



KNE | Kompetenzzentrum
Naturschutz und Energiewende



KURZGUTACHTEN

Rechtliche Einordnung von Dichtezentren im Genehmigungs- verfahren

Dr. Marcus Lau

Impressum:

© KNE gGmbH, Stand 23. April 2021

Herausgeber:

Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende

Kochstraße 6–7, 10969 Berlin

+49 30 7673738-0

info@naturschutz-energiewende.de

www.naturschutz-energiewende.de

Twitter: @KNE_tweet

YouTube: Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende

V. i. S. d. P.: Dr. Torsten Raynal-Ehrke

HRB: 178532 B

Autor:

Dr. Marcus Lau

Das vorliegende Gutachten wurde im Auftrag des Kompetenzzentrums Naturschutz und Energiewende (KNE) erstellt.

Zitiervorschlag:

Lau, M. (2021): Rechtliche Einordnung von Dichtezentren im Genehmigungsverfahren. Hrsg. KNE gGmbH. 12 S.

Haftungsausschluss:

Die Inhalte dieses Dokumentes wurden nach bestem Wissen geprüft, ausgewertet und zusammengestellt. Eine Haftung für die Richtigkeit sowie die Vollständigkeit der hier enthaltenen Angaben werden ausgeschlossen. Dies betrifft insbesondere die Haftung für eventuelle Schäden, die durch die direkte oder indirekte Nutzung der Inhalte entstehen. Sämtliche Inhalte dieses Dokumentes dienen der allgemeinen Information. Sie können eine Beratung oder Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen.

Bildnachweis:

Titel: © Manfred Stöber – adobe.stock.com

1. Einleitung

Bei der Genehmigung von Windenergieanlagen erweist sich in der Praxis im Hinblick auf das besondere Artenschutzrecht vor allem das Tötungs- und Verletzungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG als Hindernis. Insbesondere in Bezug auf Vogelarten, die schlaggefährdet sind, stellt sich die Frage, ob der Betrieb der zur Genehmigung gestellten Windenergieanlage(n) zu Tötungen und Verletzungen von Vögeln führt. Dies ist ausweislich § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG der Fall, wenn es vorhabenbedingt zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos kommt. Die Prüfung der signifikanten Risikoerhöhung birgt ein erhebliches Streitpotenzial, da es bis heute keine allgemein anerkannte Methode zur Bestimmung der Signifikanzschwelle gibt. Die Rechtsprechung hat den Begriff der Signifikanz inzwischen zwar in einem hohen Maße konkretisiert, doch ist die Anwendung auf den konkreten Einzelfall nach wie vor schwierig. Mit Blick auf die Dichtezentren wirft dies die Frage auf, ob ein Abstellen auf die Betroffenheit von Dichtezentren diese Schwierigkeiten aufzufangen und so für mehr Rechtssicherheit zu sorgen vermag. Sollte dies nicht der Fall sein, könnte das Konzept der Dichtezentren sich zumindest auf der Ebene der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG als sehr hilfreich erweisen.

2. Tatbestandsebene

Gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Ausweislich § 7 Abs. 2 Nr. 13 lit. b lit. bb i. V. m. Nr. 12 BNatSchG sind die in Europa natürlich vorkommenden Vogelarten besonders geschützt. Für nach § 15 Abs. 1 BNatSchG unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Eingriffe in Natur und Landschaft, die nach § 17 Abs. 1 oder 3 BNatSchG zugelassen oder von einer Behörde durchgeführt werden, liegt gemäß § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht vor, wenn die Beeinträchtigungen durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann.

Zu einer signifikanten Risikoerhöhung kommt es, wenn Tiere betroffen sind, die aufgrund ihrer Verhaltensweisen im Vorhabenbereich ungewöhnlich stark von den Risiken der mit dem Vorhaben verbundenen Auswirkungen betroffen sind, sich diese Risiken auch durch die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens einschließlich etwaiger Schadensbegrenzungsmaßnahmen nicht

beherrschen lassen¹ und es somit zu einer deutlichen Steigerung des Tötungs- und Verletzungsrisikos kommt,² die nicht mehr unterhalb des Gefahrenbereichs bleibt, der mit der betreffenden Tätigkeit im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (z. B. von einem Raubvogel geschlagen werden).³ Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Lebensräumen der gefährdeten Tierarten nicht um „unberührte Natur“ handelt, sondern um von Menschenhand gestaltete Naturräume, die aufgrund ihrer Nutzung durch den Menschen ein spezifisches Grundrisiko bergen, das nicht nur mit dem Bau neuer Verkehrswege, sondern z. B. auch mit dem Bau von Windenergieanlagen, Windparks und Hochspannungsleitungen verbunden ist.⁴ Es ist nicht die Intention des Tötungs- und Verletzungsverbots, menschliches Verhalten im Rahmen des sozial Üblichen und von der Allgemeinheit Gebilligten zu unterbinden.⁵

Mit dem Abstellen auf eine signifikante Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos wird der individuenbezogene Schutzansatz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht aufgegeben; vielmehr wird vom Normzweck her gedacht eine Zurechnungsschranke eingezogen. Dem Signifikanzansatz liegt die Überlegung zugrunde, dass in Abhängigkeit von der jeweiligen Art der Schutz eines jeden einzelnen Individuums und seiner Entwicklungsformen in jeder Fallkonstellation weder tatsächlich leistbar noch biologisch sinnvoll und verhältnismäßig ist.⁶ Daher können bei der wertenden Bestimmung der Signifikanz des Tötungs- und Verletzungsrisikos auch Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art berücksichtigt werden.⁷

Hieraus folgt, dass trotz der Orientierung des Signifikanzansatzes auf das einzelne Individuum bei der Frage des als sozialadäquat hinzunehmenden Grundrisikos, von dem aus die Signifikanz der vorhabenbedingten Risikoerhöhung zu beurteilen ist, auch art- bzw. populationsbezogene Kriterien von Bedeutung sind. Zu nennen sind insbesondere die Seltenheit, Verbreitung und Gefährdung einer Art. Dabei handelt es sich jedoch um allgemeine, den Erhaltungszustand der Art betreffende Erkenntnisse. Demgegenüber geben die Dichtezentren Auskunft über räumlich konkrete Verbreitungs- und Vorkommensschwerpunkte. Sie können in die Signifikanzprüfung nur in der Weise einfließen, dass bei ihrer Betroffenheit eine auch populationsrelevante Gefährdung festzustellen wäre bzw. bei ihrer fehlenden Betroffenheit mit einer Populationsreserve in Bezug auf anlagenbedingte Tötungen argumentiert werden könnte. Beide Gesichtspunkte spielen aber für die Signifikanzprüfung keine Rolle.⁸

¹ BVerwG, Urt. v. 18.03.2009 – 9 A 39/07, BVerwGE 133, 239, Rn. 58.

² BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, BVerwGE 134, 166, Rn. 42.

³ BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, BVerwGE 131, 274, Rn. 91.

⁴ BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9/15, BVerwGE 155, 91, Rn. 141.

⁵ BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18/15, BVerwGE 156, 215, Rn. 83.

⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 27.08.2019 – 7 KS 24/17, Rn. 265 bei juris.

⁷ BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 – 4 A 16/16, Rn. 75 bei juris.

⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 27.08.2019 – 7 KS 24/17, Rn. 280 bei juris.

Weder kommt es darauf an, dass – wie beim Störungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG – eine Verschlechterung des Erhaltungszustands der lokalen Population zu erwarten ist. Noch kann eine festzustellende signifikante Risikoerhöhung damit relativiert werden, dass die lokale Population gleichwohl stabil bleibe. Solche auf die Umstände des konkreten Einzelfalls abstellenden art- bzw. populationsbezogenen Kriterien dürfen in die Operationalisierung des Signifikanzbegriffs nicht einfließen, da dies vom individuenbezogenen Ansatz des Tötungs- und Verletzungsverbots wegführen würde. Daher bewirkt das Konzept der Dichtezentren keine Erleichterung für die Signifikanzprüfung.

In eine andere Richtung weisen jedoch die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 10.09.2020.⁹ Danach ist das hinter den Vorschriften des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG stehende und die in Europa natürlich vorkommenden Vogelarten betreffende Tötungsverbot des Art. 5 lit a) und b) der Vogelschutzrichtlinie (Richtlinie 2009/147/EG – VRL) tragende Absichtsbegriff so auszulegen, dass hierunter zunächst nur Handlungen fallen, welche die Beeinträchtigung von Vögeln gerade bezwecken. Wird eine solche Beeinträchtigung hingegen lediglich in Kauf genommen, griffen jene Verbote nur, soweit dies notwendig ist, um die betroffenen Arten im Sinne von Art. 2 VRL auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, und dabei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung trägt. Damit wiese das Tötungsverbot nicht nur einen Populationsbezug auf, sondern enthielte bereits auf Tatbestandsebene Abwägungselemente, wie sie nach bisheriger Auffassung – wenn überhaupt – erst auf Ebene der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 eröffnet sind.¹⁰

Bei dieser Sichtweise käme den Dichtezentren eine besondere Bedeutung zu. Zum einen würde die Betroffenheit eines Dichtezentrums die Populationsrelevanz der Windenergieanlage bzw. des Windparks implizieren. Zum anderen kommt den Dichtezentren wegen ihrer Bedeutung für den Erhaltungszustand der Art ein hohes Gewicht in der nach Ansicht der Generalanwältin vorzunehmenden Interessenabwägung zu, sodass deren Betroffenheit regelmäßig eine Verletzung des Tötungs- und Verletzungsverbots bedeutete.

⁹ Der EuGH ist den Schlussanträgen nicht gefolgt, EuGH, 04.03.2021 - C-473/19, C-474/19.

¹⁰ Hierzu Lau 2021.

3. Ausnahmeebene

Schafft das Konzept der Dichtezentren demnach für das Tötungs- und Verletzungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG jedenfalls nach aktueller Rechtserkenntnislage keine Prüfungs-erleichterungen, so ist umso mehr die Frage aufgeworfen, welche Relevanz die Dichtezentren im Rahmen der Ausnahmeprüfung gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG haben. Sie könnten sowohl für den Ausnahmegrund als auch für das Erfordernis der Alternativenprüfung ebenso wie für die Sicherstellung, dass es zu keiner Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen der Art kommt, Bedeutung haben. Mit Blick auf die Bedeutung der Dichtezentren für die Steuerung der Windenergienutzung auf vorgelagerter Planungsebene stellt sich außerdem die Frage nach dem Einfluss vor allem der Regionalplanung auf die Ausnahmeerteilung.

3.1 Ausnahmegrund

Soweit in der Literatur teilweise angenommen wird, Windenergieanlagen seien überhaupt nicht einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zugänglich,¹¹ überzeugt dies nicht. Sämtliche der in § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG genannten Ausnahmegründe setzen eine Abwägung der einander widerstreitenden Interessen voraus.¹² Welche Qualität die mit einem Vorhaben verfolgten Ziele aufweisen müssen, damit eine artenschutzrechtliche Ausnahme in Betracht kommt, wird in § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG abschließend geregelt. Hinsichtlich der Quantität, also der Frage nach dem Gewicht des jeweiligen Grundes, enthält die Vorschrift jedoch keine Vorgaben. Vielmehr ist das erforderliche Gewicht jeweils abhängig von Umfang und Intensität der Beeinträchtigung, derentwegen die Ausnahme beantragt wird. Soweit ein Vorhaben seiner Art nach unter § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG fällt, kann ihm demnach nicht per se die Ausnahmefähigkeit abgesprochen werden, weil das hinter ihm stehende öffentliche Interesse von zu geringem Gewicht sei.¹³

Der Art nach einschlägig ist aber zumindest der Ausnahmegrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG.¹⁴ In Bezug auf die europäischen Vogelarten scheint der EuGH jenen Ausnahmegrund jedoch nicht zu akzeptieren, da er in Art. 9 Abs. 1 VRL nicht explizit genannt wird.¹⁵ Daher ist verstärkt erst in jüngerer Zeit eine Debatte darüber entbrannt, ob für die Genehmigung von Windenergieanlagen auch

¹¹ So etwa Gatz 2019, Rn. 297.

¹² Meßerschmidt, BNatSchG 2020, § 45, Rn. 60.

¹³ Vgl. Müller-Mitschke 2015, S. 744-746; Ruß 2017, S. 593.

¹⁴ Grothe/Frey 2016, S. 317.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 26.01.2012 – Rs. C-192/11, Kommission/Polen, Rn. 39.

der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG herangezogen werden kann, den auch Art. 9 Abs. 1 VRL kennt. Das ist m. E. zu bejahen.¹⁶ Auch die Umweltministerkonferenz ist dem gefolgt (UMK 2020, [online](#)).

Unabhängig von der Frage, konkret welcher der Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG zur Anwendung kommt, muss jedoch eine Abwägung der einander widerstreitenden Interessen durchgeführt werden. Entscheidend für die Gewichtung der Belange des Artenschutzes ist dabei das zentrale Ziel der Vogelschutzrichtlinie, den langfristigen Erhalt der europäischen Vogelarten sicherzustellen (vgl. Erwägungsgründe 5 bis 8 VRL). Daher gilt, dass je seltener und gefährdeter eine Art ist, desto gewichtiger sind die sie betreffenden Beeinträchtigungen. Ebenso gilt, dass die in Rede stehende Beeinträchtigung umso schwerer wiegt, je größer ihre Auswirkung auf die lokale Population oder gar darüber hinaus ist.

Die Beeinträchtigung von Dichtezentren erweist sich daher als besonders schwerwiegend. Die mit einer einzelnen oder einigen wenigen Windenergieanlagen erreichbaren legitimen öffentlichen Interessen erweisen sich in einem solchen Fall regelmäßig nicht als überwiegend. Die Betroffenheit von Dichtezentren stellt sich mithin als regelhafte praktische Ausnahmegrenze dar. Umgekehrt kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass bei fehlender Berührung von Dichtezentren die Vorhabenbelange überwiegen. Hier kommt es vielmehr nach wie vor auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

3.2 Alternativenprüfung

Die besondere Bedeutung der Dichtezentren wirkt sich auch auf die von § 45 Abs. 7 S. 2 1. Halbsatz BNatSchG geforderte Alternativenprüfung aus. Standorte mit negativen Auswirkungen auf Dichtezentren sind schlechterdings keine weniger beeinträchtigenden Alternativen im Sinne jener Vorschrift. Darüber hinaus vermag das Konzept der Dichtezentren der Dynamik des Naturgeschehens im Rahmen der Ausnahme Rechnung zu tragen:

Die Genehmigung von Windenergieanlagen ist vielfach mit dem Problem konfrontiert, dass der aktuelle Erkenntnisstand lediglich eine Momentaufnahme darstellt. Standorte, die sich aktuell als nicht konfliktträchtig erweisen, können durch das nachträgliche Einwandern schlaggefährdeter Vögel in den Gefahrenbereich genehmigter Windenergieanlagen Konflikte aufwerfen.¹⁷ Über die Zeit gesehen lässt sich also bei Räumen mit vergleichbarer Habitatausstattung nicht zuverlässig prognostizieren, welcher Standort der besser geeignete ist, weil er weniger artenschutzrechtliche Konflikte auslöst.

Demgegenüber zeichnen sich die Dichtezentren nicht nur durch ein aktuelles Schwerpunktverhalten, sondern auch durch eine höhere Beständigkeit aus. Wie der fachliche Austausch im

¹⁶ Hierzu Lau in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45, Rn. 29.

¹⁷ Hierzu Appel 2020, S. 670 ff.

Rahmen des Workshops am 11.12.2020 bestätigte, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass ein heute ermitteltes Dichtezentrum auch noch in mehreren Jahren besteht. Während also außerhalb der Dichtezentren bei vergleichbarer Habitatausstattung nahezu überall dasselbe Potenzial besteht, dass sich schlaggefährdete Vögel ansiedeln, stechen die Dichtezentren als auch mittel- bis langfristig besonders sensible Bereiche heraus. Sie sind damit im Vergleich zu anderen Standorten nicht nur zu meiden, sondern es kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass bei ihrer Meidung keine weniger beeinträchtigende zumutbare Alternative nach § 45 Abs. 7 S. 2 1. Halbsatz BNatSchG existiert. Anderes gilt nur dann, wenn Alternativstandorte ein deutlich geringeres Potenzial aufweisen, dass sich schlaggefährdete Vögel hier ansiedeln.

Insofern trägt das Konzept der Dichtezentren maßgeblich dazu bei, die Alternativenprüfung zu operationalisieren und von aufwendigen Untersuchungslasten zu befreien.

3.3 Verschlechterungsverbot

Schließlich darf die Ausnahme nicht dazu führen, dass sich der Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Art verschlechtert. Soweit § 45 Abs. 7 S. 2 2. Halbsatz BNatSchG zudem noch auf Art. 16 Abs. 1 der FFH-Richtlinie (Richtlinie 92/43/EWG – FFH-RL) verweist, hat dies für die europäischen Vogelarten keine Relevanz.

Für die strengere Regelung des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL hat der EuGH inzwischen klargestellt, dass zunächst die lokale Ebene in den Blick zu nehmen ist, es aber letztlich auf den Erhaltungszustand der betreffenden Art innerhalb der jeweiligen biogeografischen Region des Mitgliedstaats insgesamt ankommt.¹⁸ In Bezug auf das aus § 45 Abs. 7 S. 2 2. Halbsatz BNatSchG resultierende Verschlechterungsverbot ist mithin nicht die lokale Population entscheidend, sondern der Erhaltungszustand auf überörtlicher Ebene, z. B. auf Landesebene.¹⁹

Bleiben die Dichtezentren unberührt, ist – vorausgesetzt, das jeweilige Dichtezentrenkonzept umfasst sämtliche für den Arterhalt im jeweiligen Bundesland bedeutsame Quellpopulationen – für eine ausreichende Stabilität der Populationen der Art auf jener Ebene gesorgt. Damit leistet das Konzept der Dichtezentren auch für diese Ausnahmevoraussetzung einen wichtigen Beitrag. Die ausnahmsweise Zulassung von Windenergieanlagen entlastet diesen Prüfschritt vor allem auch insoweit, als damit die Beachtung des Verschlechterungsverbots ohne aufwendige Untersuchung oder – alternativ – FCS-Maßnahmen sichergestellt werden kann.²⁰

¹⁸ EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – Rs. C-674/17, finnischer Wolf II, Rn. 58 f.

¹⁹ OVG Magdeburg, Urt. v. 23.08.2017 – 2 K 66/16, Rn. 187 bei juris.

²⁰ FCS-Maßnahmen werden weder vom nationalen noch vom europäischen Recht ausdrücklich gefordert. Sie stellen lediglich eine zusätzliche Option des Nachweises dar, dass sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art nicht verschlechtern bzw. die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindert wird. Hierzu Lau in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45, Rn. 39; Fellenberg 2016, S. 755.

3.4 Einfluss der Regionalplanung

Die Regionalplanung ist das wohl wichtigste Instrument zur überörtlichen Steuerung der Windenergienutzung. Da es gerade deren Zweck ist, den Raum zu ordnen, konkretisiert die Regionalplanung die hinter dem Ausbau der Windenergienutzung stehenden Ziele in räumlicher Hinsicht. Dies wiederum bewirkt, dass dann hinsichtlich der einzelnen Windenergieanlage auch ein zwingender Grund im Sinne des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG gegeben ist.²¹

Soweit für die Windenergienutzung im Regionalplan entsprechende Vorranggebiete oder gar Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten ausgewiesen werden, handelt es sich überdies um Ziele der Raumordnung, denen ein hohes Maß an Verbindlichkeit zukommt. Dies und die Überörtlichkeit der Regionalplanung führen dazu, dass der Realisierung von Windenergieanlagen innerhalb solcher Konzentrationszonen beim Überwiegen ein deutlich höheres Gewicht zukommt als Windenergieanlagen ohne eine entsprechende regionalplanerische Steuerung.²² Regionalplanerisch befürwortete Windenergieanlagen vermögen sich mithin weitaus eher gegenüber den Belangen des besonderen Artenschutzrechts im Rahmen des Überwiegens durchzusetzen.

Geht man davon aus, dass bei der von § 45 Abs. 7 S. 2 1. Halbsatz BNatSchG geforderten Alternativenprüfung grundsätzlich jedenfalls die regionale Ebene in den Blick zu nehmen ist,²³ so würde eine regionalplanerische Steuerung der Windenergienutzung die Genehmigungsebene nahezu vollständig von der Last der Alternativenprüfung befreien. Die Alternativenprüfung hätte dann – vorbehaltlich tiefgreifender tatsächlicher Änderungen – bereits abschließend auf der Ebene der Regionalplanung stattgefunden. Zumindest aber erleichtert die Regionalplanung die Alternativenprüfung auf Genehmigungsebene, weil der Regionalplanung ein planerisches Gesamtkonzept zugrunde liegt, welches den gesamten regionalen Planungsraum in den Blick nimmt.

Des Weiteren ist zu gegenwärtigen, dass § 45 Abs. 7 BNatSchG der zuständigen Behörde hinsichtlich der Ausnahmeerteilung Ermessen einräumt. Aufgrund der bereits auf Tatbestandsebene vorzunehmenden Interessenabwägung und Alternativenprüfung wird man dieses Ermessen als dahingehend intendiert anzusehen haben, dass bei Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen die Ausnahme grundsätzlich gewährt werden muss.²⁴ Soweit dies in der Literatur teilweise anders gesehen wird,²⁵ bewirkt jedenfalls die Regionalplanung eine entsprechende

²¹ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 13.12.2007 – 8 A 2810/04, NuR 2008, 872, 881.

²² Hierzu Lau 2012, Rn. 210.

²³ So OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 – 12 LB 118/16, Rn. 233 bei juris.

²⁴ VG Wiesbaden, Urt. v. 24.07.2020 – 4 K 2962/16.WI, Rn. 136, bei juris; VG Freiburg/Breisgau, Urt. v. 17.02.2009 – 3 K 805/08, NuR 2009, 440, 443.

²⁵ So z. B. Müller-Walter in: Lorz et al., Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, BNatSchG, § 45, Rn. 14.

Ermessensintendierung, wenn sich die betreffende Windenergieanlage in einer für die Windenergienutzung regionalplanerisch ausgewiesenen Konzentrationszone befindet, da hier der Windenergienutzung vorrangig zur Realisierung verholfen werden soll.

Im Übrigen kann die Regionalplanung bereits bei der Prüfung der Verbotstatbestände nach § 44 Abs. 1 BNatSchG die Genehmigungsebene von Untersuchungserfordernissen entlasten. Ob und inwieweit dies der Fall ist, hängt von Art, Umfang und Tiefe der auf Ebene der Regionalplanung vorgenommenen Prüfung ab sowie von der Aktualität der dort erzielten Untersuchungsergebnisse.

Insgesamt ist aber festzustellen, dass die Regionalplanung einen erheblichen Einfluss auf die Genehmigungsebene hat und hier vor allem im Zusammenhang mit der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG deutliche Erleichterungen bewirkt. Trägt das Konzept der Dichtezentren zu einer besseren Handhabbarkeit des besonderen Artenschutzrechts auf der Ebene der Regionalplanung und insgesamt zu einer höheren Belastbarkeit von Regionalplänen in artenschutzrechtlicher Hinsicht bei, so hat dies folglich auch mittelbar einen positiven Einfluss auf die Genehmigungsebene.

4. Fazit

Im Ergebnis kann demnach festgehalten werden, dass das Konzept der Dichtezentren bei der Genehmigung von Windenergieanlagen die artenschutzrechtliche Prüfung im Hinblick auf den Tatbestand des Tötungs- und Verletzungsverbots des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nach aktueller Rechtserkenntnislage allenfalls geringfügig entlastet, aber erhebliche Erleichterungen im Rahmen einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG hinsichtlich sämtlicher der dafür erforderlichen Voraussetzungen bewirkt.

Insbesondere dann, wenn flächendeckend Dichtezentren ermittelt würden und die Dichtezentren sämtliche Quellpopulationen erfassten, die den auch langfristigen Erhalt der Vogelarten sicherstellen, wäre dies ein großer Gewinn an Planungs- und Rechtssicherheit. Dadurch würde der Ausbau der Windenergienutzung nicht nur auf Planungs-, sondern auch auf Genehmigungsebene in Bezug auf die Anforderungen des besonderen Artenschutzrechts spürbar entlastet, ohne dass dies zu Lasten des Artenschutzes geht. Es handelt sich mithin um ein vielversprechendes Konzept, das einen hohen Schutzstand für die schlaggefährdeten europäischen Vogelarten garantiert, gleichzeitig aber die Planungs- und Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen vereinfacht, beschleunigt und gegenüber etwaigen Rechtsbehelfen besser immunisiert.

Literaturverzeichnis

Appel, M. (2020): Genehmigungsrechtlicher Bestandsschutz unter Vorbehalt des unionsrechtlichen Naturschutzrechts: Quo vadis Investitionssicherheit? Natur und Recht (NuR), S. 663-674.

Fellenberg, F. (2016): Ewige Bindung? Natur und Recht (NuR), S. 749-756.

Frenz, W., Müggenborg, H.-J. (2021): Berliner Kommentar zum BNatSchG. 3. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin. 1832 S.

Gatz, S. (2019): Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis. 3. Auflage, vhw Verlag, Bonn. 346 S.

Grothe, S., Frey, M. (2016): Die Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, Natur und Recht (NuR), S. 316-324.

Lau, M. (2012): Der Naturschutz in der Bauleitplanung. Erich Schmidt Verlag, Berlin. 265 S.

Lau, M. (2021): Erleichterungen im besonderen Artenschutz. Natur und Recht (NuR), S. 28-32.

Lorz, A. (2013): Naturschutzrecht. 3. Auflage, C. H. Beck Verlag, München. 952 S.

Meßerschmidt, K. (2020): Bundesnaturschutzrecht, Kommentar. Loseblattsammlung, 147. EL (Januar 2020), rehm Verlag, Heidelberg. 10988 S.

Müller-Mitschke, S. (2015): Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot für windenergieempfindliche Vogelarten bei Windenergieanlagen. Natur und Recht (NuR), S. 741-749.

Ruß, S. (2017): Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises? Natur und Recht (NuR), S. 591-597.

Gerichtliche Entscheidungen

EuGH, Urteil vom 10.10.2019 – Rs. C-674/17.

EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – Rs. C-192/11.

BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16/16.

BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18/15.

BVerwG, Urteil vom 28.04.2016 – 9 A 9/15.

BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12/07.

BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 39/07.

BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07

OVG Lüneburg, Urteil vom 27.08.2019 – 7 KS 24/17.

OVG Lüneburg, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16.

OVG Magdeburg, Urteil vom 23.08.2017 – 2 K 66/16.

OVG Münster, Urteil vom 13.12.2007 – 8 A 2810/04.

VG Wiesbaden, Urteil vom 24.07.2020 – 4 K 2962/16.WI.

VG Freiburg/Breisgau, Urteil vom 17.02.2009 – 3 K 805/08.