/18, juris Rn. 39 ff.; bestätigt durch *BVerwG*, Beschl. v. 07.01.2020, 4 B 120.19, juris.

Binahe erheiternd wirkt es demgegenüber, wenn künftig Nisthilfen windenergiesensibler Vogel- und Fledermausarten im definierten Nahbereich um bestehende Windenergieanlagen oder auf planerisch für die Windenergienutzung vorgesehenen Flächen unzulässig sein sollen. Abgesehen davon, dass für Fledermäuse kein Nahbereich definiert wurde, geht die politische Forderung offenbar dahin, 2% der Landesfläche von Nisthilfen freizuhalten. Ob hier die Vögel vor der Windkraft oder nicht doch eher die Windkraft vor den Vögeln geschützt werden soll, ist dem Eckpunktepapier nicht zu entnehmen.

VI. Repowering

Die Ankündigung, die unklaren Aussagen des § 16b Abs. 4 S. 2 BImSchG zur Berücksichtigung der Vorbelastung im Zuge des Repowering zu erläutern, ist fraglos zu begrüßen, indessen sieht es sich erheblichen Bedenken ausgesetzt, wenn Standortalternativen in der Regel „auch außerhalb von für die Windenergie ausgewiesenen Gebieten“ für unzumutbar erklärt werden. Durch derartige Pauschalaussagen wird die Effektivität und praktische Wirksamkeit des Art. 9 Abs. 1 V-RL und des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL in einer dem Unionsrecht zuwiderlaufenden Weise in Frage gestellt, weil diese Bestimmungen auch bei Repoweringvorhaben eine sorgfältige Prüfung standörtlicher Alternativen erfordern.

Immerhin soll das Repowering von Anlagen in artenschutzrechtlich hoch sensiblen Gebieten nicht von der Prüfung standörtlicher Alternativen entbunden werden. Das soll insbesondere für Windenergieanlagen in so genannten „Dichtezentren“ gelten, muss aber auch zum Tragen kommen, wenn Bestandanlagen ersetzt werden, die in bestehenden Europäischen Vogelschutzgebieten errichtet worden sind. Das drastische Beispiel des hessischen Vogelschutzgebietes „Vogelsberg“²⁸ belehrt anschaulich darüber, dass ein Repowering innerhalb der Kulisse dieser Schutzgebiete eigentlich sogar rundheraus untersagt werden sollte, weil in diesen Gebieten der Schutz der Vögel im Vordergrund stehen muss.

VI. Landschaftsschutzgebiete

Die Ankündigung, Landschaftsschutzgebiete für die Nutzung der Windenergie freizugeben, erfährt im Eckpunktepapier zumindest insoweit eine Einschränkung, als dies nicht für jene Gebiete gilt, die zugleich Natura 2000-Gebiete oder Weltkultur- und Weltnaturerbeflächen sind. Auf diesem Wege bringt das Eckpunktepapier wenigstens noch zum Ausdruck, dass der Windkraftnutzung doch nicht überall Vorfahrt zu gewähren ist. Dieser Ansatz sollte weiter ausgebaut und durch eine normative Anordnung sichergestellt werden, dass generell alle Gebiete des Netzes Natura 2000, daneben aber auch Naturschutzgebiete, Nationalparke und Nationale Naturmonumente, Kernzonen von Biosphärenreservaten, Naturdenkmale und geschützte Landschaftsbestandteile sowie gesetzlich geschützte Biotope von der Windkraftnutzung und von Photovoltaikanlagen (außer auf bestehenden Gebäuden und bereits versiegelten Flächen) im Interesse des Biodiversitäts- und Artenschutzes freizuhalten sind. Das wäre jedenfalls ein substanzieller Beitrag, um den beschleunigten Ausbau der Windenergie an Land in naturverträglichere Bahnen zu lenken.

²⁸ Hierzu *Apel*, Umgang mit nachträglich festgestellten Tötungsrisiken an genehmigten Windenergieanlagen, Naturschutz und Landschaftsplanung 54 (2022), 32 ff.

VII. Abschließende Bemerkung

Der Ausbau der Erneuerbaren Energien ist unverzichtbar, wenn die Bundesrepublik Deutschland ihren Beitrag zur Erreichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens erbringen will. Das entbindet allerdings nicht von der Notwendigkeit, in Übereinstimmung mit der Biodiversitätskonvention und weiteren völkerrechtlichen Naturschutzabkommen die erforderlichen Schritte zu unternehmen, um auch der nicht minder bedeutenden Biodiversitätskrise Einhalt zu gebieten. Konflikte zwischen dem Interesse am Ausbau der Erneuerbaren Energien und den Integritätsinteressen des Naturschutzes müssen daher in einer Weise gelöst werden, die beiden Seiten gerecht wird.

Das zwischen BMUV und BMWK abgestimmte Eckpunktepapier lässt ein ernsthaftes Bemühen um die Herstellung einer angemessenen Ausgleichsrelation nicht erkennen. Stattdessen ist es von einer einseitigen Bevorzugung der Windkraftinteressen geprägt, denen um den Preis eines Abbaus naturschutzrechtlicher Standards zur Durchsetzung verholfen werden soll. Auf diesem Wege ist die angestrebte Beschleunigung des Ausbaus der Erneuerbaren kaum erreichbar, weil den Investoren das erforderliche Maß an Rechtssicherheit nicht verschafft wird und Rechtsstreitigkeiten um die Zulassung von Windenergieanlagen gleichsam vorprogrammiert werden. Es bleibt daher im Interesse sowohl des Klima- als auch des Biodiversitätsschutzes zu hoffen, dass zumindest in den angekündigten Rechtsetzungsverfahren Lösungen entwickelt werden, die beiden Seiten zu ihrem Recht verhelfen. Sollte dies gelingen, besteht noch Hoffnung, dass die natürlichen Lebensgrundlagen erhalten werden und künftigen Generationen eine lebenswerte Umwelt bewahrt wird.

Westerkappeln, 10.04.2022