

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben

Hintergrundpapier

erstellt von

Ass. iur. Sylvia Ruß

und

Ass. iur. Frank Sailer

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Windenergierecht – Planung, Genehmigung und Förderung im Föderalismus“ (WindPlan – FKZ 03MAP307)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

21

08. April 2016

Zitiervorschlag: *Sylvia Ruß/Frank Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 21 vom 08.04.2016.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail russ@stiftung-umweltenergierecht.de
sailer@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung und Ausblick	1
B.	Tabellarischer Überblick	3
C.	Die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG	4
D.	Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben.....	5
I.	Überblick	5
II.	Ausnahmegrund	6
1.	Benannter Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG	6
2.	Unbenannter Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG	8
a)	Öffentliches Interesse	9
b)	Zwingendes Interesse.....	10
c)	Überwiegendes Interesse.....	13
d)	Zwischenergebnis.....	15
III.	Alternativenprüfung.....	15
1.	Alternativenauswahl anhand des Projektziels	16
2.	Naturschutzfachlich vorzugswürdige Alternativen	17
3.	Berücksichtigung „naturschutzexterner“ Faktoren	18
4.	Rechtliche Zulässigkeit, insbesondere räumlicher Suchbereich	19
IV.	Erhaltungszustand.....	21

A. Zusammenfassung und Ausblick

Der besondere Artenschutz nach §§ 44 ff. Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) bildet einen Schwerpunkt im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen und kann die Behörden vor Herausforderungen stellen, etwa bei Konflikten zwischen der Windenergienutzung einerseits und Vögeln oder Fledermäusen als besonders geschützte Tierarten andererseits. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Erteilung einer Ausnahme vom Regime des besonderen Artenschutzes nach § 45 Abs. 7 BNatSchG eine Lösung sein könnte. Bei Infrastrukturvorhaben zum Teil gängige Praxis, wird dies bei Windenergieanlagen kontrovers diskutiert.

Dabei zeigt sich im Ergebnis der Untersuchung, dass artenschutzrechtliche Ausnahmen im Einzelfall auch bei Windenergievorhaben in Betracht kommen und dabei helfen können, einen Kompromiss zwischen Arten- und Klimaschutz zu finden, wenngleich es auch hier keinen Königsweg gibt. Eine generelle Ablehnung einer solchen Ausnahmemöglichkeit, wie vereinzelt vertreten, ist dagegen kaum begründbar. Dennoch können die rechtlichen Anforderungen hier mitunter sehr hoch liegen und erfordern eine eingehende Prüfung im Einzelfall. Hierbei ergeben sich – wie auch bei den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen – zum Teil erhebliche Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung der Ausnahmemöglichkeit, da keine untergesetzlichen Regelwerke mit einheitlichen Untersuchungs- und Bewertungsmaßstäben existieren. Insofern erscheint eine nähere gesetzliche Konkretisierung der Voraussetzungen einer Ausnahmeerteilung sinnvoll und geboten. Sofern jedenfalls die Voraussetzungen der Ausnahme nach Ansicht der Behörde gegeben sind, spricht aufgrund der Bedeutung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern aus Gründen des Klima- und Umweltschutzes einiges dafür, dass das eröffnete Ermessen in Richtung einer Ausnahme auszuüben ist.

Von den drei wesentlichen Voraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG – Ausnahmegrund, Alternativenprüfung und Erhaltungszustand – steht bei Windenergievorhaben vor allem die Prüfung eines möglichen Ausnahmegrundes im Mittelpunkt der Diskussion.

Ausnahmegrund:

Der Fokus liegt hier derzeit auf den „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG. Es spricht viel dafür, dass dieser Ausnahmegrund im Einzelfall auf Windenergievorhaben anwendbar ist. Ein „öffentliches“ Interesse lässt sich mit Hinweis auf den Klimaschutz durch eine nachhaltige Energieversorgung bejahen (§ 1 Abs. 1 EEG, § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG, Art. 20a GG). Bei der Entscheidung, ob im konkreten Fall ein „zwingendes überwiegendes“ öffentliches Interesse für das Windenergievorhaben spricht, sind vor allem die Kriterien der besonderen Windhöufigkeit und der planungsrechtlichen Ausgangslage maßgeblich. Letztlich müssen hier aber auch die Auswirkungen der Ausnahme für den Artenschutz hinreichend erfasst, bewertet und eingestellt werden. Dagegen ist die Ansicht, dass das Vorhaben zwingend eine „Ortsgebundenheit“ aufweisen müsse, abzulehnen, wenngleich sich dies auch bei Windenergievorhaben wohl durchaus begründen ließe.

Bei alledem zeigen sich hier jedoch gewisse Wertungswidersprüche. Für den Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung ist – anders als etwa für jene der Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft – kein ausdrücklicher Ausnahmegrund geregelt. Dabei kommt „zur dauerhaften Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts“ gerade auch „dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien (...) eine besondere Bedeutung zu“ (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG). Mithin leisten Erneuerbare-Energien-Anlagen einen positiven Beitrag zum Klima- und Atmosphärenschutz sowie dem Schutz der biologischen Vielfalt (Naturschutz). Dass diese Aspekte im Einzelfall im ökologischen Zielkonflikt gegenüber dem konkreten Naturschutz am Vorhabenstandort überwiegen können, ist zwar grundsätzlich auch dem Ausnahmeregime nicht fremd. So kann eine Ausnahme auch im Interesse der „maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ zugelassen werden (§ 45 Abs. 7 Nr. 4 BNatSchG), womit ein weiterer Ausnahmegrund ins Spiel käme. Dieser wird jedoch bislang sehr restriktiv ausgelegt und für Vorhaben der Windenergie abgelehnt. Letztlich wird der Schutz des globalen Klimas hier derzeit schlechter gestellt, als der Schutz anderer Umweltmedien. Hier ist es Aufgabe von Wissenschaft und Gesetzgeber, eigene Kriterien für eine ökologische Bilanzierung bei Klimaschutzmaßnahmen zu entwickeln, die deren globalen und langfristigen Nutzen Rechnung tragen. Dies wiegt umso mehr, wenn der für Windenergievorhaben derzeit im Fokus stehende – bereits erwähnte – Ausnahmegrund der sonstigen „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ bei der Betroffenheit von europäischen Vogelarten unionsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist.

Alternativenprüfung:

Im Rahmen der Alternativenprüfung wird für die Auswahl der relevanten Alternativen maßgeblich auf das jeweilige Projektziel abgestellt. Dieses stellt bei Windenergieanlagen jedenfalls die Stromerzeugung aus Windenergie dar. Relevante Alternativen sind demnach auf Windenergievorhaben zu beschränken. Auf einen Vergleich mit anderen Erneuerbaren-Energien-Anlagen kommt es nicht an. Die weiteren Probleme der Alternativenprüfung bei Windenergievorhaben fokussieren sich auf die Frage der räumlichen Ausdehnung des „Suchbereichs“ von Alternativen sowie der Prüfungstiefe der Genehmigungssituation am alternativen Standort. Noch weitgehend ungeklärt sind hier vor allem die Auswirkungen von Windkonzentrationszonen mit entsprechenden Ausschlussflächen (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) oder weitreichenden Entprivilegierungsflächen, wie sie unter der bayerischen 10-H-Regelung (Art. 82 BayBO) existieren. Daneben darf die Bedeutung von Vermeidungs- und sonstigen Ausgleichsmaßnahmen auch bei der Alternativenprüfung nicht unterschätzt werden.

Erhaltungszustand:

Das Merkmal des Erhaltungszustandes (§ 45 Abs. 7 S. 2, 3 BNatSchG) schließlich dürfte zumindest bei Tierarten mit einem derzeit guten Populationszustand keine unüberwindbare Hürde darstellen. Auch bei aktuell ungünstigem Erhaltungszustand erscheint zwar eine Ausnahme nicht unmöglich, jedoch nur unter hohen Voraussetzungen. Hier kann der Einsatz sog. FCS-Maßnahmen nützlich sein.

B. Tabellarischer Überblick

Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG		Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben
Ausnahmegrund § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG	Nr. 4 <i>„maßgeblich günstigere Auswirkungen auf die Umwelt“</i>	Problem: Restriktive Auslegung Herausforderung: Öffnung für Klimaschutzmaßnahmen und Faktoren für deren ökologische Bilanzierung
	Nr. 5 <i>„andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“</i>	Problem: Unionsrechtskonformität in Bezug auf VS-RL öffentliches Interesse: Klimaschutz, nachhaltige Energieversorgung zwingende Gründe: besondere Windhöffigkeit am Vorhabenstandort; Problem: „Standortgebundenheit“? überwiegendes Interesse: einzelfallbezogene Abwägungsentscheidung; Schwere der konkreten artenschutzrechtlichen Beeinträchtigung; besondere Windhöffigkeit
Alternativenprüfung § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG	<i>„wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind“</i>	Projektziel: Herstellung von Strom aus Windenergie Problem Standortalternativen: Abgrenzung des Suchraums, Auswirkungen von Konzentrationszonenplanung Problem Ausführungsalternativen: Abstriche im Zielerfüllungsgrad, Bestimmung der Grenze der „Zumutbarkeit“
Erhaltungszustand § 45 Abs. 7 S. 2, 3 BNatSchG	<i>v.a. „Erhaltungszustand der Populationen seiner Art nicht verschlechtert“</i>	Problem: wenn Populationen im derzeit schlechten Erhaltungszustand

C. Die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Die Prüfung der artenschutzrechtlichen Anforderungen stellt bei vielen Infrastrukturprojekten eine komplexe Aufgabe dar, deren Schwierigkeiten sich mit steigender Projektgröße verdichten. Von besonderer Bedeutung sind hierbei regelmäßig die in § 44 Abs. 1 BNatSchG normierten Verbotstatbestände des besonderen Artenschutzes. Aufgrund einer möglichen Kollisionsgefahr besonders geschützter Vögel und Fledermäuse liegt der Fokus der Untersuchung bei Windenergievorhaben häufig auf dem Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Insgesamt hat die Behörde hier eine in die Zukunft gerichtete Prognoseentscheidung zu treffen, welche durch die Identifizierung der für das jeweilige Vorhaben relevanten Arten, des erforderlichen Untersuchungsumfangs und der Risikobewertung erschwert wird¹. Regelmäßig wird daher versucht, rechtliche Unsicherheiten durch gewisse „Hilfskonstruktionen“ zu beherrschen. So werden, selbst wenn die Behörde von keinem Verstoß gegen die Verbotstatbestände nach § 44 BNatSchG ausgeht, häufig die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG im Genehmigungsverfahren vorsorglich mitgeprüft². Dies führt dazu, dass auch für den Fall einer abweichenden gerichtlichen Entscheidung das Vorhaben unter diesen Voraussetzungen insgesamt weiterhin zulässig sein kann. Dieses Vorgehen wird vor allem bei größeren Verkehrsprojekten, aufgrund ihres gesteigerten Kostenvolumens und -risikos, insbesondere von den Vorhabenträgern forciert und entspricht dort der gängigen Praxis³.

Während bei Windenergievorhaben dieser Weg in der Vergangenheit – soweit ersichtlich – kaum beschritten wurde, scheinen in der jüngeren Verwaltungspraxis zumindest gewisse Tendenzen erkennbar, Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auch für Windenergieanlagen in Betracht zu ziehen⁴. Die dennoch vorhandene Zurückhaltung verwundert angesichts des erwähnten „Sicherungseffektes“ der Ausnahme⁵. Schließlich besitzen Windenergieanlagen vor allem durch ihre Rotorblätter ein besonderes Gefährdungspotenzial, so dass die artenschutzrechtliche Risikobewertung oftmals umfangreich ausfällt und die naturschutzrechtlichen Hürden zur Vorhabenrealisierung hoch liegen können. Neben den Windenergieerlassen der Länder nimmt sich ein Hinweispapier des baden-württembergischen Ministeriums für ländlichen

¹ Weiterführend zu den natur-, insb. artenschutzrechtlichen Anforderungen an den Bau und Betrieb von Windenergieanlagen *Hinsch*, Windenergienutzung und Artenschutz – Verbotsvorschriften des § 44 BNatSchG im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, ZUR 2011, 191 ff.; v. *Marschall*, Naturschutzrechtliche Probleme bei der Zulassung und Planung von Windenergieanlagen an Land, 2015, 51 ff., 122 ff.

² Dogmatisch kann dieses Vorgehen sicherlich kritisch hinterfragt werden. Schließlich ist die Ausnahmeoption systematisch als „ultima ratio“ angelegt und mithin nur notwendig, soweit in einem ersten Schritt überhaupt vom Vorliegen der Zugriffsverbote nach § 44 BNatSchG ausgegangen wird. Zugleich wird diese Praxis von der Rechtsprechung gebilligt, vgl. *Lütkes/Fellenberg*, in: *Lütkes/Ewer* (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 45 Rn. 63; *Stüer*, Europäischer Gebiets- und Artenschutz in ruhigeren Gefilden, DVBl. 2009, 1 ff.

³ Vgl. *Stüer*, (Fn. 2), 1 ff.; allg. etwa *Durner*, in: *Ziekow* (Hrsg.), Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 7 Rn. 75; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 3508 ff.; *Steinberg/Wickel/Müller*, Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 3 Rn. 79.

⁴ *Agatz*, Windenergie Handbuch, 12. Aufl. 2015, 139 f., die in der Voraufgabe von 2014 noch zurückhaltender war, vgl. *Agatz*, Windenergie, Handbuch, 11. Aufl. 2014, 118. Ein Praxisbeispiel bildet das Vorhaben „Windpark Markgrafental“ im Odenwald, vgl. hierzu *Hehl*, Artenschutz und Windenergie: Grenzen der Ausnahmeregelung, Naturschutz und Landschaftsplanung, 2015, 353 ff.

⁵ Zudem kann die artenschutzrechtliche Ausnahme nach Ansicht des BVerwG sogar noch nachträglich erteilt werden, BVerwG, B. v. 29.08.2008, 9 VR 18/08, juris, Rn. 4.

Raum und Verbraucherschutz nun erstmals dieser Thematik in größerem Umfang an⁶. Dieses zeigt bereits für viele Problemfelder der artenschutzrechtlichen Ausnahme bei Windenergievorhaben erste Lösungsansätze auf und dürfte die Handhabung der Ausnahmemöglichkeit für die Behörden dadurch grundsätzlich erleichtern.

Das vorliegende Hintergrundpapier soll einen Beitrag dazu leisten, die wesentlichen rechtlichen Fragestellungen der Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme bei Windenergievorhaben zu bewerten und rechtliche Spielräume aufzuzeigen.

D. Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben

I. Überblick

§ 45 Abs. 7 S. 1-3 BNatSchG gibt der zuständigen Behörde die Möglichkeit an die Hand, im Einzelfall Ausnahmen von den Zugriffsverboten nach § 44 BNatSchG zuzulassen:

„Die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen

- 1. zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden,*
- 2. zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt,*
- 3. für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung oder diesen Zwecken dienende Maßnahmen der Aufzucht oder künstlichen Vermehrung,*
- 4. im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder*
- 5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.*

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2009/147/EG sind zu beachten. (...)“

Die Erteilung einer Ausnahme steht hierbei im Ermessen der Behörde, wobei es sich um ein intendiertes Ermessen handeln dürfte⁷. Sofern daher bei einem Windenergievorhaben im Ein-

⁶ Ministerium für ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, [Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen](#), 01.07.2015.

⁷ VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 17.02.2009, 3 K 805/08, juris, Rn. 46; Lau, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 45 Rn. 13; Müller-Mitschke, Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot für wind-

zelfall die Voraussetzungen der Ausnahme gegeben sind, spricht auch wegen dessen Bedeutung für den Klima- und Umweltschutz einiges dafür, dass das eröffnete Ermessen grundsätzlich in Richtung einer Ausnahme auszuüben ist⁸.

Insgesamt ist die Ausnahmemöglichkeit im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben auszulegen⁹. Zugleich hat das BVerwG anerkannt, dass die Aussagen zur FFH-Ausnahme grundsätzlich auch auf das Artenschutzrecht anwendbar sind¹⁰ und festgestellt, dass im Artenschutzrecht keine strengeren Maßstäbe im Vergleich zum Habitatschutz anzulegen sind¹¹.

Die drei kumulativen Voraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG Ausnahmegrund (II.), Alternativenprüfung (III.) und Erhaltungszustand (IV.) werden im Folgenden näher betrachtet.

II. Ausnahmegrund

Als erste Tatbestandsvoraussetzung normiert § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG das Erfordernis eines Ausnahmegrundes¹².

1. Benannter Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG

Nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG kann eine Ausnahme aufgrund „maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ zugelassen werden¹³. Dieser Ausnahmegrund scheint auf den ersten Blick auch bei Windenergievorhaben aufgrund ihres Beitrages für den Umweltschutz, insbesondere den Klimaschutz, in Betracht zu kommen.

Allerdings wird dieser Ausnahmegrund in der Rechtsprechung und Literatur bislang sehr restriktiv verstanden und der Kompensationsgedanke eng gefasst. Berücksichtigung sollen daher

energieempfindliche Vogelarten bei Windenergieanlagen, NuR 2015, 749; a.A. *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer u.a. (Hrsg.), Umweltrecht Band II, 76. EL 2015, § 45 BNatSchG, Rn. 19; unklar hinsichtlich des Ausnahmegrundes nach Nr. 5 *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad u.a. (Hrsg.), Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, § 45 Rn. 14.

⁸ In diese Richtung auch *Hinsch*, (Fn. 1), 191, 197; v. *Marschall*, (Fn. 1), 176.

⁹ Insbesondere Art. 16 Abs. 1 RL 92/43/EWG des Rates, v. 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 vom 22.07.1992, 7) zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/105/EG des Rates, v. 20.11.2006, Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (im Folgenden „FFH-RL“) und Art. 9 Abs. 1 RL 79/409/EWG des Rates, v. 02.04.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/147/EG, Änderung durch aktuelle geltende Fassung 2009/147/EG (ABl. Nr. L 2010/020, 7), Vogelschutzrichtlinie (im Folgenden „VS-RL“).

¹⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, 9 A 14/07, juris, Rn. 125; in diese Richtung auch, jedoch mit gewissen Differenzierungen und dem Anklang von Einschränkungen *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 45 Rn. 27.

¹¹ Grundsätzlich zum strenger zu bewertenden Schutzsystem der Natura-2000 Gebiete gegenüber dem flächendeckenden Artenschutzregime z.B. *Kratsch*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 45 Rn. 38; zum Verhältnis der naturschutzrechtlichen Abweichungsprüfungen untereinander vgl. z.B. *Hösch*, Alternativen oder wo geht es lang?, UPR 2014, 406.

¹² Teilweise wird der Begriff „besondere Rechtfertigung“ synonym verwendet.

¹³ vgl. auch Art. 16 Abs. 1 lit. c FFH-RL, Art. 9 Abs. 1 lit. a VS-RL; BT-Drs. 16/5100, 13.

nur solche Folgen des Vorhabens selbst finden, die unmittelbar, nachweislich kausal und kleinräumig den Zustand der Umwelt verbessern¹⁴. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn das Vorhaben selbst zur Beruhigung des konkreten Lebensraums oder dessen ökologischer Aufwertung beiträgt (z. B. Küstenschutzmaßnahmen, die zwar zu Schutzgebietsverkleinerungen führen, zeitgleich aber auch zur Bildung ökologisch wertvoller Salzwiesen)¹⁵. Ökologisch sinnvolle, aber lediglich mittelbar verbessernde Maßnahmen sollen dagegen nicht ausreichen¹⁶.

Nach dieser Auslegung dürfte dieser Ausnahmegrund der Nr. 4 für Windenergievorhaben (derzeit) in aller Regel nicht in Betracht kommen, da diese nur sehr selten unmittelbar nachweislich positive ökologische Auswirkungen am Vorhabenstandort haben dürften¹⁷. In der Konsequenz lehnen bislang auch Literatur und Rechtsprechung die Anwendbarkeit dieses Ausnahmegrundes für Windenergievorhaben pauschal ab¹⁸.

Zwar mag diese restriktive Auslegung im Einklang mit dem maßgeblichen Leybucht Urteil des EuGH¹⁹ stehen. Dennoch darf sie zumindest nicht unreflektiert auf das Umweltmedium Klima übertragen werden²⁰. Schließlich zielt dieser Ausnahmegrund der Nr. 4 auf Erhaltung, Schutz und Verbesserung der Qualität der Umwelt im Allgemeinen ab²¹. Teilbereiche hiervon sind der Schutz vor Umweltgefährdungen des (globalen) Klimas und der Atmosphäre. Die Komplexität und Charakteristika dieser Umweltmedien bedingen jedoch, dass Schutzmaßnahmen hier oftmals langfristig und global angelegt sind²². Damit ist es letztlich deren Schutzzweck geschuldet, dass Klima- und Atmosphärenschutzmaßnahmen, allen voran solche zur Abwehr der Gefahren der Erderwärmung, in aller Regel nicht unmittelbar und räumlich begrenzt wirken. Würde man diese Kriterien dennoch zwingend für die ökologische Kompensation der „wesentlich günstigeren Umweltauswirkungen“ voraussetzen, blieben die positiven Effekte dieser

¹⁴ So Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 293, 258; Gellermann, (Fn. 7), § 45 BNatSchG Rn. 23, § 34 Rn. 46; Lau, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 45 Rn. 17; Müller-Walter, (Fn. 7), § 45 Rn. 27; J./A. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 99; v. Marschall, (Fn. 1), 178; Wolf, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 34 Rn. 15; Anger/Anger, Klimaschutz und Naturschutz im Konflikt – naturschutzrechtliche Probleme bei der Verwirklichung von EEG-Anlagen, ZfBR-Beil. 2012, 90, 93; siehe auch Hinweispapier Baden-Württembergs, (Fn. 6), 7.

¹⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.02.1991, Rs. C-57/89 (Leybucht), Slg. 1991, I-00883, Rn. 25.

¹⁶ Müller-Mitschke, (Fn. 7), 741, 744; J./A. Schumacher, (Fn. 14), § 34 Rn. 99; Wolf, (Fn. 14), § 34 Rn. 15.

¹⁷ Vgl. Müller-Mitschke, (Fn. 7), 744; wenig Aussicht auf Erfolg verspricht auch die Bemühung der Ausnahmegründe „öffentlicher Sicherheit“ o. „Volksgesundheit“, da diese ebenfalls sehr restriktiv ausgelegt werden. Bejaht wurde letzterer z.B. bei Maßnahmen zur Abwehr von Überschwemmungs- und Lawinengefahren. Die öffentliche Sicherheit erfasst hier lediglich die Existenzsicherung des Staates und Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren o. von außen; weiterführend s. EuGH, Urt. v. 20.02.1991, Rs. C-57/89 (Leybucht), Slg. 1991, I-00883, Rn. 8, 23; Lau, (Fn. 14), § 45 Rn. 16; J./A. Schumacher, (Fn. 14), § 34 Rn. 99; Schütte/Gerbig, (Fn. 10), § 45 Rn. 28.

¹⁸ So z.B. VG Halle (Saale), Urt. v. 23.11.2010, 4 A 34/10, juris, Rn. 72; Gatz, (Fn. 14), Rn. 293 und 258; Gellermann, (Fn. 7), § 34 BNatSchG, Rn. 46; J./A. Schumacher, (Fn. 14), § 34 Rn. 99; v. Marschall, (Fn. 1), 178; generell für Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien, Schütte/Gerbig, (Fn. 10), § 45 Rn. 28; Wolf, (Fn. 14), § 34 Rn. 15. In diese Richtung wohl auch Anger/Anger, (Fn. 14), 93; nach dem Hinweispapier Baden-Württembergs fallen die „(...) Planung und Errichtung von Windenergieanlagen grundsätzlich nicht unter (...) § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG (...)“, (Fn. 6), 7.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 20.02.1991, Rs. C-57/89 (Leybucht), Slg. 1991, I-00883.

²⁰ A.A. Gellermann, (Fn. 7), § 34 BNatSchG Rn. 46; Wolf, (Fn. 14), § 34 Rn. 15.

²¹ Die günstigen Umwelteinwirkungen können sich auf alle Umweltmedien beziehen, so J./A. Schumacher, (Fn. 14), § 34 Rn. 99; Lau, (Fn. 14), § 45 Rn. 16.

²² Näher Wustlich, Die Atmosphäre als globales Umweltgut: Rechtsfragen ihrer Bewirtschaftung im Wechselspiel von Völker-, Gemeinschafts- und nationalem Recht, 2003, 37 ff., insb. 51 ff.

Schutzmaßnahmen unberücksichtigt. Hierzu zählt der Beitrag jedes einzelnen Windenergievorhabens für den dynamischen Gesamtprozess der Umstellung auf eine nachhaltige Energieversorgung sowie zur Reduktion von Treibhausgasemissionen. Hier ist insofern ein Umdenken anzustrengen, damit auch der zeitlich-verzögerte, globale Beitrag von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien für das Umweltmedium Klima Beachtung finden kann. Ansonsten würden Maßnahmen zum Schutz des Klimas hier schlechter gestellt, als solche zum Schutz anderer Umweltmedien wie Boden oder Wasser. Die Kriterien der Unmittelbarkeit und Kleinräumigkeit können bei Klimaschutzmaßnahmen daher nicht anwendbar sein. Insofern sind zunächst Wissenschaft und Gesetzgebung in der Pflicht, belastbare Kriterien für eine Quantifizierung des Nutzens für das Klima aufzustellen, um auch diese Faktoren in die ökologische Bilanzierung einstellen zu können²³ und „im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen“ (§ 1 Abs. 1 EEG).

2. Unbenannter Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG

Der Fokus der Diskussion eines möglichen Ausnahmegrundes bei Windenergievorhaben liegt derzeit auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG. Korrespondierend hierzu stellen alle acht Winderlasse beziehungsweise Leitfäden der Bundesländer, welche die artenschutzrechtliche Ausnahme thematisieren, auf den Auffangtatbestand von Nummer 5 ab²⁴, d.h. Ausnahmen

„aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.“

Hier bilden die Voraussetzungen der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ die entscheidende rechtliche Grenze, welche auf Art. 16 Abs. 1 lit. c FFH-RL zurückgeht. Diese Merkmale finden sich somit auch wortlautgleich in der nationalen Norm zur habitatschutzrechtlichen Ausnahme (§ 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG). Dagegen fehlt in der entsprechenden europäischen Vorgabe des Art. 9 Abs. 1 VS-RL ein solcher Ausnahmegrund. Aus diesem Grund wird in Teilen der Literatur die Anwendbarkeit dieses Ausnahmegrundes gerade

²³ Vgl. Müller-Walter, (Fn. 7), § 45 Rn. 27, wonach zumindest bislang nicht geklärt sei, welche Faktoren mit welchem Gewicht einzubeziehen seien.

²⁴ Ausführungen zu der artenschutzrechtlichen Ausnahmenvorschrift finden sich derzeit in den Winderlassen bzw. zugehörigen Leitfäden folgender Bundesländer: Bayern ([Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen](#) vom 20.12.11), Baden-Württemberg (Fn. 3, sowie [Windenergieerlass Baden-Württemberg Gemeinsame Verwaltungsvorschrift](#) vom 09.05.12), Brandenburg ([Beachtung naturschutzfachlicher Belange bei der Ausweisung von Windeignungsgebieten und bei der Genehmigung von Windenergieanlagen](#) vom 01.01.11, Anlage 3, Stand 13.12.10), Hessen ([Leitfaden Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen \(WKA\) in Hessen](#) vom 29.11.12), sehr knapp in Nordrhein-Westfalen ([Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“](#) vom 12.11.13, insbesondere Anlage 3), Niedersachsen ([Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen an Land in Niedersachsen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung](#) vom 05.05.2015, sowie [Leitfaden Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen](#) vom 12.02.15), Rheinland-Pfalz ([Naturschutzfachlicher Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in Rheinland-Pfalz Artenschutz \(Vögel, Fledermäuse\) und NATURA 2000-Gebiete](#) vom 13.09.12) und Schleswig-Holstein ([Empfehlungen zur Berücksichtigung tierökologischer Belange bei Windenergieplanungen in Schleswig-Holstein](#) von 12.12). Weiterführend zu den aktuellen Entwicklungen der Windenergieerlasse der Länder, hierzu [Schwarzenberg/Ruß/Sailer, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 19 vom 05.02.2016](#).

in Fällen der Betroffenheit europäischer Vogelarten kritisch beurteilt²⁵. Obwohl der EuGH den Katalog der Ausnahmegründe nach Art. 9 VS-RL bereits als abschließend ansah²⁶ und bezüglich einer mit § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG wörtlich übereinstimmenden Regelung des polnischen Rechts feststellte, dass in den ausdrücklich genannten Ausnahmegründen des Art. 9 Abs. 1 VS-RL solche Gründe aus zwingenden öffentlichen und wirtschaftlichen Interesses nicht auftauchen²⁷, wird als Lösungsvorschlag von der Literatur vor allem vertreten, dass das Unionsrecht um einen entsprechenden ungeschriebenen Ausnahmegrund in der VS-RL zu erweitern sei²⁸. Ungeachtet dieses Klärungsbedarfs hat das BVerwG die Möglichkeit der Vorlage an den EuGH verstreichen lassen²⁹. Im Ergebnis ist bislang auch bei einer möglichen Betroffenheit europäischer Vogelarten (zumindest) aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die Anwendbarkeit des Ausnahmegrundes nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG weitestgehend anerkannt³⁰.

a) Öffentliches Interesse

Damit dieser Ausnahmegrund nun bei Vorhaben der Windenergie zum Tragen kommen kann, müssten diese zunächst im öffentlichen Interesse liegen. Dies kann aufgrund ihres Beitrags zum Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung im Interesse des Klima- und Umweltschutzes bejaht werden³¹.

So wird der Begriff des öffentlichen Interesses hier weit ausgelegt³². Eine Monokausalität wird nicht gefordert, so dass auch private Projekte im Einzelfall erfasst sein können. Private, nicht zugleich dem öffentlichen Interesse dienende Projekte bleiben dagegen unberücksichtigt. Zudem wird teilweise vertreten, dass der öffentliche Aspekt des Vorhabens dessen Hauptzweck bilden müsse³³. Sowohl Trägerschaft als auch Organisationsform sind jedoch irrelevant³⁴.

²⁵ Kritisch *Lau*, Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, NuR 2013, 685 ff.; ausführlich hierzu jeweils m.w.N. *Gassner*, § 43 Abs. 8 Satz 2 BNatSchG – ein Beispiel europarechtlichen Experimentierens, NuR 2009, 325 f.; *Gellermann*, (Fn. 7), § 45 BNatSchG Rn. 24; v. *Marschall*, (Fn. 1), 182 ff.

²⁶ EuGH, Urt. v. 07.03.1996, C-118/94, Slg. 1996, I-01223, Rn. 21.

²⁷ EuGH, Urt. v. 26.01.2012, C-192/11, Rn. 39; veröffentlicht nur in polnischer und französischer Sprache; eine nichtamtliche deutsche Übersetzung des Urteils findet sich in NuR 2013, 718 ff.

²⁸ Dieser Ansatz findet sich jeweils m.w.N z.B. bei *Gellermann*, (Fn. 7), § 45 BNatSchG Rn. 24; *Schütte/Gerbig*, (Fn. 10), § 45 Rn. 30 f.; *Müller-Walter*, (Fn. 7), § 45 Rn. 21 und 28; v. *Marschall*, (Fn. 1), 183; kritisch hierzu *Lau*, (Fn. 25), 688 ff.

²⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.03.2008, 9 A 3/06, juris, Rn. 262. So auch *Gellermann*, Windkraft und Artenschutz, NdsVBl 2016, 17.

³⁰ Vgl. jeweils m.w.N. *Müller-Mitschke*, (Fn. 7), 744; *Schütte/Gerbig*, (Fn. 10), § 45 BNatSchG Rn. 30 f.; v. *Marschall*, (Fn. 1), 183; kritisch *Lau*, (Fn. 25), 685 ff.

³¹ Vgl. *Gellermann*, (Fn. 29), 13, 17; v. *Marschall*, (Fn. 1), 180.

³² Bereits *Ramsauer*, Die Ausnahmeregelungen des Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie, NuR 2000, 601, 603.

³³ Diese Einschränkung findet sich z.B. bei *Frenz*, in: *Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 34 Rn. 94; *J./A. Schumacher*, (Fn. 14), § 34 Rn. 94.

³⁴ So *EU-Kommission*, Auslegungsleitfaden zu Artikel 6 Absatz 4 der 'Habitat-Richtlinie' 92/43/EWG der Kommission, Januar 2007, 8; *Ramsauer*, (Fn. 32), 603; noch differenzierter *Wulfert*, Anforderungen an die Alternativenprüfung (...), Naturschutz und Landschaftsplanung 2012, 239. Private Interesse sollen nicht bemüht werden, um ein sonstiges öffentliches Interesse zu begründen, vielmehr sind im Folgenden lediglich die Aspekte relevant, die dem Allgemeinwohl dienen (z.B. Klimaschutz und nachhaltige Energieerzeugung).

Als hinreichend gewichtiger öffentlicher Grund für die Realisierung von Windenergievorhaben kann somit ihr Beitrag zur Verwirklichung des im Allgemeininteresse gelegenen Ziels einer umweltfreundlichen und nachhaltigen Energieerzeugung angeführt werden. So nimmt die Windenergienutzung an Land eine zentrale Rolle in der deutschen Energiewende und den Zielsetzungen der Bundesregierung ein³⁵. Die herausgehobene Bedeutung der Windenergienutzung ist auch legislativ umfassend umgesetzt, vgl. § 1 EEG, § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, Art. 20a GG³⁶. Daneben nimmt die Nutzung erneuerbarer Energiequellen eine besondere Rolle für die Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes ein (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG)³⁷. Dieser Aspekt wird vor allem auch in den Winderlassen der Länder betont³⁸. Für Windenergievorhaben sprechen somit eindeutig öffentliche Interessen.

b) Zwingendes Interesse

Weiter müsste das öffentliche Interesse auch zwingender Art sein. Die Frage, ob Windenergievorhaben ein solches zwingendes Interesse begründen können, stellt eine der zentralen Hürden der Ausnahmeprüfung dar. Dies kann jedoch nicht pauschal, sondern nur im Einzelfall beantwortet werden.

Für die Prüfung des „zwingenden Interesses“ im Sinne der Ausnahme existieren bislang keine konkreten einheitlichen Vorgaben³⁹. Meist wird das Merkmal im Sinne „verpflichtender Gründe“ verstanden. Demnach sei der Charakter eines Vorhabens als „durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes Handeln“ maßgeblich⁴⁰. Als Faustformel wird zudem auf alle Belange abgestellt, die eine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG zu rechtfertigen vermögen⁴¹. Inhaltlich wird dieses Merkmal häufig negativ dahingehend begrenzt, dass keine Sachzwänge verlangt werden, denen niemand gerecht werden kann⁴².

Insoweit kann bei Windenergieanlagen auf die bereits im Rahmen des öffentlichen Interesses genannten Ziele (insb. nachhaltige Energieerzeugung und Versorgungssicherheit), welche gesetzlich fixiert sind (z.B. § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG, § 1 Abs. 1 EEG, § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB),

³⁵ Vgl. BT-Drs. 18/1304, 89 f.: „...konzentriert sich der Ausbau auf die kostengünstigeren Technologien wie Windenergie an Land und Photovoltaik“; *Bundesregierung*, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, Oktober 2011, 6 f., 9; *Schlesinger/Lindenberger/Lutz u.a.*, Energieszenarien für ein Energiekonzept der Bundesregierung, August 2010, 109 ff.

³⁶ BT-Drs. 16/8148, 35 f.

³⁷ BT-Drs. 15/2864, 27 zu § 1 EEG 2004 mit Hinweis auf § 2 Abs. 1 Nr. 6 BNatSchG a.F.; BT-Drs. 16/8148, 36.

³⁸ Pauschal dazu: Erlass Baden-Württembergs (Fn. 24), 38; im Hinweispapier Baden-Württembergs (Fn. 6), 9 findet sich eine vergleichbare Formulierung wie im Erlass Bayerns (Fn. 24), 48, Hessens (Fn. 24), 17 und Rheinland-Pfalz (Fn. 24), 26: „Die Errichtung von WEA liegen im öffentlichen Interesse (...), da dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung (...) [eine] besondere Bedeutung zukommt (§ 1 Abs. 3 Nr. 4, 2. Alt. BNatSchG).“ Auch Gatz stellt die Verknüpfung mit § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG heraus, vgl. (Fn. 14), Rn. 259.

³⁹ Oftmals wird diesem Attribut keine eigenständige Bedeutung beigemessen. Kritik hierzu findet sich z.B. bei *Ramsauer*, (Fn. 32), 604.

⁴⁰ So *Gellermann*, (Fn. 29), 17; *v. Marschall*, (Fn. 1), 179; *Hösch*, Zur Behandlung der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, UPR, 2010, 7, 11, m.w.N. *Ramsauer*, (Fn. 32), 604; *Wulfert*, (Fn. 34), 240.

⁴¹ Weiterführend, insb. mit der Betonung, dass die zwingenden Gründe nicht auf solche nach Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG zu beschränken seien, *Hösch*, (Fn. 40), 9.

⁴² So z.B. *Frenz*, (Fn. 33), § 34 Rn. 89; *J./A. Schumacher*, (Fn. 14), § 34 Rn. 94; *Spieth/Appel*, Genehmigungsprojekte unter dem Damoklesschwert der FFH-Abweichungsprüfung, NuR 2009, 669, 671.

zurückgegriffen werden. Damit liegt jedenfalls ein legitimes und somit ein „durch Vernunft geleitetes“ Vorhaben vor⁴³. Allerdings kommt auch dieser Normierung keine so weitreichende Indizienwirkung zu, dass sich hieraus automatisch der zwingende Charakter von Windvorhaben im Sinne von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG ergibt⁴⁴. So wurde auch in den wenigen gerichtlichen Entscheidungen zu Windenergievorhaben der Ausnahmetatbestand mangels zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses abgelehnt⁴⁵. Demnach sei weder das wirtschaftliche Interesse des Vorhabenträgers an der Durchführung eines Windenergieprojekts noch der Beitrag der Windkraftnutzung zum Klimaschutz als hinreichend gewichtig zu bewerten und damit auch nicht zwingender Art⁴⁶. Allerdings wird in den vereinzelt Entscheidungen nicht ausreichend deutlich, ob diese Aussage pauschal für alle Windenergievorhaben oder lediglich für den jeweils entscheidenden Einzelfall gilt.

Umstritten ist daneben die Frage, ob für die Annahme eines zwingenden Interesses ein „hinreichender Ortsbezug“ zu fordern ist. In einem einzelnen Urteil lässt sich eine Tendenz dahingehend erkennen, dass die „zwingenden überwiegenden Interessen“ gerade am beantragten Vorhabenstandort vorliegen müssen⁴⁷. Auch in der Literatur wird teilweise gefordert, dass die Ausnahmegründe einen „hinreichenden Ortsbezug“ aufweisen müssten⁴⁸. Demnach solle eine Ausnahme nur für solche Vorhaben in Betracht kommen, deren Verwirklichung standortgebunden und die damit auf gewisse Standortmerkmale angewiesen seien⁴⁹. Für deren Begründung könne zudem lediglich auf die öffentlichen Interessen der jeweiligen Vorhaben, nicht jedoch auf privatwirtschaftliche Beweggründe abgestellt werden⁵⁰.

Andererseits wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur das Erfordernis einer derartigen „Standortgebundenheit“ vielfach nicht verlangt oder teilweise sogar ausdrücklich abgelehnt⁵¹. Demnach bilde die lokale Komponente keine selbständige, zusätzliche Voraussetzung für die Begründung des zwingenden Charakters des öffentlichen Interesses, sondern sei vielmehr im

⁴³ Demnach kann dahinstehen, ob eine normative Fixierung für die Begründung eines „öffentlichen Interesses“ überhaupt erforderlich ist. Dies ablehnend z.B. *Ramsauer*, (Fn. 32), 604, der aber zugleich der Ansicht ist, dass die Fixierung zumindest als Indiz für den zwingenden Charakter sprechen könne.

⁴⁴ Für eine Differenzierung nach legitimen, verpflichtenden und zwingenden Gründen *Ramsauer*, der sich dafür ausspricht, den Wortlaut der „imperativ reasons“ der englischen Fassung der FFH-Richtlinie, statt mit zwingenden, mit verpflichtenden Gründen zu übersetzen, vgl. *Ramsauer*, (Fn. 32), 604.

⁴⁵ So VG Halle (Saale), Urt. v. 19.08.2010, 4 A 9/10, juris, Rn. 55 und hierauf bezugnehmend VG Cottbus, Urt. v. 07.03.2013, 4 K 6/10, juris, Rn. 85; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 26.10.2010, 2 L 6/09, juris, Rn. 90; in diese Richtung, jedoch mit Fokus auf die Verneinung der „maßgeblich günstigeren Umwelteinwirkungen“ VG Halle (Saale), Urt. v. 23.11.2010, 4 A 34/10, juris, Rn. 72; die Rechtmäßigkeit der Ausnahmeerteilung ausdrücklich dahinstehend VG Osnabrück, Urt. v. 27.05.2015, 3 A 5/15, juris, Rn. 159; nicht entscheidungsrelevant BayVG, B. v. 06.10.2014, 22 ZB 14.1079, 22 ZB 14.1080, juris, Rn. 41; VG Minden, Urt. v. 10.03.2010, 11 K 53/09, Rn. 27, 138.

⁴⁶ So VG Halle, (Fn. 45), Rn. 55 und hierauf bezugnehmend VG Cottbus, Urt. v. 07.03.2013, 4 K 6/10, juris, Rn. 85.

⁴⁷ OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 26.10.2010, 2 L 6/09, juris, Rn. 90.

⁴⁸ So *Ramsauer* (Fn. 32), 604. Ebenso spricht sich *Wulfert* für eine räumliche, zeitliche und sachliche-funktionale Konkretisierung aus, siehe (Fn. 34), 239. *Hösch* fordert ebenso einen „hinreichenden Ortsbezug“. Dieser soll bereits vorliegen, wenn das Vorhaben auf „bestimmte Standortmerkmale angewiesen“ ist, (Fn. 40), 11. Das Erfordernis einer örtlichen Komponente dagegen ablehnend *Frenz*, (Fn. 33), § 34 Rn. 91.

⁴⁹ So *Ramsauer* (Fn. 32), 604; *Hösch*, (Fn. 40), 11.

⁵⁰ Vgl. *Ramsauer* (Fn. 32), 604.

⁵¹ Das zusätzliche Erfordernis einer regionalen Komponente ausdrücklich ablehnend *Frenz*, (Fn. 33), § 34 Rn. 91. Ein solches Erfordernis nicht thematisierend, *Gellermann*, (Fn. 29), 17 f.; *Müller-Walter*, (Fn. 7), § 45 Rn. 28 f.

Rahmen der Gewichtung des „zwingenden Interesses“ einzustellen⁵². Hierfür sprechen gute Argumente. Zunächst folgt aus dem Wortlaut des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG nicht, dass ein solcher Ortsbezug als eigenständige Ausnahmeforaussetzung erforderlich sei. Hinzu kommt, dass auch die EU-Kommission bei ihrer Auslegung der europäischen Vorgaben zum Ausnahmegrund davon ausgeht, dass auch Windparks diese Voraussetzung erfüllen können⁵³. Hierfür fordert die EU-Kommission keinen Ortsbezug, sondern geht – standortunabhängig – davon aus, dass auch bei Windparks der Ausnahmegrund der „anderen zwingenden öffentlichen Interessen“ zum Tragen kommen könne⁵⁴. Die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung kann folglich hieran nicht scheitern⁵⁵.

Selbst wenn man dennoch einen solchen Ortsbezug für erforderlich hielte, ließe sich ein solcher auch bei Windenergievorhaben wohl durchaus begründen. Zunächst stellt sich dabei jedoch bereits die Frage, worauf sich dieser letztlich genau beziehen soll. Die Umschreibung des Ortsbezuges in der Literatur ist bislang nicht hinreichend deutlich. So käme als Bezugspunkt einerseits das Vorhaben an sich oder andererseits das öffentliche Interesse in Betracht. Für Letzteres spricht aber, dass ansonsten die nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG erforderliche Alternativenprüfung von vornherein auf Fälle der Ausführungsalternativen begrenzt wäre, denn soweit ein Vorhaben zwingend ortsgebunden realisiert werden muss, wären Standortalternativen denknotwendig obsolet. Letztlich dürfte es hier daher darum gehen, dass ein besonders öffentliches Interesse an der Ausführung des Vorhabens an einem bestimmten Ort besteht und das öffentliche Interesse an einer anderen Stelle nur weniger gut erfüllt werden könnte. Bei Windenergievorhaben wird hier in aller Regel das Kriterium eines hinreichenden Stromertrags maßgeblich sein. Dieser lässt sich nur an entsprechend windhöffigen Standorten erzielen und diese können räumlich durchaus begrenzt sein. Für eine erfolgreiche Umsetzung der Ziele der Energiewende müssen Standorte mit einer hohen Windleistungsdichte besonders berücksichtigt werden. Die Verwirklichung von Windenergievorhaben an diesen Standorten steht somit im öffentlichen Interesse. Vor allem in jüngerer Zeit fokussiert auch der Gesetzgeber die Förderung der Windenergie gerade auf windhöffigere Standorte⁵⁶. Somit ergibt sich auch für

⁵² Vgl. *Frenz*, (Fn. 33), § 34 Rn. 91; in diese Richtung wohl auch *Spieth/Appel*, (Fn. 42), 11.

⁵³ Vgl. EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation, 2011, 18; sowohl die deutsche, als auch europäische Rechtsprechung nimmt die Leitfäden der EU-Kommission zum Naturschutzrecht in Bezug, vgl. BVerwG, B. v. 03.06.2010, 4 B 54/09, juris, Rn. 25 m.w.N; konkret geht es hier zwar um den „Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichen Interesse im Rahmen der FFH-RL 92/43/EWG“ der EU-Kommission; dieser steht jedoch im „Verbund“ mit dem hier zitierten windspezifischen Leitfaden, vgl. EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation, 2011, 6.

⁵⁴ Wörtlich: „With reference to wind farms, it is primarily reasons related to ‘the interests of public health and public safety, or for ‘other imperative reasons of public interest’ (ref. Article 16(1c)) that might apply“, EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation, 2011, 18.

⁵⁵ Diesen Schluss zieht überzeugend auch *Hinsch*, siehe (Fn. 1), 196.

⁵⁶ BT-Drs. 18/1304, 145: „Die Analyse des tatsächlichen Zubaus der Windenergie an Land hat gezeigt, dass ein wesentlicher Zubau an Standorten mit einem Ertrag unter 82,5 Prozent des Referenzertrages erfolgt. Dagegen ist der Zubau im Bereich von Standorten mit einem Ertrag über 130 Prozent des Referenzertrages sehr begrenzt. Um die Standortsteuerung kosteneffizienter zu gestalten und zugleich einen Anreiz zur Bebauung guter und sehr guter Standorte zu geben, soll die Standortdifferenzierung nun zwischen 130 Prozent und 80 Prozent des Referenzertrages erfolgen. Zudem sollen die im unteren Bereich dieses Intervalls überproportional ansteigenden Investitionskosten berücksichtigt werden.“

Windenergievorhaben eine gewisse Standortgebundenheit aufgrund unterschiedlicher topographischer Gegebenheiten. Unter der Voraussetzung, dass die Ortsgebundenheit auf das öffentliche Interesse zu beziehen ist, stellt somit die Windhöffigkeit ein bestimmtes Standortmerkmal dar⁵⁷. Zudem ergibt sich etwa auch aus der negativen Ausschlusswirkung von Vorrangflächen, dass Windenergieanlagen außerhalb solcher Festsetzungen regelmäßig unzulässig sind (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB). Auch hieraus könnte sich daher ein gewisser „Ortsbezug“ ergeben, soweit Windenergievorhaben damit praktisch auf eine Verwirklichung innerhalb der jeweiligen Konzentrationszone angewiesen sind. Entsprechendes gilt im Falle einer Entprivilegierung der Windenergie im Außenbereich durch Abstandsflächen, wie sie unter Geltung der 10-H-Regelung in Bayern existieren⁵⁸. Und auch beim Repowering kann sich eine gewisse Standortgebundenheit ergeben⁵⁹, wenn innerhalb einer Gemeinde oder eines Landkreises Altanlagen durch Neuanlagen ersetzt werden sollen⁶⁰. Insgesamt spricht insofern einiges dafür, dass auch bei Windenergieanlagen im Einzelfall ein „spezifischer Ortsbezug“ begründet werden kann. Ein maßgebliches Kriterium der einzelfallbezogenen Betrachtung kann insbesondere die Windleistungsdichte am Vorhabenstandort sein⁶¹.

c) Überwiegendes Interesse

Schließlich muss das öffentliche Interesse überwiegen. Auch diese Voraussetzung können Windenergievorhaben im Einzelfall erfüllen.

Hierfür ist eine Abwägungsentscheidung notwendig, bei der das öffentliche Interesse an der Vorhabenrealisierung gegenüber der zu erwartenden Beeinträchtigung der artenschutzrechtlichen Belange des § 44 BNatSchG zu gewichten ist. Dies setzt eine wertende, einzelfallbezogene Betrachtung voraus⁶². Erforderlich ist hierbei, dass die relevanten Belange zunächst hinreichend ermittelt wurden, bevor sie abgewogen werden.

Als Abwägungskriterien können auf Seiten eines Windenergievorhabens dessen positive Wirkungen im Bereich des Klimaschutzes und der Nachhaltigkeit eingestellt werden (insb. § 1 EEG, § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG). Allerdings darf dies nicht zu einer generell höheren Gewichtung gegenüber den Belangen des Artenschutzes führen⁶³. Vielmehr hat – wie erwähnt – eine Abwägung des Einzelfalles stattzufinden, bei der vor allem die mit einer möglichen Ausnahme

⁵⁷ Der Begriff des „bestimmten Standortmerkmals“ findet sich bei Hösch, (Fn. 40), 11.

⁵⁸ Ausführlich zur 10-H-Regelung in Bayern etwa Fülbier/Wegner, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 ff.; Fülbier/Grüner/Sailer/Wegner, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, Würzburger Berichte zum Umweltenergie-recht Nr. 8 vom 29.07.2014; Grüner, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, 108 ff.; Würfel/Werner, Einführung eines Mindestabstands für Windkraftanlagen - Die "10 H-Regelung" im Freistaat Bayern, BayVBl 2015, 109 ff.

⁵⁹ Zur künftig hohen Bedeutung des Repowering, vgl. BT-Drs. 18/1304, 132.

⁶⁰ Vgl. noch § 30 EEG 2012, wonach für das Repowering auf einen Landkreis bzw. maximal einen angrenzenden Landkreis abgestellt wurde.

⁶¹ So auch Hinweispapier Baden-Württembergs, (Fn. 3), 9 und vergleichbar Erlass Bayerns, wonach am Anlagenstandort ein hinreichender Stromertrag erzielbar sein müsse, mindestens aber 60% des Referenzertrages nach Anlage 3 zum EEG 2012, vgl. Erlass Bayern, (Fn. 24), 48.

⁶² So auch J./A. Schumacher, (Fn. 14), § 34 Rn. 94.

⁶³ Explizit gegen einen automatischen Vorrang: Baden-Württemberg, (Fn. 6), 9; Gatz, (Fn. 14), Rn. 293, 260.

verbundenen artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungen zu gewichten sind. Damit wird deutlich, dass eine hinreichende artenschutzrechtliche Prüfung notwendig ist⁶⁴. Von Bedeutung sind somit auch Vermeidungs- sowie vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen, welche angemessen auszuloten und auszuschöpfen sind⁶⁵. Dies ist zwingend. Die Ausnahme darf, auch im Falle einer hilfsweisen Beantragung, keine Umgehung des Systems der Vermeidung – oder anderer Vorgaben des Artenschutzes – bedeuten. Darüber hinaus wird bei der habitatschutzrechtlichen Abweichungsentscheidung teilweise gefordert, dass ein überwiegendes Interesse stets eine gewisse Langfristigkeit voraussetze, da lediglich kurzfristige Interessen die langfristig angelegten Natura-2000 Interessen pauschal nicht überwiegen könnten⁶⁶. Es kann dahinstehen, ob dies auch im Artenschutzrecht gilt, da der Ausbau der Windenergie als Gesamtprozess und damit auch das einzelne Windenergievorhaben als Beitrag hierzu diese Anforderung in aller Regel erfüllt. Schließlich handelt es sich bei der Zielsetzung, durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen zu einer nachhaltigen Energieversorgung beizutragen, nicht um einen öffentlichen Belang, von dem die Allgemeinheit nur kurzfristig profitiert. Vielmehr ist der Windenergienutzung das Kriterium der langfristigen Zielsetzung immanent.

Welche konkreten Abwägungskriterien nun zu beachten sind, ergibt erst der Einzelfall. Allerdings findet sich im baden-württembergischen Papier bereits ein nicht abschließender Katalog konkreter Kriterien, die bei der Abwägung zu beachten seien. Dies könnte einen Ausgangspunkt für die Ermittlung potenzieller Kriterien darstellen. Konkret wird hier für die Gewichtung auf Seiten eines Windenergievorhabens die Windhöffigkeit am anvisierten Standort, dessen Erschließungssituation sowie die dort mögliche Anzahl an Anlagen genannt⁶⁷. Als widerstrebende Belange werden unter anderem die Anzahl der betroffenen Tierarten und die Seltenheit der Tierarten genannt⁶⁸. Es erscheint sinnvoll, diese Kriterien in die Abwägung einzustellen. Von Bedeutung könnte damit – wie schon beim Merkmal „zwingend“ – abermals die Windhöffigkeit sein.

Letztlich ist in diesem Zusammenhang auch die Bedeutung von Windkonzentrationsflächen noch nicht hinreichend geklärt. So wird argumentiert, dass die Ausweisung von Konzentrationszonen dazu führe, Windenergievorhaben innerhalb dieser Zonen einen Vorrang gegenüber den Belangen des Artenschutzes einzuräumen⁶⁹. Zwar kommt die flächenmäßige Steuerung der Windenergie auch dem Natur- und Artenschutz zu Gute, indem möglichst konfliktarme Standorte auszuwählen sind. Hierbei müsste aber auch dem Erfordernis der Einzelfallentscheidung sowie dem artenschutzrechtlichen Grundsatz des Individuenschutzes hinreichend Rechnung getragen werden⁷⁰.

⁶⁴ In diese Richtung könnte das Papier Baden-Württembergs zu lesen sein, (Fn. 6), 9.

⁶⁵ Zur Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, 9 A 14.07, juris, Rn. 91; grds. zu mögl. Maßnahmen beim Rotmilan z.B. VG Augsburg, Urt. v. 02.07.2015, Au 4 K 13.567, juris, Rn. 77 ff.

⁶⁶ *Spieth/Appel*, (Fn. 42), 671; *J./A. Schumacher*, (Fn. 14), § 34 Rn. 94.

⁶⁷ Hinweispapier Baden-Württemberg, (Fn. 6), 9.

⁶⁸ Vgl. hinsichtlich der genaueren Differenzierung, Hinweispapier Baden-Württemberg, (Fn. 6), 9.

⁶⁹ So *Hinsch*, (Fn. 1), 196.

⁷⁰ Allgemein zur Individuen-bezogenen Auslegung der Zugriffsverbotes nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vgl. *Gellermann*, (Fn. 7), § 44 BNatSchG, Rn. 9 m.w.N.; VG Ansbach, Urt. v. 02.11.2015, AN 11 K 15.00639, juris, Rn. 43.

d) Zwischenergebnis

Unter Hinweis auf die Bedeutung der Windenergie für eine nachhaltige Energieversorgung und ihrem Beitrag zum Klima- und Umweltschutz liegt bei den artenschutzrechtlichen Ausnahmegründen der Fokus auf den „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG). Entgegen teils anderslautender Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur können auch Windenergievorhaben im Einzelfall auf diesen Ausnahmegrund gestützt werden⁷¹. Dabei ist zur Klärung der Frage nach dem Vorliegen eines Ausnahmegrundes auch bei Windvorhaben eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Es ergibt sich kein automatischer Vorrang der Windenergie vor den Belangen des Artenschutzes. Vielmehr ist im Einzelfall zwischen den widerstreitenden Interessen des Artenschutzes und der Windenergienutzung abzuwägen. Hierfür ist insbesondere eine rechtsfehlerfreie Artenschutzprüfung notwendig, um die Schwere der Beeinträchtigung bzw. das „Überwiegen“ des Interesses der Windenergieanlage einzelfallbezogen hinreichend beurteilen zu können. Für die Belange der Windenergie ist hierbei vornehmlich auf die Windhöufigkeit eines Standorts sowie eine planungsrechtliche Standortkonzentration für die Windenergie abzustellen. Damit könnte die Ausweisung von Konzentrationsflächen für das Vorliegen des Ausnahmegrundes relevant werden.

III. Alternativenprüfung

Als weitere Tatbestandsvoraussetzung darf keine „zumutbare Alternative“ gegeben sein (§ 45 Abs. 7 S. 2 HS 1 BNatSchG):

„Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind (...).“

Die Alternativenprüfung verfolgt im Sinne eines strikt zu beachtenden Vermeidungsgebots das Ziel, die aus naturschutzfachlicher Sicht schonendste Projektvariante zu finden⁷². Hervorzuheben ist, dass diese Verpflichtung zur naturschutzfachlich schonendsten Alternative stets auch bedeutet, dass konfliktvermeidende oder -vermindernde Maßnahmen zwingend auszuschöpfen sind⁷³. Daher sind bei Windenergievorhaben vor allem standardmäßige Vermeidungsmaßnahmen, wie etwa Abschaltzeiten zur Vermeidung von Kollisionsrisiken, zwingend vorrangig zu beachten.

Konkrete Angaben darüber, wie die Alternativenprüfung durchzuführen ist, fehlen im Gesetz jedoch gänzlich und konnten bislang auch durch die Rechtsprechung und Literatur noch nicht

Allgemein zur Prüfung des Artenschutzes in der Bauleitplanung, hierzu: *Egner*, Die Systematik des Artenschutzes in der Bauleitplanung, NuR 2011, 758-762.

⁷¹ Zustimmend *Hinsch*, (Fn. 1), 196; Windenergievorhaben generell die Eignung absprechend diesen Ausnahmegrund zu verwirklichen *Gatz*, (Fn. 14), Rn. 293, 258.

⁷² Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.01.2000, 4 C 2/99, juris, Rn. 30; weiterführend hierzu *Wulfert* (Fn. 34), 238, 242.

⁷³ *Kratsch*, (Fn. 11), § 45 Rn. 42; *Lau*, (Fn. 14), § 45 Rn. 24.

hinreichend konkretisiert werden⁷⁴. Die Unsicherheiten betreffen sowohl die Frage, nach welchem Maßstab das zu berücksichtigende Alternativenspektrum abzugrenzen ist, als auch die Entscheidung darüber, welche Anforderungen sich aus Zumutbarkeitsgesichtspunkten ergeben. Häufig werden diese Aspekte zudem nicht differenziert betrachtet. Vor allem ist bislang auch nicht abschließend geklärt, ob – und wenn ja, welche – Besonderheiten bei der artenschutzrechtlichen Alternativenprüfung gegenüber anderen Alternativenprüfungen zu beachten sind. Grundsätzlich sollen für den artenschutzrechtlichen Variantenvergleich allerdings „im Ansatz vergleichbare Grundsätze“ wie für diejenigen im Rahmen der gebietsschutzrechtlichen Beurteilung gelten⁷⁵. Im habitatschutzrechtlichen Alternativenvergleich ist dabei anerkannt, dass sowohl Standort- als auch Ausführungsvarianten in Betracht zu ziehen sind⁷⁶.

Die Entscheidungskompetenz bei der Frage der zumutbaren Alternativen obliegt der Behörde, welche zunächst den Sachverhalt hinreichend zu ermitteln hat. Zwar kann die Behörde hierbei vom Antragsteller die Vorlage der entscheidungserheblichen Unterlagen fordern (vgl. § 10 BImSchG, § 4 der 9. BImSchV). Allerdings darf dies nicht dazu führen, dass die abschließende Prüfaufgabe und Verantwortung für die Letztentscheidung auf den Antragsteller verlagert wird. Insoweit ist die Formulierung im Hinweispapier Baden-Württembergs, wonach der Vorhabenträger nachweisen müsse, dass zumutbare Alternativen fehlen⁷⁷, zumindest unglücklich gewählt. Schließlich kann der Antragsteller hier nichts „nachweisen“. Der erwähnte Passus ist daher wohl im Sinne der „Darlegung von entscheidungserheblichen Unterlagen“ zu verstehen.

Insgesamt stellen sich bei der Alternativenprüfung im Zusammenhang mit Windenergievorhaben vor allem folgende Fragen: Welche Standort- und Ausführungsvarianten sind hier relevant?⁷⁸ Könnte ein Windenergievorhaben auf die Errichtung einer anderen Erneuerbare-Energien-Anlage verwiesen werden? Wie ist der Radius für alternative Standorte räumlich zu begrenzen? Welche Abweichungen hat der Vorhabenträger in quantitativer Hinsicht hinzunehmen? Letztlich sind damit die Anforderungen an die zu berücksichtigenden Alternativen, die räumliche Weite des Suchraums von Alternativlösungen sowie die Prüfungstiefe der Genehmigungssituation am Alternativstandort zu untersuchen.

1. Alternativenauswahl anhand des Projektziels

Grundsätzlich stellt die Rechtsprechung und herrschende Literatur bei der FFH-Abweichungsprüfung bei der Auswahl der zu prüfenden Varianten maßgeblich auf das Projektziel ab und

⁷⁴ Wulfert, (Fn. 34), 238, 242 die auch darauf hinweist, dass derzeit kein einheitlicher Rahmen für die Beurteilung der zu prüfenden Alternativen besteht; Schütte/Gerbig, (Fn. 10), § 45 Rn. 35; zur Alternativenprüfung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, Füßler/Lau, Die Alternativenprüfung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, NuR 2012, 448.

⁷⁵ So VGH Kassel, Urt. v. 21.08.2009, 11 C 318/08.T, juris, Rn. 692; Schütte/Gerbig, (Fn. 10), § 45 Rn. 38.

⁷⁶ Spieth/Appel, (Fn. 42), 673; Schütte/Gerbig, (Fn. 10), § 45 Rn. 37.

⁷⁷ So Hinweispapier Baden-Württembergs, (Fn. 6), 13.

⁷⁸ Insoweit ist fraglich, wie das Merkmal der Standortalternativen zum obigen Kriterium der „Ortsgebundenheit“ abzugrenzen ist, welches teilweise zwingend für die Begründung des Ausnahmegrundes nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG angesehen wird. Schließlich werden bei Vorhaben, die konkret auf die jeweiligen örtlichen Besonderheiten angewiesen sind, Standortalternativen in aller Regel bereits von vornherein fehlen.

billigt damit dem Vorhabenträger die entscheidende Rolle darüber zu, den Maßstab der Projektvarianten zunächst selbst festzulegen⁷⁹. Im Falle eines Windenergievorhabens wäre das Projektziel die Herstellung von Strom aus Windenergie. Insoweit konsequent läge jedenfalls keine Alternative mehr vor, soweit diese auf ein anderes Projekt, ein „aliud“, hinauslaufen würde⁸⁰. Das relevante Alternativen-Spektrum ist nach dieser Ansicht daher auf sog. „interne“ Projektalternativen zu beschränken⁸¹. Soweit diese Auslegung zur habitatschutzrechtlichen Ausnahme auf das artenschutzrechtliche Ausnahmeverfahren zu übertragen ist, kämen als alternative Lösungen damit lediglich Windenergievorhaben in Betracht. Für eine solche Auslegung spricht bereits die Begrifflichkeit einer „Alternative“. So stellt beispielsweise die Errichtung einer Photovoltaikanlage anstelle einer geplanten Windenergieanlage bereits nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kein alternatives, sondern ein hiervon unterschiedliches und damit anderes Projekt dar. Hinzu kommen systematische Unterschiede. Auch das EEG differenziert zwischen den verschiedenen Trägern der erneuerbaren Energien (vgl. § 1 Abs. 2 EEG). Diese sind nicht nur hinsichtlich klassischer energierechtlicher Fragen, sondern auch bezüglich der Genehmigungspflicht und -fähigkeit gänzlich unterschiedlichen Regelungsregimen unterstellt⁸². Damit ist es unzulässig, den Projektträger einer Windenergieanlage auf die Errichtung anderer Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern zu verweisen⁸³. Alternative Vorhaben im Sinne des § 45 Abs. 7 S. 2 HS 1 BNatSchG sind vielmehr allein (andere) Windenergievorhaben. Darüber hinaus ist weitestgehend anerkannt, dass zumindest für Vorhaben, die aufgrund § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG zugelassen werden sollen, die sog. „Null-Variante“, mithin der Verzicht auf das Vorhaben insgesamt, keine zu berücksichtigende Alternative darstellen würde⁸⁴. Soweit Windenergievorhaben auf diesen Ausnahmegrund gestützt werden, käme der Verweis auf die „Null-Variante“ somit nicht in Betracht.

2. Naturschutzfachlich vorzugswürdige Alternativen

Daneben sind solche Alternativen unbeachtlich, bei denen bereits offensichtlich ist, dass sie tatsächlich zu keiner geringeren Beeinträchtigung der naturschutzfachlichen Belange führen als das zuzulassende Vorhaben⁸⁵. Maßgeblich sind hier ausschließlich naturschutzfachliche Kriterien, beispielsweise die Anzahl der betroffenen Individuen oder die Bedeutung der Popu-

⁷⁹ Weiterführend allg. Hösch, (Fn. 40), 13; zur Problematik der Vorhabenziele Wulfert, (Fn. 34), 240; kritisch zur Auswahl der habitatschutzrechtlichen Alternativen vom Projektziel her und stattdessen für eine Steuerung ausgehend vom öffentlichen Interesse Winter, Alternativenprüfung und Natura 2000, NuR 2010, 601.

⁸⁰ So Kratsch, (Fn. 10), § 45 Rn. 42 und Hösch, (Fn. 40), 13; sog. „Systemalternativen“ grundsätzlich auch ablehnend, Ramsauer, (Fn. 32), 606.

⁸¹ In diese Richtung kritisch Winter, (Fn. 79), 605.

⁸² Vgl. Böttcher/Faßbender/Waldhoff, Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2014; Gerstner, Grundzüge des Rechts der Erneuerbaren Energien, 2013.

⁸³ So findet sich insb. auch im aktuellen Papier Baden-Württembergs ein entsprechender Hinweis mit dem Beispiel der Unzulässigkeit einer alternativen Biogasanlage, (Fn. 6), 12.

⁸⁴ Schütte/Gerbig, (Fn. 6), § 45 Rn. 36; Lau, (Fn. 14), § 45 Rn. 21; kritisch Müller-Walter, (Fn. 7), § 45 Rn. 16; zur Kritik am Begriff „Null-Variante“, siehe Winter, (Fn. 79), 606.

⁸⁵ Wulfert, (Fn. 34), 241.

lation für den Erhaltungszustand einer Art. Abzustellen ist stets auf die konkrete Beeinträchtigungsschwere des Einzelfalles⁸⁶. Ein alternatives Konzept, welches beispielsweise zu geringeren Beeinträchtigungen des Artenschutzes führen würde, zugleich aber eine erhebliche Beeinträchtigung von Natura-2000 Gebieten befürchten ließe, wird regelmäßig nicht der Vorzug zu gewähren sein⁸⁷. Damit wird deutlich, dass die in Betracht kommenden alternativen Lösungen zumindest so hinreichend geprüft und konkretisiert sein müssen, dass eine Prognose möglich ist, in welchem Umfang diese ihrerseits naturschutzrechtliche und sonstige relevante Konflikte herbeiführen⁸⁸. Dies erfordert keine erschöpfende Ausarbeitung alternativer Lösungen⁸⁹. Angesichts der Komplexität der planungs- und genehmigungsrechtlichen Anforderungen von Windenergievorhaben dürfte hier jedoch zumindest ein gewisser Grad an Prüfungsdichte erforderlich sein, so dass jedenfalls vorhabenunabhängige Aussagen und Grobanalysen grundsätzlich nicht ausreichen dürften⁹⁰.

3. Berücksichtigung „naturschutzexterner“ Faktoren

Im Sinne der Verhältnismäßigkeit sind zudem alternative Lösungen auszuklammern, bei denen der naturschutzrechtliche Vorteil in keiner Relation zu dem hierfür erforderlichen Mehraufwand steht⁹¹. Hier sind mithin auch „naturschutzexterne“ Faktoren zu beachten. Diese sind ins Verhältnis zur Schwere der artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungen zu setzen⁹².

Technisch mögliche Alternativen dürfen dabei erst unberücksichtigt bleiben, wenn sie ein besonders hohes Maß an Anstrengung erfordern oder andere Gemeinwohlbelange erheblich beeinträchtigen. Bedeutsam sind regelmäßig technische und finanzielle Erwägungen⁹³. Hinsichtlich des finanziellen Mehraufwands wird in der Rechtsprechung und Literatur teilweise, in Anlehnung an die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, eine Zumutbarkeitsgrenze ab einer Erhöhung um zehn Prozent der Gesamtinvestitionskosten gesehen⁹⁴.

Schließlich ist bei der FFH-Ausnahmeprüfung anerkannt, dass gewisse Abstriche vom Zielerfüllungsgrad hinzunehmen sind⁹⁵. Ob dies auch im Rahmen der artenschutzrechtlichen Alternativenprüfung gilt, ließ die Rechtsprechung bislang offen⁹⁶. Solche Anforderungen dürften

⁸⁶ Weiterführend hierzu *Wulfert*, (Fn. 34), 243 f.

⁸⁷ Vgl. *Hösch*, (Fn. 11), 407; Hinweispapier Baden-Württembergs, (Fn. 6), 12; in diese Richtung, jedoch differenzierend *Lau*, (Fn. 14), § 45 Rn. 21; weiterführend zu den Fallkonstellationen beim Alternativenvergleich insb. im Gebietsschutz *Wulfert*, (Fn. 34), 242 f.

⁸⁸ Differenziert hierzu *Hösch*, (Fn. 11), 407.

⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, 9 A 14/07, juris, Rn. 121.

⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, 9 A 14/07, juris, Rn. 121; zur Untersuchungstiefe generell *Schütte/Gerbig*, (Fn. 10), § 45 Rn. 40; *Wulfert*, (Fn. 34), 242.

⁹¹ So in Bezug auf § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG *Gellermann*, (Fn. 7), § 34 BNatSchG Rn. 36 f. m.w.N.; OVG Lüneburg, Urt. v. 20.05.2009, 7 KS 28/07, juris, Rn. 105.

⁹² BVerwG, Urt. v. 09.07.2009, 9 A 14.07, juris, Rn. 119.

⁹³ Fraglich ist, welche Grenze zu ziehen ist, näher hierzu *Ramsauer*, (Fn. 32), 605.

⁹⁴ So OVG Lüneburg, NuR 2010, 133, 138; *Müller-Walter*, (Fn. 7), § 45 Rn. 16; kritisch zur prozentualen Grenze und für eine Beurteilung der Zumutbarkeit nach der „Je-desto-Formel“ v. *Marschall*, (Fn. 1), 186.

⁹⁵ So *Gellermann*, (Fn. 7), § 34 BNatSchG Rn. 36; *Kratsch*, (Fn. 10), § 45 Rn. 42; *Spieth/Appel*, (Fn. 42), 673.

⁹⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 - 9 A 14.07, juris, Rn. 122; hierauf bezugnehmend *Hösch*, (Fn. 11), 407.

jedoch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten sein und damit auch im Artenschutzrecht gelten⁹⁷. So dürften beispielsweise Abstriche der Leistungstärke oder eine veränderte Netzanbindung von Windenergieanlagen hinzunehmen sein⁹⁸. Nach dem Papier Baden-Württembergs sollten jedoch die Kriterien der Windhöffigkeit, die geplante Konzentration der Windenergieanlagen, deren Größe bzw. Anzahl sowie die Erschließungssituation der Anlagen zumindest vergleichbar auch am alternativen Standort vorliegen⁹⁹. Als weitere Alternative wird vereinzelt angedacht, Repowering-Möglichkeiten zu prüfen¹⁰⁰, was jedoch die Frage der Verfügbarkeit in Frage kommender Altanlagen aufwirft. Insbesondere dürften Altanlagen in den meisten Fällen (noch) von anderen Vorhabenträgern betrieben werden, welche ggf. selbst ein Interesse am Repowering haben. Daneben kann ein Repowering häufig gänzlich andere Anforderungen an den Vorhabenträger stellen als eine Neuerrichtung (z.B. Abbau Altanlage, vorhandene Auflagen etc.), so dass ein Repowering ein „aliud“ zum zuzulassenden Vorhaben darstellen könnte und damit als alternative Lösung ausscheiden müsste.

4. Rechtliche Zulässigkeit, insbesondere räumlicher Suchbereich

Des Weiteren sind rechtlich unzulässige und technisch nicht durchführbare Alternativen auszuschließen¹⁰¹. Die einschlägige Literatur diskutiert hier – zu Recht – die Frage, ob Alternativlösungen nicht bereits auszuschließen sind, wenn der Antragsteller auch nicht im Wege von Eigentumserwerb oder Pachtmöglichkeiten auf die erforderlichen alternativen Flächen zugreifen kann¹⁰².

Die Probleme im Zusammenhang mit Windenergieanlagen fokussieren sich hier zudem auf die Frage der Weite des Suchraums von Alternativlösungen sowie der Prüfungstiefe der Genehmigungssituation am Alternativstandort. Nicht hinreichend geklärt ist bislang, in welchem Umkreis zum anvisierten Standort entsprechende Alternativstandorte in Betracht kommen (unmittelbare Nähe, Gemeindegebiet, Landkreis, Region, gleiche Konzentrationszone etc.) bzw. ob und wann ein Alternativstandort wegen seiner Entfernung zum eigentlichen Standort zum „aliud“ oder „unzumutbar“ im Sinne der Alternativenprüfung wird.

Dabei ist anerkannt, dass das relevante Alternativenspektrum auch davon abhängig ist, ob bereits auf der vorgelagerten Planungsebene artenschutzrechtliche Belange berücksichtigt wurden¹⁰³. Dieser Aspekt dürfte für Windenergievorhaben angesichts der Häufigkeit von Konzentrationszonenplanungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB von gesteigerter Bedeutung sein. So stellt nach Teilen in der Literatur, zumindest in Fallgestaltungen mit einer Konzentrationszonenplanung, die Verweisung des Vorhabenträgers auf alternative Standorte außerhalb der

⁹⁷ Vgl. *Kratsch*, (Fn. 10), § 45 Rn. 42; *Lau*, (Fn. 14), § 45 Rn. 22; *Lütkes* (Fn. 2), § 45 Rn. 49; *Müller-Walter*, (Fn. 7), § 45 Rn. 16; v. *Marschall*, (Fn. 1), 185.

⁹⁸ Diese Beispiele finden sich bei *Wulfert*, (Fn. 34), 241.

⁹⁹ Siehe Hinweispapier Baden-Württembergs, (Fn. 6), 10.

¹⁰⁰ Dieser Vorschlag findet sich bei *Wulfert*, (Fn. 34), 241.

¹⁰¹ *Lau*, (Fn. 14), § 45 Rn. 22; *Hösch*, (Fn. 11), 406; *Dolde*, Europarechtlicher Artenschutz in der Planung, NVwZ 2007, 7, 10.

¹⁰² Vgl. *Ramsauer*, (Fn. 20), 606 f; *Gellermann*, (Fn. 29), 17; auch das Hinweispapier Baden-Württembergs hebt unter dem Punkt zur Realisierbarkeit des Alternativstandorts die Verfügbarkeit hervor, (Fn. 7), 10.

¹⁰³ *Wulfert*, (Fn. 34), 241.

Konzentrationszone keine zumutbare Alternative mehr dar¹⁰⁴. Hierbei wird die Wirkung der Konzentrationszonen im Sinne einer Kontingentierung der für die Windenergie zur Verfügung stehenden Flächen betont und der Schluss gezogen, dass die Planung bereits dem Schutz der öffentlichen Interessen und damit auch dem Artenschutz diene und somit auch dessen Schutz zum Ausdruck bringe. Daraus folge, dass Windvorhaben hier regelmäßig gegenüber den artenschutzrechtlichen Belangen Vorrang genießen. Alternative Standorte außerhalb der Vorrangflächen seien damit als zumutbare Alternative auszuschließen. Offen bleibt dabei jedoch die Frage, inwieweit ein Verweis auf alternative Standorte innerhalb der Konzentrationszone zulässig ist. Auch das Hinweispapier Baden-Württembergs differenziert danach, ob die artenschutzrechtlichen Vorschriften bereits auf Planungsebene berücksichtigt wurden¹⁰⁵. Soweit dies der Fall ist, sei das Ergebnis in der Regel auch im Genehmigungsverfahren zu beachten und nur im Ausnahmefall käme bei einer Alternativenprüfung eine Berücksichtigung von Standorten in Betracht, die in benachbarten Gemeinden lägen und für den Vorhabenträger verfügbar seien (z.B. bei unmittelbar an das Gemeindegebiet angrenzenden verfügbaren windhöffigen Flächen)¹⁰⁶. Bei der Reichweite könnte folglich grundsätzlich auf das jeweilige Gemeindegebiet abzustellen sein, was letztlich aber noch nicht hinreichend geklärt scheint¹⁰⁷.

Gleiches gilt für die Frage, welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen insoweit an die Realisierbarkeit von Alternativen zu stellen sind. Hier ist eine Vielzahl an Hürden denkbar, weshalb die Verwirklichung vermeintliche Alternativen letztlich scheitert. Fraglich ist daher, ob und wie diese Umstände auch bei der Beurteilung von alternativen Lösungen Beachtung finden. Dabei ist anerkannt, dass die Behörden keine vollumfängliche Prüfung der Genehmigungssituation des Alternativstandorts vorzunehmen haben. Rechtlich unzulässige Alternativen jedoch sind gleichsam auszuschneiden¹⁰⁸. Nach dem Hinweispapier Baden-Württembergs ist die rechtliche Zulässigkeit demnach beispielsweise „im Hinblick auf die Beeinträchtigung anderer öffentlicher Belange“ zu untersuchen¹⁰⁹. Nähere Angaben dazu, in welchem Umfang, mit welcher Tiefe die Genehmigungsfähigkeit am alternativen Standort zu untersuchen ist, sind jedoch auch diesem Papier nicht zu entnehmen.

Bei Zugrundelegung von Konzentrationszonenplanungen dürfte dabei jedoch – wie bereits erwähnt – vor allem die Prüfungstiefe auf Planungsebene eine Rolle spielen. Festzuhalten ist, dass die Auswirkungen der Planungsdichte auf den räumlichen Suchbereich der Alternativenprüfung sowie die erforderliche Prüfungstiefe der Genehmigungssituation am alternativen Standort noch nicht hinreichend geklärt sind. Diese Fragen dürften jedoch erhebliche Auswirkungen auf die zu berücksichtigenden Alternativen haben. Hier nähere, einheitliche Konturen zu finden, dürfte somit eine zentrale Aufgabe der weiteren rechtswissenschaftlichen Diskussion sein.

¹⁰⁴ Hirsch, (Fn. 1), 196; Gellermann, (Fn. 29), 17.

¹⁰⁵ Das Hinweispapier Baden-Württembergs differenziert den räumlichen Suchbereich in die Prüfung im Bauleit- und Genehmigungsverfahren. Für die hier aufgeworfenen Fragen sind jedoch nur Letzteres relevant, (Fn. 6), 11.

¹⁰⁶ Siehe Hinweispapier Baden-Württemberg, (Fn. 6), 11; Müller-Mitschke, (Fn. 7), 747.

¹⁰⁷ Siehe näher hierzu Wulfert, (Fn. 34), 241, welche sogar auf ein Bundesgebiet abstellen will.

¹⁰⁸ Lau, (Fn. 14), § 45 Rn. 22,23; Hösch, (Fn. 11), 406; Hinweispapier Baden-Württembergs, (Fn. 6), 10.

¹⁰⁹ Siehe Hinweispapier Baden-Württembergs, (Fn. 6), 10.

IV. Erhaltungszustand

Nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG darf eine Ausnahme zudem nur erteilt werden, sofern sich hierdurch „der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert“¹¹⁰.

Die Prüfung dieses Merkmals erfordert ein zweistufiges Vorgehen: Zunächst ist die Erhaltungssituation der Population einer Art in ihrem gesamten natürlichen Verbreitungsgebiet zu ermitteln¹¹¹, bevor die Auswirkungen der geplanten Ausnahme hierauf zu untersuchen sind. Gemäß dem Hinweispapier Baden-Württembergs sei als maßgebliches Verbreitungsgebiet regelmäßig auf das Landesgebiet abzustellen¹¹². Zwar handelt es sich hierbei nur um eine grundsätzliche und keine absolute Aussage. Vorzugswürdig ist es allerdings auf das natürliche Verbreitungsgebiet abzustellen, da nur diese artspezifische ökologische Betrachtung, z.B. Habitatsprüche und Vermehrungsbeziehungen, ausreichend gerecht werden¹¹³.

Entscheidend ist der Erhalt der Population als lebensfähiges Element trotz der anvisierten Ausnahme¹¹⁴. Nach welchen Maßstäben die Auswirkungen einer Ausnahme auf die Populationen festzustellen sind, bewerten die Erlasse unterschiedlich. Während das Hinweispapier Baden-Württembergs hier sehr detaillierte und artspezifische Vorgaben macht, differenziert der Windenergieerlass Bayerns bei weit verbreiteten Vogelarten lediglich Gebiete mit und ohne besondere Bedeutung für den Vogelschutz. Außerhalb solcher Gebiete sollen demnach pauschal keine populationsrelevanten Auswirkungen zu befürchten sein¹¹⁵.

Weiter stellt sich die Frage, ob eine Ausnahme auch bei Populationen mit einem aktuell ungünstigen Zustand überhaupt möglich ist. Dieser Aspekt dürfte bei der Ausnahmemöglichkeit von Windenergieanlagen angesichts des teilweise vorgebrachten schlechten Erhaltungszustands des Rotmilans, als einer durch Windenergieanlagen besonders gefährdeten Art, von gesteigerter Bedeutung sein. So kommt bei § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG eine Lesart als reines „Verschlechterungsverbot“ in Betracht. Demnach würde es, unabhängig vom derzeitigen Erhaltungszustand genügen, dass keine Verschlechterung eintritt. Allerdings sind nach § 45 Abs. 7 S. 3 BNatSchG die unionsrechtlichen Vorgaben der Art. 16 Abs. 3 der FFH-RL und Art. 9 Abs. 2 VS-RL „zu beachten“. Hier wird kontrovers diskutiert, ob der Rechtsprechung des EuGH bei Populationen mit einem aktuell ungünstigen Erhaltungszustand ein absolutes Ausnahmeverbot zu entnehmen sei¹¹⁶. Eine solche strenge Ansicht wurde aber, nachdem zwei Überset-

¹¹⁰ Diese Voraussetzung wird durch den Zusatz in § 45 Abs. 7 S. 3 BNatSchG ergänzt, weiterführend hierzu *Gellermann*, (Fn. 7), § 45 BNatSchG Rn. 27 ff.

¹¹¹ Maßgeblich ist das Artvorkommen innerhalb des gesamten natürlichen Verbreitungsgebietes, die biogeografische Region, so auch jeweils m.w.N. BVerwG, Urt. v. 12.03.2008, 9 A 3/06, juris, Rn. 249; BVerwG, Urt. v. 09.06.2010, 9 A 20/08, juris, Rn. 60.

¹¹² Papier Baden-Württembergs, (Fn. 6), 13.

¹¹³ Näher zur Auslegung des natürlichen Verbreitungsgebietes *Lütkes* (Fn. 2), § 45 Rn. 56.

¹¹⁴ So jeweils m.w.N. *Gellermann*, (Fn. 7), § 45 BNatSchG Rn. 26; *Lütkes* (Fn. 2), § 45 Rn. 57.

¹¹⁵ So z.B. Erlass Bayerns, (Fn. 24), 48. Allerdings gilt dies nicht für den Zeitraum einer bestehenden Brut während der Bauphase der Anlage. Dagegen bestimmt das Hinweispapier Baden-Württembergs, dass diese Einschätzung artspezifisch und einzelfallbezogen erfolgen müsse, vgl. (Fn. 6), 14 ff.

¹¹⁶ Weiterführend *SteECK*, Wer hat Angst vor dem finnischen Wolf? (...), NuR 2010, 32 ff., *Gellermann*, (Fn. 7), § 45 BNatSchG Rn. 27; *Schütte/Gerbig*, (Fn. 10), § 45 Rn. 44 ff.

zungsfehler in der deutschen Fassung des maßgeblichen Urteils identifiziert worden sind, weitestgehend aufgegeben¹¹⁷. Nichtsdestotrotz gelten für eine Ausnahmeerteilung im Falle eines aktuell ungünstigen Populationszustandes hohe Anforderungen. Es genügt jedenfalls nicht, dass eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes ausgeschlossen werden kann. Vielmehr darf auch die Entwicklung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert werden¹¹⁸. Vor diesem Hintergrund nimmt beispielsweise auch der Leitfaden aus Baden-Württemberg den Rotmilan in Dichtezentren sowie einige Rote-Liste-Arten und Koloniebrüter von der Ausnahmemöglichkeit aus, da Verluste in den Dichtezentren als populationsrelevant anzusehen seien¹¹⁹. Ungewiss ist, ob diese pauschalen Betrachtungen, welche ausschließlich auf die Seltenheit einer Art abstellen und die konkrete Betroffenheit nicht berücksichtigen, im Einzelfall belastbar sind.

Schließlich ist fraglich, inwieweit naturschutzrechtliche Maßnahmen eingesetzt werden können, um sicherzustellen, dass trotz einer Ausnahmeerteilung keine negativen Auswirkungen auf die betroffenen Populationen zu befürchten sind oder um nachzuweisen, dass das Vorhaben bei Populationen mit derzeit schlechtem Erhaltungszustand insgesamt „neutral“ wirkt. Problematisch ist hier, dass die verschiedenen Maßnahmentypen – soweit ersichtlich – begrifflich oftmals nicht hinreichend voneinander abgegrenzt werden¹²⁰. So kommen für den insoweit maßgeblichen Nachweis wenigstens der „Neutralität“ einer Ausnahme ausschließlich sogenannte „FCS-Maßnahmen“ (Favourable Conservation Status) in Betracht, die dazu dienen, einen günstigen Erhaltungszustand der betroffenen Populationen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet zu bewahren oder zumindest eine weitere Verschlechterung auszuschließen¹²¹. Der Maßnahmentypus der „FCS-Maßnahmen“ ist für die artenschutzrechtliche Ausnahme zwar nicht explizit normiert und damit auch nicht zwingend. Allerdings könnten solche Maßnahmen für den Nachweis, dass sich die Ausnahme insgesamt zumindest neutral auf die betreffende Population auswirkt, nützlich sein¹²². Damit könnten solche „FCS-Maßnahmen“ im Interesse des Vorhabenträgers liegen, soweit sich hierdurch die Voraussetzungen für eine positive Ausnahmeentscheidung ergeben können. Für die Anerkennung solcher Maßnahmen im Rahmen des § 45 Abs. 7 BNatSchG können somit Verhältnismäßigkeitsaspekte sprechen¹²³.

¹¹⁷ EuGH, Urt. v. 10.05.2007 – C-508/04 (Kommission/Österreich), Slg. 2007 I-03787, Rn. 115; EuGH, Urt. v. 14.06.2007 – C-342/05 (Finnische Wolfsjagd), Slg. 2007 I-04713, Rn. 29 ff.; BVerwG, Urt. v. 01.04.2009, 4 B 61/08, juris, Rn. 53 ff., insb. Rn. 56; Urt. v. 14.04.2010, 9 A 5/08, juris, Rn. 141; B. v. 17.04.2010, 9 B 5/10, juris, Rn. 8 f.; Urt. v. 14.07.2011, 9 A 12/10, juris, Rn. 152; *Lütkes* (Fn. 2), § 45 Rn. 56 ff; umfassend hierzu bzw. kritisch zur dogmatischen Rechtfertigung *Steck*, (Fn. 116) und *Gellermann*, (Fn. 7), § 45 Rn. 27 ff.

¹¹⁸ So im Ergebnis bereits BVerwG, B. v. 01.04.2009, 4 B 62/08, juris, Rn. 41; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 17.04.2010, 9 B 5/10, juris, Rn. 8; Urt. v. 14.04.2010, 9 A 5/08, juris, Rn. 141; *Lütkes* (Fn. 2), § 45 Rn. 58.

¹¹⁹ Vgl. Hinweispapier Baden-Württembergs, (Fn. 6), 14 ff.

¹²⁰ Vgl. z.B. den Begriff der „populationsstützenden Maßnahmen“ mit Verweis auf „FCS-Maßnahmen“ Fußnote bei *Müller-Mitschke*, (Fn. 7), 748; „aktive populationsfördernde Maßnahmen“ mit Verweis auf die im Habitat-schutzrecht vorgesehenen „Kohärenzmaßnahmen“ *Schütte/Gerbig*, (Fn. 10), § 45 BNatSchG Rn. 49; Begriffe „vor-gezogene Vermeidungsmaßnahmen“ und „Kohärenzmaßnahmen“ bei *Steck*, (Fn. 116), 8.

¹²¹ Zur untersch. Konzeption der Kompensation nach §§ 18 ff. BNatSchG u. der Kohärenz im FFH-Gebiet einerseits u. dem bes. Artenschutz andererseits vgl. *Wolf*, Artenschutz und Infrastrukturplanung, ZUR 2006, 507, 511 ff.

¹²² In diese Richtung auch *Schütte/Gerbig*, (Fn. 10), § 45 BNatSchG Rn. 49.

¹²³ In diese Richtung auch *EU-Kommission*, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EGW, 2007, 70.