OBEN IST AUCH NUR UNTEN, ABER HALT VON OBEN

Klima- und Artenschutz in der Planungs- und Genehmigungspraxis für Windenergieanlagen

VON Dr. Silke Marie Christiansen

Klimaschutz dient auch dem Natur- und Artenschutz. In Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen an Land kann es aber dazu kommen, dass sich beide Anliegen diametral gegenüberstehen. Um diese Konstellation zu vermeiden, sollten weitere konkrete Vorgaben für die Ebenen der Planung und Genehmigung entwickelt werden, die helfen, den Konflikt rechtssicher aufzulösen. Eine rechtliche Aufwertung dieser Vorgaben würde für zusätzliche Rechtssicherheit sorgen.

Die zunehmend hervortretenden klimabedingten Umweltveränderungen führen zu teils dramatischen Veränderungen der Lebensräume von Tieren und Pflanzen. Laut dem aktuellen Bericht der Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES)[1] sind etwa eine Millionen Tier- und Pflanzenarten aufgrund menschlichen Verhaltens vom Aussterben bedroht, sollten die Treiber dieses Biodiversitätsverlusts nicht abgeschwächt werden.[2] Der Klimawandel steht bereits an dritter Stelle der Treiber des Artenrückgangs. Entsprechend prognostiziert auch der Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), dass eine Begrenzung der globalen Erwärmung auf „nur" 1,5 Grad Celsius, die Folgen für Ökosysteme an Land, im Süßwasser und an Küsten verringern und mehr von deren Leistungen für den Menschen aufrechterhalten würde.[3]

Fast die Hälfte (47 Prozent) der bedrohten Landsäugetiere (ausgenommen sind Fledermäuse) und ein Viertel (23 Prozent) der bedrohten Vogelarten könnten laut IPBES[4], zumindest in Teilen ihrer Verbreitungsgebiete, bereits heute negativ vom Klimawandel betroffen sein. Insbesondere bei Vogelarten in Nordamerika und Europa weisen die Populationstrends seit den 1980er Jahren darauf hin.[5]

Es ist also evident, dass Klimaschutz ein objektives Interesse des Artenschutzes ist. Doch was auf

1 IPES (2019).
2 IPBES (2019), S. 11, 12 (Übersetzung durch Verfasserin).
3 Dieser Prognose wird ein „hohes Vertrauen" zugeschrieben, IPCC (2018), S. 2, B3.
4 Im englischsprachigen Original heißt es zu der Wahrscheinlichkeit „established but incomplete".
5 IBES (2019), S. 29 (Übersetzung durch Verfasserin).

internationaler und auch auf europäischer Ebene[6] selbstverständlich erscheint, nämlich Klimaschutz auch als Biodiversitätsschutz zu verstehen, stellt sich auf der Ebene konkreter Vorhabensumsetzung oft als Gegensatz dar. Insbesondere Windenergievorhaben stoßen im besonderen Artenschutzrecht auf einen starken, auf jedes einzelne Individuum bezogenen Schutzansatz.

Der Klimaschutz wird derzeit vorrangig durch die Energiewende betrieben. Um Erneuerbare-Energien-Projekte, wie Windenergievorhaben, umsetzen zu können, so dass mit ihrem Beitrag zur Minderung der Treibhausgasemission verlässlich gerechnet werden kann, braucht es auf Planungsebene und im Genehmigungsverfahren Regelungen, die eine Vorhersehbarkeit der behördlichen Entscheidung, einen Ausbau der Projekte ermöglichen und gleichzeitig den Schutz der Arten gewährleisten. Nachfolgend werden das Dilemma von Arten- und Klimaschutz und Ansätze seiner Auflösung diskutiert.

Umsetzungsdilemma – wie stellt es sich konkret dar?

Für den Energieträger Wind geht es darum, dass Genehmigungsbehörden über Anträge auf Errichtung und Betrieb von – klimapolitisch zumindest in ihrer Summe[7] – bedeutsamen Windenergieanlagen zu entscheiden haben. Hier kann es aber zu artenschutzrechtlichen Konflikten kommen. So könnte beispielsweise ein im Vorhabengebiet ansässiges Exemplar einer besonders geschützten Vogelart, mit der geplanten Windenergieanlage kollidieren und dabei getötet werden.

Die Genehmigungsbehörde muss dieses Kollisionsrisiko abschätzen und beurteilen, ob in der konkreten Situation ein Verstoß gegen das Artenschutzrecht vorliegt oder nicht. Allerdings steht ihr im Hinblick auf das besondere Artenschutzrecht, und speziell bezüglich des artenschutzrechtlichen Tötungsverbotes, momentan kein rechtssicherer Genehmigungsrahmen zur Verfügung.

6 So auch die Europäische Kommission (2020), S. 12: „Eine nachhaltigere Nutzung erneuerbarer Energien wird für die Bekämpfung des Klimawandels und des Verlusts an biologischer Vielfalt wesentlich sein."

7 Hofmann (2020), S. 26 f.

Aktuell strebt die Konferenz der Umweltminister des Bundes und der Länder (UMK) an, gemeinsam eine möglichst einheitliche Grundlage zur Beurteilung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbotes zu schaffen.[8] Hierbei pressiert der Klimaschutz, aber auch ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts[9], der eine Entscheidungsgrundlage für Behörden einfordert, die dem Eingriff in die Grundrechte der Antragsteller gerecht wird. Es ist fraglich, ob die derzeitigen Konkretisierungsbeschlüsse, die bisher ohne Priorisierung für den Konfliktfall (Klimaschutz oder Artenschutz) und ohne rechtliche Verbindlichkeit ergehen[10], der „Jahrhundertaufgabe Klimawandel"[11] gerecht werden.

Das Dilemma spiegelt sich in den unterschiedlichen Protokollerklärungen[12] der Länder zur Sonder-UMK vom 11. Dezember 2020 wider, in der ein Rahmen zur Untersetzung des Tötungsverbotes beschlossen wurde und gleichzeitig notwendige Arbeitsschritte benannt wurden. Die Erklärungen bezeichnen eine Uneinigkeit von grundsätzlicher Natur. Bereits die Frage, ob ein Konflikt zwischen den Schutzgütern Biodiversität einerseits und Klima andererseits besteht, ist strittig. So betonen einige Bundesländer[13] die große Bedeutung des Klimaschutzes für den Planeten und gehen davon aus, dass eine Neujustierung des Verhältnisses unterschiedlichster Schutzgüter notwendig werde, um dem Klimaschutz und der biologischen Vielfalt gerecht zu werden. Andere[14] wiederum betrachten die Schutzgüter Klima und biologische Vielfalt als untrennbar miteinander verwoben. Es müsse, nach ihrer Auffassung, eine naturverträgliche Ausgestaltung der Energiewende im Einklang mit Natur- und Artenschutz erzielt werden.

8 Umweltministerkonferenz Mai 2020 (Top4/6) https://www.umweltministerkonferenz.de/Presse.html.

9 BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 - 1 BvR 2523/13. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/10/rs20181023_1bvr252313.html.

10 Die Beschlüsse der Umweltministerkonferenz in Sachfragen entfalten keine unmittelbare Rechtswirkung. Startseite – Umweltministerkonferenz (UMK)

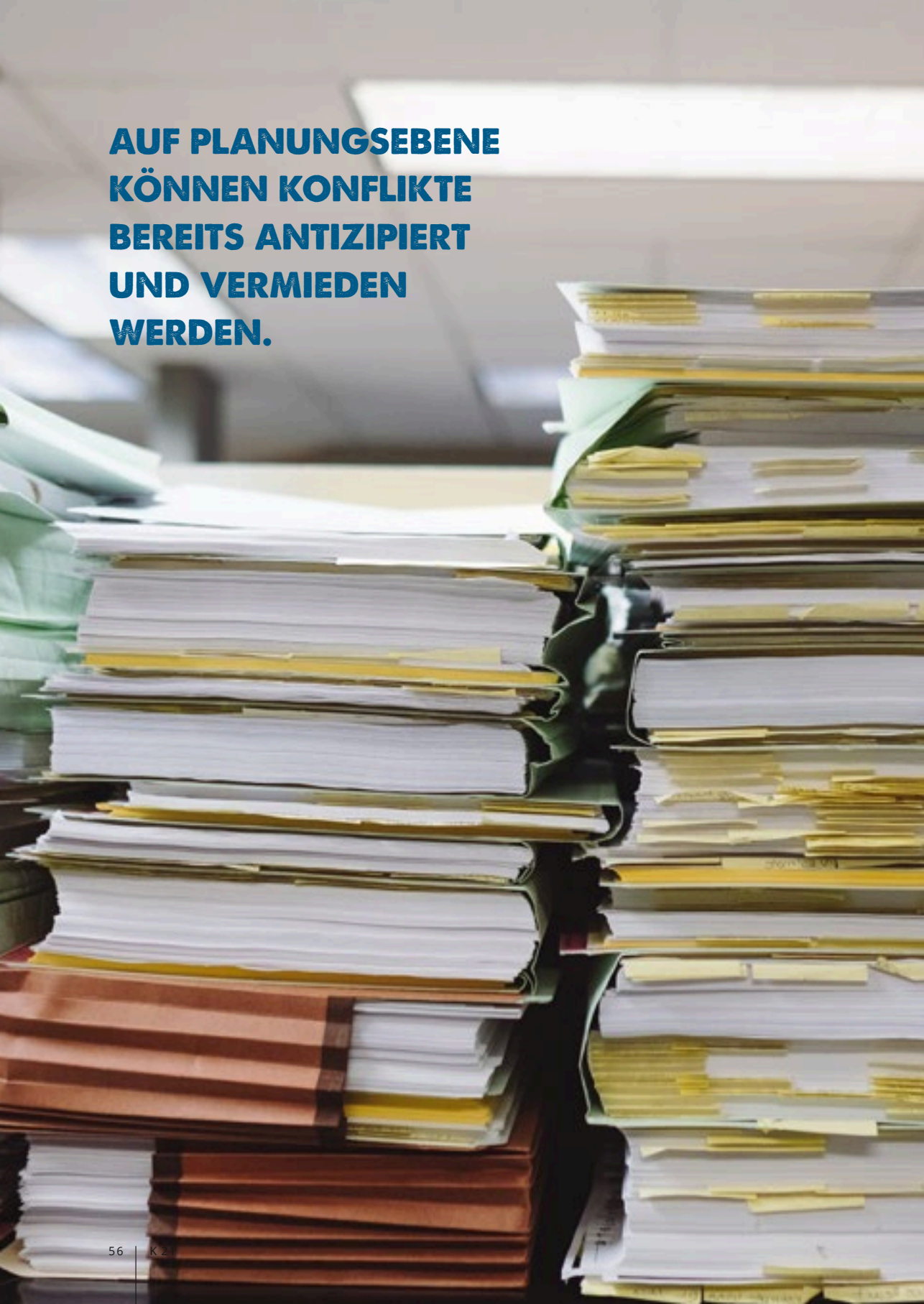
11 Mittlerweile ein durch Parteien und Verbände vielfach genutzter Ausdruck. Beispielsweise genutzt durch die Bundesregierung bereits im Jahr 2015 https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/europa/klimaschutz-ist-eine-jahrhundertaufgabe-454742.

12 UMK (2020a) S. 4.

13 Protokollerklärung der Länder Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein.

14 Protokollerklärung der Länder Bayern und Nordrhein-Westfalen.

UM MIT DEM BEITRAG VON WINDENERGIEVORHABEN ZU EINER MINDERUNG DER TREIBHAUSGASEMISSION VERLÄSSLICH RECHNEN ZU KÖNNEN, BRAUCHT ES DIE VORHERSEHBARKEIT DER BEHÖRDLICHEN ENTSCHEIDUNG.



AUF PLANUNGSEBENE KÖNNEN KONFLIKTE BEREITS ANTIZIPIERT UND VERMIEDEN WERDEN.

Welche Lösungsvorschläge werden diskutiert?

Ein Lösungsansatz besteht darin, das unterschiedliche Verständnis vom „Verhältnis Arten- und Klimaschutz“ auf ebenso unterschiedlichen Ebenen zu verwirklichen. Wird im Bereich des Artenschutzrechts stärker auf die dem Genehmigungsverfahren übergeordnete Planungsebene gesetzt, können Konflikte antizipiert und möglichst vermieden werden, so dass Klima- und Artenschutz gemeinsam verwirklicht werden können. Entsprechende Konzepte auf planerischer Ebene bieten Handlungsperspektiven.

Stiftung Klimaneutralität und Kment-Gutachten

Die Stiftung Klimaneutralität regt – unter Bezugnahme auf ein Rechtsgutachten[15] – an, einen „Windenergie-Beitragswert“ auszuweisen:[16] Nur diejenigen Kommunen, die für die Windenergienutzung mindestens Flächen in Höhe eines bestimmten Windenergie-Beitragswertes ausgewiesen haben, sollen den verbleibenden, sogenannten raumplanerischen Außenbereich von weiteren Windenergieanlagen freihalten können. Wollen die Gemeinden den Ausbau der Windenenergie weiterhin steuern, müssen sie also eine Planung leisten, die dem ihnen vorgegebenen Windenergie-Beitragswert entspricht. Werden diese Flächen für die Windenergie verbindlich ausgewiesen, lassen sich die übrigen Flächen von der Windenergie freihalten.

Im Rahmen dieser Ausweisung sollten dann artenschutzfachliche Vorschläge realisiert werden, wie beispielsweise die planerische Freihaltung von Dichtezentren[17] spezifischer Arten. Dadurch würde vermieden, dass Windenergieanlagen in Bereichen gebaut werden, die für die Erhaltung einer Art ein besonderes Gewicht haben. Der Schutz der Population, als grundsätzliches Anliegen des Artenschutzrechts[18], würde auf diese Weise berücksichtigt.

15 Kment (2020a).

16 Stiftung Klimaneutralität (2021), S. 2 f.

17 Hierzu grundsätzlich: KNE (2021); Lau (2021); Wegner (2021).

18 Auch der Individuenschutz zielt letztlich auf den Schutz der Population der Arten. Entsprechend dient die Vogelschutzrichtlinie in ihrer Gesamtausrichtung der „Erhaltung der wildlebenden Vogelarten“.

Wenn im konkreten Genehmigungsfall, trotz aller planerischer Bemühungen und Vermeidungsanstrengungen, artenschutzrechtliche Konflikte nicht ausgeschlossen werden können, werden Klima- und Artenschutz auf eine besondere Probe gestellt. Hier dürfte eine Neujustierung von Klima- und Artenschutz, wie von einigen Ländern der Umweltministerkonferenz gefordert, notwendig werden. Es wird auch in Zukunft Konstellationen geben, in denen entweder dem Klimaschutz oder aber dem individuenbezogenen Artenschutz Priorität einzuräumen ist.[19]

Jedoch bietet das besondere Artenschutzrecht wenig Raum, widerstreitende Interessen abzuwägen. Im derzeitigen Rechtsrahmen des besonderen Artenschutzes findet das Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien als Klimaschutz erst dann Beachtung, wenn eine Regelgenehmigung nicht erlangt werden kann, weil die artenschutzrechtlichen Verbote entgegenstehen. Diese Verbote sind abwägungsfest, sie können aus Klimaschutzgründen nicht überwunden werden. Erst wenn es um die Frage geht, ob eine Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten erteilt werden kann, können Aspekte des Klimaschutzes eine ausschlaggebende Rolle spielen. Das ist sowohl für eine verlässliche Planung langfristiger Treibhausgaseinsparungen als auch für eine private Investitionsentscheidung ein später und rechtlich unsicherer Moment, da die Behörde hier eine Einzelfallentscheidung trifft, je nach vorliegender Konstellation. Da es aber der bislang einzige Anknüpfungspunkt für eine Neujustierung von Arten- und Klimaschutz dahingehend ist, dass im Genehmigungsverfahren die Population der betroffenen Art in die Prüfung einbezogen werden kann, sollte es im Bereich der Ausnahme weitere Konkretisierungsbemühungen geben. Aktuell stehen verschiedene Ansätze im Raum, die Ausnahme weiter zu konturieren. Durch die damit angestrebte höhere Verlässlichkeit der behördlichen Genehmigungsentscheidungen würden sich auch die Chancen erhöhen, die Klimaschutzziele zu erreichen.

19 Vgl. Hofmann (2020), S. 8.

ASPEKTE DES KLIMASCHUTZES KÖNNEN ERST IN DER AUSNAHMEPRÜFUNG EINE AUSSCHLAGGEBENDE ROLLE ERHALTEN.

ES BESTEHT WEITERHIN KONKRETISIERUNGSBEDARF FÜR DIE PLANUNGS- UND GENEHMIGUNGSVORGABEN.

Ausnahme und Populationsschutz

Die Denkfabrik Agora Energiewende schlägt für die Genehmigungsebene vor, kurzfristig die Ausnahmeregelungen zu konkretisieren[20] und zu erweitern. Generalisierte Ausnahmen von artenschutzrechtlichen Verboten in Form von Ausnahmeverordnungen sollen längerfristig den Ausbau großer Projekte ermöglichen. Parallel hierzu soll ein „Artenschutzfonds Windenergie" eingerichtet werden.[21]

In ähnliche Richtung[22] tendieren der NABU-Bundesverband und die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen: Sie fordern, dass Ausnahmen möglich sein sollen, wenn gleichzeitig ein verlässlicher Schutz der Populationen durch Dichtezentren gewährleistet werde.[23] Der Zustand der Population dürfe sich durch die Ausnahme nicht verschlechtern, dies sei zu monitoren.[24]

Die Dichtezentren können – im Rahmen der Ausnahmeprüfung – die Tatbestandsmerkmale des Ausnahmegrundes, der Alternativenprüfung und der Nichtverschlechterung des Erhaltungszustandes erleichtern und damit zu einer, in begrenztem Rahmen, erleichterten Ausnahmeprüfung insgesamt führen. Insoweit könnten Dichtezentren sich zumindest indirekt positiv auf die Ausnahmegenehmigung auswirken.[25]

Agora Energiewende regt an, den Populationsschutz (anstelle des Individuenschutzes) durch Ausnahmeverordnungen voranzutreiben.[26] Diese sollen für alle Arten gelten und durch ein Artenschutzprogramm flankiert werden, um durch dieses Vorgehen auch aufwendige Kartierungen zu vermeiden.[27] Es ist aber fraglich, ob diese dadurch tatsächlich vermieden werden können. In die Prüfung, ob eine Ausnahme vom Tötungsverbot

20 Agora (2020), S. 6; Zur besseren Handhabe dieser Regelung hat die Umweltministerkonferenz im Frühjahr 2020 ein entsprechendes Bundespapier beschlossen. UMK (2020).

21 Agora (2020), S. 41 f.

22 Ohne eine Lösung über eine Ausnahmeverordnung.

23 Krüger, Habeck, Krischer (2021), Vorschlag Nr. 5.

24 S. hierzu die KNE (2020).

25 Vgl. Lau (2021), S. 5 ff.

26 Agora (2020), S. 41, so auch Agatz (2020), S. 592.

27 Rückausnahmen für sehr seltene Arten und hochrangige Schutzgebiete sollen möglich sein. Agora (2020), S. 41.

erteilt werden kann, wird erst eingestiegen, wenn feststeht, dass keine Regelgenehmigung erteilt werden kann. Um dies aber beurteilen zu können, sind artenschutzfachliche Prüfungen zum Kollisionsrisiko durchzuführen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[28] gehören hierzu: die Prüfung artspezifischer Verhaltensweisen, der Häufigkeit der Frequentierung des durchschnittenen Raumes und der Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen. Hiernach müsste im Rahmen des Genehmigungsverfahrens festgestellt werden, ob windenergieempfindliche Vogelarten im Vorhabensgebiet vorkommen und sie durch die Vorhabensrealisierung, unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen, einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt wären. Erst wenn diese Frage bejaht wird, steht der Weg in die Ausnahmeprüfung offen. Ob bei einer „offensichtlichen" Ausnahmelage der direkte Weg in die Ausnahme möglich wäre, müsste diskutiert werden.

Eine Ausnahmeverordnung könnte die Ausnahmeerteilung für die Behörde vorbereiten und erleichtern, indem hier die gesetzlichen Vorgaben konkretisiert werden. Das bedeutet nicht, dass die Verordnung die Voraussetzungen der Ausnahme umgehen kann.[29] Ausnahmegrund, Alternativenprüfung und die Nichtverschlechterung des Erhaltungszustandes müssen vorliegen beziehungsweise eingehalten werden. Um die Nichtverschlechterung des Erhaltungszustandes zu gewährleisten, müssten entsprechende Kenntnisse über die Datenlage[30] bestehen, weshalb ein begleitendes Monitoring notwendig würde. Klärungsbedarf besteht auch dahingehend, inwieweit (staatliche) Artenhilfsprogramme zur Erreichung eines günstigen Erhaltungszustandes der betroffenen Arten, eine solche Ausnahmeverordnung flankieren können. Hier sind insbesondere Fragen der Finanzierung (Bund, Land oder Vorhabenträger) vertieft zu erörtern. Entsprechende populationsstützende Maßnahmen müssten ergriffen werden, um den kumulativen

28 vgl. BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12/10, Rn. 99.

29 Agatz (2020), S. 592.

30 Vgl. im Hinblick auf die FFH-RL: EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019 – Rs. C-674/17, Rn. 56.

Wirkungen[31] der Ausnahmeverordnung zu begegnen. Beim Konzept der Ausnahmeverordnung ist jedoch zu bedenken, dass pauschalere Regelungen im Hinblick auf europäische Vogelarten leichter mit den europäischen Vorgaben in Konflikt geraten können.[32] Diese Gefahr ist bei Einzelfallentscheidungen regelmäßig geringer.

Die Ausnahmeregelung bietet durchaus weitere Handlungsmöglichkeiten. Diese sind weder ausgeschöpft, noch sind sie bisher rechtlich ausdifferenziert worden. Speziell der in der Ausnahme vorgesehene Populationsansatz sollte stärker dahingehend diskutiert werden, ob er geeignet sein könnte, Genehmigungen zu ermöglichen und gleichzeitig den Artenschutz, unter Berücksichtigung der klimawandelbedingten Veränderungen, voranzubringen.

Um auch die Gerichte auf die bereits bestehenden und die zu entwickelnden Konkretisierungen zu verpflichten, wäre eine stärkere rechtliche Verbindlichkeit dieser Vorgaben sinnvoll. Die bisherigen UMK-Beschlüsse besitzen derzeit keine rechtliche Verbindlichkeit.[33] Um ihnen zu mehr Durchsetzungskraft zu verhelfen und Genehmigungsentscheidungen damit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren abzusichern, könnte ihre Rechtsnatur gestärkt werden. Entsprechend wird teils angeregt, die Vorgaben als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift oder Rechtsverordnung auszugestalten.[34]

Nächste Schritte

Grundsätzlicher Konkretisierungsbedarf besteht weiterhin sowohl im Hinblick auf planungs- als auch auf genehmigungsrechtliche Vorschriften. Für den Kollisionsfall würde, speziell im Bereich der Ausnahmeregelung, eine Priorisierung des Klimaschutzes für zu bestimmende Fallkonstellationen zu mehr Rechtssicherheit führen. Wird allerdings in Kauf genommen, dass einzelne Exemplare einer bestimmten Art zu Tode kommen, ist

31 Vgl. im Hinblick auf die FFH-RL: EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019 – Rs. C-674/17, Rn. 62.

32 Im Hinblick auf die Ausnahme der FFH-RL s. EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019 – Rs. C-674/17, Rn. 41.

33 S. o. Fn. 10.

34 Hierzu u. a. Kment (2020), S. 326 f.; Fellenberg (2019), S. 185; Schulte/Wohlan (2020), S. 28 m. w. N.

zwingend für einen entsprechenden Ausgleich zu sorgen, indem die Population gestärkt und dessen Entwicklung systematisch beobachtet wird.

Es würde zudem für mehr Rechtssicherheit sorgen, wenn den Konkretisierungen der gesetzlichen Normen mehr rechtliche Durchschlagskraft zukäme, indem sie eine Aufwertung im Sinne von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften oder Rechtsverordnungen erlangten. Dies würde auch einer momentan sehr heterogenen Rechtsprechung[35] in diesem Bereich vorbeugen, die Genehmigungen rechtssicherer machen und die Entscheidungsträger auf ihre originären Aufgaben verpflichten. Es sollte nicht in den Verantwortungsbereich von Planungsgemeinschaften, Genehmigungsbehörden und letztlich Gerichten verlagert werden, die „Jahrhundertgabe Klimaschutz" zu lösen. ■

35 Im selben Jahr entschied das VG Gießen abschlägig zu einer Ausnahme, während das VG Wiesbaden die Ausnahme in einem Fall, der ebenfalls die Windenergie betraf als rechtmäßig einschätzte. VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020, 4 K 2962/16 WI; a. A. VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020.

ÜBER DIE AUTORIN

Die Volljuristin Dr. Silke Marie Christiansen, LL.M. hat an der Humboldt Universität zu Berlin studiert und ebenfalls in Berlin ihr Rechtsreferendariat absolviert. Sie hat einen Masterabschluss in Umweltrecht der Leuphana Universität Lüneburg, wo sie auch promoviert wurde. Seit März 2018 ist sie im Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende tätig und leitet dort das Rechtsreferat.