

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Per beA

Per E-Mail: a.alvensleben@lrasha.de

Landratsamt Schwäbisch-Hall
- Bau- und Umweltamt –
Münzstraße 1
74523 Schwäbisch-Hall

Dr. Dana Kupke*
Dr. Christoph Richter
Christian Falke*
Antje Böhlmann-Balan
Dr. Manuela Herms
Dr. Peter Sittig-Behm
Peter Rauschenbach
Helena Lajer*
Dr. Julia Rauschenbach
Lena Dziemballa

* *Fachanwältin/-anwalt für Verwaltungsrecht*

Unser Zeichen
00090/18 Fl/Pö

Ihr Zeichen

Ihr Sachbearbeiter
Christian Falke
falke@prometheus-recht.de

Datum
Leipzig, 23.04.2024

EE Bürgerenergie Braunsbach GmbH & Co. KG wg. WEA ORL-6

Hier: Ergänzendes Verfahren für die Erteilung einer Änderungsgenehmigung zur Erweiterung der Betriebszeiten der WEA ORL-6 für den Tagbetrieb in der Zeit vom 16.09 bis 15.11 eines jeden Jahres

Antrag auf Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 i.V.m. § 45b Abs. 8 BNatSchG für die Betriebserweiterung der WEA ORL-6

Sehr geehrte Frau Alvensleben,
sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbenannter Angelegenheit kommen wir namens und im Auftrag unserer Mandantschaft im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Betriebserweiterung für den Tagbetrieb der WEA OL-6 für die Zeit vom 16.09 bis 15.11 eines jeden Jahres zurück auf unsere Ankündigung im Schriftsatz vom 18.08.2023 und beantragen hiermit nochmals ausdrücklich und höchst vorsorglich die Erteilung einer

Artenschutzrechtlichen Ausnahme gemäß § 45 Abs.7 i.V.m. § 45b Abs. 8 BNatSchG von dem Tötungsverbot gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für den beantragten Tagbetrieb der WEA ORL-6 vom 16.09 bis 15.11 eines jeden Jahres in der Zeit von einer Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang auf dem Flst. 940 der

Gemarkung Jungholzhausen, Gemeinde Braunsbach in Hinblick auf die Art Rotmilan.

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 i.V.m. § 45b Abs. 8 BNatSchG zur Erweiterung des Betriebes der Windenergieanlage WEA ORL-6 liegen vor, sodass die artenschutzrechtliche Ausnahme zu erteilen ist (dazu sogleich ausführlich unter B.).

A. Sachverhalt

Die Antragstellerin hat mit Bescheid vom 08.02.2016 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Vollbetrieb der Windenergieanlage WEA ORL-6 erhalten. Nach Erhalt der Genehmigung wurde infolge von Drittwidersprüchen ein Teilverzicht auf den Tagbetrieb von Frühling bis Herbst erklärt. Die Windenergieanlage wurde daher zunächst in der Zeit vom 15.02 bis 15.11 eines jeden Jahres von einer Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang nicht betrieben.

Mit Antrag vom 01.09.2021 beantragte die Antragstellerin daraufhin eine Änderungsgenehmigung zur Genehmigung zur Erweiterung des Betriebes auf den Zeitraum vom 16.09 bis 15.11 eines jeden Jahres von einer Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang. Der Antragstellerin wurde die Änderungsgenehmigung mit Bescheid vom 10.11.2021 erteilt.

Der Naturschutzbund Deutschland (NABU), Landesverband Baden-Württemberg, erhob daraufhin Widerspruch gegen die Änderungsgenehmigung und stellt einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim VGH Mannheim, der jedoch mit Beschluss v. 28.10.2022 abgelehnt wurde.

In der Zwischenzeit beantragte die Antragstellerin im laufenden Widerspruchverfahren mit Antrag vom 25.08.2023 freiwillig die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung. Der NABU erhob schließlich Untätigkeitsklage zum VGH Mannheim, welche mit Bescheid v. 11.01.2024 zunächst für zwölf Monate zur Durchführung des Vorverfahrens einschließlich des ergänzenden Verfahrens aussetzte.

Im nunmehr ergänzenden Verfahren wird höchst vorsorglich auch die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme für die Teilbetriebserweiterung beantragt, für den Fall, dass die Genehmigungsbehörde wider Erwarten davon ausgeht, dass von dem Betrieb der WEA ORL-6 im Zeitraum vom 16.09 bis 15.11 ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für die Rastvogelfauna (vorliegend die Art Rotmilan) ausgeht.

Im Rahmen der durchgeführten Rastvogeluntersuchung konnten zwar Rotmilane während der Zeitspanne, die die beantragte Betriebserweiterung erfasst, im Gebiet nachgewiesen werden. Jedoch hat der Fachgutachter hierzu festgestellt:

„In der für die Betriebserweiterung vorgesehenen Zeitspanne sind vom Rotmilan überwiegend Einzeltiere gezählt worden, die sich diffus über das gesamte Untersuchungsgebiet verteilten (Und vornehmlich der lokalen Brutpopulation entstammen dürften). Trupps mit mehr als vier Tieren waren selten und wurden ausschließlich an zwei Tagen (jeweils 5 bzw. 6 Individuen) beobachtet.

[...]

Anhand der grafischen Darstellung wird die nahezu gleichförmige Verteilung der einzelnen Nachweise ersichtlich, aus denen sich gerade kein Schwerpunkt vorkommen im Einwirkungsbereich der WEA ORL-6 ableiten lässt.

Das impliziert, dass sich aus den verteilten Nachweisen, die in ähnlicher Form landesübergreifend festzustellen sind, explizit kein Schlagrisiko ableiten lässt, welches über dem normalen Lebensrisiko liegt. Eine solch signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos lässt sich in den Zeiträumen der geplanten Betriebserweiterung nur für jede Bereiche erwarten, in denen die Landschaftsausstattung zu einem verkehrten Rasten der Vögel führt oder sich Schlafplätze von windkraftsensiblen Vögeln finden lassen. Ein vermehrtes Rasten oder Schlafplätze konnten im 2 km Einwirkungsbereich der WEA nicht nachgewiesen werden. [...]"

- Ökologie & Stadtentwicklung Peter C. Beck: Allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls gemäß UVPG § 9 UVP-Pflicht bei Änderungsvorhaben, 25.03.2021, dort S. 15 ff. –

Da auf der Grundlage der erhobenen Daten ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan als Rastvogel in der beantragten Betriebszeit gerade nicht

anzunehmen, erfolgt die Beantragung der artenschutzrechtlichen Ausnahme nachfolgend höchst vorsorglich und damit nur für den Fall, dass die Genehmigungsbehörde wider Erwarten zu dem Ergebnis gelangt, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan und mithin eine Erfüllung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bei Betrieb der WEA ORL-6 in der Zeit vom 16.09 bis 15.11 tags zu erwarten ist:

B. Anspruch auf Erteilung der artenschutzrechtlichen Ausnahme

Die Antragstellerin hat einen Anspruch auf Erteilung der *vorsorglich* beantragten artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45b Abs. 7 i.V.m. § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG, da die Voraussetzungen für die Erteilung der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 i.V.m. § 45b Abs. 8 BNatSchG für die beantragte Betriebsenerweiterung der ORL-6 vom 16.09 bis 15.11 in der Zeit von eine Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang vorliegen.

Gem. § 45 Abs. 7 i.V.m. § 45b Abs. 8 BNatSchG hat die zuständige Behörde von den Verboten des § 44 BNatSchG im Einzelfall eine Ausnahme zuzulassen, wenn zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses dies gebieten, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG (nachfolgend unter **Ziff. I.**) oder die Erteilung einer Ausnahme im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegt, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG (unter **Ziff. II.**). Weitere Voraussetzung ist, dass eine zumutbare Alternative fehlt (unter **Ziff. III.**) und sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtern wird (unter **Ziff. IV.**). Da die Ausnahmeveraussetzungen vorliegen, handelt es sich bei der Erteilung der Ausnahme vom Tötungsverbot gem. § 45b Abs. 8 BNatSchG um eine gebundene Entscheidung, sodass die Vorhabenträgerin einen Anspruch auf Erteilung der artenschutzrechtlichen Ausnahme, § 45 Abs. 7 i.V.m. § 45b Abs. 8 BNatSchG (unter **Ziff. V.**)

Im Einzelnen:

I. Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gebieten Erteilen der Ausnahme, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG

Die (höchst vorsorgliche) Erteilung einer Ausnahme vom den einschlägigen artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten betreffend die Art Rotmilan für die

Teilbetriebserweiterung der WEA ORL-6 ist gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses (einschließlich solcher wirtschaftlicher oder sozialer Art) gerechtfertigt.

Gem. § 45b Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BNatSchG gilt bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG, dass der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegt.

Die nunmehr vom Gesetzgeber in das Bundesnaturschutzgesetz aufgenommene Vorschrift verweist auf die besondere Bedeutung des öffentlichen Interesses an der Windkraftnutzung, dem die Behörden im Rahmen der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG Rechnung zu tragen haben.

- Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 100. EL Januar 2023, § 45b Rn. 42; vgl. auch: Gläß, in: BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), 67. Edition, Stand: 01.07.2023, § 45b Rn. 20 -

Ungeachtet der nunmehr in § 45b Abs. 7 BNatSchG geschaffenen Klarstellung lag der Ausbau der Windenergienutzung auch bisher im überwiegenden öffentlichen Interesse. So stellt auch der Gesetzgeber klar, die Vorschrift des § 45b Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BNatSchG zusammen mit § 2 EEG 2023 zu lesen ist.

Daran, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zum Ausbau erneuerbarer Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegen, bestand jedenfalls **nach der gesetzgeberischen Grundentscheidung** in § 2 EEG kein Zweifel mehr.

So ergibt sich aus § 2 S. 1 EEG 2023:

„Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit.“

Der deutsche Gesetzgeber hat damit die Diskussion darüber, ob für die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses sprechen, endgültig beendet. Dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen, ist

nunmehr gesetzlich festgeschrieben.

Jede andere Betrachtungsweise wäre damit schlicht gesetzeswidrig.

Das hat auch das OVG Münster zutreffend festgestellt:

„Ein Ausnahmegrund besteht nach § 45 Abs. 7 Satz 1 i. V. m. § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG. Danach liegt der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit. Nichts anderes besagt § 2 Satz 1 EEG in der seit dem 29. Juli 2022 geltenden Fassung (BGBl. I, Seite 1237), wonach die Errichtung und der Betrieb u. a. von Windenergieanlagen (§ 3 Nr. 1 EEG) sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen.“

- OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 (22 A 1184/18), Rn. 358, juris -

Weiterhin ist auf europäischer Ebene ebenfalls die gesetzgeberische Grundentscheidung getroffen worden, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen.

Konkret heißt es in Art. 3 Abs. 1 der EU NotfallVO (2022/2577):

„Für die Zwecke des Artikels 6 Absatz 4 und des Artikels 16 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 92/43/EWG des Rates (5), des Artikels 4 Absatz 7 der Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (6) und des Artikels 9 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (7) wird bei der Abwägung rechtlicher Interessen im Einzelfall angenommen, dass die Planung, der Bau und der Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen sowie ihr Netzanschluss, das betreffende Netz selbst und die Speicheranlagen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen.“

- Hevorheb. d. Unterz. -

Nicht nur auf nationaler, auch auf europäischer Ebene ist damit unmissverständlich klargestellt, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen.

Hinzu kommt noch, dass den Belangen erneuerbarer Energien zugleich ein zeitlich beschränkter Abwägungsvorrang eingeräumt worden ist.

Im Wortlaut des § 2 S. 1 EEG 2023 ist konkret die Rede davon, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, die der Erzeugung erneuerbarer Energien dienen, im „überragenden“ öffentlichen Interesse liegen. Bereits der Wortlaut zwingt also zu dem Schluss, dass sich die Belange erneuerbarer Energien im Rahmen einer Abwägung gegen etwaig widerstreitende Belange (insbesondere auch das Natur- bzw. Artenschutz) durchsetzen müssen, wenn nicht ein begründeter Ausnahmefall vorliegt.

Das stützend führt der in Kraft getretene Gesetzesentwurf der Bundesregierung konkret aus:

*„Die Definition der erneuerbaren Energien als im überragenden öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit dienend muss im Fall einer Abwägung dazu führen, dass das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden muss. Die erneuerbaren Energien müssen daher nach § 2 Satz 2 EEG 2021 bis zum Erreichen der Treibhausgasneutralität als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung eingebracht werden. **Konkret sollen die erneuerbaren Energien damit im Rahmen von Abwägungsentscheidungen** u.a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht **nur in Ausnahmefällen überwunden werden**. Besonders im planungsrechtlichen Außenbereich, wenn keine Ausschlussplanung erfolgt ist, muss dem Vorrang der erneuerbaren Energien bei der Schutzgüterabwägungen Rechnung getragen werden. **Öffentliche Interessen** können in diesem Fall den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes **nur dann entgegenstehen oder sie im Einzelfall überwiegen, wenn sie mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind** oder einen*

gleichwertigen Rang besitzen. Im planungsrechtlichen Außenbereich mit Ausschlussplanung ist regelmäßig bereits eine Abwägung zugunsten der erneuerbaren Energien erfolgt.“

- Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weitere Maßnahmen im Stromsektor, vom 02.05.2022, BT Drs. 20/1630, S. 158, Hervorheb. d. Unterz.-

Klar und unmissverständlich tritt damit hervor, dass sich die Belange der erneuerbaren Energien nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers im Rahmen einer Abwägung gegen widerstreitende Belange durchsetzen sollen. Nur in Ausnahmefällen soll die Schutzgüterabwägung noch zulasten der Belange erneuerbarer Energien ausfallen können.

Diesem Abwägungsvorrang verleiht auch die am 22.12.2022 in Kraft getretene Notfallverordnung des Rates der Europäischen Union (2022/2577) zur Festlegung eines Rahmens für den beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien in besonderem Maße Ausdruck. Denn damit hat der Rat der Europäischen Union nunmehr auch einen unionsrechtlichen Abwägungsvorrang der Belange für den Ausbau erneuerbarer Energien festgeschrieben.

Konkret folgt aus Art. 3 des Verordnung EU 2022/2577 des Rates zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien (sog. EU-NotfallVO), der in Deutschland unmittelbar Geltung beansprucht:

„Artikel 3

Überwiegendes öffentliches Interesse

(1) Für die Zwecke des Artikels 6 Absatz 4 und des Artikels 16 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 92/43/EWG des Rates⁵, des Artikels 4 Absatz 7 der Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates⁶ und des Artikels 9 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates⁷ wird bei der Abwägung rechtlicher Interessen im Einzelfall angenommen,

(2) dass die Planung, der Bau und der Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen sowie ihr Netzanschluss, das betreffende Netz selbst und die Speicheranlagen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen. Die Mitgliedstaaten können die Anwendung dieser Bestimmungen im Einklang mit den Prioritäten ihrer integrierten nationalen Energie- und Klimapläne auf bestimmte Teile ihres Hoheitsgebiets sowie auf bestimmte Arten von Technologien oder Projekten mit bestimmten technischen Eigenschaften beschränken.

-<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2577&qid=1675410995780&from=EN#d1e329-36-1>-

Die Verordnung auf EU-Ebene zeigt, dass das überwiegende öffentliche Interesse am schnellstmöglichen Ausbau erneuerbaren Energien allgegenwärtig ist und dem Ausbau erneuerbaren Energien bei jeder Entscheidung, die auf einer Seite die Verhinderung eines Vorhabens der erneuerbaren Energien und auf der anderen die Umsetzung eines anderen Belangs aufweist, Priorität zuzumessen ist.

Festzuhalten ist mithin, dass zum einen auf nationaler wie auch auf europäischer Ebene schlicht gesetzlich festgeschrieben ist, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen. Zusätzlich dazu haben der deutsche und auch der europäische Gesetzgeber einen Abwägungsvorrang der Belange erneuerbarer Energien gesetzlich verankert und somit auch keinen Zweifel daran gelassen, dass sich die Belange erneuerbarer Energien auch im Rahmen einer Abwägung durchsetzen müssen.

Es ist mithin gesetzlich vorgegeben, dass für die gegenständliche Erteilung einer naturschutzrechtlichen Ausnahme zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses i.S.v. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG vorliegen.

II. Interessen der öffentlichen Sicherheit gebieten Ausnahme, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG

Die Erteilung einer Ausnahme vom Tötungsverbot betreffend die Art Rotmilan ist gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG auch deshalb zuzulassen, weil sie im Interesse der öffentlichen Sicherheit nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 Var.2 BNatSchG liegt.

Gem. § 45b Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BNatSchG gilt bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG, dass der Betrieb von Windenergieanlagen der öffentlichen Sicherheit dient.

- Gläß, in: BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), 67. Edition, Stand: 01.07.2023, § 45b Rn. 20; Vgl. auch die Gesetzesbegründung: BT-Drs. 20/2354, S.

26-27 -

Dass die Errichtung und der Betrieb der Windenergieanlage mithin der öffentlichen Sicherheit dienen, ist damit bei der Erteilung der artenschutzrechtlichen Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG zu unterstellen. Bereits vor der Schaffung des § 45b Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BNatSchG stand jedoch auch insoweit schon fest, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen der öffentlichen Sicherheit dienen:

„Dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit werden – in Anlehnung an die Überlegungen des Gerichtshofs zum entsprechenden Begriff in Art. 30 EGV aF – Maßnahmen unterfallen, die der Existenzsicherung des Staates und der Bekämpfung von Gewaltanwendung (im Inneren oder von außen) dienen (vgl. EuGH Slg. 1984, 2727, Rn. 34; Slg. 1991, I-4621, Rn. 22).“

- Landmann/Rohmer UmweltR/Gellermann, 99. EL September 2022, BNatSchG §

34 Rn. 46 -

Dass auch Projekte der Windenergienutzung der Existenzsicherung des Staates dienen und dementsprechend im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegen, wird auf nationaler Ebene durch § 2 S. 1 EEG 2023 und auf europäischer Ebene durch Art. 3 Abs. 1 EU NotfallVO (2022/2577) gesetzlich festgeschrieben.

Der Wortlaut von § 2 S. 1 EEG wie auch von Art. 3 Abs. 1 EU NotfallVO (2022/2577) ist in dieser Hinsicht eindeutig.

Unterstrichen wird die klare Botschaft des Wortlautes des § 2 S. 1 EEG 2023 nur noch durch die dazugehörige Gesetzesbegründung. Dort heißt es:

„Energiesouveränität ist zu einer Frage der nationalen und europäischen Sicherheit geworden. Die mit diesem Gesetz forcierte Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien ist daher auch in Anbetracht der aktuellen Krise in Europa geopolitisch und ökonomisch geboten.“

- Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weitere Maßnahmen im Stromsektor, vom 02.05.2022, BT Drs. 20/1630, S. 1 f. -

Spätestens seit dem russischen Angriffskrieg auf die Ukraine kann also kein vernünftiger Zweifel mehr daran bestehen, dass der Ausbau erneuerbarer Energien nicht mehr allein eine Frage des Klimaschutzes ist, sondern vielmehr Teil der öffentlichen Sicherheit sein muss. Denn nur ein massiver Ausbau erneuerbarer Energien kann die Abhängigkeit von Energieimporten langfristig verringern.

Der guten Ordnung halber weisen wir zudem daraufhin, dass die Gerichte auch schon vor dem Inkrafttreten des § 2 S. 1 EEG 2023 zutreffend herausgearbeitet haben, dass die Projekte der Windenergienutzung der Existenzsicherung des Staates dienen und damit im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegen.

So stellte das VG Darmstadt zutreffend fest:

„Auch für ein Windkraftvorhaben kann nach Auffassung der beschließenden Kammer eine Ausnahme nach § 45 Abs. Satz 1 Nr. 4 BNatSchG im Interesse der öffentlichen Sicherheit erteilt werden. Der Antragsgegner hat daher die Erteilung der Ausnahme zutreffend mit dem überwiegenden öffentlichen Interesse an einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch die zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien begründet. [...] Auch in § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG ist normiert, dass dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien eine besondere Bedeutung für den Klimaschutz und damit auch für den Naturhaushalt

zukommt. Zu den erneuerbaren Energien gehört auch die Windkraft, deren Ausbau der Verwirklichung der Klimaschutzziele dient. Die Nachhaltigkeit der Energieversorgung gerade auch mit erneuerbaren Energien berührt ein Grundbedürfnis der Gesellschaft und unterfällt daher auch dem weiteren Begriff der öffentlichen Sicherheit.“

- VG Darmstadt, Urt. v. 04.11.2021 (6 K 826/17.DA) und Beschluss v. 24.08.2018 (6 L 4907/17.DA), bestätigt durch: VGH Kassel, Beschluss v. 06.01.2020 (9 B 1876/18); EuGH, Urteil v. 29.07.2019 (C-411/17), Rn. 158f.; Vgl. auch VG Wiesbaden, Urt. v. 24.07.2020 (4 K 2962/16.WI) -

Die beantragte Teilbetriebserweiterung für die WEA ORL-6 liegt somit auch im Interesse der öffentlichen Sicherheit (genauer: im Interesse der Versorgungssicherheit). Für den vorliegenden Fall stellt damit auch § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var.2 BNatSchG, der auf die Gründe der öffentlichen Sicherheit abstellt, einen Ausnahmegrund dar.

III. Fehlen zumutbarer Alternativen

Es stehen für die beantragte Teilbetriebserweiterung der WEA ORL-6 vom 16.09 bis 15.11 eines jeden Jahres in der Zeit von einer Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang auch keine zumutbaren Alternativen gem. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG zur Verfügung.

Eine zumutbare Alternative besteht, wenn die mit dem Vorhaben verfolgten öffentlichen Interessen an anderer Stelle oder mit geringeren Beeinträchtigungen des Artenschutzes verwirklicht werden können. Dabei sind auch Abstriche im Grad der Zielerreichung – als typische Folge des Gebots, Alternativen zu nutzen – hinzunehmen.

- BVerwG, Urt. v. 17.05.2002 (BVerwG 4 A 28.01) –

Zu unterscheiden ist vorliegend zwischen Ausführungsalternativen (unter **Ziff. 1**) und Standortalternativen (unter **Ziff. 2**), wobei jedoch weder zumutbare Ausführungs- noch Standortalternativen für die beantragte Teilbetriebserweiterung existieren.

Im Einzelnen:

1. Ausführungsalternativen

Es gibt keine zumutbaren Ausführungsalternativen zu der beantragten Teilbetriebserweiterung der WEA ORL-6. Da die höchst vorsorglich beantragte Ausnahme die mögliche Erfüllung des Tötungsverbotest gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG aufgrund mutmaßlich drohender Schlagopfer betrifft, besteht die einzige Ausführungsalternative zur Verhinderung eines Verstoßes gegen die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote darin, auf den Betrieb der Windenergieanlage in dem beantragten Zeitraum zu verzichten.

Jedoch scheidet auch in diesem Fall einer bereits errichteten und in Betrieb genommenen Windenergieanlage sowohl der vollständige Verzicht auf den Betrieb in dem beantragten Zeitraum als auch der Verweis auf andere Möglichkeiten der Energiegewinnung als zumutbare Alternative aus.

- Umweltministerkonferenz: „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, 13.05.2020, S. 11 –

Die sog. „Null-Variante“ und damit der Verzicht auf den Betrieb in dem beantragten Zeitraum (vom 16.09 bis 15.11 eines jeden Jahres in der Zeit von einer Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang) stellt damit auch im vorliegenden Fall keine zumutbare Ausführungsalternative zur Teilbetriebserweiterung der ORL-6 dar, sodass zumutbare Ausführungsalternativen nicht existieren.

2. Standortalternativen

Vor dem Hintergrund, dass die Windenergieanlage WEA ORL-6 bereits errichtet ist und betrieben wird, stehen auch Standortalternativen nicht zur Verfügung bzw. wären bereits aus tatsächlichen Gründen unzumutbar.

Eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG darf nur erteilt werden, wenn es keine zumutbaren Alternativen gibt. Damit sind grundsätzlich auch alternative Standorte in den Blick zu nehmen.

Begrenzt wird die Suche nach Standortalternativen vor allem jedoch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Voraussetzung dafür, dass ein Standort als Alternativstandort in Betracht kommt, ist dabei in jedem Fall, dass die Realisierung an diesem Standort für den Vorhabenträger zumutbar ist. Dabei gilt: Was aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht realisierbar ist, kann einem Vorhabenträger nicht abverlangt werden.

- Vgl. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 45 BNatSchG, Stand:
101. EL Juni 2023, Rn. 29 -

So sind vor allem solche Standortalternativen nicht zumutbar, die dem Vorhabenträger Opfer abverlangen, die außer Verhältnis zu dem damit verbundenen Gewinn für die Natur stehen.

- Vgl. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 45 BNatSchG, Stand:
101. EL Juni 2023, Rn. 29 -

Insbesondere die Realisierung eines Windenergievorhabens an einem anderen alternativen Standort stellt damit unter keinen Umständen eine Alternative zur Teilbetriebserweiterung der bereits errichteten und in Betrieb genommenen WEA ORL-6 dar-

Dies gilt zum einen in Hinblick auf den Grundsatz, dass bereits vorhandenen Ressourcen bestmöglich ausgenutzt werden sollen, anstatt neue Eingriffe in Natur und Landschaft herbeizuführen. **Es ist daher dringend geboten, die Kapazitäten einer bereits errichteten und in Betrieb genommenen Windenergieanlage zu nutzen, anstatt Windenergievorhaben an anderen Standorten zu realisieren.**

Zum anderen ist es für den Vorhabenträger auch aus finanzieller Sicht unzumutbar, auf andere Standorte als Alternative verwiesen zu werden. Im vorliegenden Fall würde der Vorhabenträger bereits vorhandene Ressourcen ohne finanziellen Mehraufwand nutzen wollen. Die Realisierung an einem anderen Standort (Abbau der Anlage? Neugenehmigung eines Windenergievorhabens?) geht nicht nur mit erheblichen finanziellen Opfern im Vergleich zur beantragten Teilbetriebserweiterung einher, sondern würde im Ergebnis auch ein völlig anderes Vorhaben darstellen.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang auch auf die Regelung des § 45c Abs. 4 BNatSchG hinzuweisen. Hiernach heißt es:

"Abweichend von § 45b Absatz 8 Nummer 2 und § 45b Absatz 8 Nummer 3 gilt § 45 Absatz 7 Satz 2 für Repowering von Windenergieanlagen an Land nach § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass Standortalternativen in der Regel nicht zumutbar sind, [...]"

Dem Bundesnaturschutzgesetz sind damit Windenergievorhaben bekannt, bei denen Standortalternativen im Sinne des § 45 Abs. 7 BNatSchG aufgrund der engen Bindung an den jeweiligen Standort in der Regel nicht zumutbar sind. Im Falle des in § 45c Abs. 4 BNatSchG geregelten Repowerings sind Standortalternativen in der Regel nicht zumutbar, da im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens für das Repowering der Abstand zur Altanlage nicht mehr als das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage betragen darf (§ 16b Abs. 2 BImSchG).

Nichts anderes kann damit für den Fall gelten, in der eine Windenergieanlage bereits am Standort errichtet wurde, der Eingriff in Natur und Landschaft mithin schon stattgefunden hat, und durch ein Änderungsgenehmigungsverfahren nur der Betrieb der bereits errichteten Anlage erweitert werden soll. Denn in diesem Fall herrscht unstreitig eine konkrete Standortbindung.

Zumutbare Standortalternativen existieren für die beantragte Teilbetriebserweiterung daher nicht.

3. Zwischenergebnis

Für die geplante Teilbetriebserweiterung existieren damit weder zumutbare Ausführungs- noch Standortalternativen, § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG.

IV. Keine Populationsrelevanz

Zuletzt verschlechtert sich der Erhaltungszustand der Population des Rotmilans auch bei Erteilung der Ausnahme nicht, § 45 Abs. 7 S. 2 i.V.m. § 45b Abs. 8 Nr. 4 u. 5 BNatSchG.

1. Grundsatz

Gem. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG darf eine Ausnahme nur zugelassen werden, wenn sich der Erhaltungszustand der Population nicht verschlechtert.

Dabei ist zunächst zu betonen, dass es § 45 Abs. 7 BNatSchG ausreichen lässt, dass sich – anders als § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG, der auf die „lokale Population einer Art“ abstellt – lediglich der Erhaltungszustand der „Population“ nicht verschlechtert. Der Verlust eines lokalen Reviers ist also nicht zwingend gleichbedeutend mit einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes der betroffenen Art. So besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit darüber

„[...] dass insoweit nicht auf den Erhaltungszustand der von dem Vorhaben unmittelbar betroffenen lokalen Population abzustellen, sondern maßgeblich ist, ob die Population als solche in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Plangebiet hinaus reicht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt, obwohl in diese Beurteilung auch die Auswirkungen der lokalen Population in der Weise mit einfließen können, dass, wenn der Erhaltungszustand der lokalen Population günstig bleibt, auch keine nachteiligen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art in ihrem überörtlichen Verbreitungsgebiet zu besorgen sind.“

- OVG Koblenz, Urteil v. 06.11.2019 (8 C 10240/18) mit Verweis auf BVerwG,
12.03.2008 (9 A 3.06) -

§ 45b Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG enthält nunmehr dahingehend eine Klarstellung, dass der Erhaltungszustand einer Art nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG dann gewahrt bleibt, wenn sich der Zustand der *jeweils betroffenen lokalen Population* unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert. Denn erweist sich der Erhaltungszustand (auch unter Berücksichtigung von Maßnahmen zur Sicherung) der unmittelbar betroffenen lokalen Population als gewahrt oder günstig, so gilt dies grundsätzlich auch für die Populationen im natürlichen Verbreitungsgebiet insgesamt, sodass sich weitergehende Beobachtungen erübrigen.

Nach § 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG ist der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG aber auch bei Verschlechterung des Zustands der lokalen Population gewahrt, wenn zu erwarten ist, dass sich der Zustand der Populationen der betreffenden Art jedenfalls im betroffenen Bundesland oder Bundesgebiet (auch unter Berücksichtigung von Maßnahmen zur Sicherung) auf der Grundlage einer Beobachtung im Sinne des § 6 Abs.2 BNatSchG nicht verschlechtert. Der Gesetzgeber bildet damit die ohnehin schon geltende Rechtslage ab, da nach Auffassung der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls dann von einer fehlenden Populationsrelevanz auszugehen ist, wenn bereits der Erhaltungszustand der lokalen Population keine nachteiligen Auswirkungen erfährt. Andererseits spricht der Verlust eines lokalen Reviers nicht unmittelbar für die Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Art im Sinne des § 45 Abs. 7 BNatSchG.

Zur Beurteilung des Erhaltungszustandes auf der Grundlage einer Beobachtung nach § 6 Abs. 2 BNatSchG ist nach der Gesetzesbegründung auf folgendes abzustellen:

„Bis zur Etablierung eines leistungsfähigen Monitoringsystems für die Bewertung der Erhaltungszustände, höchstens für eine Übergangszeit von 3 Jahre, wird zunächst auf vorhandenen Erkenntnisse abgestellt, um festzustellen, ob die jeweils betroffene Art einen negativen Bestandstrend aufweist. In dieser Zeit reicht es für den Nachweis der bundesweiten und landesweiten Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustands aus, wenn die kollisionsgefährdete Art nicht auf einer Gefährdungsliste geführt wird. Gefährdungslisten sind insbesondere die Roten Listen des Bundes sowie der Länder mit ihren Angaben zu Bestandstrends, wobei sowohl die Vorwarnlisten als auch die Trendangaben aus dem nationalen Vogelschutzbericht erfasst sind.“

- Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, Drucksache 20/2354 v. 21.06.2022, S. 27; tabellarische Auflistung auf S. 28 -

Folglich soll es nach dem Willen des Gesetzgebers (während der Übergangszeit von drei Jahren) als Nachweis für die Nicht-Verschlechterung ausreichen, wenn die durch die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlage gefährdete Art nicht auf einer der Gefährdungslisten des Landes oder des Bundes geführt wird. Gleichzeitig kann ein Eintrag auf der Gefährdungsliste jedoch im Umkehrschluss nicht zwingend als Beweis für eine Verschlechterung der Art dienen.

2. Keine Populationsrelevanz im konkreten Fall

Genau dies ist vorliegend der Fall. Der Rotmilan wurde in Baden-Württemberg in der Roten Liste in die Kategorie „ungefährdet“ herabgestuft. Er wird damit nicht mehr in der Gefährdungsliste des Landes geführt.

- Landesanstalt für Umwelt Baden-Württemberg: Rote Liste der Brutvögel Baden-Württemberg, 7. Fassung Stand 31.12.2019, S. 31, abgerufen unter:
<https://pudi.lubw.de/detailseite/-/publication/10371->

Die Erteilung einer Ausnahme vom Tötungsverbot gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist mithin nach der gesetzlichen Vermutung gem. § 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG auf der Grundlage einer Beobachtung im Sinne des § 6 Abs. 2 BNatSchG ohne Populationsrelevanz für die betroffene Population.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass sich der Erhaltungszustand der Population des Rotmilans auch bei Erteilung der Ausnahme nicht verschlechtert, § 45 Abs. 7 S. 2 i.V.m. § 45b Abs. 8 Nr. 4 u. 5 BNatSchG.

Zugunsten des geplanten Vorhabens greift hier die gesetzliche Vermutung des § 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG, wonach für die Annahme der Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustandes der lokalen Population ausreichend ist, wenn die gefährdete Art nicht auf einer Gefährdungsliste des Bundes oder Landes geführt wird.

V. Anspruch auf Erteilung der artenschutzrechtlichen Ausnahme, § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG

Da die Voraussetzungen für die Erteilung der artenschutzrechtlichen Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 i.V.m. § 45b Abs. 8 BNatSchG vorliegen, hat die Vorhabenträgerin einen Anspruch auf Erteilung der artenschutzrechtlichen Ausnahme.

In der nunmehr geschaffenen Vorschrift des § 45b Abs. 8 S. 1 Nr. 6 BNatSchG heißt es zur Entscheidung der zuständigen Behörde bei Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen:

„§ 45 Absatz 7 gilt im Hinblick auf den Betrieb von Windenergieanlagen mit der Maßgabe, dass

[...]

6. eine Ausnahme von den Verboten des § 44 Absatz 1 zu erteilen ist, wenn die Voraussetzungen des § 45 Absatz 7 Satz 1 bis 3 vorliegen.“

Dies bedeutet, da die Ausnahmevoraussetzungen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG vorliegen, dass die artenschutzrechtliche Ausnahme für den Betrieb der WEA ORL-6 für den Zeitraum vom 16.09 bis 15.11 eines jeden Jahres in der Zeit von einer Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang zu erteilen ist.

C. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die beantragte Teilbetriebserweiterung BNatSchG für den beantragten Tagbetrieb der WEA ORL-6 vom 16.09 bis 15.11 eines jeden Jahres in der Zeit von einer Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang Ausnahme von dem artenschutzrechtlichen Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nach Maßgabe des § 45 Abs. 7 i.V.m. § 45b Abs. 8 BNatSchG zu gewähren ist.

Mit freundlichen Grüßen

- elektronisch signiert -

Christian Falke
Rechtsanwalt

Dr. Peter Sittig-Behm
Rechtsanwalt