

A. ABHANDLUNGEN

Die artenschutzrechtlichen Erleichterungen für die Windenergienutzung durch das Vierte BNatSchG-Änderungsgesetz und deren Bezug zur Landwirtschaft

Leitender Regierungsdirektor Dr. Alfred Scheidler, Tirschenreuth*

I. Einleitung

Als Antwort auf die Gefährdung der Biodiversität hat der europäische Gesetzgeber neben dem Schutz besonderer Gebiete auch ein striktes Artenschutzrecht mit vielfältigen Zugriffsverboten verankert. Dazu zählt insbesondere das artenschutzrechtliche Tötungsverbot mit seinem weiten Anwendungsbereich, der nicht nur mutwillige Tötungshandlungen, sondern auch sonstige zurechenbare Tötungshandlungen erfasst.¹ Dies hat – so die Schlussfolgerung des Sachverständigenrats für Umweltfragen (SRU) im Februar 2022 – Auswirkungen auf die Windenergienutzung, weil insbesondere der Betrieb von Windenergieanlagen ein Risiko für bestimmte Vogel- und Fledermausarten darstelle. Die artenschutzrechtlichen Verbote schränken daher die Optionen für die Nutzung von Windenergie deutlich ein.² Eines der drängendsten Probleme des Windenergieausbaus in Deutschland bestehe zudem darin, dass die Projektträger nicht genügend Standorte zur Realisierung ihrer Windenergievorhaben fänden.³

Um dieser Situation entgegenzuwirken, hat der Bundesgesetzgeber im Jahr 2022 verschiedene Gesetze erlassen, von denen vor allem das Wind-an-Land-Gesetz⁴ und das Vierte BNatSchG-Änderungsgesetz⁵ maßgebliche Änderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage mit sich bringen: Mit dem Wind-an-Land-Gesetz wurden mit Wirkung zum 01.02.2023 die planerische Steuerung von Windkraftanlagen und deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit auf neue gesetzliche Grundla-

gen gestellt;⁶ mit dem Vierten BNatSchG-Änderungsgesetz wurde – ebenfalls mit Wirkung zum 01.02.2023 – durch einen eingefügten § 26 Abs. 3 BNatSchG die Rechtslage für Windkraftanlagen in Landschaftsschutzgebieten – im Sinne einer Öffnung – maßgebend verändert;⁷ und die mit Wirkung zum 29.07.2022 ergänzten §§ 45b bis 45d BNatSchG konkretisieren und modifizieren das Artenschutzrecht im Hinblick auf Windenergieanlagen.⁸

Der Ausbau der Windenergie an Land vollzieht sich nahezu ausschließlich im ländlichen Raum⁹ und auf Flächen, die land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden. Vorhabensträger sind daher oftmals auf die Landwirtschaft angewiesen, was dieser die Möglichkeit bietet, zusätzliche Einnahmequellen zu erschließen, indem sie Flächen im Wege der Pacht zur Verfügung stellt. Dabei steht die für die Windenergie genutzte Fläche gleichzeitig der Land- oder Forstwirtschaft zur Verfügung, da sie parallele Nutzungen nicht ausschließt.¹⁰

Von den umfangreichen, im Zusammenhang mit der Energiewende stehenden Gesetzesänderungen, die der Bundesgesetzgeber im Jahr 2022 auf den Weg gebracht bzw. verabschiedet hat,¹¹ widmet sich der vorliegende Beitrag speziell den artenschutzrechtlichen Änderungen, die mit dem Vierten BNatSchG-Änderungsgesetz getroffen wurden. Vorab soll aber über diesen „Tellerrand“ hinaus zunächst ein kurzer Blick auf eine entscheidende Neuerung im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) sowie auf das Windenergieflächenbedarfsgesetz geworfen werden, da diese allgemeinen Materien des Rechts der Energiewende im Zusammenhang stehen mit den besonderen, so auch den Änderungen im Artenschutzrecht.

* Der Autor ist Abteilungsleiter und Vertreter des Landrats am Landratsamt Neustadt a. d. Waldnaab sowie stellvertretender Landrat des Landkreises Tirschenreuth.

1 SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land (Februar 2022), Tz. 113 m.w.N. (www.umweltrat.de, aufgerufen am 19.11.2022).

2 SRU (Fn. 1), Tz. 113.

3 SRU (Fn. 1) Tz. 18 m.w.N.

4 Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20.07.2022 (BGBl. I S. 1353).

5 Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20.07.2022, BGBl. I S. 1362, ber. 10.08.2022, BGBl. I S. 1436.

6 Näher dazu Scheidler, UPR 2022, S. 321; ders., BauR 2022, S. 1419; Kment, NVwZ 2022, 1153; Raschke/Roscher, ZfBR 2022, S. 532; Operhalsky, UPR 2022, S. 337; Benz/Wegner, ZNER 2022, 267; Rauschenbach/Nebel, ER 2022, S. 179.

7 Ausführlich dazu Scheidler, NuR 2022, S. 826.

8 Ausführlich dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589.

9 So die Feststellung des SRU (Fn. 1), vor Tz. 1.

10 SRU (Fn. 1) Tz. 41.

11 Siehe etwa auch das sog. „Osterpaket“, dazu Zenke, EnWZ 2022, S. 147; Stüer, BauR 2022, S. 1005; Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, S. 1577.

II. Abwägungsdirektive im EEG und Windenergieflächenbedarfsgesetz

1. Die neue Abwägungsdirektive des § 2 EEG

Durch das Sofortmaßnahmengesetz vom 20.07.2022¹² wurde mit Wirkung zum 21.07.2022 die neue Abwägungsdirektive des § 2 EEG geschaffen, die für „Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“¹³, mithin auch für Windenergieanlagen, zur Anwendung kommt.¹⁴ Danach liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit; nach Satz 2 der Norm sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden, solange nicht die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausneutral ist. Die Regelung hat zur Folge, dass die erneuerbaren Energien im Rahmen von Abwägungsentscheidungen – so auch wenn es um Abwägungen mit Belangen der Landwirtschaft geht – nur in Ausnahmefällen überwunden werden können. Es ergibt sich also ein regelmäßiges Übergewicht der Erneuerbaren Energien, ohne dass allerdings ein absoluter, ausnahmsloser Vorrang bestünde; vielmehr ist im atypischen Fall ein Verlust des gesetzlichen Vorrangs möglich.¹⁵

2. Das Windenergieflächenbedarfsgesetz

Das mit dem Wind-an-Land-Gesetz¹⁶ neu geschaffene Windenergieflächenbedarfsgesetz gibt den einzelnen Bundesländern vor, in zwei zeitlichen Stufen (bis zum 31.12.2027 als Zwischenziel bzw. bis zum 31.12.2032 als Gesamtziel) einen bestimmten prozentualen Anteil der Landesfläche (Flächenbeitragswert) als Windenergiegebiet auszuweisen (§ 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 WindBG i.V.m. Anl. 1). Nach der Legaldefinition in § 2 Nr. 1 WindBG sind Windenergiegebiete bestimmte Ausweisungen von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs- oder Bauleitplänen.¹⁷

12 Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20.07.2022, BGBl. I S. 1237.

13 Siehe die Legaldefinition in § 3 Nr. 1 EEG.

14 Siehe allgemein dazu Parzefall, NVwZ 2022, 1592; Attendorn, NVwZ 2022, S. 1586 (1588 ff.); Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, S. 1577 (1578 f.); vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 11.08.2022 – 22 A 1492/20, juris Rn. 52 ff.

15 Attendorn, NVwZ 2022, S. 1586 (1589).

16 Siehe oben Fn. 4.

17 Siehe im Einzelnen Scheidler, UPR 2022, S. 321 (323); Kment, NVwZ 2022, S. 1153 (1154).

Das Erreichen der Flächenbeitragswerte bzw. der aus diesen abgeleiteten regionalen oder kommunalen Teilflächenziele nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder Satz 2 WindBG bedarf gem. § 5 WindBG einer förmlichen Feststellung.¹⁸ Dies dient zum einen als Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolge nach dem mit dem Wind-an-Land-Gesetz neu gefassten § 249 BauGB, konkret dessen Absatz 2: Wurde gem. § 5 WindBG das Erreichen des jeweils vorgegebenen Flächenbeitragswertes festgestellt, so richtet sich gem. § 249 Abs. 2 BauGB die Zulässigkeit von Windkraftanlagen außerhalb der Windenergiegebiete nach § 35 Abs. 2 BauGB, d. h. sie sind dann als sonstige Außenbereichsvorhaben deutlich schwerer realisierbar; innerhalb der Gebiete greift die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.¹⁹ Zum anderen ist das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen dieser Feststellung von Bedeutung für die Anwendung des § 26 Abs. 3 BNatSchG (verbunden mit der Frage, inwieweit Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten zulässig sind) sowie für die Anwendung des § 45b Abs. 8 BNatSchG.

III. Änderungen im Artenschutzrecht durch das Vierte BNatSchG-Änderungsgesetz

1. Die artenschutzrechtliche Ausgangssituation

§ 44 BNatSchG enthält umfassende Verbote zum Schutz besonders bzw. streng geschützter Tier- und Pflanzenarten (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 13 bzw. Nr. 14 BNatSchG).²⁰ Der individuenbezogene Tötungsbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist – vorbehaltlich der Ausnahmen in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG – nicht nur bei einer gezielten Tötung erfüllt, sondern auch dann, wenn sich die Tötung als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns erweist. Daher fällt die Errichtung von Anlagen grundsätzlich immer dann darunter, wenn ein direkter Zugriff auf die dort genannten Tiere erfolgt.²¹ Die Möglichkeiten des Ausbaus der Windenergienutzung werden damit durch das Artenschutzrecht reduziert,²² in jedem Fall aber verkompliziert und verzögert, da die artenschutzrechtliche Prüfung ein wesentliches,

18 Siehe dazu auch Kment, NVwZ 2022, S. 1153 (1155); Raschke/Roscher, ZfBR 2022, S. 532 (535); Operhalsky, UPR 2022, S. 337 (338).

19 Ausführlich dazu Scheidler, BauR 2022, S. 1419 (1425 ff.); Operhalsky, UPR 2022, S. 337 (338 f.).

20 Rechtsprechungsübersicht dazu bei Kment, NuR 2020, S. 361.

21 Scheidler, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht (Stand: September 2022), § 6 Rn. 76 m.w.N.

22 SRU (Fn. 1), Tz. 104: „Ausbauhemmnis für die Windenergie“.

zeitintensives und risikobehaftetes Element im Genehmigungsverfahren ist.²³

Vor dieser Ausgangssituation und mit dem Ziel, „Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land zu vereinfachen und zu beschleunigen“, sieht das Vierte BNatSchG-Änderungsgesetz „weiterhin bundeseinheitliche Standards für die in diesem Zusammenhang durchzuführende artenschutzrechtliche Prüfung vor. Es fokussiert dabei insbesondere auf die Signifikanzprüfung nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG sowie auf die Möglichkeit der Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG (neuer § 45b BNatSchG).“²⁴

Die korrekte Anwendung vor allem des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG setzt naturschutzfachliche Beurteilungen voraus, für die in den einschlägigen ökologischen Fachwissenschaften oftmals noch keine allseits anerkannten Maßstäbe und Methoden entwickelt wurden.²⁵ In diesem Zusammenhang hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 23.10.2018 ausgeführt, dass der Gesetzgeber in grundrechtsrelevanten Bereichen der Gesetzgebung der Rechtsanwendung nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in ein fachwissenschaftliches „Erkenntnisvakuum“ übertragen dürfe, das weder Verwaltung noch Gerichte selbst auszufüllen vermögen.²⁶ Insofern ist der neu geschaffene § 45b BNatSchG, der nun bundeseinheitliche Konkretisierungen für die Prüfung des Signifikanzkriteriums enthält, auch als Reaktion des Gesetzgebers auf den BVerfG-Beschluss zu sehen, auf den die Gesetzesbegründung ausdrücklich Bezug nimmt.²⁷

2. Grundsätzlicher Inhalt der Signifikanzprüfung

Vor allem im Zusammenhang mit Windkraftanlagen ging die Rechtsprechung davon aus, dass der Tatbestand des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbots gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nur dann erfüllt ist, wenn sich durch das Vorhaben das Kollisionsrisiko für die geschützten Tiere signifikant erhöht.²⁸ Diese Rechtsprechung findet sich

23 Schober/Calabro, NVwZ 2022, S. 115 (116).

24 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 17.

25 Gellermann, NuR 2022, S. 589 (590).

26 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, NJW 2019, 141 = juris Rn. 24.

27 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 25.

28 Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, NJW 2019, 141 = juris Rn. 32; BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25/17, NuR 2018, 625; BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91 = juris Rn. 132; BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12, BauR 2013, 1828; OVG Münster, Urt. v. 01.03.2021 – 8 A 1183/18, BauR 2021, 1105 = juris Rn. 149; VGH Mannheim, Beschl. v.

zwischenzeitlich in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG, der mit Gesetz vom 15.09.2017²⁹ eingeführt wurde, wieder, woraus in der Literatur – zu Recht – die Schlussfolgerung gezogen wird, dass der Signifikanzansatz nun nur noch im Rahmen des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG zum Tragen kommen kann.³⁰

Eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos erfordert Anhaltspunkte dafür, dass sich dieses Risiko durch den Betrieb der Anlage deutlich steigert; dafür genügt weder, dass einzelne Exemplare etwa durch Kollisionen zu Schaden kommen, noch, dass im Eingriffsbereich überhaupt Exemplare betroffener Arten angetroffen worden sind.³¹ Nicht signifikant erhöht ist das Tötungsrisiko unter anderem dann, wenn sich das durch die Anlage verursachte Kollisionsrisiko in einem Risikobereich bewegt, das dem „allgemeinen Lebensrisiko“ des betroffenen Exemplars – etwa dem Risiko einem Fressfeind zum Opfer zu fallen – entspricht.³²

Ob die Signifikanzschwelle erreicht wird, war bislang im Einzelfall von der zuständigen Behörde zu beurteilen, was oftmals zu Verzögerungen führte, u. a. durch gerichtlich ausgetragene Konflikte.³³ Insofern soll auch § 45b BNatSchG, der ein gestaffeltes System brutplatzbezogener Abstandsvorgaben beinhaltet, die Genehmigungsverfahren vereinfachen und beschleunigen.³⁴

3. Der Normbefehl des § 45b Abs. 1 BNatSchG und dessen Reichweite

§ 45b Abs. 1 BNatSchG ordnet an, dass für die fachliche Beurteilung, ob nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist, die Maßgaben der Absätze 2–5 gelten. Die Reichweite dieses Normbefehls ist in mehrfacher Hinsicht begrenzt,³⁵ worauf auch die Gesetzesbegründung teilweise hinweist.³⁶ So geht es nur um kollisionsge-

20.10.2022 – 14 S 3815/21, juris; siehe auch Wulfert/Lau/Köstermeyer, NuR 2022, S. 441.

29 Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 15.09.2017 (BGBl. I S. 3434).

30 Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (Stand: April 2022), § 44 BNatSchG, Rn. 9.

31 BVerwG, Beschl. v. 07.01.2020 – 4 B 20/19, juris Rn. 5; OVG Münster, Urt. v. 01.03.2021 – 8 A 1183/18, BauR 2021, 1105 = juris Rn. 149.

32 Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, BVerwGE 131, 274 = juris Rn. 91.

33 Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, S. 1577 (1581).

34 Vgl. Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 1 und 17; Zweifel am Beschleunigungspotenzial hegen Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, S. 1577 (1581).

35 Kritisch dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (590).

36 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 25.

fährdete Brutvogelarten im Umfeld ihrer Brutplätze, wohingegen der Umgang mit der betriebsbedingten Kollisionsgefährdung von Ansammlungen bzw. während der Zeiten des Vogelzuges nicht umfasst sind. Nicht erfasst sind auch die nicht minder gefährdeten Fledermäuse.³⁷

Daraus dürfte sich eine Zweispurigkeit der artenschutzrechtlichen Prüfung ergeben: Lediglich für die im Anhang gelisteten Arten greifen die Vereinfachungen des § 45b BNatSchG, wohingegen weitere, nicht erfasste Arten nach den bisherigen Maßstäben bewertet werden müssen.³⁸ Des Weiteren gilt die Norm nur für den „Betrieb“ von Windkraftanlagen, nicht aber für Verstöße gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG im Vorfeld und bei der Errichtung von Windenergieanlagen.³⁹

Zentraler Bezugspunkt der in § 45b Abs. 1–5 BNatSchG enthaltenen Regelungen ist die in Abschnitt 1 der neuen Anlage 1 zum BNatSchG enthaltene Tabelle mit einer abschließenden Auflistung kollisionsgefährdeter und daher insoweit prüfungsrelevanter Brutvogelarten (Anl. 1 Abschn. 1 Tabelle Sp. 1)⁴⁰ sowie hierauf bezogener artspezifischer Prüfabstände (Anl. 1 Tabelle Sp. 2, 3 und 4).⁴¹ Die Tabelle ist ein bundeseinheitlicher Rahmen, welcher der Vereinheitlichung der Prüfung des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsrisikos dient und von dem die Länder nicht abweichen können.⁴² Nur bei einer Betroffenheit der in der Anl. 1 Abschnitt 1 aufgeführten Brutvogelarten ist es den Genehmigungsbehörden aufgegeben, die Überschreitung der Signifikanzschwelle anhand der in § 45b Abs. 2–5 BNatSchG normierten Maßgaben zu beurteilen. Dagegen bleibt es im Übrigen ihre Aufgabe, die Kollisionsempfindlichkeit anderer Brutvögel und deren Kollisionsgefährdung im Einzelnen ohne normative Anleitung unter stetem Einbezug des fachwissenschaftlichen Erkenntnisstands zu beurteilen.⁴³

Ist der Anwendungsbereich des § 45b BNatSchG gemäß dessen Abs. 1 eröffnet, so ist für die weitere Prüfung zu klären, in welchem Abstand sich der Brutplatz zur Windenergieanlage (konkret zu deren Mastfußmittelpunkt⁴⁴) befindet. Abschnitt 1 der An-

lage 1 zu § 45b Abs. 1–5 BNatSchG differenziert insofern nach Nahbereich (Sp. 2), zentralem Prüfbereich (Sp. 3) und erweitertem Prüfbereich (Sp. 4) und legt hierfür, jeweils bezogen auf die unterschiedlichen Brutvogelarten (Sp. 1), die einschlägigen Abstände fest. Diese Differenzierung zwischen Nahbereich, zentralem und erweitertem Prüfbereich liegt auch den Absätzen 2–5 des § 45b NatSchG zugrunde.

4. Das gestaffelte System von § 45b Abs. 2–5 BNatSchG zur Signifikanz

Nach § 45b Abs. 2 BNatSchG gilt, dass das Tötungs- und Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist, wenn zwischen dem Brutplatz einer kollisionsgefährdeten Brutvogelart und der Windenergieanlage ein geringerer Abstand besteht, als in Spalte 2 der Tabelle jeweils artspezifisch als „Nahbereich“ festgelegt ist.⁴⁵ Der Nahbereich um den Brutplatz wird als essentieller Kernbereich des Gesamthabitats von den Tieren mit sehr hoher Frequenz genutzt, so dass der Betrieb einer Windenergieanlage innerhalb dieses Bereichs ein entsprechend hohes Kollisionsrisiko birgt. Dieses Risiko kann bei Brutplätzen im Nahbereich in der Regel auch nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle gesenkt werden.⁴⁶

Nach § 45b Abs. 3 BNatSchG bestehen in der Regel Anhaltspunkte für das Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungs- und Verletzungsrisikos, wenn ein Brutplatz einer kollisionsgefährdeten Brutvogelart zwar weiter von einer Windenergieanlage entfernt liegt als der „Nahbereich“ (Sp. 2 der Tabelle), aber noch innerhalb des in Spalte 3 der Tabelle jeweils artspezifisch festgelegten „zentralen Prüfbereichs“. Diese Regelvermutung kann durch den Einsatz verschiedener Instrumente wie einer Habitatpotentialanalyse, fachlich anerkannter Schutzmaßnahmen oder einer Raumnutzungsanalyse im jeweiligen Einzelfall widerlegt werden.⁴⁷

Sofern ein Brutplatz einer kollisionsgefährdeten Brutvogelart außerhalb des „zentralen Prüfbereichs“ (Sp. 3 der Tabelle), aber noch innerhalb des in Spalte 4 der Tabelle jeweils artspezifisch festgelegten „erweiterten Prüfbereichs“ um die Windenergieanlage liegt, besteht nach § 45b Abs. 4 BNatSchG die Regelvermutung, dass kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt. Etwas Anderes gilt nur, wenn im jeweiligen Einzelfall festzustellen ist, dass die Aufenthaltswahrscheinlichkeit von Exemplaren einer kollisionsgefährdeten Brutvogelart im Gefah-

37 Gellermann, NuR 2022, S. 589 (590).

38 Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, S. 1577 (1581).

39 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 25.

40 Näher dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (591).

41 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 25.

42 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 31.

43 Gellermann, NuR 2022, S. 589 (591).

44 Siehe die Fn. zu Abschn. 1 der Anl. 1.

45 Näher dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (592).

46 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 25.

47 Näher dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (592 f.).

renbereich der Anlage deutlich erhöht ist und die sich dadurch grundsätzlich ergebende signifikante Risikoerhöhung nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen ausgeschlossen werden kann.⁴⁸

Bei Lage von Brutplätzen kollisionsgefährdeter Brutvogelarten außerhalb des jeweiligen äußeren Randes des artspezifischen erweiterten Prüfbereichs ist das Tötungs- und Verletzungsrisiko nach § 45b Abs. 5 BNatSchG nicht signifikant erhöht und Schutzmaßnahmen sind insoweit nicht erforderlich.⁴⁹

5. Schutzmaßnahmen, § 45b Abs. 6 BNatSchG

a) Zumutbarkeit von Schutzmaßnahmen

Durch – in Gestalt von Nebenbestimmungen zur Genehmigung (§ 12 Abs. 1 BImSchG) festzulegende – Schutzmaßnahmen, insbesondere Abschaltzeiten, kann ein Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot möglicherweise verhindert und das Vorhaben gleichwohl genehmigt werden⁵⁰ (vgl. auch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG); so sind über einen längeren Zeitraum andauernde Abschaltzeiten der Windenergieanlagen in der Phase der vollständigen Fortpflanzungszeit (Revierbildungs-, Brut- und Aufzuchtzeit) grundsätzlich geeignet, ein etwaiges Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken.⁵¹ Gemäß § 45b Abs. 6 Satz 1 BNatSchG sind insbesondere die in Anlage 1 Abschnitt 2 genannten als fachliche Schutzmaßnahmen anerkannt.⁵² Dazu gehören auch Abschaltungen, allerdings sind ausweislich der Gesetzesbegründung saisonale und brutzeitbezogene Abschaltungen nicht zulässig.⁵³

§ 45b Abs. 6 Sätze 2–4 BNatSchG regelt die Zumutbarkeit von Schutzmaßnahmen, die die Abschaltung betreffen.⁵⁴ Danach sind Anordnungen von entsprechenden Schutzmaßnahmen auch unter Berücksichtigung von weiteren Schutzmaßnahmen für andere besonders geschützte Arten (beispielsweise für Fledermäuse) unzumutbar, wenn sie bei überdurchschnittlich windhöffigen Standorten den Jahresenergieertrag um mehr als acht Prozent, bei

anderen Standorten um mehr als 6 % verringern. Investitionskosten von Schutzmaßnahmen werden auf die Zumutbarkeit erst ab 17.000 € pro Megawatt angerechnet, da Abschaltungen neben den verringerten Einnahmeverlusten der Betreiber auch volkswirtschaftliche Kosten verursachen und damit stärker ins Gewicht fallen als Investitionskosten.⁵⁵

Bei der Prüfung der Zumutbarkeit von Schutzmaßnahmen ist zu berücksichtigen, dass eine Abschaltung prioritär für gefährdete Arten und für solche Zeiträume anzuordnen ist, in denen die Realisierung des Verbotstatbestandes des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG am wahrscheinlichsten erscheint. Wenn die entsprechende Schwelle der Zumutbarkeit überschritten ist, ist die Erteilung einer Ausnahme zu prüfen.⁵⁶ Die Berechnung zur Feststellung, ob die Zumutbarkeitsschwelle überschritten wird, erfolgt nach Anlage 2. Nach § 45b Abs. 6 Satz 5 BNatSchG können Schutzmaßnahmen, die als unzumutbar gelten, auf Verlangen des Trägers des Vorhabens angeordnet werden.

Der Vorhabenträger kann also die Anordnung von solchen Schutzmaßnahmen verlangen, wenn er trotz der grundsätzlich zunächst unterstellten Unwirtschaftlichkeit ein Interesse an der Realisierung des Vorhabens hat und hierfür keine artenschutzrechtliche Ausnahmeerteilung beantragen will bzw. eine solche nicht in Betracht kommt. Wenn er die Anordnung der Schutzmaßnahmen verlangt und durch diese die Risikoerhöhung hinreichend gemindert wird, kann dann das Vorhaben insoweit auch ohne Ausnahmeerteilung genehmigt werden.⁵⁷

b) Bezug zur Landwirtschaft

Wie soeben (unter a) ausgeführt, sind gem. § 45b Abs. 6 Satz 1 BNatSchG fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen insbesondere die in Anlage 1 Abschnitt 2 genannten. Dazu gehört auch die „Abschaltung bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsereignissen.“ Abschnitt 2 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1–5 BNatSchG beschreibt dies wie folgt:

„Vorübergehende Abschaltung im Falle der Grünlandmahd und Ernte von Feldfrüchten sowie des Pflügens zwischen 1. April und 31. August auf Flächen, die in weniger als 250 Metern Entfernung vom Mastfußmittelpunkt einer Windenergieanlage gelegen sind. Bei Windparks sind in Bezug auf die Ausgestaltung der Maßnahme gegebenenfalls die diesbezüglichen Besonderheiten zu berücksichtigen. Die Abschaltmaß-

48 Näher dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (593).

49 Gellermann, NuR 2022, S. 589 (593) hält die Vorschrift für nicht vereinbar mit Unionsrecht und rät daher dazu, sie im praktischen Vollzug außer Anwendung zu lassen.

50 OVG Münster, Urt. v. 01.03.2021 – 8 A 1183/18, BauR 2021, 1105; OVG Münster, Beschl. v. 02.07.2021 – 8 B 875/21, UPR 2021, S. 396 = NuR 2021, S. 687 = juris Rn. 28 ff.

51 OVG Greifswald, Beschl. v. 05.10.2021 – 1 M 245/21 OVG, ZNER 2021, 660 = juris Rn. 41.

52 Näher dazu Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 32.

53 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 32; kritisch dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (594).

54 Näher dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (594).

55 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 26.

56 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 26.

57 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 26.

nahmen erfolgen von Beginn des Bewirtschaftungsereignisses bis mindestens 24 Stunden nach Beendigung des Bewirtschaftungsereignisses jeweils von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang. Bei für den Artenschutz besonders konflikträchtigen Standorten mit drei Brutvorkommen oder, bei besonders gefährdeten Vogelarten, mit zwei Brutvorkommen ist für mindestens 48 Stunden nach Beendigung des Bewirtschaftungsereignisses jeweils von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang abzuschalten. Die Maßnahme ist unter Berücksichtigung von artspezifischen Verhaltensmustern anzuordnen, insbesondere des von der Windgeschwindigkeit abhängigen Flugverhaltens beim Rotmilan.“

Zur Wirksamkeit ist ausgeführt:

„Die Abschaltung bei Bewirtschaftungsereignissen trägt regelmäßig zur Senkung des Kollisionsrisikos bei und bringt eine übergreifende Vorteilswirkung mit sich. Durch die Abschaltung der Windenergieanlage während und kurz nach dem Bewirtschaftungsereignis wird eine wirksame Reduktion des temporär deutlich erhöhten Kollisionsrisikos erreicht. Die Maßnahme ist insbesondere für Rotmilan und Schwarzmilan, Rohrweihe, Schreiadler sowie für den Weißstorch wirksam.“

c) Kritik

Wenngleich die in Anlage 1 Abschnitt 2 genannten Schutzmaßnahmen nicht abschließend sind („insbesondere“)⁵⁸, sind ausweislich der Gesetzesbegründung saisonale und brutzeitbezogene Abschaltungen nicht zulässig.⁵⁹ Das ist deshalb kritisch zu sehen,⁶⁰ weil die temporäre Abschaltung während der Anwesenheit kollisionsgefährdeter Tiere das wirksamste Instrument zur Verhinderung eines Verstoßes gegen das Verletzungs- und Tötungsverbot ist. So gehören z. B. Nachtabschaltungen zum Schutz von Fledermäusen in der Zeit vom 1. April bis zum 31. Oktober zum behördlichen Standardrepertoire; und in der behördlichen Praxis kommt es auch vor, dass Windenergieanlagen zum Schutz kollisionsgefährdeter Großvögel während der gesamten Brutperiode tagsüber nicht betrieben werden dürfen.⁶¹ Die in Anlage 1 Abschnitt 2 angeführten Abschaltungen beschränken sich dagegen auf – die soeben unter b) dargestellten – Abschaltungen bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsereignissen und die hier nicht näher betrachteten phänologiebedingten Abschaltungen.

ungen.⁶² Das nachweislich wirksame Instrument zur Bewältigung artenschutzrechtlicher Konfliktlagen wird damit unangemessen eingeschränkt.

6. Sonderregelung für Nisthilfen, § 45b Abs. 7 BNatSchG

Brut- und Nistplätze von kollisionsgefährdeten Vogel- und Fledermausarten in der Nähe von Windenergieanlagen rufen regelmäßig artenschutzrechtliche Konflikte hervor. Um zu vermeiden, dass sich bestehende Konflikte verschärfen oder neue Problematiken geschaffen werden,⁶³ sieht § 45b Abs. 7 BNatSchG vor, dass Nisthilfen zu Gunsten dieser Arten nicht in einem Umkreis von 1.500 m um Windenergieanlagen und innerhalb von Gebieten, die in einem Raumordnungsplan oder einem Flächennutzungsplan für die Windenergienutzung ausgewiesen sind, angebracht werden dürfen.

7. Artenschutzrechtliche Ausnahmen für den Betrieb, § 45b Abs. 8 BNatSchG

a) Die Ausnahmebestimmung des § 45 Abs. 7 BNatSchG

Nach § 45 Abs. 7 BNatSchG können – unter Beachtung der Voraussetzungen in den Sätzen 2 und 3 – von den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG im Einzelfall weitere Ausnahmen zugelassen werden; Satz 1 benennt hierzu vier Fallkonstellationen, von denen im Anlagenzulassungsrecht vor allem Nr. 4 (im Interesse der öffentlichen Sicherheit) und Nr. 5 (aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art) von Bedeutung sind. Gemäß § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG darf eine Ausnahme nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtert.⁶⁴

b) Konkretisierungen und Modifizierungen durch § 45b Abs. 8 und 9 BNatSchG

Im Hinblick auf den *Betrieb* von Windkraftanlagen (also nicht die Errichtung)⁶⁵ gilt gemäß § 45b Abs. 8 BNatSchG die Ausnahmevorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG mit den Maßgaben, die in § 45b Abs. 8 Nr. 1–6 BNatSchG benannt sind:

58 Siehe auch Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 32.

59 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 32.

60 Siehe dazu im Einzelnen Gellermann, NuR 2022, S. 589 (593).

61 Gellermann, NuR 2022, S. 589 (593).

62 Dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (593).

63 So die Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 26.

64 Näher dazu Wulfert/Lau/Köstermeyer, NuR 2022, S. 441 (448).

65 Gellermann, NuR 2022, S. 589 (594).

Bis zum Inkrafttreten des § 45b BNatSchG am 29.07.2022 war zweifelhaft, ob Windkraftanlagen unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit bzw. des überwiegenden öffentlichen Interesses einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Nr. 4 bzw. 5 BNatSchG zugänglich sind.⁶⁶ Nunmehr legt § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG für die Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG ausdrücklich fest, dass der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient. Damit soll die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung für den Betrieb von Windenergieanlagen erleichtert und rechtssicher gestaltet werden.⁶⁷ § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG ist zusammen mit dem neuen, eine Abwägungsdi- rektive enthaltenden § 2 EEG (dazu oben II.1.) zu lesen,⁶⁸ der in Satz 2 auch besagt, dass die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden sollen, solange nicht die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausneutral ist.⁶⁹ Allerdings verschafft auch § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG der Windkraftnutzung keinen absoluten Vorrang, sondern es bedarf stets einer Abwägung.⁷⁰

Weitere Modifizierungen bei der Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG im Hinblick auf den Betrieb von Windkraftanlagen, namentlich hinsichtlich der Frage der Zumutbarkeit von Standortalternativen (§ 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG) stellen darauf ab, ob der geplante Standort in einem Windenergiegebiet nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) liegt (§ 45b Abs. 8 Nr. 2 und 3 BNatSchG).⁷¹ § 45b Abs. 8 Nr. 4 und 5 BNatSchG treffen Aussagen zu der ebenfalls in § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG genannten Voraussetzung, dass sich der

Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtern darf.⁷²

Während die Zulassung von Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG grundsätzlich im Ermessen der Behörde steht, normiert § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG, dass bei Windkraftanlagen eine Ausnahme von den Verboten des § 44 BNatSchG zu erteilen ist, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Demnach kommt der zuständigen Behörde kein Versagungsersuchen zu. Es besteht somit ein Anspruch der Antragsteller auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung.⁷³

§ 45b Abs. 9 BNatSchG trifft eine Regelung zum so genannten „Basisschutz“ in Fällen, in denen für den Betrieb einer Windenergieanlage eine Ausnahme nach § 45 Satz 7 Satz 1–3 BNatSchG erteilt wird.⁷⁴ In solchen Fällen dürfen danach weiterhin fachlich anerkannte, abschaltungsbezogene Schutzmaßnahmen für die in Anlage 1 Abschnitt 1 genannten Brutvogelarten getroffen werden.⁷⁵ Diese dürfen aber unter Berücksichtigung weiterer Schutzmaßnahmen auch für andere besonders geschützte Arten nur insoweit angeordnet werden, als sie den Jahresenergieertrag nicht um mehr als sechs Prozent an besonders windreichen Standorten und an sonstigen Standorten nicht um mehr als vier Prozent verringern. Die Berechnung zur Feststellung, ob bzw. wann diese Schwelle überschritten wird, erfolgt nach Anlage 2.

8. Besonderheiten bei Repowering von Windenergieanlagen, § 45c BNatSchG

Der durch Gesetz vom 18.08.2021⁷⁶ mit Wirkung zum 31.08.2021 neu in das BImSchG eingefügte § 16b BImSchG, der auf die Modernisierung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien Anwendung findet und damit nicht nur für Windenergieanlagen gilt, enthält erleichterte Genehmigungsvoraussetzungen beim Repowe-

66 Dafür: HessVGH, Beschl. v. 06.01.2020 – 9 B 1876/18, juris Rn. 19; VG Darmstadt, Beschl. v. 24.08.2018, ZNER 2020, 162 = juris Rn. 167 ff.; Hofmann, NuR 2021, 217 (225); a.A. VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020, ZNER 2020, 169 = juris Rn. 116 ff.

67 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 26.

68 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 26; siehe auch Attendorn, NVwZ 2022, S. 1586 (1590), der § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG als eine gegenüber § 2 Satz 1 EEG deklaratorische Regelung bezeichnet; ähnlich Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, S. 1577 (1579).

69 Siehe dazu auch Attendorn, NVwZ 2022, 1586 (1590), demzufolge § 2 Satz 2 EEG nicht durch § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG abgedungen wird.

70 Gellermann, NuR 2022, S. 589 (595); siehe auch Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 27.

71 Näher dazu Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 27; Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, 1577 (1582); Gellermann, NuR 2022, S. 589 (595).

72 Näher dazu Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 27; Gellermann, NuR 2022, S. 589 (595 f.).

73 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 28; Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, S. 1577 (1580).

74 Kritisch dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (596).

75 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 28.

76 Gesetz zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung) für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz vom 18.08.2021, BGBl. I S. 3901; dazu BT-Drucks. 19/27672.

ring.⁷⁷ In der bis zum 28.07.2022 geltenden Fassung hatte § 16b BImSchG in seinem Abs. 4 auch Regelungen zur artenschutzrechtlichen Prüfung enthalten. Das Vierte BNatSchG-Änderungsgesetz hebt § 16b Abs. 4 BImSchG auf (Art. 2) und überführt ihn – unter Vornahme bestimmter Präzisierungen – in das BNatSchG,⁷⁸ wo nun § 45c BNatSchG Regelungen für das Repowering von Windenergieanlagen trifft.

Im Vergleich zu § 16b Abs. 2 Satz 2 BImSchG ist der Anwendungsbereich insofern weiter, als dass die Ersetzung der Bestandsanlage innerhalb von 48 Monaten (statt nur 24 Monaten) erfolgen kann und dass der Abstand zwischen alter und neuer Anlage das Fünffache der gesamten neuen Anlage betragen kann (statt das Zweifache). Dies soll eine größere Flexibilität bei der Anwendung der Repowering-Vorschriften im Fall eines vollständigen Austausches von Bestandsanlagen gewährleisten.⁷⁹

Wie vormals § 16b Abs. 4 Satz 2 BImSchG a.F. bestimmt nun § 45c Abs. 2 Satz 2 BNatSchG, dass die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlagen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden müssen. Dies präzisierend führt § 45c Abs. 2 Satz 3 BNatSchG beispielhaft Kriterien an, auf deren Grundlage dies erfolgt.⁸⁰ „Die eigentliche Kernaussage“⁸¹ findet sich in § 45c Abs. 2 Satz 4 BNatSchG, der – über § 16b Abs. 4 BImSchG a.F. hinausgehend – vorsieht, dass die Signifikanzschwelle in der Regel nicht überschritten wird, wenn die artenschutzrechtlichen Auswirkungen der Neuanlage geringer als oder gleich sind wie die der Bestandsanlage, es sei denn, der Standort liegt in einem besonders sensiblen Natura 2000-Gebiet. Damit wird eine Überschreitung der Signifikanzschwelle regelhaft für unbedenklich erklärt, wenn schon der Betrieb der Bestandsanlage das Kollisionsrisiko in deutlich spürbarer Weise erhöhte. Im Vergleich zur alten Rechtslage stellt dies eine Absenkung des artenschutzrechtlichen Schutzstandards dar.⁸²

Mit § 45c Abs. 3 BNatSchG werden die Inhalte des bisherigen § 16b Abs. 4 Satz 3 BImSchG in das Bundesnaturschutzgesetz übertragen. Danach ist

bei der Festsetzung einer Kompensation aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistete Kompensation abzuziehen. § 45c Abs. 4 BNatSchG enthält gegenüber der Regelung in § 45b Abs. 8 Nr. 2 und 3 BNatSchG die „weitergehende Privilegierung“⁸³, dass bei einem Repowering für die Alternativenprüfung bei einer artenschutzrechtlichen Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 Satz 2 die Maßgabe gilt, dass Standortalternativen in der Regel nicht zumutbar sind, falls nicht der Standort in einem besonders sensiblen Gebiet liegt.⁸⁴

9. Nationale Artenhilfsprogramme, § 45d BNatSchG

§ 45d BNatSchG trifft Aussagen zur Aufstellung nationaler Artenhilfsprogramme zum dauerhaften Schutz insbesondere der durch den Ausbau der erneuerbaren Energien betroffenen Arten (Abs. 1) und eine Regelung zur Beteiligung von Vorhabenträgern an der Finanzierung solcher Programme, wenn Anlagenbetreiber aufgrund der neuen Vorschriften in den Genuss einer artenschutzrechtlichen Ausnahme gelangen.⁸⁵

IV. Zusammenfassung und Bewertung

Deutschland besteht zu überwiegenden Teilen aus Landschaften, in denen flächenmäßig der Anteil landwirtschaftlicher Nutzungen (Acker, Grünland und Sonderkulturen) mehr als 50 Prozent beträgt, sog. Agrarlandschaften.⁸⁶ Ein Ausbau der Windenergienutzung ist daher zwingend auf die Landwirtschaft angewiesen, für die dies umgekehrt die Chance darstellt, sich durch Verpachtung von Flächen zusätzliche Einnahmequellen zu erschließen. Vor allem durch das Wind-an-Land-Gesetz und durch das Vierte BNatSchG-Änderungsgesetz will der Gesetzgeber den Ausbau der Windenergie vorantreiben, wofür angesichts der Klimakrise und des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine eine doppelte Dringlichkeit bestehe.⁸⁷

Mit den in diesem Beitrag betrachteten Änderungen im Artenschutzrecht fokussiert der Gesetzgeber

77 Näher dazu Dietrich, ZNER 2021, 539.

78 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 33.

79 Ausschussbericht, BT-Drucks. 20/2658, S. 13; kritisch dazu Gellermann, NuR 2022, S. 589 (596).

80 Näher dazu Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 29.

81 So Gellermann, NuR 2022, S. 589 (597) mit deutlicher Kritik an § 45c Abs. 2 Satz 4 BNatSchG.

82 Gellermann, NuR 2022, S. 589 (597), der § 45c Abs. 2 Satz 4 BNatSchG – mit dezidierter Begründung – als unionsrechtswidrig erachtet.

83 So die Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 29.

84 Auch insofern nimmt Gellermann, NuR 2022, S. 589 (597) einen Verstoß gegen Unionsrecht an.

85 Näher dazu Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 29f.; Gellermann, NuR 2022, S. 589 (597 ff.).

86 Möckel/Baake/Bartkowski/Henn/Strauch/Stubenrauch, NuR 2022, S. 611.

87 Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drucks. 20/2354, S. 1.

u. a. auf die Signifikanzprüfung nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG. Ob die Signifikanzschwelle erreicht wird, war bislang im Einzelfall von der zuständigen Behörde zu beurteilen, was oftmals zu Verzögerungen führte, u. a. durch gerichtlich ausgetragene Konflikte. Insofern soll § 45b BNatSchG, der ein gestaffeltes System brutplatzbezogener Abstandsvorgaben beinhaltet, die Genehmigungsverfahren vereinfachen und beschleunigen. Außerdem enthält § 45b BNatSchG Präzisierungen und Modifizierungen der Ausnahmvorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG. § 45c BNatSchG enthält Erleichterungen im Hinblick auf Repowering.

So anerkennenswert das Bestreben, Treibhausgasneutralität zu erreichen, auch sein mag, der nun eingeschlagene Weg der Bundesregierung ist insofern

kritikwürdig, als dass er zu einseitig und pauschal für das gesamte Bundesgebiet auf den Ausbau der Windenergienutzung setzt, ohne regionalen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Vorzugswürdig wäre es gewesen, den Entscheidungsträgern vor Ort (insbesondere kommunalen Gremien) die Möglichkeit zu belassen, die Ziele der Energiewende auch auf andere Weise zu erreichen, indem sie ausgehend von den regionalen Gegebenheiten flexibel bestimmen können, mit welchen Mitteln diese Ziele verfolgt werden sollen, z. B. durch verstärktes Setzen auf Photovoltaik, Biogas, Wasserkraft etc. Speziell die artenschutzrechtlichen Änderungen lassen zudem Zweifel an der Europarechtskonformität und an ihrem Beschleunigungspotential aufkommen.

Bericht aus Brüssel: Klima und Umweltschutz – aktuelle EU-Gesetzgebungsinitiativen und Landwirtschaft

Prof. Dr. Rudolf Mögele, Brüssel, und MdEP Ulrike Müller, Kempten/Brüssel

I. Politischer Rahmen

Nach Verabschiedung der GAP-Reform im Dezember 2021 hat sich der Schwerpunkt der agrarrelevanten Gesetzgebungsaktivitäten der EU vom Förder- auf das Fachrecht verlagert. Dabei geht es in erster Linie um die von der Kommission im Rahmen des Europäischen Green Deals¹ dem Europäischen Parlament und dem Rat vorgelegten Vorschläge. Im Hinblick auf den Klimaschutz bezwecken sie insbesondere die Anpassung der europäischen Gesetzgebung an die ehrgeizigeren Klimaschutzziele, wie sie durch das Europäische Klimagesetz² im Juni 2021 formuliert wurden. Danach sollen die Nettotreibhausgasemissionen der Union bis 2030 gegenüber dem Stand von 1990 um 55 % gesenkt³ und ab 2050 Klimaneutralität erreicht werden.⁴ Was den Umweltschutz angeht, ist angestrebt, die von der Kommission in ihrer „Farm-to-Fork“-Strategie⁵ und in ihrer Biodiversitätsstrate-

gie⁶ postulierten Ziele und Anforderungen in rechtlich bindende Verpflichtungen zu überführen.

Die Vorschläge der Kommission betreffen bei Weitem nicht nur die Landwirtschaft, enthalten jedoch eine Reihe für den Agrarsektor wichtiger Elemente, auf deren Darstellung sich dieser Beitrag beschränken wird. Zwar ist gegenwärtig noch keines der betreffenden Gesetzgebungsverfahren definitiv abgeschlossen. In einigen Fällen wurden jedoch bereits politische Einigungen erzielt, die jetzt für die formale Beschlussfassung vorbereitet werden.

II. Klimapolitik

Im Bereich der Klimapolitik legte die Kommission im Juli 2021 Europäischem Parlament und Rat parallel zu ihrer „Fit for 55“-Mitteilung⁷ ein umfangreiches Vorschlagspaket vor. Dessen Hauptziel besteht darin, die bestehende Klimaschutzgesetzgebung der Union auf die Erreichung der im Europäischen Klimagesetz ausgewiesenen Reduktionsziele auszurichten. Mit Blick auf den Agrarbereich geht es dabei zum einen um zwei klimapolitische „Kernverordnungen“ (Landnutzung und Forstwirtschaft, Lastenteilung), zum anderen um den Bereich erneuerbare Energien und ein neuartiges CO₂-Grenzausgleichssystem.

1 Der europäische Grüne Deal, Mitteilung der Kommission vom 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

2 Verordnung (EU) 2021/1119 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), ABl. 2021 L 243/1.

3 Art. 4 Abs. 1 VO (EU) 2021/1119.

4 Art. 2 Abs. 1 VO (EU) 2021/1119.

5 „Vom Hof auf den Tisch“ – eine Strategie für ein faires, gesundes und umweltfreundliches Lebensmittelsystem, Mitteilung der Kommission vom 20.05.2020, COM(2020) 381 final.

6 EU-Biodiversitätsstrategie für 2030 – Mehr Raum für die Natur in unserem Leben, Mitteilung der Kommission vom 20.05.2020, COM(2020) 380 final.

7 „Fit für 55“: auf dem Weg zur Klimaneutralität – Umsetzung des EU-Klimaziels für 2030, Mitteilung der Kommission vom 14.07.2021, COM(2021) 550 final.