
Windenergie und Artenschutz – Wege nach vorn

ANALYSE

Autor: Dr. Gerd Rosenkranz
Projektleitung: Mara Marthe Kleiner

234/07-A-2021/DE
Oktober 2021

Liebe Leserin, lieber Leser,

der Ausbau der Windenergie an Land ist in den vergangenen Jahren in Deutschland weit hinter den Notwendigkeiten zurückgeblieben, wenn wir unsere Klimaziele erreichen wollen. Das liegt nicht nur, jedoch auch daran, dass immer wieder Klagen gegen Windenergieprojekte vor Gericht landen und erfolgreich den Bau oder die Inbetriebnahme von Windrädern verhindern oder verzögern.

Eines der häufigsten Motive für die Klägerinnen und Kläger ist der Vogelschutz. Und tatsächlich gibt es Vogel-Schlagopfer an Windrädern, die es zu minimieren gilt. Gleichzeitig ist jedoch das größte Risiko für Vögel ein Fortschreiten der Klimakrise, denn diese hat gravierendste Folgen für die Lebensräume

der Vögel. Da die Windkraft eine der Schlüsseltechnologien für Klimaschutz und Energiewende ist, gilt es, Artenschutz und den beschleunigten Ausbau der Windenergie in Einklang zu bringen.

Zahlreiche Vorschläge, die alle das Ziel verfolgen, den Zielkonflikt zwischen Windkraft und Artenschutz aufzulösen, liegen inzwischen auf dem Tisch. In diesem Arbeitspapier werden die Vorschläge vorgestellt und bewertet, damit die Politik eine informierte Entscheidung treffen kann.

Ich wünsche eine angenehme Lektüre!

Ihr
Dr. Patrick Graichen
Direktor, Agora Energiewende

Ergebnisse auf einen Blick:

1

Es ist möglich, den Konflikt zwischen Windkraftausbau und Vogelschutz konstruktiv zu lösen, und Klima- wie Artenschutz gleichermaßen voranzubringen. Die Stichwörter hierfür lauten: Genehmigungsverfahren vereinheitlichen, den Vogelschutz stärker auf Populationsschutz ausrichten und dafür ausreichend Flächen und Mittel bereitstellen. So kann der Vogelschutz sogar gegenüber den aktuell standortbezogenen Einzelfallprüfungen gewinnen.

2

Als Sofortmaßnahme sollte der Vogelschutz in den Genehmigungsverfahren gesetzlich oder per Verordnung rechtssicherer und zeitlich gestrafft ausgestaltet werden. Dies kann in den ersten 100 Tagen der neuen Regierung unter Beibehaltung der individuenbezogenen Logik des Vogelschutzes aufgesetzt werden. Konzeptvorschläge hierfür liegen auf dem Tisch.

3

Anschließend sollte der Schutz windenergiesensibler Vogelarten stärker am Populations- statt am Individuenschutz ausgerichtet werden – mit entsprechender Sicherstellung der für einen wirksamen Populationsschutz notwendigen Flächen und professionell gemanagten Artenhilfsprogrammen. Dies bedeutet in der Raumplanung eine Entflechtung von Wind- und Vogelvoranggebieten. Dazu gehört zudem ein Artenschutzfonds, der aus mindestens 100 Mio. Euro pro Jahr an öffentlichen Mitteln sowie zusätzlichen Ausgleichszahlungen der Windenergiebetreiber gespeist wird. Die Naturschutzverbände sollten in die Ausgestaltung eingebunden werden.

4

Parallel sollte die Bundesregierung auf EU-Ebene eine Initiative starten, um in der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie ein am Populationsschutz ausgerichtetes Zulassungsrecht für die Windkraft zu ermöglichen. Dies ist nötig, da das Europarecht aktuell einem modernen Artenschutz, der auf die Erhaltung und Verbesserung von Populationen setzt, im Weg steht. Hohe Qualitätsstandards an entsprechende Artenschutzmaßnahmen sind auch auf EU-Ebene festzuschreiben.

Inhalt

Ergebnisse auf einen Blick	2
1 Einleitung – Windenergie und Naturschutz zusammendenken	4
2 Die Ausgangslage	5
3 Kein Mangel an Vorschlägen	7
4 Aktuell diskutierte Konzepte für ein verbessertes Zulassungsregime für Windenergie an Land	8
4.1 Bundesweit einheitliche Ausgestaltung des Signifikanzansatzes des Bundesverwaltungsgerichts (UMK-Prozess)	9
4.2 Windausbau und Artenschutzziele: Vorschlag für ein europarechtskonformes (Ausnahme-)Regime für Windkraft an Land	11
4.3 Einführung gesetzlich geregelter Ausnahmevoraussetzungen für die landseitige Windenergie in Bezug auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot	16
4.4 Artenschutzrechtliche Ausnahmereordnung und ein verstärkter flächenbezogener Artenschutz	20
5 Zwischenfazit	24
5.1 Was verbindet die Vorschläge?	24
5.2 Lösungsansatz Kombinationsmodell	25
5.3 Welche möglichen Kombinationsmodelle gibt es?	26
6 Die EU-Karte: Initiative auf EU-Ebene im Rahmen der Novelle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie	29
6.1 EU-Initiative der neuen Bundesregierung zur Sicherung einer ausreichenden Zubaugeschwindigkeit von Windenergie an Land in den Mitgliedstaaten	30
6.2 Strategische Überlegungen hinter der EU-Initiative	30
7 Fazit: Populationen statt Individuen schützen?	31

1 Einleitung – Windenergie und Naturschutz zusammendenken

Seit der Verabschiedung des Klimaschutzabkommens von Paris Ende 2015 und den jüngsten Erkenntnissen der großen Wirtschaftsböcke der Welt – USA, China, Europa – zur Klimaneutralität bis Mitte dieses Jahrhunderts geht es nicht mehr um das Ob der globalen Energietransformation, sondern um das Wie und mehr noch um das Wie-Schnell.

Gleichzeitig wird im Wortsinn unübersehbar, dass auch das neue, als risikoarm und klimaverträglich eingestufte Energiesystem auf Basis Erneuerbarer Energien nicht ohne Rückwirkungen bleibt auf die Lebensumstände der Menschen, auf die Kulturlandschaften und auch die Entwicklungsmöglichkeiten der Natur. Dies gilt insbesondere für Industriegesellschaften mit hohem Energiebedarf und hoher Bevölkerungsdichte, in denen sich bestehende Flächenkonkurrenzen tendenziell weiter verschärfen.

In Deutschland verändern derzeit vor allem Windräder die ländlichen Kulturlandschaften. Im Mittelpunkt der Akzeptanzdebatte steht deshalb die Frage, welche Flächen für die neuen Technologien bereitgestellt werden, wie nah sie den Bürgerinnen und Bürgern kommen sollen und inwieweit Windräder gefährdete Vogelarten zusätzlich bedrohen, die ohnehin unter hohem Druck durch menschliche Aktivitäten stehen. Rückwirkungen auf die Kulturlandschaften sind grundsätzlich unvermeidbar, ergeben sie sich doch aus dem dezentralen Charakter der neuen solarbasierten Energietechnologien, genauer gesagt aus deren Physik.¹

Die Sorge vor dem Verlust der Akzeptanz der Energiewende im ländlichen Raum hat auch die Energiewende-Debatte im Wahlkampf des Jahres 2021 begleitet. Zwar forderten, mit einer Ausnahme, alle im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien den beschleunigten Ausbau der Erneuerbaren Energien, doch niemand erklärte den Menschen, wo genau die künftigen Windräder und PV-Freiflächenanlagen entstehen sollen.

Die Debatte um die Windenergie an Land ist fast so alt wie der Einsatz der Windkraft in der Stromerzeugung. Aber im Unterschied zu ihrer Einführungsphase in den 1990er-Jahren ist Windenergie heute nicht mehr eine *Nice-to-have*-Technologie, sondern im Verbund mit der Photovoltaik die wichtigste Säule und unverzichtbare Voraussetzung für das Gelingen der Energiewende und letztlich für die Zukunft Deutschlands als Wirtschaftsstandort.

Deshalb muss der Konflikt zwischen Windenergie und Naturschutz schnell, konstruktiv und dauerhaft befriedet werden. Andernfalls verlieren beide – der Klimaschutz und die nicht zuletzt durch den Klimawandel in ihrem Bestand gefährdeten Arten. Der beschleunigte Ausbau der Windenergie ist die wichtigste Voraussetzung für erfolgreichen Klimaschutz und dient damit auch der langfristigen Stabilisierung der durch vielerlei andere menschliche Aktivitäten gefährdeten biologischen Vielfalt.²

Die neue Bundesregierung wird gleich zu Beginn der Legislaturperiode die Weichen für einen konstruktiven Ausgleich zwischen dem notwendigen Ausbau der Windenergie an Land und den Belangen des Naturschutzes stellen müssen. Anders ist die in

¹ Die direkte Nutzung der Sonnenenergie in PV-, Solarthermie- oder Windenergieanlagen (auch der Wind wird letztlich von der Einstrahlung der Sonne getrieben) bedeutet auch einen Übergang von hoch konzentrierten Energieträgern (Kohle, Öl, Erdgas, Kernenergie) hin zu weiträumig anfallender Strahlungsenergie, was

wiederum voraussetzt, dass entsprechende Flächen zur Verfügung stehen.

² IPBES/IPCC (2021): *Biodiversity and Climate Change. Scientific Outcome* https://www.ipbes.net/sites/default/files/2021-06/2021_IPCC-IPBES_scientific_outcome_20210612.pdf

zahlreichen Studien einhellig geforderte hohe Ausbaudynamik der landseitigen Windenergie nicht zu erreichen.³

2 Die Ausgangslage

Der Verlust der biologischen Vielfalt beschleunigt sich im Weltmaßstab dramatisch. Bis zu eine Million Arten sind vom Aussterben bedroht, viele davon bereits in den nächsten Jahrzehnten. Das Artensterben verläuft heute um ein bis zwei Größenordnungen schneller als im Durchschnitt der letzten zehn Millionen Jahre. Der Klimawandel ist schon jetzt einer der Treiber dieser Entwicklung und droht zu einer Hauptursache des globalen Verlusts an Biodiversität zu werden.⁴ Das Ziel des Klimaabkommens von Paris, die globale Erwärmung auf deutlich unter 2 – möglichst 1,5 Grad Celsius – zu begrenzen, liegt deshalb auch im ureigenen Interesse der nationalen wie internationalen Biodiversitätspolitik und des Artenschutzes.

Im Frühjahr 2021 haben der Weltbiodiversitätsrat IPBES und der Weltklimarat IPCC erstmals einen gemeinsamen Report veröffentlicht, der sich den beiden Menschheitskrisen um Klima und Artenvielfalt

gemeinsam widmet.⁵ Die zentrale Botschaft der 50 beteiligten internationalen Biodiversitäts- und Klimaexpertinnen und -experten: „Keines der beiden Probleme kann erfolgreich gelöst werden, wenn nicht beide gemeinsam adressiert werden.“

Deutschland ist beim Artensterben keine Ausnahme. Allerdings gibt es, entgegen dem in der Öffentlichkeit häufig verbreiteten Eindruck, keine tragfähigen Belege dafür, dass der bisherige Ausbau der landseitigen Windenergie insgesamt zu einer weiteren Verschlechterung von Populationen gefährdeter Arten geführt hat.⁶ Die Ursachen für den besorgniserregenden Erhaltungszustand vieler Vogelarten sind vielmehr vorrangig in land- und forstwirtschaftlichen Nutzungsänderungen, in der Nutzungsintensität, in klimatischen Veränderungen und deren hydrologischen Auswirkungen, im Verlust und der Zerschneidung von Habitaten sowie dem Insektenchwund und dem damit verbundenen Rückgang des Nahrungsangebots zu suchen.⁷

Unbestritten werden jedoch immer wieder Vögel und Fledermäuse zu Schlagopfern an Windrädern. Zwar sind dies seltene Ereignisse mit insgesamt geringeren Auswirkungen im Vergleich zu den oben

³ Öko-Institut e. V./Wuppertal Institut/Prognos AG (2021): *Klimaneutrales Deutschland 2045 (Langfassung). Wie Deutschland seine Klimaziele schon vor 2050 erreichen kann.* <https://www.agora-energiewende.de/veroeffentlichungen/klimaneutrales-deutschland-2045-vollversion/>

⁴ IPBES (2019): *The Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystems Services. Summary for Policymakers.* https://ipbes.net/sites/default/files/inline-files/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers.pdf

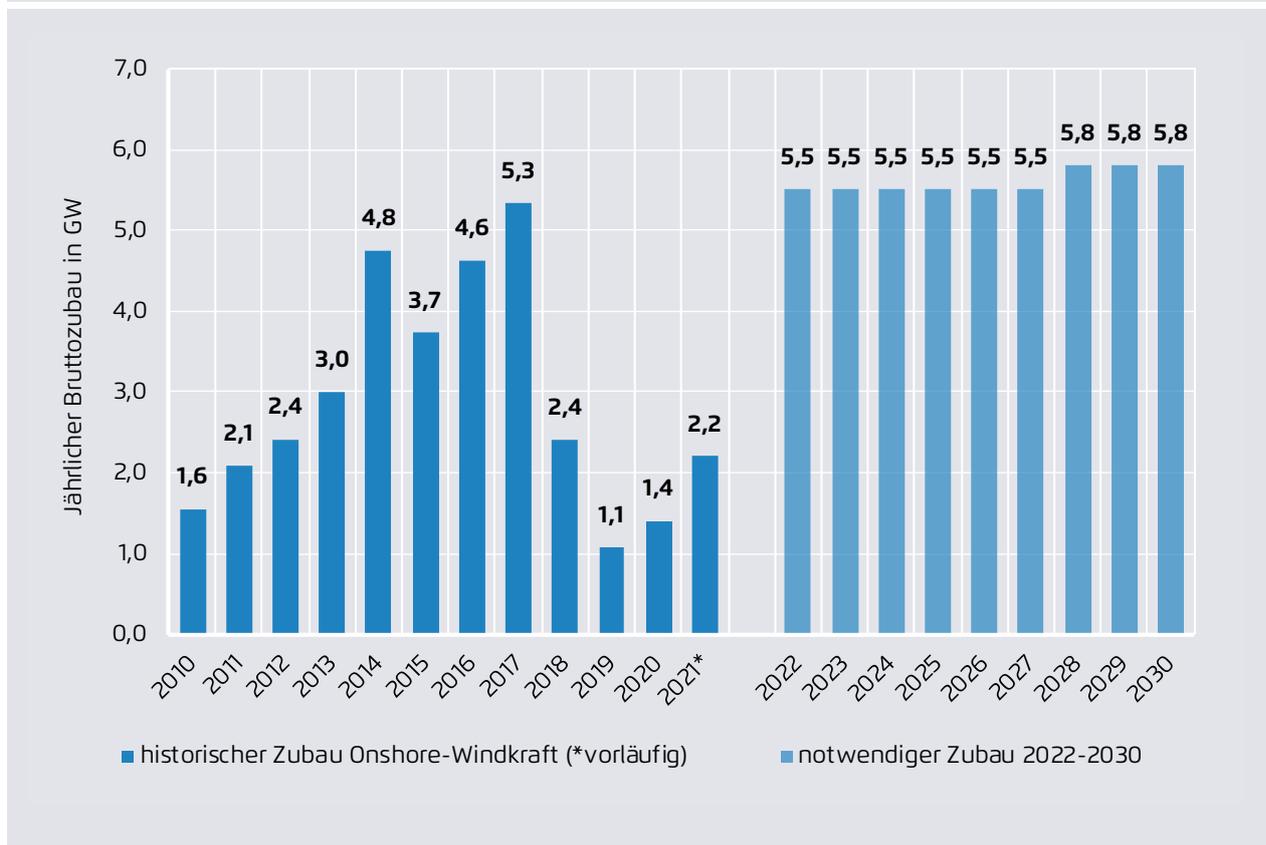
⁵ IPBES/IPCC (2021): *Biodiversity and Climate Change. Workshop Report* https://www.ipbes.net/sites/default/files/2021-06/20210609_workshop_report_embargo_3pm_CEST_10_june_0.pdf

⁶ Reichenbach, Marc/Aussieker, Tim (2021): *Windenergie und der Erhalt der Vogelbestände. Regelungsvorschläge im Kontext einer gesetzlichen Pauschalausnahme.* Gutachten der ARSU GmbH im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität. S. 60-70. <https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/05/2021-04-26-Windenergie-und-Erhalt-der-Vogelbestaende.pdf>

FA WIND (Fachagentur Windenergie an Land) (2019): *Rotmilan und Windenergie im Kreis Paderborn - Untersuchung von Bestandsentwicklung und Bruterfolg.*

⁷ BMU/BfN (2020): *Die Lage der Natur in Deutschland. Ergebnisse von EU-Vogelschutz- und FFH-Bericht.* https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Naturschutz/bericht_lage_natur_2020_bf.pdf

Abbildung 1: Historischer und notwendiger Bruttozubau von Windenergie an Land in GW



FA Wind 2021, Öko-Institut e. V. / Wuppertal Institut / Prognos AG (2021)

genannten Ursachen.⁸ Dennoch bleibt der Anspruch an die Energiewende eindeutig: Durch sie soll sich der Erhaltungszustand gefährdeter Populationen auch in Zukunft nicht zusätzlich verschlechtern. Die Energiewende darf nicht Teil der Zerstörung dessen sein, was sie retten will.

Die Kluft zwischen notwendigem und realisiertem Zubau von Windenergie an Land wächst

Die artenschutzrechtlichen Anforderungen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen sind in den vergangenen Jahren stetig angewachsen

und vor allem wegen ihrer Komplexität und Fehleranfälligkeit zu einem der größten Hindernisse in den Genehmigungsverfahren geworden.

Im Ergebnis hat sich die Kluft zwischen dem zur Einhaltung der Klimaschutzziele notwendigen Zubau der landseitigen Windenergie und der realen Ausbaugeschwindigkeit in den vergangenen Jahren enorm vergrößert.

Dieser Befund hat sich durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹ und das daraufhin im Frühsommer 2021 im Bundestag

⁸ Reichenbach, Marc/Aussieker, Tim (2021): a.a.O.

⁹ BVerfG (2021): Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18.

beschlossene Vorziehen der nationalen Treibhausneutralität auf das Zieljahr 2045 weiter zugespitzt.

Schon vor dem Spruch des Bundesverfassungsgerichts hatte die schwarz-rote Bundesregierung ihre Absicht erklärt, die Ausschreibungsmengen für Windenergie an Land noch vor der Bundestagswahl erheblich erhöhen zu wollen und an den seinerzeit festgelegten Zubauzielen auszurichten. Dies ist nicht mehr gelungen, wenn man von der einmaligen Anhebung der Ausschreibungsmengen für das Jahr 2022 auf brutto vier Gigawatt absieht.¹⁰

Darüber, dass dringender Handlungsbedarf besteht, gibt es unter allen Beteiligten grundsätzliche Einigkeit, nicht jedoch über die Frage, wie tiefgreifend die Umstellung des Genehmigungsregimes sein muss, um die dringend erforderliche Wirkung eines beschleunigten Ausbaus der Windenergie zu erreichen. Dies betrifft insbesondere auch das Regime, mit dem versucht werden soll, Windenergie und den Schutz windenergiesensibler Arten in Einklang zu bringen.

Deshalb ist die nächste Bundesregierung gefordert, schnell eine möglichst dauerhaft tragfähige Lösung vorzulegen, die den Erfordernissen des Klimaschutzes und dem Schutz windenergiesensibler Arten gleichermaßen gerecht wird. Sie muss dabei außerdem europarechtlichen Bestimmungen, insbesondere der Vogelschutzrichtlinie und der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie, Genüge tun.

3 Kein Mangel an Vorschlägen

Inzwischen liegt eine ganze Reihe mehr oder weniger ausformulierter Konzepte vor. Die neue Bundesregierung und die sie tragenden Parteien müssen beim Durchschlagen des gordischen Knotens also nicht bei null anfangen.

Um in der bevorstehenden Legislaturperiode zu einer schnellen Trendumkehr und einem dauerhaft rechtssicheren und ausreichenden Ausbau der landseitigen Windenergie zu kommen, müssen die Vorschläge einige Mindestvoraussetzungen erfüllen. Sie müssen

- einer Forderung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2018 genügen und Verwaltungen und Gerichten standardisierte und wissenschaftsbasierte Kriterien an die Hand geben, auf deren Grundlage diese dann einheitlich entscheiden, wo und unter welchen Bedingungen Windräder errichtet werden dürfen.¹¹
- genehmigungsrechtlich und naturschutzfachlich tragfähig sein und dabei insbesondere auch dem EU-Recht zum Schutz besonders gefährdeter Arten Genüge tun.
- den naturschutzfachlich begründeten Aufwand bei der Standortplanung von Windenergieprojekten begrenzen und gegenüber dem aktuellen Verfahren reduzieren, um die Zahl der Genehmigungen zu erhöhen.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html

¹⁰ Ausschreibungsvolumen: 2021: 4.500 MW (davon 1.600 MW Sonderausschreibungen); 2022: 4.000 MW (davon 1.100 MW Sonderausschreibungen); 2023: 3.000 MW; 2024: 3.100 MW; 2025: 3.200 MW; 2026: 4.000 MW; 2027: 4.800 MW; 2028: 5.800 MW

¹¹ Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 23. Oktober 2018 (1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14).

Leitsatz 2: „In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen ‚Erkenntnisvakuum‘ übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsgestaltung sorgen.“ https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Entscheidungen/DE/2018/10/rs20181023_1bvr252313.html

- den Genehmigungsbehörden klare Vorgaben zur Abarbeitung von Genehmigungsvoraussetzungen an die Hand geben.
- in der Folge auch die Gerichte entlasten, unter anderem dadurch, dass weniger häufig geklagt wird.
- Abstriche beim Schutz besonders gefährdeter Arten vermeiden, und wo möglich dazu beitragen, dass auch der anderweitig erzeugte Druck auf die gefährdeten Arten nicht weiter zunimmt.

Eine Reihe von Konzepten zur Konfliktlösung wird seit geraumer Zeit in Fachkreisen, teilweise auch in der interessierten breiteren Öffentlichkeit diskutiert.¹² Sie unterscheiden sich insbesondere bezüglich des Maßes an Entschlossenheit, rechtliches Neuland zu betreten.

Die gegenwärtige Praxis stellt zwar wegen ihres Aufwands, ihrer Fehler- und Klageanfälligkeit keine beteiligte Seite zufrieden, aber sie funktioniert leidlich, wenn auch deutlich zu langsam. Weil der Gesetzgeber in dieser Frage über Jahrzehnte sehr zurückhaltend agierte, haben Gerichte aller Instanzen mit zahlreichen Entscheidungen selbst die Grundlagen dieser Praxis geschaffen, weshalb der Druck aus Gerichten und den beteiligten Behörden auf die Politik, Konsequenzen aus der veränderten und in der Folge verfahrenen Lage zu ziehen, in der Vergangenheit für eine Trendumkehr nicht ausreichend war.

Hinzu kommt das an Einzelexemplaren ausgerichtete Artenschutzrecht der EU, eine entsprechende

Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH)¹³ sowie ein in Deutschland ausgeprägtes zivilgesellschaftliches Engagement insbesondere zum Schutz der gefährdeten Fauna. Dieses Engagement orientiert sich, auch weil Erfolge im Populationschutz sehr schwer zu erreichen sind, ebenfalls am Schutz einzelner Tiere.¹⁴

Darüber hinaus begrenzen Unklarheiten bei der Auslegung des europäischen Rechts den Lösungskorridor, der rechtssicher beschritten werden kann. Die Situation wird durch die Tatsache erschwert, dass über die zutreffende Auslegung des EU-Rechts nicht nur Uneinigkeit unter Juristinnen und Juristen herrscht, sondern zudem der Europäische Gerichtshof (EuGH) noch in seinem letzten Urteil vom 4. März 2021 wichtige Rechtsfragen erneut offengelassen hat.¹⁵

4 Aktuell diskutierte Konzepte für ein verbessertes Zulassungsregime für Windenergie an Land

Den im Folgenden vorgestellten Vorschlägen ist gemeinsam, dass sie bisher den Prozess der Überprüfung durch Expertinnen und Experten verschiedener Fachrichtungen und Interessengruppen noch nicht durchlaufen haben. Sie geben Richtungen vor, in die das bestehende Regime, das sich für die anstehenden Herausforderungen als unzureichend erwiesen hat, grundsätzlich weiterentwickelt werden kann.

¹² Die nachfolgende Aufstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

¹³ Urteil EuGH (Zweite Kammer) vom 4. März 2021 - C-473/19, C-474/19
<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=EuGH&Datum=04.03.2021&Aktenzeichen=C-473%2F19>

¹⁴ Übergreifender Schutz für besonders gefährdete Arten wäre am dringlichsten in den Bereichen Landnutzung

und Landnutzungsänderungen, sowie Verkehrsinfrastrukturen als Hauptverursacher für Artenschutzdefizite in Deutschland und gegen die dortigen mächtigen Interessen durchzusetzen.

¹⁵ Schmidt, Maximilian/Sailer, Frank (2021): *Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht?* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 04.03.2021 - C-473/19, C-474/19; in: *Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER)* 2/2021, S. 154–161

4.1 Bundesweit einheitliche Ausgestaltung des Signifikanzansatzes des Bundesverwaltungsgerichts¹⁶ (UMK-Prozess)

Der Beschluss der Umweltministerkonferenz vom 11. Dezember 2020¹⁷ ist Teil eines Prozesses, mit dem Bund und Länder versuchen, der schon erwähnten Forderung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Oktober 2018 nachzukommen. In dem Beschluss hatte das Bundesverfassungsgericht der Politik aufgegeben, Verwaltung und Gerichten nicht auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ zu übertragen, sondern „für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung“ zu sorgen.¹⁸ Der Signifikanzrahmen ist zunächst der Versuch von Bund und Ländern, es bei einer untergesetzlichen Regelung zu belassen und weder Gesetzesänderungen noch die Ebene von Rechtsverordnungen in Erwägung zu ziehen.

Das Bundesverfassungsgerichts hatte in seinem Beschluss von 2018 gefordert, bei den Zulassungsverfahren von Windenergieanlagen und den mit ihnen verbundenen erhöhten (Tötungs-)Risiken für bestimmte Vogelarten eine größere Einheitlichkeit herzustellen und damit den Genehmigungen mehr Rechtssicherheit zu geben. Ziel ist ein bundesweit standardisiertes Bewertungsverfahren in Bezug auf die in Deutschland lebenden windenergiesensiblen Vogelarten. Ergebnis des langwierigen Prozesses sind „Mindeststandards, [...] um den Vollzugsbehörden und den am Zulassungsverfahren Beteiligten ein rechtssicheres Vorgehen zum Schutz der entsprechenden Arten [...] zu ermöglichen.“

Der Anspruch ist also eine Art „Bundesleitfaden“, der allerdings a) noch nicht die Standardsetzungen selbst

enthält, sondern lediglich „einen gemeinsamen Rahmen für Standardsetzungen zur Prüfung und Bewertung der Signifikanz und den die Länder b) anhand länderspezifischer Gegebenheiten (zum Beispiel Topografie, Erfassungsmethoden) ausfüllen können“. Eine Tabelle enthält insgesamt zwölf „kollisionsgefährdete Brutvogelarten mit besonderer Planungsrelevanz“ inklusive artspezifischer Regelabstände (zwischen 350 und 3.000 Meter), bei deren Einhaltung davon auszugehen ist, dass kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben ist, und deren Unterschreitung einen vertieften Prüfbedarf und gegebenenfalls Vermeidungsmaßnahmen indiziert.

Dann erfolgt eine Einschränkung, die letztlich das zentrale Ziel des Prozesses, nämlich die bundesweite Vereinheitlichung der Bewertungsverfahren, wieder infrage stellt. Demnach können die Länder abweichend von der Tabelle „weitergehende Regelungen“ über weitere kollisionsgefährdete und planungsrelevante Brutvogelarten treffen und darüber hinaus ergänzende Prüfkategorien und Kriterien, erweiterte Regelabstände und einen Nahbereich, in dem stets

¹⁶ Urteil BVerwG 9 A 14.07 vom 09.07.2008
<https://www.bverwg.de/090708U9A14.07.0>

¹⁷ Beschluss Umweltministerkonferenz von Bund und Ländern, UMK (2020): *Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an*

Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen (Stand: 11.12.2020). https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/vollzugshilfe_signifikanzrahmen_11-12-2020_1608198177.pdf

¹⁸ s. Fn. 11

ein Verbot unterstellt wird, sowie besondere Schutzzonen für geschützte Vogelarten festlegen.^{19, 20}

Die eigentliche Arbeit, nämlich den „Rahmen für Standardsetzungen“ einheitlich auszufüllen, steht demgemäß noch bevor. Nach dem Beschluss vom Dezember 2020 wurden Arbeitsgruppen zu den Themen *Repowering*, probabilistische Bewertungsmethoden und artenspezifische Schwellenwerte eingerichtet. An dem Prozess sind auch Vertreterinnen und Vertreter von Energie- und Naturschutzverbänden beteiligt. Insbesondere die Energiewirtschaft hat den Beschluss vom 11.12.2020 als „weiterhin unzureichend“ kritisiert und eine „am Ende des Tages rechtsverbindliche Regelung“ als erfolgsentscheidend bezeichnet.²¹

Ein Teilziel innerhalb des UMK-Prozesses und innerhalb des vorgegebenen Rechtsrahmens könnten Schritte hin zu einem bundesweit einheitlichen Vollzug des bestehenden Artenschutzrechts mit den folgenden Elementen sein:

- Erstellung einer abschließenden Liste der zu prüfenden Vogelarten und Begrenzung auf faktisch windenergiesensible Arten
- Definition von Prüfabständen zwischen Nistplatz und Windenergieanlagen innerhalb derer vertieft

zu prüfen wäre, ob die Anlage das Tötungsrisiko signifikant erhöht

- Etablierung einheitlich probabilistischer Bewertungsmethoden, um zu klären, ob sich das Risiko relevant erhöht, einen geschützten Vogel zu töten
- Definition von artspezifischen Schwellenwerten für das signifikant erhöhte Tötungsrisiko (im Verhältnis zum allgemeinen Lebensrisiko)

Zu klärende Fragen:

- Der bisher vorliegende Beschluss vom 11.12.2020 unternimmt den Versuch, die etablierten Verfahrensweisen im Genehmigungsprozess möglichst weitgehend beizubehalten und die Unterschiede zwischen den Ländern so weit als möglich anzugleichen. Ob dies gelingt, ist noch offen.
- Auch ob es in dem UMK-Prozess zeitnah zu einer Einigung kommen kann, erscheint angesichts unterschiedlicher Auffassungen bezüglich des Änderungsbedarfs und der zu erwartenden Entscheidungen nach der Bundestagswahl unsicher.
- Wenn es zu einer Einigung kommt, bleibt unklar, ob der Signifikanzrahmen am Ende die Landesleitfäden und Arbeitshilfen ersetzen oder nur ergänzen soll – und ob die Länder (und in der Folge

¹⁹ Wörtlich heißt es in dem Beschluss: „Die Länder können abweichend von Tabelle 1 [*Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten mit besonderer Planungsrelevanz*, d. Autor] weitergehende Regelungen treffen: Soweit in einzelnen Bundesländern fundierte wissenschaftlich gestützte Erkenntnisse über weitere kollisionsgefährdete und planungsrelevante Brutvogelarten bestehen, die einem besonderen Tötungsrisiko durch WEA unterliegen, so können diese in den jeweiligen Prüfungskatalog des Landes aufgenommen werden. Die Länder können ferner ergänzende Prüfkategorien und Kriterien, erweiterte Regelabstände oder besondere Schutzzonen für geschützte Vogelarten festlegen (z. B. für Gebiete mit Vogelkonzentrationen). Dies erfolgt unter Berücksichtigung der länderspezifischen Rahmenbedingungen (z. B.

naturräumliche Ausstattung, landesspezifische Erkenntnisse).“

²⁰ Allerdings enthält der Beschluss auch die Verpflichtung der Vertreterinnen und Vertreter der Länder „von der Öffnungsklausel der ‚Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten mit besonderer Planungsrelevanz‘ nur restriktiv Gebrauch zu machen“.

²¹ BDEW/BEE/bne/BWE/VDMA/VKU (2020): *Knoten ist noch nicht durchschlagen: Beschluss zum Signifikanzrahmen weiterhin unzureichend*
<https://www.bdew.de/presse/presseinformationen/knoten-ist-noch-nicht-durchgeschlagen-beschluss-zum-signifikanzrahmen-weiterhin-unzureichend/>

dann die Gerichte) hierüber ein gemeinsames Verständnis erreichen.

- Ebenfalls noch nicht entschieden scheint: Geht der UMK-Prozess in der bevorstehenden 20. Legislaturperiode nahtlos weiter oder verständigt sich die (neue) Koalition auf einen anderen Weg und/oder ein anderes Verfahren?

Fortschritte gegenüber Ist-Regelung:²²

- Vereinheitlichung von Genehmigungsverfahren in Teilaspekten und entsprechend Entlastung von Antragstellern, für den Fall, dass der standardisierte Bewertungsrahmen bundesweit für die Behörden verbindlich wird („Bundesleitfaden“), was die Kooperation und den Einigungswillen aller Länder voraussetzt
- Begrenzte Beschleunigung von Genehmigungsverfahren wegen standardisierter Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten

Die nachfolgenden Vorschläge gehen schon formal über die Ebene eines untergesetzlichen Leitfadens hinaus, indem sie entweder Rechtsverordnungen, Gesetzesänderungen oder beides zusammen ins Zentrum ihrer Überlegungen stellen und eine mehr oder weniger tiefgreifende Änderung des aktuellen Genehmigungsrahmens anstreben.

4.2 Windausbau und Artenschutzziele: Vorschlag für ein europarechtskonformes (Ausnahme-)Regime für Windkraft an Land^{23, 24, 25}

Das Rechtsgutachten, das dem Vorschlag zugrunde liegt, wurde im Auftrag von Agora Energiewende erarbeitet. Es befasst sich vornehmlich mit dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot der EU, das in § 44 und 45 des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) in deutsches Recht übertragen wurde. Im Mittelpunkt steht der Vogelschutz, weil dieser den Konflikt zwischen dem Ausbau der Windenergie an Land und seinen realen und vermuteten Folgen für den Naturschutz dominiert.

Der in dem Rechtsgutachten unterbreitete Vorschlag hält grundsätzlich am in Deutschland etablierten Genehmigungssystem für Windenergie an Land mit Einzelfallprüfungen und Einzelfallentscheidungen fest, inklusive des sogenannten Signifikanzansatzes des Bundesverwaltungsgerichts („signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“). Er geht aber davon aus, dass der zunehmende Windenergieausbau sowie eine sich in der Folge verschärfende Flächenknappheit dazu führen, dass von den Windenergieprojektierern vermehrt Ausnahmemöglichkeiten in Anspruch genommen werden müssen, die das europäische Artenschutzrecht unter definierten Bedingungen zulässt und die im deutschen Bundesnaturschutzgesetz (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) entsprechend verankert sind.

²² Voraussetzung für diese Fortschritte wäre die erfolgreiche Ausarbeitung der oben unter „Teilziele“ genannten vier Elemente.

²³ Verheyen, Roda/Köck, Wolfgang/Pabsch, Séverin (2021): *Windausbau und Artenschutz-Ziele: Vorschlag für ein europarechtskonformes (Ausnahme-)Regime für Windkraft an Land*. Rechtsgutachten im Auftrag von Agora Energiewende

²⁴ Dieser Vorschlag hat auch Eingang gefunden in ein im Oktober 2021 unter dem Titel „Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land“ (S. 3) veröffentlichtes Impulspapier des

Sachverständigenrats für Umweltfragen (SRU) der Bundesregierung und soll ebenfalls Bestandteil einer ausführlichen Stellungnahme werden, die der SRU für Anfang 2022 plant. https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04_Stellungnahmen/2020_2024/2021_10_impulspapier_wind.pdf?__blob=publicationFile&v=7

²⁵ Köck, Wolfgang/Rheinschmitt, Christoph/Verheyen, Roda (2021): *Die artenschutzrechtlichen Ausnahmemöglichkeiten bei der landseitigen Windenergie – Ein Regelungsvorschlag*; in: *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)* 5/2021, S. 259–269

Um die Inanspruchnahme von Ausnahmen zu erleichtern, soll ein Teil der standort- beziehungsweise projektbezogenen Vermeidungsmaßnahmen hin zu populationsbezogenen Maßnahmen im Rahmen qualitativ und quantitativ aufgestockter Artenhilfsprogramme (AHP) verschoben werden. Der Vorschlag verfolgt das Ziel, die rechtlichen Bedingungen für die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen rechtssicher zu präzisieren, damit dieser Weg auch praktisch häufiger beschritten wird als bisher.

Dies sei dann zu erwarten, argumentieren die Autorinnen und Autoren, wenn die Einhaltung der Anforderungen, die Ausnahmen vom Tötungsverbot nach EU-Recht²⁶ erfüllen müssen (Verschlechterungsverbot bezogen auf Populationen wildlebender europäischer Vogelarten beziehungsweise Erreichen eines günstigen Erhaltungszustands dieser Arten), künftig nicht mehr allein den einzelnen Windenergieprojektierern an den jeweiligen Standorten aufgebürdet werden. Wenn an einem Standort die Schwelle des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand, der beispielsweise das Windenergieprojekt insgesamt unwirtschaftlich machen würde, unterschritten werden kann, soll in Zukunft das neu konzipierte Ausnahmeregime greifen. Praktisch soll dann, zusätzlich zu Vermeidungsmaßnahmen vor Ort, eine professionelle öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierte „Agentur“ den Schutz der Populationen kollisionsgefährdeter Vogelarten in ihren Verbreitungsgebieten insgesamt absichern. Dies soll auf Ebene der Bundesländer umgesetzt werden.

Umsetzung des Vorschlags

Den Kern der Regelung sollen zunächst zwei neue Verordnungsermächtigungen im Bundesnaturschutzgesetz bilden, die es der Bundesregierung erlauben, eine Bundesliste der

windkraftsensiblen Vogelarten zu erstellen (§ 44 Abs. 5 BNatSchG, Tatbestandsebene) und zweitens das modifizierte Ausnahmeregime (§ 45 Abs. 7 BNatSchG, Ausnahmeregime) rechtssicher zu präzisieren.

In der Konsequenz sollen die standort- beziehungsweise projektbezogenen Vermeidungsmaßnahmen zur Unterschreitung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos nur noch bis zu einer präzise zu definierenden Zumutbarkeitsschwelle verlangt werden. Ab diesem Punkt können die Projektierer regelmäßig in die Ausnahme umschwenken. Zusätzlich zu den projektbezogenen Vermeidungsmaßnahmen an den Standorten oder anstelle dieser greifen dann populationsbezogene Maßnahmen im Rahmen von ausgeteilteten oder neu konzipierten Artenhilfsprogrammen (AHP) auf Länderebene, die von professionellen Trägern umgesetzt werden. Die Windprojektierer werden nach dem Verursacherprinzip zu einer entsprechenden Abgabe zur Teilfinanzierung der standortfernen Artenhilfsmaßnahmen verpflichtet.

Zur Ausgestaltung des neuen Ausnahmeregimes schlagen die Autorinnen und Autoren einen sogenannten „strategischen Ansatz“ vor, der insbesondere darauf gerichtet sein soll, das rechtlich bindende Verschlechterungsverbot der EU-Vogelschutzrichtlinie zu garantieren, beziehungsweise die Möglichkeit des Erreichens eines günstigen Erhaltungszustandes zu befördern, obwohl auf „unzumutbare“ Maßnahmen an den Standorten verzichtet wird. Die öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierte „Agentur“ wird nach dem Vorschlag aus öffentlichen Haushalten (Bund und Länder) sowie den Beiträgen der Windprojektierer mischfinanziert und soll auch auf bereits existierende Bundes(naturschutz)-Programme zurückgreifen.

²⁶ EU-Vogelschutzrichtlinie

Erklärtes Ziel der Umsetzung des Vorschlags ist es, die Verantwortung der Projektträger für den Artenschutz im Umfeld ihrer Anlagen aufrechtzuerhalten, diese Verantwortung aber durch klare und rechtsverbindliche Vorgaben anwendungssicher auszugestalten und darüber hinaus den Verwaltungsvollzug zu vereinfachen.

Dazu soll zunächst entsprechend der UMK-Beschlusslage von 2020 (s. Kapitel 4.1.) im Rahmen der ersten oben genannten Rechtsverordnung eine Bundesliste von windenergiesensiblen Vogelarten verankert werden (im UMK-Beschluss: zwölf Arten), auf die sich die artenschutzrechtliche Prüfung in künftigen Zulassungsverfahren grundsätzlich zu konzentrieren hat. Ebenfalls entsprechend der UMK-Beschlusslage sollen die Bundesländer die (auf zwei Jahre befristete) Möglichkeit erhalten, eine abweichende beziehungsweise ergänzende Liste festzulegen. Danach wäre die Liste zunächst verbindlich und abschließend. Allerdings soll eine periodische Überprüfung jeweils nach fünf Jahren erfolgen, um sicherzustellen, dass der Katalog der windenergiesensiblen Arten noch dem Stand der wissenschaftlichen und fachlichen Erkenntnisse entspricht. Die Überprüfung soll eine Bundesbehörde (vorgeschlagen wird das Bundesamt für Naturschutz, BfN) vornehmen und zu diesem Zweck ein eigenes Gremium aus Expertinnen und Experten berufen.

Ebenfalls in dieser Rechtsverordnung sollen Abstandsvorgaben der Windenergieanlagen zu Nestern, Brutplätzen oder Revieren künftig für jede windenergiesensible Vogelart verbindlich und abschließend festgelegt werden und nicht mehr wie bisher auf zahlreichen und je nach Bundesland abweichenden fachlichen Arbeitshilfen gründen.²⁷

Die Rechtsverordnung soll auch die Regelungen über die Zumutbarkeit von Vermeidungsmaßnahmen

enthalten, um den Aufwand für die Vorhabenträger in verhältnismäßigen Grenzen zu halten. Zentral für die Erfolgsaussichten ist demnach die möglichst präzise Festlegung einer „Zumutbarkeitsgrenze“, deren genaue Ausgestaltung darüber entscheidet, ob und inwieweit mehr Einheitlichkeit in den Ausnahmeentscheidungen und in der Folge mehr Rechtssicherheit entstehen. So soll sichergestellt sein, dass die Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs durch Vermeidungsmaßnahmen nicht gefährdet wird. Sind Vermeidungsmaßnahmen unzumutbar, soll der Projektträger in der Regel eine Ausnahmegenehmigung erhalten.

In der Rechtsverordnung beziehungsweise durch Änderung des Fachrechts sollen auch weitere Erleichterungen umgesetzt werden, zum Beispiel müssen Kartierungen, die bei den Länderbehörden vorliegen, Vorhabenträgern konsequenter als in der gegenwärtigen Praxis zur Verfügung gestellt werden, sofern sie das Projektgebiet räumlich abdecken und ausreichend aktuell sind.

Ausnahmefähigkeit der Windenergie an Land und strategischer Ansatz

Die Autorinnen und Autoren gehen davon aus, dass Windenergieanlagen vom Tötungsverbot besonders gefährdeter Arten im EU-Recht im Einzelfall ausgenommen werden können, sofern zwingende Gründe des öffentlichen Interesses vorliegen. Die aktuell in Deutschland ebenfalls diskutierte Festlegung von Länderausbauzielen für Windenergie an Land sei zwar wünschenswert, aber für das vorgeschlagene veränderte Ausnahmeregime nicht zwingend: Denn bis zum Erreichen der im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) festgelegten Ausbauziele diene die landseitige Windenergie auch der öffentlichen

²⁷ FA Wind (2021): *Überblick zu den Abstandsempfehlungen zur Ausweisung von Windenergiegebieten in den Bundesländern*. <https://www.fachagentur->

[windenergie.de/fileadmin/files/PlanungGenehmigung/FA_Wind_Abstandsempfehlungen_Laender.pdf](https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/PlanungGenehmigung/FA_Wind_Abstandsempfehlungen_Laender.pdf)

Sicherheit, was sie ebenfalls im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ausnahmefähig mache.

Allerdings darf sich der Erhaltungszustand der wildlebenden europäischen Vogelarten infolge von Ausnahmegenehmigungen nach den Bestimmungen der EU-Vogelschutzrichtlinie nicht verschlechtern. Für den Nachweis, dass diese Vorgabe trotz der Gefährdung einzelner Exemplare windenergiesensibler Arten an bestimmten Standorten eingehalten wird, soll der vorgeschlagene „strategische Ansatz“ sorgen. Seine Ausgestaltung würde in eine Windenergie-an-Land-Verordnung gefasst. Charakterisiert wäre der strategische Ansatz dadurch, dass

- die Einhaltung des Verschlechterungsverbots nicht dem einzelnen Vorhabenträger allein auferlegt, sondern einer professionellen „Agentur“ als permanente Aufgabe überantwortet wird, die mit spezifischen Artenschutzprogrammen, Schutz- und Förderungsmaßnahmen kontinuierlich an der Verbesserung der Erhaltungszustände kollisionsgefährdeter Vogelarten auf der für die Verschlechterungsbeurteilung maßgeblichen räumlichen Ebene arbeitet,
- durch ein kontinuierliches Monitoring sichergestellt wird, dass die Verschlechterungsbeurteilung beziehungsweise die Verbesserungsbeurteilung im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung verlässlich getroffen werden kann, und
- die Vorhabenträger in Anwendung des Verursacherprinzips verpflichtet werden, sich finanziell an der Arbeit der Agentur zu beteiligen.

Übergangsregelung

Weil der vorgeschlagene Regimewechsel Zeit für die Umsetzung (insbesondere den Aufbau eines bundesweiten Monitoringsystems der aktuell gelisteten und anderer gefährdeter Vögel) benötigt, schlagen die Autorinnen und Autoren vor, dass für einen Übergangszeitraum von drei bis fünf Jahren das sogenannte ORNIS-Kriterium eingehalten werden muss.²⁸

Der „strategische Ansatz“ ist (sofern aus öffentlichen Haushalten und dem hier vorgesehenen Beitrag der Windenergiebetreiber ausreichend ausgestattet) geeignet, den Artenschutz in Deutschland insgesamt voranzubringen,²⁹ weil er einem (zusätzlichen) professionellen Akteur überantwortet würde, der sich mit Sachverstand allein diesem Geschäft widmen könnte. Auf welcher rechtlichen Basis dies möglich ist, wird in dem Vorschlag detailliert durchdekliniert.

Zur Etablierung des strategischen Ansatzes wird auf bestehende Programme der Länder, aber auch des Bundes („Bundesprogramm Biologische Vielfalt“, „Das nationale Naturerbe“) verwiesen, die dauerhaft mit zusätzlichen Mitteln in erheblicher Größenordnung speziell zum Schutz windenergiesensibler Arten ausgestattet werden sollen. Vorstellbar sei, dass aus diesen Strukturen auch die „Agentur“ zur professionellen Umsetzung der Artenhilfsprogramme entstehen oder gebildet würde.

Verknüpft mit dem kontinuierlichen Monitoring, das bundesweit das Wissen über den Erhaltungszustand sämtlicher wildlebender Vogelarten in Regionen, in denen auch Windenergieanlagen errichtet werden, auf ein höheres Niveau heben würde und über die

²⁸ Das ORNIS-Kriterium besagt, dass ein durch ein Vorhaben verursachter zusätzlicher Verlust von unter einem Prozent der gesamten Sterblichkeitsrate einer Tierart keine negativen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand hat. Es wurde ursprünglich entwickelt, um die (traditionelle) Jagd auf bestimmte Vogelarten in Grenzen zu ermöglichen.

²⁹ Vorrangig zielt der strategische Ansatz zwar auf die – unter anderem – durch Windenergieanlagen gefährdeten Arten, eine Ausstrahlung auf den Erhalt der Artenvielfalt insgesamt ist aber wahrscheinlich und erwünscht.

Zeitachse kontinuierlich vorhielte, wäre das ein erheblicher Fortschritt bei der Beobachtung der realen Lage der Artenvielfalt in Deutschland. Ein in diesem Sinne für alle zu betrachtenden Arten „durchkartiertes Deutschland“ könnte perspektivisch eine Wissensgrundlage bilden für den Übergang vom gegenwärtig (europarechtlich vorgegebenen) individuenbezogenen zu einem populationsbezogenen Schutz besonders gefährdeter Arten.

Zu klärende Fragen:

- Der Vorschlag hält weitgehend am derzeit praktizierten Verfahren fest, das auf einer Einzelfallprüfung der an den Standorten vorkommenden Arten und auf abstands-basierten Konzepten gründet. Damit bestehen auch die damit verbundenen Probleme der zeitlichen und örtlichen Fluktuation – begrenzte Gültigkeitsdauer der Kartierungen, Nachprüfungen bei Neuansiedlung windenergiesensibler Arten – fort.
- Der Regelungsbedarf im Rahmen der vorgeschlagenen Verordnungen ist insgesamt erheblich: Artenliste(n), Normierung von Abstandsvorgaben, Kartieranleitung, Listen anerkannter und zumutbarer Vermeidungsmaßnahmen.
- Darüber hinaus: Zumutbarkeitsprüfung und abschließende Fixierung der Schwelle für das Umschwenken von projektbasierten Maßnahmen auf die Ausnahme und hin zu populationsbezogenen Maßnahmen im Rahmen von Artenhilfsprogrammen (AHP) stehen noch aus.
- Zu prüfen ist die Option einer weiteren Liste („Tabuliste“) von Arten, deren Population so gefährdet ist, dass sie von Ausnahmemöglichkeiten vollständig ausgenommen werden sollten.
- Die Regelung beschränkt sich zudem auf das Tötungsverbot (Artikel 5 (a) Vogelschutz-Richtlinie, VS-RL) und behandelt nicht das Beschädigungsverbot (Artikel 5 (b)) und das Störungsverbot (Artikel 5 (d)). Die beiden letztgenannten Verbote könnten schnell in den Fokus gerichtlicher Auseinandersetzungen geraten, solange nur das Tötungsverbot adressiert ist.

- Die Begrenzung der behördlichen Prüfung auf eine Liste windenergiesensibler Vogelarten bedeutet im Umkehrschluss den generellen und rechtlich unabgesicherten Ausschluss anderer schlaggefährdeter Vogelarten von dieser Prüfung.
- Der Vorschlag enthält keine Lösung für die Prüfung des Artenschutzes im Rahmen der planerischen Ausweisung von Flächen für die Windenergie und adressiert somit nicht die Herausforderung der Umsetzung der Ausbauziele.

Fortschritt gegenüber Ist-Regelung:

- Regelmäßigere Inanspruchnahme von Ausnahmen und Entlastung der Projektierer von sehr aufwendigen Maßnahmen an den Standorten, wenn im weiteren Verfahren die Präzisierung der Zumutbarkeitsschwelle gelingt
- In diesem Fall auch verbesserte Standardisierung der Genehmigungsverfahren durch Bindung der Behörden und verbesserte Rechtssicherheit erteilter Genehmigungen durch Bindung der Gerichte
- Professionell durchgeführte Artenhilfsprogramme als Impuls für eine wirksame Biodiversitätsstrategie in Zeiten erweiterter Flächenbeanspruchung durch das neue Energiesystem
- Partielle Motivation und Einbindung der ehrenamtlich und professionell im Naturschutz Aktiven durch Aussicht auf höherwertigen und systematischeren Vogel- und als Nebenergebnis mehr Artenschutz in der Fläche

4.3 Einführung gesetzlich geregelter Ausnahmevoraussetzungen für die landseitige Windenergie in Bezug auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot^{30,31}

Die Kanzlei von Bredow/Valentin/Herz (Berlin) hat in einem Rechtsgutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität (SKN) untersucht, welche Änderungen am Artenschutzrecht geeignet wären, um den Zielkonflikt mit dem Klimaschutz konstruktiv aufzulösen.³² Ziel des Vorschlags ist laut SKN eine Vereinfachung und Beschleunigung der Zulassung von Windenergieanlagen durch eine gesetzlich geregelte artenschutzrechtliche Ausnahme im Einklang mit den Vorgaben der europäischen Vogelschutzrichtlinie. Durch Schutzabstände um nachgewiesene Nistplätze soll sichergestellt werden, dass dies nicht zu Bestandsrückgängen windkraftsensibler Vogelarten führt.

Der Regelungsvorschlag empfiehlt ein gesetzlich verankertes Sondertechnologierecht für die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Windenergieanlagen an Land mit dem Ziel, neue Anlagen, die bestimmte Anforderungen erfüllen, so lange über die Erteilung von Ausnahmen vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot der EU zu genehmigen, bis in

Deutschland Klimaneutralität der Stromversorgung erreicht ist. Begründet wird das angestrebte Sonderrecht mit dem Schutz des Klimas als Belang des öffentlichen Interesses und der Versorgungssicherheit.³³

Die Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot soll durch Schutzabstände um nachgewiesene und besetzte Nistplätze für als windkraftsensibel erkannte Vogelarten eindeutig begrenzt werden. Vorgeschlagen wird ein neu einzuführender § 45b BNatschG³⁴, der gesetzlich definierte und damit allgemein geltende Voraussetzungen enthält, unter denen eine Ausnahme vom Tötungsverbot zu erteilen ist. Danach wären Errichtung, Betrieb und Änderung von landseitigen Windenergieanlagen immer zulässig, wenn die Anlagen einen sogenannten äußeren Schutzabstand zu besetzten Fortpflanzungsstätten einhalten. Anlagen innerhalb des äußeren Schutzabstands sind demnach dann zulässig, wenn für sie ebenfalls im Gesetz definierte projektbezogene Maßnahmen durchgeführt werden. Im absoluten Nahbereich besetzter Fortpflanzungsstätten greift die hier definierte Ausnahme allerdings nicht. Anlagen in diesem Nahbereich werden auf das reguläre Bewertungssystem nach § 44 zurückverwiesen.

³⁰ Stiftung Klimaneutralität (2021): *Klimaschutz und Artenschutz – Wie der Zielkonflikt beim Ausbau der Windenergie konstruktiv aufgelöst werden kann. Ein Regelungsvorschlag*. https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/05/2021-04-29-Zielkonflikt-Windenergie-und-Artenschutz-aufloesen.fin_.pdf

³¹ Stiftung Klimaneutralität/Agora Energiewende/Agora Verkehrswende (2021): *Politikinstrumente für ein klimaneutrales Deutschland. 50 Empfehlungen für die 20. Legislaturperiode (2021–2025)*, S. 30ff. https://static.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2021/2021_06_DE_100Tage_LP20/A-EW_219_Politikinstrumente_klimaneutrales_Deutschland_WEB.pdf

³² Scharfenstein, Clara/Bringewat, Jörn (2021): *Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht,*

das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen anzupassen? Rechtsgutachten der Rechtsanwaltskanzlei von Bredow/Valentin/Herz im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität. https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/05/2021-04-29-Gutachten-Artenschutzrecht-Windenergie_1.1.pdf

³³ Eine entsprechende Formulierung war in den Entwürfen für § 1 EEG, das Anfang 2021 in Kraft trat, bereits enthalten, ehe sie kurz vor der Entscheidung im Bundestag wieder gestrichen wurde

³⁴ Bringewat, Jörn/Scharfenstein, Clara (2021): *Entwurf zur Einführung eines §45b BNatschG – Windenergie an Land*. <https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/06/2021-06-18-Vorschlag-fuer-neuen-45b-BNatSchG-Gesetzesentwurf-Begruendung-1.pdf>

Ziel der Regelung ist es, für die zügige Genehmigung von Windenergieanlagen Rechtssicherheit zu schaffen und insbesondere einen rechtssicheren Weg in die artenschutzrechtliche Ausnahme zu eröffnen, indem deren Anforderungen in nach Rechtsansicht der Autorinnen und Autoren europarechtskonformer Weise konkretisiert werden. Deshalb versteht sich die vorgeschlagene gesetzliche Regelung nicht als Etablierung eines neuen Ausnahmetatbestands, der nach dem europäischen Vogelschutzrecht unzulässig oder diesbezüglich fragwürdig wäre, sondern als zulässige Konkretisierung im Rahmen der bestehenden Ausnahmetatbestände.

Maßgeblich wäre mithin in Zukunft für Genehmigung und Betrieb von Windenergieanlagen nicht mehr die einzelfallbezogene Risikobewertung durch die Genehmigungsbehörde, sondern das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen, die wiederum aus einer generellen Risikobewertung in Form eines zu dem Vorschlag erstellten Fachgutachtens abgeleitet werden. Die Ausnahmevoraussetzungen werden also derart gesetzlich konturiert, dass die Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie (Artikel 9) ganz überwiegend auf der Ebene der gesetzgeberischen Entscheidung abgearbeitet werden.

Konkret soll im Bundesnaturschutzgesetz für windenergiesensible Vogelarten ein jeweils artspezifischer innerer Schutzabstand um alle nachgewiesenen und besetzten Fortpflanzungsstätten festgelegt werden. Innerhalb dieses Schutzabstands sind Windenergieanlagen artenschutzrechtlich über das hier diskutierte Sondertechnologierecht nicht zulässig.³⁵ Innerhalb eines zweiten äußeren Schutzabstands, genauer im Gebiet zwischen innerem und äußerem Schutzabstand, sind Windenergieanlagen artenschutzrechtlich dann zulässig, wenn vom Betreiber im Gesetz klar definierte Maßnahmen zur Minderung des Kollisionsrisikos eingesetzt werden.

Als Maßnahmen beispielhaft genannt werden unter anderem die Schaffung von Ablenkflächen oder der Einsatz technischer Antikollisionssysteme, die Windenergieanlagen bei Annäherung des Vogels rechtzeitig in den sogenannten Trudelbetrieb überführen, um mit hinreichender Zuverlässigkeit eine Kollision zu verhindern.

Außerhalb des äußeren Schutzabstands sind Windenergieanlagen artenschutzrechtlich immer zulässig. Da der Gesetzgeber in diesem Konzept insoweit eine abschließende Regelung trifft, beschränkt sich die artenschutzrechtliche Prüfung der Behörden auf die Einhaltung dieser Vorgaben. In der Verantwortung der Projektierer bleibt die Kartierung der relevanten Brutstandorte und gegebenenfalls die Umsetzung projektbezogener Maßnahmen.

Die Bundesregierung soll in geeigneter Weise über die Entwicklung der durch das Sondertechnologierecht erfassten Arten berichten. Flankierend, jedoch ausdrücklich nicht als europarechtlich gebotene Voraussetzung zur Umsetzung des Konzepts, schlagen die Autorinnen und Autoren ein Bund-Länder-Hilfsprogramm für gefährdete Vogelarten mit einem jährlichen Volumen von mindestens 100 Millionen Euro vor. Dies sei vor dem Hintergrund geboten, dass viele Vogelarten durch eine Vielzahl anderer Faktoren (Intensivlandwirtschaft, Infrastrukturen, Zersiedelung) unter Druck stehen und könnte beispielsweise im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK) umgesetzt werden.

Artenschutzfachliches Gutachten

Der hier vorgestellte Regelungsvorschlag wurde von einem parallel beauftragten artenschutzfachlichen Gutachten flankiert, das sich in Deutschland

³⁵ Das geltende Artenschutzrecht soll aber parallel anwendbar bleiben. Eine Anlage, die die Voraussetzungen nach dem vorgeschlagenen § 45b Abs. 1 nicht einhält,

kann wie bisher nach § 44 Abs. 5 oder § 45 Abs. 7 genehmigungsfähig sein.

verbreiteten Brutvogelarten widmet, deren Bestände aufgrund ihrer Populationsbiologie und Gefährdung durch menschliche Aktivitäten besonders geschützt werden müssen und die als windenergiesensibel eingestuft werden.³⁶ Das Gutachten soll im Rahmen des oben skizzierten Regelungsvorschlags zur Genehmigung von Windenergieanlagen vor allem die artenschutzrechtlichen Notwendigkeiten zum Erhalt der betroffenen Arten sicherstellen, ohne die angestrebte Erleichterung der Genehmigungsprozesse zu belasten.

Das Gutachten bewertet die Frage, ob und unter welchen Umständen die rechtlich geforderte Nichtverschlechterung des Erhaltungszustands gelingen kann und damit die Ausnahmevoraussetzungen erfüllt sind. Statt der Unterschreitung des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“, also einer Prüfung auf Verletzung des individuenbezogenen Verbotstatbestands wie im UMK-Prozess (Kapitel 4.1.), wird hier dieser Prüfschritt übersprungen und unmittelbar die Einhaltung der Ausnahmevoraussetzungen, also die Nichtverschlechterung des Erhaltungszustands der Population und die Alternativenprüfung, bewertet.

Dazu bewegt sich das artenschutzfachliche Gutachten methodisch nah an den bisherigen Verfahrenswegen bei der Erstellung von Leitfäden, Erlassen, dem Helgoländer Papier und zuletzt den Bemühungen im UMK-Prozess (Kapitel 4.1.). Auch hier erstellen die Gutachterinnen und Gutachter zunächst eine Liste der windenergiesensiblen Arten, denen dann artenspezifische Schutzabstände und Vermeidungsmaßnahmen zugeordnet werden. Die Artenliste und auch die ermittelten Abstände liegen am Ende nicht weit entfernt von dem Stand der Liste im UMK-Prozess.³⁷ Die optionale Möglichkeit, mit einer Raumnutzungsanalyse, einer Habitatpotenzialanalyse oder einer anderen Untersuchung oder

gutachterlichen Bewertung das Erfordernis der Durchführung projektbezogener Maßnahmen abzuwehren, entfällt allerdings. Die Bewertung erfolgt allein auf Basis der Abstände.

Da bei dem Vorschlag die Bewertung der gesetzlichen Ausnahmevoraussetzungen vorab durch den Gesetzgeber vorgenommen wird, entfällt die bisher übliche behördliche Einzelfallprüfung und -entscheidung. In dieser Hinsicht füllt der Vorschlag also die Forderung des Bundesverfassungsgerichts aus, wonach der Gesetzgeber detaillierte Prüfkriterien ausbilden soll, und entspricht dem unter dem Schlagwort „TA Artenschutz“ allgemein diskutierten Lösungsansatz beziehungsweise der Rechtsverordnung im Rahmen des in Kapitel 4.2. diskutierten Vorschlags.

Außerdem sind für die Genehmigungsentscheidung lediglich aktuell besetzte Fortpflanzungsstätten maßgeblich. Im Fall einer nachträglichen Ansiedlung von Arten innerhalb und außerhalb des inneren und äußeren Schutzabstandes dürfen nur dann Maßnahmen angeordnet werden, wenn die Ansiedlung auf einer bereits vor Erteilung der Genehmigung existierenden Fortpflanzungsstätte erfolgt.

Anlagen, die die Voraussetzungen des Sondertechnologierechts des § 45b Abs. 1 nicht erfüllen, sei es, weil sie innerhalb des inneren Schutzabstandes liegen oder weil sie die definierten Maßnahmen nicht erfüllen können oder wollen, unterliegen gemäß § 45b Abs. 2 weiterhin dem regulären Prüfungsregime des § 44 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 5 Nr. 1 und § 45 Abs. 7 BNatschG.

³⁶ Reichenbach, Marc/Aussieker, Tim (2021): a.a.O.

³⁷ Gegenüber der UMK-Liste werden in diesem Gutachten zunächst zwei zusätzliche Arten (Mäusebussard und

Wespenbussard) als windenergiesensibel eingestuft, die aber dann in der entsprechenden Liste fehlen.

Zu klärende Fragen:

- Zwischen dem artenschutzrechtlichen Gutachten³⁸ und dem Textentwurf für einen neuen § 45b BNatSchG³⁹ bestehen noch klärungsbedürftige Unterschiede. Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass das vorgeschlagene strikt abstandsbauierte Beurteilungssystem für alle als schlag- und populationsgefährdet eingestuften Arten anwendbar sein wird, während das Fachgutachten die Anwendung des Systems für wenig brutplatztreue Arten explizit ausschließt.⁴⁰ Darüber hinaus sieht das Fachgutachten für einige Arten ein zusätzliches Prüferfordernis auch außerhalb des äußeren Schutzabstandes vor, während im Entwurf für den Gesetzestext keine entsprechende Prüfung erlaubt ist.⁴¹
- Das in dem Vorschlag enthaltene zusätzliche Artenhilfsprogramm aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz (GAK) wird ausdrücklich nicht rechtlich verpflichtend gefordert, obwohl das Fachgutachten für den Nachweis der Nichtverschlechterung des Erhaltungszustands die Durchführung von Artenhilfsprogrammen speziell für die schlaggefährdeten Arten voraussetzt. Das Fachgutachten setzt außerdem das Freihalten von Dichtezentren⁴² sowie eine Begrenzung auf bundesweit maximal 65.000 Windenergieanlagen voraus, wofür im Gesetzentwurf ebenfalls keine Umsetzung vorgesehen ist.
- Die Europarechtskonformität einer generalisierten Ausnahmeregelung ist unter Juristinnen und Juristen umstritten. Fraglich ist, ob ein pauschales gesetzliches Ausnahmeregime dem restriktiven Verständnis des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu den Ausnahmetatbeständen standhält.
- Wie der Vorschlag in Kapitel 4.2. behandelt die hier vorgeschlagene Regelung ausschließlich das Tötungsverbot der Vogelschutzrichtlinie, nicht jedoch das Beschädigungs- und Störungsverbot. In diese nicht adressierten Bereiche könnten sich im Fall der Realisierung des Vorschlags die Auseinandersetzungen vor Gericht verlagern.
- Die Fluktuation der Brutplätze wird ausgeblendet, maßgeblich ist allein die Momentaufnahme der Artenschutzkartierung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens, nachträgliche Ansiedlungen werden nur zu einem geringen Teil erfasst, ihre möglichen Folgen weitgehend ignoriert.
- Die Ausgestaltung der Regulierung, insbesondere die standardisierte Maßnahmenliste mit konkreter qualitativer Ausgestaltung und quantitativer Bemessung (sowie eine Kartieranleitung) stehen noch aus. Das Fachgutachten leistet dies nicht.
- Wie oben unter 4.2. bedeutet die Begrenzung der behördlichen Prüfung auf eine Liste windenergiesensibler Vogelarten im Umkehrschluss den generellen und rechtlich unabgesicherten Ausschluss anderer schlaggefährdeter Vogelarten von dieser Prüfung.
- Ebenfalls wie oben unter 4.2. enthält der Vorschlag keine Lösung für die Prüfung des Artenschutzes im Rahmen der planerischen Ausweisung von Flächen für die Windenergie und adressiert somit nicht die Herausforderung der Umsetzung der Ausbauziele.

³⁸ Reichenbach, Marc/Aussieker, Tim (2021): a.a.O.

³⁹ Bringewat, Jörn/Scharfenstein, Clara (2021a): a.a.O.

⁴⁰ Zum Beispiel suchen die windenergiesensible Wiesenweihe und andere Wiesen- und Bodenbrüter keine festen, saisonübergreifenden Brutplätze auf.

⁴¹ Allerdings weist die Begründung zum Gesetzestextentwurf auf eine solche Prüfung im erweiterten Bereich hin. S. Begründung S. 5 oben.

⁴² Reichenbach, Marc/Aussieker, Tim (2021): a.a.O. S. 62 ff. S. 100.

Fortschritt gegenüber Ist-Regelung:

- Die weitgehend abschließende gesetzliche Regelung erlaubt eine formal standardisierte Bewertung der Ausnahmeveraussetzungen für bestimmte windenergiesensible Arten.
- Die Prüfung der Verletzung des Tötungsverbots wird übersprungen, sodass diese (zeit-)aufwendige Stufe des Prüfverfahrens entfällt.
- Die gesetzliche Regelung kann nur vor dem Bundesverfassungsgericht angefochten werden, die Einhaltung der gesetzlichen Regelung selbst steht der gerichtlichen Überprüfung weiter offen.⁴³
- Die Liste der zu betrachtenden Arten soll im Prinzip abschließend sein (allerdings finge der Einigungsprozess auf die Liste mit den Bundesländern und anderen Interessengruppen im Fall der Umsetzung erst an, ähnlich wie in allen anderen Vorschlägen).
- Die Untersuchungspflichten der Betreiber und die behördlichen Prüfungen reduzieren sich unter anderem, weil Raumnutzungsanalysen und Habitatpotenzialanalysen oder andere weitergehende Untersuchungsmethoden ausgeschlossen sind.
- Das im Zusammenhang mit dem Konzept vorgeschlagene Bund-Länder-Hilfsprogramm für gefährdete Vogelarten würde – bei entsprechender

Ausgestaltung und Ausstattung – den Schutz der betroffenen Vogelarten verbessern⁴⁴, eine gesetzliche Verankerung erfolgt allerdings nicht, sodass die Artenhilfsprogramme unverbindlich und freiwillig bleiben.

4.4 Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung und ein verstärkter flächenbezogener Artenschutz

Seit 2020 liegt die Skizze einer allgemeinen „Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung“ einschließlich Begründung vor.^{45,46,47} Das Konzept wurde von Monika Agatz publiziert, die ihre langjährige Erfahrung mit der Bearbeitung von Genehmigungsanträgen zu Windprojekten in dem Praxiswerk *Windenergie-Handbuch* zusammengetragen hat.⁴⁸ Dem Ansatz einer generalisierten Ausnahmeverordnung liegt die Idee zugrunde, die Notwendigkeit eines beschleunigten Windenergieausbaus zu verbinden mit der Etablierung eines insgesamt verbesserten Naturschutzstandards, insbesondere mit Blick auf durch Windenergieanlagen gefährdete Vogelarten, und so den gesellschaftlichen Konflikt zwischen landseitiger Windenergie und Artenschutz zu entschärfen.

⁴³ Ob dies als „Fortschritt“ wahrgenommen wird, ist eine Frage der Perspektive.

⁴⁴ Der Vorschlag ist in dem Rechtsgutachten (s. Fn. 34), das dieser Regelung ansonsten zugrunde liegt, nicht enthalten, sondern wurde von den Auftraggebern des Rechtsgutachtens hinzugefügt, um den Druck auf gefährdete Vogelarten, der unabhängig vom Ausbau der Windenergie in Deutschland ohnehin besteht, zu mindern, jedenfalls mindestens nicht weiter zu erhöhen.

⁴⁵ Agatz, Monika (2020): *Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Formulierungsvorschläge für Gesetzesänderungen*, S. 15 ff. <http://windenergie-handbuch.de/wp-content/uploads/2020/09/Rechtsrahmen-für-WEA-Gesetzestexte.pdf>

⁴⁶ Agatz, Monika (2020): *Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau*; in: *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)* 11/2020, S. 584-598

⁴⁷ Agatz, Monika (2020): *Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau*, S. 18 ff. <http://windenergie-handbuch.de/wp-content/uploads/2020/09/Artikel-Ein-Rechtsrahmen-f%C3%BCr-den-Windenergieausbau.pdf>

⁴⁸ Das *Windenergie-Handbuch* versteht sich als Arbeitshilfe für die Verwaltungspraxis im Umgang mit Windenergieanlagen und als Informationsangebot für alle am Thema Interessierten. Es wird (inklusive Vorläuferpublikationen) seit 2003 von Monika Agatz publiziert, die hauptamtlich in der Kreisverwaltung Borken (NRW), Abteilung Anlagenbezogener Immissionsschutz, tätig ist.

Der Vorschlag bietet Möglichkeiten zur weiteren Ausgestaltung (zum Beispiel Rückausnahmen für bestimmte Arten, Etablierung eines Standes der Technik, den Windenergieanlagen mindestens erfüllen müssen, um unter die Verordnung zu fallen, Gestaltung der den Vorschlag flankierenden Artenhilfsprogramme). Das Konzept will den Schutz besonders gefährdeter Arten nicht nur nicht infrage stellen, sondern im Gegenteil auf effizientere und wirksamere Weise erreichen als im bisherigen Einzelfallverfahren. Zur rechtlichen Umsetzung knüpft der Vorschlag an die Verordnungsermächtigung in § 45 Abs. 7 des geltenden Bundesnaturschutzgesetzes (BNatschG) an, die es den Ländern ermöglicht, Ausnahmen per Rechtsverordnung zuzulassen.⁴⁹

Die generalisierte Ausnahmeregelung soll für den Windenergieausbau in dem Umfang gelten, wie er für eine Vollversorgung mit Erneuerbaren Energien erforderlich ist. In diesem Umfang (jedoch nicht darüber hinaus) soll für Windenergieanlagen eine generelle Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten im öffentlichen Interesse und aus weiteren zwingenden Gründen (besondere Bedeutung der Stromversorgung aus Erneuerbaren Energien für die öffentliche Sicherheit) zugelassen werden. Die Genehmigungsbehörde prüft dann nicht mehr die Erfüllung der Ausnahmevoraussetzungen des § 45 Abs. 7 für jeden Einzelfall (da der Ordnungsgeber diese Prüfung mit Bezug auf die planerische Flächenweisung generalisiert vornimmt), sondern nur noch, ob die jeweilige Anlage unter die Verordnung fällt. Damit löst sich der Vorschlag sowohl von der Einzelfalluntersuchung und -bewertung als Hauptursache der zeit- und kostenintensiven und im Ergebnis

rechtsunsicheren Genehmigungsverfahren als auch vom Momentaufnahmen-Dilemma aller abstands-basierten Konzepte.

Voraussetzungen für Ausnahmeregelungen nach EU-Recht bestehen fort

Auch die generalisierte Ausnahmeregelung muss sich an den geltenden Voraussetzungen für eine Ausnahme im deutschen und europäischen Recht messen lassen.⁵⁰ Sie geht demgemäß davon aus, dass es insgesamt keine andere „zufriedenstellende Lösung“ im Sinne des Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie als den Ausbau der Windenergie im für eine Vollversorgung mit Erneuerbaren Energien notwendigen Umfang gibt und dass die planerisch ausgewiesenen Flächen die konfliktärmsten und somit alternativlos sind. Durch die Betrachtung des Windenergieausbaus insgesamt wird auch die Problematik des Verweises einzelner Windenergieprojekte auf alternative Standorte sowie die Problematik des jeweils nur kleinen Beitrags einzelner Projekte zur Stromerzeugung gelöst. Es wird verdeutlicht, dass alle ausgewiesenen Standorte gebraucht werden und insoweit alternativlos sind.

Der Vorschlag nimmt die Artenschützer beim Wort (und mit ins Boot), die eine „naturverträgliche Energiewende“ einfordern und die Notwendigkeit der Flächenbereitstellung für die Windenergie in dem für die Energiewende erforderlichen Maß anerkennen. Umweltverbände und Naturschützer unterstützen in ihrer Mehrheit ausweislich eines Thesenpapiers aus dem Jahr 2020⁵¹ ausdrücklich auch den

⁴⁹ § 45 Abs 7 Satz 4 BNatschG: „Die Landesregierungen können Ausnahmen auch allgemein durch Rechtsverordnung zulassen.“ Auf Basis dieser Regelung haben einige Bundesländer Verordnungen zum Schutz gegen die Ausbreitung von Kormorankolonien erlassen („Kormoranverordnungen“), die bisher von den Gerichten bestätigt wurden.

⁵⁰ § 45 Abs. 7 BNatschG; Art. 9 Vogelschutzrichtlinien 2009/147/EG

⁵¹ DNR/BUND/DUH/Germanwatch/Greenpeace/NABU/WWF (2020): *Thesenpapier zum naturverträglichen Ausbau der Windenergie* https://www.dnr.de/fileadmin/Positionen/2020-01-31-Thesenpapier_Windenergie_Umweltverbaende.pdf

Windenergieausbau über die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, wenn im Gegenzug naturschutzrechtlich hochrangig geschützte sowie artenschutzfachlich wertvolle Gebiete (letztere unter den Stichwörtern: „Dichtezentren“, „Schwerpunktverkommen“, „Quellpopulationsgebiete“) durch eine wirksame Regionalplanung von Windenergieanlagen freigehalten werden und der Erhaltungszustand der Populationen mithilfe von Artenhilfsprogrammen und Monitoring gesichert wird.

Dabei wird der Umfang der generalisierten Ausnahme quantitativ durch die Bestimmung der für den Windenergieausbau erforderlichen Flächenmenge begrenzt und qualitativ durch die Flächenauswahl im Rahmen der Ausweisung von Windenergie-Eignungsgebieten der Regionalplanung oder durch die Konzentrationszonen der Bauleitplanung gelenkt. Flächenbereitstellung und artenschutzrechtliche Prüfung können miteinander verknüpft werden und sich wechselseitig stützen: Im Rahmen der planerischen Ausweisung können hochrangige Schutzgebiete sowie artenschutzfachlich wertvolle, aber nicht naturschutzrechtlich geschützte Flächen von einer Windenergienutzung ausgeschlossen und die konfliktärmsten Flächen ausgewählt werden. Dieser Prüfprozess belegt damit für die nachfolgende Genehmigung von Windenergieprojekten das Fehlen von konfliktärmeren Alternativstandorten und rechtfertigt so die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme. Umgekehrt wird die Rechtssicherheit der aufgestellten Pläne gestützt, indem damit eine Planung in die – nun sichere – Möglichkeit einer Ausnahme hinein erfolgt.

Im Sinne der Vogelschutzrichtlinie muss der Erhaltungszustand der betroffenen Populationen auch bei einer generalisierten Ausnahme gesichert sein. Ein Teil der Arten ist entweder aufgrund ihres artspezifischen Verhaltens individuenbezogen nicht durch Windenergieanlagen im Sinne der Verbotstatbestände betroffen oder aufgrund ihrer Häufigkeit und Stabilität nicht in ihrer Population gefährdet. Dies sind die Arten, die im heutigen deutschen

Bewertungssystem als „nicht windenergiesensibel“ beziehungsweise „nicht planungsrelevant“ gekennzeichnet werden, was – bezogen auf die Argumentation über den stabilen Erhaltungszustand – rechtlich eine stillschweigende generalisierte Ausnahme darstellt. Für die Arten, die aufgrund ihres artspezifischen Verhaltens grundsätzlich von den Verbotstatbeständen betroffen sein können und für die die Stabilität ihrer Population nicht ohne Weiteres offensichtlich ist (das heißt die im heutigen System als „windenergiesensibel“ eingestuft sind), wird in diesem Konzept ein einheitliches und zentrales Monitoringsystem und Artenhilfsprogramm vorgeschlagen, mit dem der Erhaltungszustand dieser Arten besser beobachtet, bewertet, unterstützt und gesichert werden kann als durch Prüfung und Maßnahmen im Rahmen isolierter Einzelzulassungsverfahren.

Artenschutzabgabe finanziert Artenhilfsprogramme und Monitoring

Zum Ausgleich des trotz optimierter Flächenauswahl nicht vollständig zu vermeidenden Vogelschlags und der für die Ausnahmeerteilung erforderlichen Absicherung eines guten Erhaltungszustands gefährdeter Arten soll (ähnlich wie beim Ersatzgeld im Rahmen der landschaftsrechtlichen Eingriffsregelung und auch im Sinne der oben genannten Thesenpapiere der Umwelt- und Naturschutzverbände) mit einer von den Windenergiebetreibern finanzierten Artenschutzabgabe die materielle verursacherbezogene Verantwortung für den Artenschutz in Form von Artenschutzprogrammen und der Umsetzung von Monitoring-Maßnahmen wahrgenommen und gewährleistet werden („Entkopplung“). Die finanziellen Ressourcen, die derzeit für aufwendige Kartierungen und Artenschutzprüfungen an den Standorten sowie für projektbezogene Ausgleichs- und Vermeidungsmaßnahmen aufgebracht werden, sollen nach dem

Konzept in gleicher Größenordnung in die Artenschutzabgabe umgeleitet werden.⁵²

Sofern fachlich erforderlich, können nach dem Vorschlag für einzelne, sehr seltene und in ihrem Bestand gefährdete Arten (zum Beispiel Seeadler) Rückausnahmen von der generalisierten Ausnahmeregelung vorgesehen werden. Ebenso könnte geregelt werden, dass Windenergieanlagen nur dann unter die generalisierte Ausnahme fallen, wenn sie bestimmte grundlegende Anforderungen erfüllen (zum Beispiel einen bestimmten minimalen Freiraum zwischen Boden und unterem Rotorblattdurchgang, eine für betroffene Vogelarten unattraktive Gestaltung im Umkreis des Turmfußes, eine Abschaltung während der Mahd etc.).

Die Artenhilfsprogramme dienen in dem hier diskutierten Vorschlag der verlässlichen Absicherung der Prognose, dass sich der weitere Windenergieausbau nicht negativ auf den Erhaltungszustand windenergiesensibler Arten auswirken wird. Sie sollen demnach von den Landesumweltämtern konzipiert und umgesetzt und bevorzugt in bestehenden Vogel- und Naturschutzgebieten oder den im Rahmen des Planungsprozesses als artenschutzfachlich wertvoll identifizierten Gebieten durchgeführt werden. Das zusätzliche Artenhilfsprogramm kann mit anderen, bereits bestehenden Programmen verbunden werden.

Bei entsprechender fachlicher Eignung kann von den zusätzlichen Artenhilfsprogrammen auch der ökologische Landbau profitieren. Ebenso können Maßnahmen zur Minderung bestehender anderweitiger Beeinträchtigungen umgesetzt werden. So soll die Möglichkeit eröffnet werden, gezielte Minderungsmaßnahmen an anderen Landnutzungsarten oder Infrastrukturanlagen mit unter Umständen stärkerem Einfluss auf den Erhaltungszustand der windenergiesensiblen Arten als die Windenergie

durchzuführen, um die Wirkung des Artenhilfsprogramms zu maximieren. Die rechtliche Entkopplung von Windenergieprojekt und Minderungsmaßnahmen bietet die Möglichkeit, das Maßnahmenkonzept allein nach fachlichen Gesichtspunkten auszurichten und jederzeit flexibel anzupassen, da es nicht mehr den verwaltungsrechtlichen Zwängen und Beschränkungen eines nachgewiesenen Verbotsverstoßes unterliegt.

Naturschutzbehörden, Gemeinden, Biologische Stationen und anerkannte Naturschutzverbände sollen für die Durchführung von geeigneten Maßnahmen zur Sicherung eines guten Erhaltungszustandes Mittel aus der Artenschutzabgabe erhalten können. Für die Umsetzung des Monitorings sollen nach dem Vorschlag ebenfalls die Landesumweltämter zuständig sein und dabei Erkenntnisse von Vogelschutzwarten, Biologischen Stationen, Naturschutzbehörden und anerkannten Naturschutzverbänden einbeziehen. In bestimmten Intervallen (zum Beispiel alle drei Jahre) soll die Bestandsentwicklung der windenergiesensiblen Vogelarten festgestellt und an das jeweilige Landesumweltministerium berichtet werden. Im Falle einer negativen Entwicklung soll dann geklärt werden, ob ein kausaler Beitrag durch den Windenergieausbau gegeben ist. Ist das der Fall, müssen die Maßnahmen der Artenhilfsprogramme entsprechend intensiviert werden. Bleiben die Änderungen ohne entsprechende Wirkung, wäre die artenschutzrechtliche Ausnahmeregelung selbst anzupassen oder müsste aufgegeben werden.

Zu klärende Fragen:

- Die Europarechtskonformität einer generalisierten Ausnahmeregelung ist unter Juristinnen und Juristen grundsätzlich umstritten. Eine solche grundlegende Europarechtskonformität

⁵² Die Mittel sollen im Bedarfsfall mit öffentlichen Mitteln weiter aufgestockt werden.

- vorausgesetzt, besteht für die vorgeschlagene konkrete Verordnung dennoch das Risiko, dass ihre Regelungen und ihre Begründung den hohen Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Nachweis und zur Sicherstellung der Ausnahmevoraussetzungen nicht standhalten.
- Dies hängt zentral ab von der prognostizierten Wirksamkeit der nicht standortgebundenen und zusätzlichen Artenschutzmaßnahmen hinsichtlich des Erhalts entsprechender Populationen. Durch ihre konkrete Ausgestaltung muss sichergestellt werden, dass gefährdete Populationen zukünftig so gut geschützt werden können, wie im aktuell geltenden Regime.
 - Entfällt die Verknüpfung mit einer Bedarfsbestimmung (Ausbau der Windenergie bis zur Vollversorgung mit Erneuerbaren Energien) und einem wirksamen Flächenausweisungsregime, ist die quantitative und qualitative Alternativlosigkeit nur schwach begründet.
 - Voraussetzung für die erfolgreiche Umsetzung wäre außerdem, dass möglichst alle für den Windenergieausbau relevanten Bundesländer entsprechende artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnungen erlassen.⁵³
 - Ausstehender Regelungsbedarf: Bemessungsschlüssel für Artenschutzabgabe, Konzipierung von Artenhilfsprogrammen und Monitoring, gegebenenfalls Bestimmung sehr seltener Arten zur Rückausnahme, fachliche Ausarbeitung der Verordnungsbegründung.
- Flächenausweisung und Artenhilfsprogramme ausreichend gesichert sind)
- Einsatz der bisher für Kartierungen, Einzelfallprüfungen und projektbezogene Vermeidungsmaßnahmen aufgewendeten Finanzmittel in Zukunft für Populationsschutz mittels Artenhilfsprogrammen und Monitoring
 - Der Vorschlag adressiert nicht nur das Tötungs-, sondern auch das Beschädigungs- und Störungsverbot der Vogelschutzrichtlinie und alle Vogelarten, unabhängig von zum Zeitpunkt des Genehmigungsverfahrens oder später angesiedelten beziehungsweise wegziehenden konkreten Vorkommen im Umfeld der einzelnen Windenergieprojekte.
 - Dauerhaft ausgestattete Artenhilfsprogramme zur Sicherung der Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustands windenergiesensibler Arten durch weiteren Windenergiezubau und verbindlich festgeschriebenes Monitoring
 - Voraussichtlich hohe Gerichtsfestigkeit der erteilten Genehmigungen wegen hohem Standardisierungsgrad und keiner Fachprüfung durch die Behörde; Angriffspunkte gegen die einzelnen Genehmigungsbescheide vor Gericht entfallen weitgehend, wenn die Ausnahmeverordnung selbst vor Gericht besteht; im Falle der Verwerfung der Verordnung durch die Rechtsprechung kann diese gegebenenfalls gezielt hinsichtlich der Kritikpunkte angepasst werden.

Fortschritt gegenüber Ist-Regelung:

- Entlastung des Genehmigungsverfahrens durch vollständigen Verzicht auf artenschutzrechtliche Einzelfallprüfungen (gegebenenfalls Ausnahme für sehr seltene, windenergiesensible Arten, sofern diese nicht bereits durch

5 Zwischenfazit

5.1 Was verbindet die Vorschläge?

Das Spektrum der (in Kapitel 4) vorgestellten vier Vorschläge ist breit gefächert. Es reicht von der erklärten Absicht von Bund und Ländern, mit dem

⁵³ Rechtlich können die Länder entsprechende Verordnungen unabhängig voneinander erlassen. Jedes Land, das eine Verordnung erlässt, würde dann den Umfang der Ausnahme auf die Fläche (oder

Windenergieleistung/Strommenge) begrenzen, die dieses Bundesland nach den Vorgaben erbringen muss.

sogenannten Signifikanzrahmen perspektivisch eine standardisierte Bewertung des Tötungsrisikos gefährdeter Brutvögel durch Windenergieanlagen in ganz Deutschland herbeizuführen, um so einer Aufforderung des Bundesverfassungsgericht aus dem Jahr 2018 nachzukommen, bis hin zu einem weitgehenden Regimewechsel mit dem Ziel, auf die Einzelfallprüfung an den Windenergiestandorten weitestgehend zu verzichten und stattdessen den Schutz der gefährdeten Populationen in ihren natürlichen oder auch zusätzlich zu entwickelnden Habitaten abzusichern – und das möglichst erfolgreicher als im bisherigen standortbezogenen Regime.

Umso interessanter erscheinen deshalb die Gemeinsamkeiten, die sich in den Vorschlägen deutlich mehr als nur in Spurenelementen finden lassen:

- Alle Vorschläge zielen auf die Vereinheitlichung der Verfahren und erhoffen sich im Ergebnis eine Beschleunigung des Windenergieausbaus und der Energiewende.
- Alle Vorschläge, mit Ausnahme des UMK-Prozesses, bei dem es vorrangig darum geht, Komplexität und Unsicherheit im bestehenden Genehmigungsverfahren durch länderübergreifende Standardisierung zu verringern, plädieren für zusätzlichen und qualitativ verbesserten Schutz windenergiesensibler Vogelarten in der Fläche.
- Alle fordern eine Ausweitung der Wissens- und Datenbasis über die Populationen gefährdeter Arten mit dem Ziel eines umfassenden und kontinuierlichen Monitorings in ganz Deutschland.
- Alle Vorschläge, die an abstandsbasierten Konzepten festhalten, haben ungelöste Probleme mit der zeitlichen und räumlichen Varianz des „Schutzguts Vogel“.

Der Befund deutet darauf hin, dass in deutlichem Kontrast zur Aufgeregtheit der gesellschaftlichen und medialen Auseinandersetzung zum Zielkonflikt Windenergie vs. Artenschutz unter den Fachleuten, die sich um übergreifende Lösungskonzepte

bemühen, ein breites gemeinsames Grundverständnis besteht. Es speist sich aus der Überzeugung, dass der Wirtschaftsstandort Deutschland den dynamischen Ausbau der landseitigen Windenergie dringend braucht, damit die Klimaschutzziele in Sichtweite bleiben. Und es speist sich aus dem Wissen, dass dauerhafter Erfolg für die jeweils vorrangig vertretene Sache nur wachsen kann, wenn am Ende alle Anliegen zum Tragen kommen.

5.2 Lösungsansatz Kombinationsmodell

Vor dem Hintergrund des gemeinsamen Grundverständnisses erscheint der Weg hin zu einem gemeinsamen Lösungskorridor in der Sache vergleichsweise kurz. Zwar gibt es, sehr vereinfacht gesprochen, unter den Protagonisten beider Seiten fundamentale Grundanliegen, die ebenfalls etwas gemeinsam haben: Sie sind gleichermaßen nicht zu 100 Prozent erfüllbar:

- Aufseiten der Windenergiewirtschaft und Energiewendeverfechter ein Rechtsrahmen, der überall, wo ausreichend Wind weht, der Windenergie so lange Vorrang vor dem Naturschutz einräumt, bis die Energiewende vollzogen und der Klimawandel abgewendet ist.
- Aufseiten des Naturschutzes hochrangige Schutzgebiete in einer Größenordnung, dass sich alle Populationen der in unserer Region gefährdeten Vogelarten erholen können und die Beschränkung der landseitigen Windenergie auf Standorte, wo sie kein Exemplar einer gefährdeten und windenergiesensiblen Art töten oder stören können.

Der Lösungskorridor, der einen zügigen Windenergiezubaue ermöglicht und gleichzeitig die Populationen gefährdeter Arten zuverlässig schützt, liegt also in einem Modell, das diese Grundanliegen möglichst weitgehend adressiert.

5.3 Welche möglichen Kombinationsmodelle gibt es?

Kombination der Vorschläge 4.2. (Ausarbeitung für Agora Energiewende)⁵⁴ und 4.3. (Ausarbeitung für die Stiftung Klimaneutralität)⁵⁵

Beide Vorschläge beschreiben in praktischer Hinsicht ein vergleichbares Vorgehen. Sie definieren eine Liste windenergiesensibler Vogelarten, für die jeweils Prüf- und Verbotsabstände von den Nistplätzen festgelegt werden, sowie Maßnahmen, mit denen innerhalb des Prüfbereichs Anlagen zulässig sind. Beide Vorschläge sehen standortunabhängige Artenhilfsprogramme und ein Monitoring des Erhaltungszustandes vor, wobei diese unter dem Stichwort „strategischer Ansatz“ in Vorschlag 4.2. (Ausarbeitung für Agora Energiewende) bereits detaillierter ausgearbeitet sind.⁵⁶ Umgekehrt ist für das Bewertungskonzept in Form der Arten- und Abstandsliste sowie geeigneter Maßnahmen im Fachgutachten des Vorschlags 4.3. (Ausarbeitung für die Stiftung Klimaneutralität)⁵⁷ bereits eine fachliche Basis geschaffen worden.

Die jeweiligen Vorleistungen können sich bei einer Kombination beider Vorschläge ergänzen. Die Vorschläge unterscheiden sich darin, dass im Vorschlag 4.3. (Ausarbeitung für die Stiftung Klimaneutralität) sämtliche Anlagenzulassungen formalrechtlich in Form einer Ausnahme gewährt werden, während im Vorschlag 4.2. (Ausarbeitung für Agora Energiewende) die Zulassung teils über die Einhaltung der Verbote und teils – jenseits einer noch auszuarbeitenden „Zumutbarkeitsschwelle“ – über Ausnahmen

erfolgt. Für die Abwicklung in der Praxis ist der Unterschied nicht sehr groß.

Die Kombination aus beiden Vorschlägen würde den Zulassungsaufwand für die Projektierer reduzieren und durch einen verbesserten (und über ein umfassendes Monitoring perspektivisch nachgewiesenen) Populationsschutz auf geeigneten Flächen die Einhaltung der Forderung der EU-Vogelschutzrichtlinie sicherstellen, die Bestände wildlebender Vogelarten auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der den ökologischen Erfordernissen entspricht.

Vorbehaltlich der Ausgestaltung im Detail können so die Interessen der Windenergie und des Naturschutzes gleichermaßen besser adressiert werden.

Die dauerhaft erheblich bessere Ausstattung und gegebenenfalls Ausweitung von Artenhilfsprogrammen in Verbindung mit einem kontinuierlichen Monitoring gefährdeter Arten könnte sogar über die intendierte Begrenzung der Gefährdung windenergiesensibler Arten durch Windenergieanlagen hinaus den Biodiversitätsschutz in Deutschland verbessern.

Aus genehmigungsrechtlicher Sicht wären die zusätzlichen flächenbezogenen Artenhilfsprogramme in diesem Modell nicht zwingend notwendig, um einen reduzierten Schutz durch den teilweisen Verzicht auf projektbezogene Maßnahmen auszugleichen. Denn beide Vorschläge machen kaum

⁵⁴ *Windausbau und Artenschutzziele: Vorschlag für ein europarechtskonformes (Ausnahme-)Regime für Windkraft an Land*

⁵⁵ *Einführung gesetzlich geregelter Ausnahmeverordnungen für die landseitige Windenergie in Bezug auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot*

⁵⁶ In 4.3. (Ausarbeitung für die Stiftung Klimaneutralität) wird ebenfalls das Konzept eines Bund-Länder-

Artenschutzprogramms in Höhe von jährlich 100 Millionen Euro im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK) empfohlen, das jedoch bisher rechtlich nicht mit der gesetzlichen Ausnahmeregelung verknüpft sein soll.

⁵⁷ Reichenbach, Marc/Aussieker, Tim (2021): a.a.O.

Einschränkungen beim standortbezogenen Individuenschutz.⁵⁸

Kombination der Vorschläge 4.2. (Ausarbeitung für Agora Energiewende), 4.3. (Ausarbeitung für die Stiftung Klimaneutralität) und 4.4. (Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung)

In eine Kombination aller drei Vorschläge können die jeweiligen Stärken eingebracht werden:

Der Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität liegt mit dem Überspringen der Prüfung der Verbotstatbestände und der unmittelbaren Zulassung über die Ausnahme nahe an der generalisierten Ausnahme. Das zugehörige Rechtsgutachten zeigt die Möglichkeiten für diese generelle Zulassung über eine Ausnahme auf. Ebenso können die in dem zugehörigen Fachgutachten erarbeiteten Erkenntnisse über den Erhaltungszustand der betroffenen Arten und die Auswirkungen des Windenergieausbaus darauf als fachliche Grundlage für die noch ausstehende Begründung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung dienen.

Mit der unmittelbaren Verknüpfung und somit wechselseitigen Sicherung von planerischer Flächenausweisung und Artenschutz schließt die generalisierte Ausnahme im Vorschlag von Monika Agatz eine Lücke der beiden anderen Vorschläge, die zwar ein Freihalten von artenschutzfachlich wertvollen Räumen explizit befürworten beziehungsweise implizit voraussetzen, aber rechtlich nicht umsetzen. Ebenso wird durch die wechselseitige Verknüpfung von Planung und Artenschutz einerseits eine Lösung für die artenschutzrechtliche Beurteilung auf der Planungsebene eingebunden und andererseits die

Alternativlosigkeit der erteilten Ausnahmen passgenau für den Windenergiebedarf quantitativ und qualitativ begründet, sodass auch diese Lücke der anderen beiden Vorschläge geschlossen wird.

Alle drei Vorschläge stimmen darin überein, den Populationserhalt verstärkt zu sichern, der mit Artenschutzprogrammen gestützt und durch Monitoring überwacht werden soll. Auch hierzu schafft die generalisierte Ausnahme eine höhere Verbindlichkeit.

Aus der Ausarbeitung für Agora Energiewende sind darüber hinaus die detaillierten Überlegungen zur rechtlichen Umsetzung der Artenschutzabgabe hilfreich. Die Vorschläge für Agora und die Stiftung Klimaneutralität bleiben jedoch bei der Einzelfallbetrachtung und beim individuenbezogenen Schutz, wobei der Nahbereich um Fortpflanzungsstätten tabu bleibt, projektbezogene Maßnahmen umgesetzt werden und auch die Fluktuation von Individuen Beachtung finden soll, wobei aber dafür kein überzeugender Lösungsansatz angeboten wird.

Die Vorschläge bleiben damit nicht nur hinter der generalisierten Ausnahme, sondern auch hinter dem weitergehenden Lösungsansatz der Naturschutzverbände zurück. Denn die Naturschutzverbände erkennen in ihrem Thesenpapier zum naturverträglichen Ausbau der Windenergie von 2020⁵⁹ das Erfordernis der Flächenbereitstellung in dem für die Energiewende erforderlichen Maß an, und stimmen zu, den Windenergieausbau in diesem Maß quantitativ auch durch die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen zu unterstützen, sofern im Gegenzug naturschutzrechtlich hochrangig geschützte und artenschutzfachlich wertvolle ungeschützte Gebiete (meist als Schwerpunkt vor-

⁵⁸ zumindest solange das Fachgutachten in der Ausarbeitung für die Stiftung Klimaneutralität zugrunde gelegt wird und man davon ausgeht, dass die „Zumutbarkeitsschwelle“ in der Ausarbeitung für Agora Energiewende

nicht deutlich niedriger angesetzt wird als die heute an den Standorten üblichen Maßnahmen

⁵⁹ DNR/BUND/DUH/Germanwatch/Greenpeace/NABU/WWF (2020): a.a.O.

Quellpopulationsgebiete bezeichnet) durch eine wirksame Planung freigehalten und der Erhaltungszustand der Populationen durch Artenhilfsprogramme und Monitoring auf diese Weise gesichert wird.

Das Konzept der generalisierten Ausnahme ergänzt diesen entscheidenden Schritt. Umgekehrt könnte – sofern bei einer Kombination der Vorschläge erwünscht – ein gewisses Maß an Individuenschutz auch in der Ausnahmeverordnung durch allgemein wirksame Maßnahmen verankert werden, zum Beispiel durch die Gestaltung des unmittelbaren Turmumfeldes, Mahdabschaltungen, einen bestimmten Freiraum zwischen Boden und unterem Rotorblattdurchgang oder auch eine Rückausnahme für sehr seltene Arten. Dieser allgemeine Individuenschutz sollte aber als eine Art „Stand der Technik“ qualifiziert werden und nicht von der Kartierung konkreter Artvorkommen abhängig gemacht werden. Andernfalls würde der wesentliche Entlastungseffekt für die Genehmigungsverfahren wieder verloren gehen.

Optionen der neuen Regierung

Wenn sie die von der Großen Koalition nach dem Klimaurteil des Bundesverfassungsgerichts im Sommer 2021 verschärfte Klimaschutzziele nicht aus den Augen verlieren will, muss die neue Regierungskoalition den landseitigen Windenergieaufbau möglichst schon im Rahmen eines 100-Tage-Programms mit dem Ziel einer Verdreifachung neu starten.⁶⁰ Zum Neustart gehört unter anderem, die Bremswirkung des Konflikts Windenergie vs. Artenschutz schnell zu lösen. Dazu braucht die

Bundesregierung zwar sicher auch den politischen Willen der Länder. Gleichzeitig wird es nicht ausreichen, den Signifikanzansatz des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen des laufenden UMK-Prozesses (s. Kapitel 4.1.) zu vereinheitlichen.

Möglichkeiten für landseitige Windenergieprojekte, Ausnahmen vom Tötungs-, Beschädigungs- und Störungsverbot nach EU- und deutschem Recht zu erlangen, müssen über Leitfäden und Anleitungen hinaus durch Rechtsverordnungen oder per Gesetz neu geregelt werden.

Dabei wird die schnelle Wirksamkeit aller getroffenen Maßnahmen eine wichtige Rolle spielen, möglicherweise aber auch die Kombination unterschiedlicher Vorschläge, wie in den Kapiteln 5.3.1. und 5.3.2. angedeutet.

In allen drei Vorschlägen jenseits des UMK-Prozesses werden standortunabhängige Artenhilfsprogramme eingefordert, in deren Rahmen über die bestehenden hochrangigen Schutzgebiete hinaus zusätzliche Habitate für besonders gefährdete Arten neu ausgewiesen werden sollen. Dies ist kein Zufall, sondern auch eine Antwort auf den gesellschaftlichen Druck auf neue Windenergieprojekte, der in den vergangenen Jahren stetig zugenommen hat. Die Überzeugung, dass die fortschreitende dezentrale Energiewende als Gegengewicht bewusste Entscheidungen erfordert, Teile der Landschaft von Windenergieanlagen freizuhalten, nimmt offenbar zu – dies auch vor dem Hintergrund, dass der Ausbau der Windenergie weitergeht und von etwa 56 Gigawatt (GW) installierte Leistung im Sommer 2021 wachsen soll auf 80 GW im Jahr 2030 und 140 GW bis 2045.⁶¹

⁶⁰ Agora Energiewende/Agora Verkehrswende/Stiftung Klimaneutralität (2021): *Das Klimaschutz-Sofortprogramm. 22 Eckpunkte für die ersten 100 Tage der neuen Bundesregierung*, S. 15. [https://static.agora-](https://static.agora-energie-wende.de/fileadmin/Projekte/2021/2021_06_DE_100Tage_LP20/A-EW_229_Klimaschutz-Sofortprogramm_WEB.pdf)

[energie-wende.de/fileadmin/Projekte/2021/2021_06_DE_100Tage_LP20/A-EW_229_Klimaschutz-Sofortprogramm_WEB.pdf](https://static.agora-energie-wende.de/fileadmin/Projekte/2021/2021_06_DE_100Tage_LP20/A-EW_229_Klimaschutz-Sofortprogramm_WEB.pdf)

⁶¹ Öko-Institut e.V./Wuppertal Institut/Prognos AG (2021): a.a.O., S. 36 ff.

Das Signal lautet:

1. Einen wesentlichen Zubau von Erneuerbaren Energien ohne Ausgleich jenseits der bestehenden gesetzlichen Ausgleichsregeln soll es nicht mehr geben.
2. Es entwickelt sich eine Tendenz zur Entflechtung von Landschaften, die zunehmend durch Erneuerbare Energien geprägt sein werden und solchen, die gesteuert freigehalten werden sollen, auch um die Natur beziehungsweise gefährdete Arten zu schützen.

Den größten Beschleunigungseffekt im Zusammenhang mit dem Konflikt Windenergie vs. Artenschutz versprechen die Konzepte 4.3. (Ausarbeitung im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität) und 4.4. (Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung), weil sie den Genehmigungsaufwand für die Windenergieprojektierer erheblich reduzieren.

Insbesondere der Weg über eine Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung (in § 45 Abs. 7 BNatSchG), der vollständig ohne artenschutzrechtliche Einzelfallprüfungen auskommen soll, ist auf eine Ausweitung des standortunabhängigen Artenschutzes angewiesen. Das Konzept verspricht, die Beschleunigung des Windenergieausbaus mit hohen Umweltstandards zu verbinden. Interessant daran ist, dass die Naturschutzverbände in ihrem Thesenpapier⁶² die Notwendigkeit der Flächenbereitstellung in dem für die Energiewende erforderlichen Maß anerkennen und bereit sind, den Windenergieausbau in diesem Ausmaß durch die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen zu unterstützen. Bedingung: Naturschutzrechtlich hochrangig geschützte und artenschutzfachlich wertvolle ungeschützte Gebiete (meist als

Schwerpunktvorkommen, Dichtezentren oder Quellpopulationsgebiete bezeichnet) sollten durch eine entsprechend wirksame Planung freigehalten und der Erhaltungszustand der Populationen durch Artenhilfsprogramme und Monitoring gesichert werden.⁶³ Das Konzept müsste entsprechend in die Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung formuliert werden und ließe sich auch kombinieren mit dem Vorschlag des „strategischen Ansatzes“ in der Ausarbeitung für Agora Energiewende (4.2.) oder dem Finanzierungsvorschlag aus der Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes (GAK) mit einem jährlichen Volumen von 100 Millionen Euro (siehe Ausarbeitung für die Stiftung Klimaneutralität, 4.3.). Auch die Finanzierung aus einem entsprechenden Bundesfonds wäre möglich.

Neben der Frage der EU-Rechtskonformität (s.u. Kapitel 6) stellt sich hierbei auch die Umsetzungsfrage. Denn bezüglich der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung nach § 45 Abs. 7 müssten zunächst die Länder initiativ werden. Auch auf die in diesem Zusammenhang auszuweisenden zusätzlichen Flächen, die von Windenergie freigehalten werden sollen, müsste man sich verständigen. Allerdings wäre es nicht nötig, dies in allen Ländern und überall gleichzeitig zu bewältigen.

6 Die EU-Karte: Initiative auf EU-Ebene im Rahmen der Novelle der Erneuerbare-Energien-Richtlinie

Alle in dieser Ausarbeitung diskutierten Vorschläge zur Vereinheitlichung und Vereinfachung des Zulassungsrechts von Windenergieanlagen in Deutschland gelten als nicht sicher vereinbar mit dem aktuell

⁶² DNR/BUND/DUH/Germanwatch/Greenpeace/NABU/WWF (2020): a.a.O.

⁶³ Krüger, Jörg-Andreas (2021): *Was wir für einen naturverträglichen Ausbau der erneuerbaren Energien brauchen*. Stellungnahme vom Naturschutzbund Deutschland

im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit des Deutschen Bundestags am 23.01.2021. <https://www.bundestag.de/resource/blob/824018/b990239ae6369d182746e67a0be0bdec/Joerg-Andreas-Krueger-NABU-data.pdf>

geltenden Artenschutzrecht der EU und der diesbezüglichen fortdauernden Rechtsauslegung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH). Unabhängig davon, wie die neue Bundesregierung den Zielkonflikt Windkraft vs. Artenschutz angehen will, muss sie diesen Hintergrund in jedem Fall in ihre Überlegungen einbeziehen.

6.1 EU-Initiative der neuen Bundesregierung zur Sicherung einer ausreichenden Zubaugeschwindigkeit von Windenergie an Land in den Mitgliedstaaten

Wir schlagen deshalb vor, dass die neue Bundesregierung sehr zeitnah nach ihrer Amtseinführung eine Initiative auf EU-Ebene mit dem Ziel startet, den Bau und Betrieb von Windenergieanlagen an Land im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder allgemein als vorrangiges öffentliches Interesse zusätzlich zu den bestehenden Anforderungen der Vogelschutzrichtlinie neu zu regeln. Dabei sollten die besonderen Schutzbedürfnisse der betroffenen Vogelarten durch spezielle staatliche Programme und staatliches Monitoring sichergestellt werden.

Die neue Bundesregierung sollte im Vorfeld ihrer EU-Initiative den Versuch unternehmen, andere Mitgliedstaaten, die beim Ausbau der Windenergie vor vergleichbaren Problemen stehen wie Deutschland, zu einem gemeinsamen Vorgehen zu veranlassen.

Als konkreten Weg schlagen wir vor, die EU-Rechtsänderung im Rahmen der laufenden Umsetzung des *Green Deals* („Fit for 55“) und hier im Zuge der laufenden Novellierung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED III) aufzusetzen.

Dazu soll es eine Formulierung in der RED III geben, die es den Mitgliedstaaten erlaubt, die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen vom Verbot der Tötung und Störung von Vögeln sowie der Beschädigung von Brutstätten (Artikel 5 a, b und d der Vogelschutzrichtlinie)⁶⁴ auszunehmen, soweit die Nutzung der Windenergie dazu dient, den Beitrag des jeweiligen Mitgliedstaates zum EU-Gesamtziel beim Ausbau der Erneuerbaren Energien zu erbringen.⁶⁵

Im Gegenzug sollen die Mitgliedstaaten, die von der Neuregelung Gebrauch machen, sicherstellen, dass in kritischen Gebieten (zum Beispiel Vogelschutzgebiete, hochrangige naturschutzrechtliche Schutzgebiete⁶⁶ oder Dichtezentren windenergiesensibler Arten) soweit möglich keine Windenergieanlagen errichtet werden. Zusätzlich sollen Artenhilfsprogramme zur Erhaltung oder Verbesserung entsprechender Populationen aufgesetzt und ein flächendeckendes Monitoring zur staatlichen Beobachtung der Populationsentwicklung installiert werden, um im Fall einer ungünstigen Entwicklung rechtzeitig mit zusätzlichen Gegenmaßnahmen eingreifen zu können. Außerdem sollen die Mitgliedstaaten der Kommission in regelmäßigen Zeitabständen über die Entwicklung der Populationen berichten.

6.2 Strategische Überlegungen hinter der EU-Initiative

Wie in einigen der oben formulierten Vorschläge zur Novellierung des deutschen Regulierungsregimes geht es auch bei der vorgeschlagenen Initiative auf EU-Ebene darum, den Individuenschutz an den Windstandorten (teilweise) abzulösen und zu ersetzen durch qualitativ und quantitativ besseren Populationschutz in den vorrangigen Habitaten der

⁶⁴ Artikel 5 VS-RL

⁶⁵ Bezug: Art. 3 Absatz 2 Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED II)

⁶⁶ Zum Beispiel Natura2000, Naturschutzgebiete, Nationalparks und Kernzonen von Biosphärenreservaten

betroffenen Vogelarten. Dies könnte als Nebeneffekt auch den Artenschutz in der EU insgesamt verbessern, weil im Ergebnis mehr Mittel für mehr Qualität und Professionalität im Artenschutz generiert werden.

Die hier vorgeschlagene flankierende Initiative auf EU-Ebene bewegt sich in einem Dilemma: Angesichts der unbestrittenen Notwendigkeit, den Ausbau der landseitigen Windenergie in Deutschland so schnell wie irgend möglich zu dynamisieren, gibt es nicht die Option, zuerst die EU-Initiative zu einem Erfolg zu führen und darauf aufbauend eine passgenaue Änderung des Regelungsregimes in Deutschland herbeizuführen, was selbstverständlich der beste Weg wäre.

Stattdessen sollte die Bundesregierung hierzulande zeitlich parallel zur EU-Initiative eine Regelung zur Lösung des Zielkonflikts verabschieden in dem Bewusstsein, dass diese später möglicherweise einer höchstrichterlichen Überprüfung unterzogen wird. Die Hoffnung in diesem Fall wäre, dass die gewählte Regelung bis dahin wie gewünscht in Richtung Beschleunigung des Windenergieausbaus wirkt und dabei gleichzeitig den Artenschutz nicht vernachlässigt. Ein höchstrichterliches Urteil würde die Regelung entweder bestätigen oder (hoffentlich) konkrete Hinweise für ihre Korrektur geben.

7 Fazit: Populationen statt Individuen schützen?

Windenergie an Land ist bereits heute eine tragende Säule der Energiewende in Deutschland. In Zukunft muss sie beschleunigt, insbesondere schneller als in den zurückliegenden Jahren ausgebaut werden, um ihren dringend notwendigen Beitrag zur Einhaltung der Klimaschutzziele leisten zu können. Neben der Ausweisung von ausreichend geeigneten Flächen müssen die Genehmigungsverfahren mit dem Ziel deutlich kürzerer Realisierungszeiträume

landseitiger Windenergieprojekte vereinfacht und rechtssicher ausgestaltet werden.

Zu den vordringlichen Aufgaben der neuen Bundesregierung gehört, den Konflikt zwischen Windenergieausbau und Naturschutz mit dem Ziel eines beschleunigten Zubaus von Windenergiekapazität und eines zeitgemäßen und insgesamt verbesserten Schutzes besonders gefährdeter Arten konstruktiv aufzulösen. Dafür muss die neue Regierungskoalition in der 20. Legislaturperiode nicht bei null anfangen. Eine ganze Reihe von Vorschlägen liegt auf dem Tisch. Alle verfolgen gemeinsam das Ziel, die Hemmnisse, die sich aus dem Konflikt ergeben, zeitnah zu entschärfen oder aufzuheben. Die Vorschläge wurden in dieser Ausarbeitung im Einzelnen vorgestellt und bewertet.

Die vorliegenden Konzepte unterscheiden sich im Maß der Entschlossenheit, mit dem sie sich von dem bisher verfolgten Verfahren lösen, das in den vergangenen Jahren zwar „irgendwie“ funktioniert, aber auch immer häufiger zu blockadeähnlichen Verzögerungen geführt hat. Dabei geht es vordergründig um die Frage, ob an dem in Deutschland von den Gerichten entwickelten Konzept des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ festgehalten werden soll oder ob das europarechtlich vorgegebene Tötungsverbot für europäische Vogelarten auch auf andere Weise eingehalten werden kann.

Dahinter steht die größere Frage, ob weiter der Schutz einzelner Tiere oder der Schutz gefährdeter Populationen im Vordergrund stehen soll. Soll also der Nachweis, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko nicht besteht oder es durch Gegenmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle gebracht werden kann, wie bisher an den Windenergiestandorten selbst erbracht werden? Oder soll der Nachweis eines stabilen Erhaltungszustands der potenziell betroffenen Populationen durch einen verbesserten Naturschutz in bestehenden Naturschutzgebieten und zusätzlich ausgewiesenen

Vorranghabitaten als windenergiesensibel eingestufte Arten erbracht werden?

Letzteres würde den Genehmigungsaufwand an den Windenergiestandorten entscheidend reduzieren und das Grunddilemma lösen, an dem bisher alle Versuche leiden, den Schutz einzelner Vögel dadurch zu gewährleisten, dass man ihre Nester und ihre Flugbewegungen kartiert, Mindestabstände festlegt und Maßnahmen zur Reduktion des Risikos ergreift. Die Vorstellung, hochmobile Tiere im Rahmen ordnungsrechtlicher Verwaltungsprozesse vor einer standortfesten Windenergieanlage wirksam schützen zu können, stößt dabei regelmäßig an natürliche Grenzen. Viele Vor-Ort-Maßnahmen laufen schon kurz nach der Erteilung einer Genehmigung ins Leere, weil Individuen aus dem Gebiet weggezogen oder aber andere Individuen hinzugezogen sind, weil Nistplätze verlassen und neu besetzt werden oder Nahrungshabitats verschwinden oder hinzukommen.

Vieles spricht dafür, dass gezielte Artenhilfsprogramme in bestehenden, hochrangig geschützten Habitaten und zusätzlichen Vorranggebieten einen besseren Schutz gefährdeter Populationen gewährleisten, als Maßnahmen an isolierten Standorten, die teilweise ins Leere laufen und darüber hinaus die verfügbaren Windenergieflächen erheblich reduzieren. Selbstverständlich müsste sichergestellt sein, dass die Mittel, die bisher in Kartierungen und standortbasierte Maßnahmen geflossen sind, entsprechend umgelenkt werden. Darüber hinaus wären zur Absicherung eines quantitativ und qualitativ verbesserten Artenschutzes in den entsprechenden Regionen zusätzliche staatliche Mittel und ein professionelles Monitoring notwendig – letzteres schon, um den europarechtlich geforderten Nachweis der Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustands der

betroffenen Populationen kontinuierlich nachweisen zu können. Die großen deutschen Umwelt- und Naturschutzverbände haben einer solchen Änderung in ihrem Thesenpapier aus dem Jahr 2020 im Grundsatz zugestimmt.⁶⁷

Ob es einen partiellen Schwenk⁶⁸ vom Individuen- hin zum Populationsschutz geben oder weiter versucht werden soll, die Hemmnisse in den etablierten Verfahren zu beseitigen, ist auch unter Expertinnen und Experten umstritten.⁶⁹ Für die nächste Regierungskoalition ist es eine politische Entscheidung. Die Konzepte für alle Varianten liegen im Grundsatz vor.

⁶⁷ DNR/BUND/DUH/Germanwatch/Greenpeace/NABU/WWF (2020): a.a.O.

⁶⁹ Die Skepsis speist sich vorrangig aus europarechtlichen Bedenken. S. Kapitel 6.

⁶⁸ Sehr seltene Arten können, falls fachlich geboten, weiter auch individuell geschützt werden.

Agora Energiewende

Anna-Louisa-Karsch-Straße 2 | 10178 Berlin

P +49. (0) 30. 7001435-000

F +49. (0) 30. 7001435-129

www.agora-energiewende.de

info@agora-energiewende.de