Stiftung Umweltenergierecht

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

Reformansätze zum Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen

Überblick und rechtliche Einordnung zu den aktuellen Diskussionen über die Vereinfachung und Beschleunigung von Genehmigungen

 # 25 | 28.01.2022

erstellt von
Ass. iur. Maximilian Schmidt
Ass. iur. Frank Sailer

unter Mitarbeit von
Ass. iur. Caroline Moog
Ass. iur. Erik Dietrich

ISSN 2365-7146

Zitiervorschlag:
Schmidt/Sailer, Reformansätze zum Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 25 vom 28.01.2022.

Die Verfasser danken Monika Agatz (Kreis Borken), Dr. Ivo Gerhards (RP Gießen), Ralf Krüger (juwi AG), Daniel Markus (LfU Brandenburg), Prof. Dr. Marcel Raschke (HSPV NRW) und Urta Steinhäuser (ABO Wind AG) für wertvolle Hinweise und praktische Einblicke.

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:
„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)“

Gefördert durch:

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
schmidt@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
Prof. Dr. Markus Ludwigs
Prof. Dr. Sabine Schlacke

Spendenkonto
Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung 1

A. Einführung 4

B. Klarstellung und Reduzierung des Prüfungsumfangs 6
I. Fachlicher Untersuchungsumfang 7
II. Abschichtung zwischen Planungs- und Genehmigungsebene 7
III. Bauordnungsrechtliche Abstandsvorgaben 8
IV. Vorbescheid 9
V. Änderungsgenehmigung 11
VI. Umsetzungsfrist der Genehmigung 13
VII. Ersatz und Austausch im Rahmen der Genehmigung 14

C. Verbindliche Konkretisierung von Prüfungsmaßstäben und Priorisierung des Windenergieausbaus 16
I. Artenschutzrecht 16
1. Tötungsverbot 17
a) Standardisierung des Signifikanzerfordernisses 19
aa) Inhaltliche Vorgaben 20
bb) Umsetzung: TA Artenschutz oder Artenschutz-Verordnung? 23
b) Populationsbezug 25
c) Absichtlichkeitsmerkmal 26
2. Schutzmaßnahmen 27
3. Ausnahmeerteilung 28
a) Konkretisierungen 29
b) Pauschalisierungen und Regelvermutungen 30
4. Getrennte Umsetzung von FFH- und VSchRL 32
5. Weiterentwicklung des europäischen Artenschutzrechts 32
II. Luftverkehrsrecht 34
1. Drehfunkfeuer-Konflikt 34
2. Konflikte mit Platzrunden, Tiefflugstrecken und Co 36
III. Weiteres 38
1. Denkmalschutz 38
2. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung 39

3. Optisch bedrängende Wirkung 42
4. Schallschutz 43

D. Verbesserungen bei Verfahren und Rechtsschutz 45
I. Systemwechsel beim Verfahren („Windenergie-an-Land-Gesetz“) 46
1. Eigenes Windenergie-Genehmigungsverfahren 46
2. Planfeststellungsverfahren 48
II. Anpassungen im derzeitigen Verfahren 50
1. Behördenzuständigkeit und Konzentrationswirkung 50
2. Vorphase und Antragstellung 51
3. Fristenregelungen und Fiktionen 53
a) Dauer der Frist 53
b) Beginn der Frist 54
c) Rechtsfolgen bei Fristablauf, Fiktionsregelungen 55
4. Behördenbeteiligung 56
a) Behördliche Stellungnahme 56
b) Behördliche Zustimmung 57
5. Öffentlichkeitsbeteiligung 59
6. Einordnung von Typwechseln 60
7. Änderung von Nebenbestimmungen 62
III. Anpassungen bei der Umweltverträglichkeitsprüfung 63
1. Schwellenwerte für UVP-Vorprüfung 65
2. Windfarmbegriff 66
IV. Anpassungen beim Rechtsschutz 67
1. Verbandsklagerecht und Präklusion 68
2. Eilrechtsschutz 69
3. Rechtsschutz im Interesse der Windenergie 70
4. Weiteres 71

E. Erleichterung des Repowerings 72
I. Anwendungs- und Verfahrensfragen 73
II. Prüfungsumfang und Prüfungstiefe 75

Zusammenfassung

Der Anteil erneuerbarer Energien am Bruttostromverbrauch soll bis 2030 auf 80 Prozent gesteigert werden. Das erfordert insbesondere einen deutlichen Ausbau der Windenergie an Land, der seit geraumer Zeit ins Stocken geraten ist. Dem Gesetzgeber stehen zahlreiche Reformoptionen zur Verfügung, um sowohl die für diesen Ausbau erforderlichen Flächen bereitzustellen (Planungsrecht)[1] als auch dafür zu sorgen, dass Genehmigungsverfahren einfacher und schneller werden (Genehmigungsrecht). Vertiefend zu unserem im Oktober 2021 veröffentlichten Hintergrundpapier[2] will die vorliegende Studie die verschiedenen derzeit diskutierten Vorschläge zur Genehmigungsebene beleuchten sowie rechtlich einordnen und dabei die wesentlichen Stellschrauben zur Optimierung aufzeigen. Zentrale Maßnahmen, die der Gesetzgeber dringend angehen sollte, sind:

- den Prüfungsumfang klarzustellen und zu reduzieren
- die Prüfungsmaßstäbe zu konkretisieren
- die Windenergie gegenüber anderen Belangen zu priorisieren
- die Genehmigungs- und Rechtsschutzverfahren zu optimieren
- das Repowering zu erleichtern

Wichtig ist, dass dem ein **stimmiges Gesamtkonzept** zu Grunde liegt. Zwar muss ein solches nicht erst im Detail vorliegen, bevor erste Umsetzungsschritte erfolgen. Dies kann und muss mit Blick auf das notwendige Umsetzungstempo ggf. auch ein Stück weit sukzessive erfolgen. Eine Umsetzung bloßer Einzelmaßnahmen reicht demgegenüber nicht aus und kann sogar kontraproduktiv sein, wenn diese nicht hinreichend aufeinander abgestimmt sind.

Eine Optimierung lässt sich zunächst durch eine gesetzliche **Klarstellung und Reduzierung des Prüfungsumfangs** im Genehmigungsverfahren erreichen. Dies betrifft sowohl den Umfang der zu prüfenden Anforderungen (z. B. für die Genehmigung, den Vorbescheid oder die Verlängerung der Umsetzungsfrist) als auch den Umfang hierfür notwendiger fachlicher Untersuchungen (z. B. Kartierungen im Artenschutzrecht). Insbesondere im Bereich des Artenschutzrechtes sind die durch Länderleitfäden oder Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen in den letzten Jahren tendenziell weiter angestiegen. Im Wege einer Klarstellung sollte sich der Gesetzgeber hier daher um eine Reduzierung auf ein fachlich notwendiges oder noch anerkanntes Maß bemühen. Auch wenn es wegen des differenzierten Meinungsbildes durchaus schwierig sein mag, dieses „fachliche Standardmaß“ zu bestimmen, ist es gerade in solchen Fällen Aufgabe des Gesetzgebers, für klare, verbindliche und möglichst einheitliche Anforderungen zu sorgen.

Konkret sollte zur Reduzierung des Prüfungsumfangs die Überprüfung der bauordnungsrechtlichen Abstandsvorgaben entfallen. Dies ist Aufgabe der Länder – anders als bei den bauplanungsrechtlichen Abständen (10 H & Co). Mecklenburg-Vorpommern geht hier bereits beispielhaft voran. Potenzial könnte auch eine bessere Abschichtung zwischen der Planungs- und Genehmigungsebene bieten mit dem Ziel, Belange auf Ebene der Planung bereits derart abschließend zu prüfen, dass sie einem Vorhaben auf Ebene der Genehmigung nicht mehr entgegengehalten werden können. Welche Belange sich hierfür eigenen, wäre näher zu prüfen und festzulegen.

Wesentliches Instrument zur Erhöhung des Tempos und der Rechtssicherheit bei der Genehmigungserteilung ist die **rechtsverbindliche Konkretisierung von Prüfungsmaßstäben** – dies hilft Behörden, Vorhabenträgern und Gerichten gleichermaßen. Auf Grundlage unbestimmter Rechtsbegriffe kommt es derzeit in vielen Bereichen zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung und einem hohen Maß an

[1] Hierzu eingehend *Wegner*, Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 26 (im Erscheinen).

[2] *Schmidt/Wegner/Sailer/Müller*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie an Land, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 53 vom 28.10.2021.

Rechtsunsicherheit. Im Vordergrund stehen dabei das Artenschutzrecht (insbesondere Signifikanzerfordernis, Ausnahmeerteilung), das Luftverkehrsrechts (z. B. Störung von Drehfunkfeuern, Platzrunden, Tiefflugstrecken) und zunehmend auch das Denkmalschutzrecht.

Für eine Konkretisierung der Anforderungen im Artenschutzrecht etwa sollte insbesondere das Signifikanzerfordernis (signifikant erhöhtes Tötungsrisiko samt Grundrisiko), die Anforderungen an „fachlich anerkannte" Schutzmaßnahmen sowie die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme (insbesondere Ausnahmegründe der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" und der „öffentlichen Sicherheit", Alternativenprüfung, Verschlechterungsverbot) objektiv nachprüfbar ausgestaltet werden.

Hierbei gilt es, auch die bestehenden Spielräume des europäischen Artenschutzrechts zu nutzen und zugleich dessen Grenzen zu beachten. Je pauschaler etwa artenschutzrechtliche Ausnahmen künftig erteilt werden sollen („Pauschalausnahme", „Regelvermutung"), desto eher ergeben sich Hürden aus dem Unionsrecht. Auch dieses ließe sich – ggf. unter Beachtung völkerrechtlicher Vorgaben – aber modifizieren. Die Verhandlungen zum „Fit for 55"-Paket der Europäischen Kommission und die geplante Überarbeitung der Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (RED III) könnten ein passendes Zeitfenster für die Weiterentwicklung des Unionsrechts zur Erreichung auch der europäischen Klimaschutzziele bieten (z. B. Ausnahme für EE-Anlagen bis zur Erreichung der Klimaneutralität, Populationsbezug). Abgesehen davon ist die Anpassung des Europarechts wegen des dafür notwendigen Zeitraums zwar kein geeigneter Weg, um rasch zu mehr Genehmigungen zu gelangen, kann aber dennoch eine mittelfristige Option zur Lösung grundsätzlicherer Probleme sein.

Hilfreich zur Erhöhung der Genehmigungszahlen wäre zudem eine **gesetzlich stärkere Priorisierung der Windenergie** gegenüber anderen öffentlichen Interessen und Belangen (z. B. Denkmalschutz, Luftsicherheit, Naturschutz). Dabei geht es nicht lediglich um eine bloße Klarstellung des bereits anerkannten öffentlichen Interesses an der Windenergie bzw. den erneuerbaren Energien zur Erreichung der Klimaschutzziele (Gleichstellung mit anderen Belangen). Es geht vielmehr darüber hinaus um gesetzgeberische Wertentscheidungen im Lichte des Klimaschutzes zur besseren Durchsetzungskraft der Windenergie gegenüber anderen öffentlichen Belangen (Priorisierung). Hierzu gibt es für den Gesetzgeber verschiedene Optionen und Abstufungsmöglichkeiten (z. B. relativer Vorrang in Form einer hohen Gewichtung für Abwägungsentscheidungen). Eine solche Wertentscheidung kann gesetzlich vorweggenommen und sollte nicht bzw. jedenfalls nicht in gleichem Umfang wie heute allein den Behörden im Vollzug überlassen werden. Im Idealfall erfolgen entsprechende Vorgaben in den einzelnen Fachgesetzen.

Auch **Verbesserungen beim Genehmigungsverfahren** können einen gewissen Beitrag zur Beschleunigung leisten. Es braucht in der aktuellen Situation allerdings kein gänzlich neues Verfahrens für die Genehmigung von Windenergieanlagen. Derartige Systemwechsel bergen ein nicht unerhebliches Risiko für umstellungsbedingte Probleme. Bis sich gewisse Standards und einheitliche Mechanismen für das neue Verfahren entwickelt und etabliert haben, würde wertvolle Zeit für den Klimaschutz vergehen.

Der derzeitige verfahrensrechtliche Rahmen bietet noch verschiedene Ansatzpunkte für Optimierungen. So ist etwa die behördliche Entscheidungsfrist für die Genehmigung mit sechs bzw. neun Monaten zwar bereits ambitioniert bemessen. Praktisch ist aber oft gar nicht nachvollziehbar, wann diese Frist zu laufen beginnt. Zudem sind mehrmalige Verlängerungen zulässig und der Ablauf der Frist als solcher ist nicht mit unmittelbaren Rechtsfolgen verbunden. Der Gesetzgeber sollte daher Beginn, Dauer und Folgen einer Versäumung der Entscheidungsfrist klar und im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung regeln. Weitere Optionen sind die Straffung der Behördenbeteiligung (z. B. strengere Fristenregelungen oder Ersetzungsbefugnisse) und die Verlagerung genehmigungsbehördlicher Zuständigkeiten auf höhere Eben.

Bei all diesen Möglichkeiten verfahrensrechtlicher Optimierung ist aber zu beachten, dass das Verfahren letztlich nur als „Hülle" für das jeweilige Prüfprogramm fungiert. Das Verbesserungspotenzial

durch bloße Verfahrensanpassungen – ohne Änderungen im Prüfprogramm – ist daher eher gering.

Auch zur **Verbesserung des Rechtsschutzes** würde eine Schaffung klarer und verbindlicher Prüfungsmaßstäbe unmittelbar beitragen. Die derzeit im Rahmen des behördlichen Vollzugs des Genehmigungsrechts bestehenden Unsicherheiten setzen sich nämlich gleichsam in den gerichtlichen Verfahren fort. Aber auch im Bereich des Rechtsschutzes selbst gibt es gewisse Ansatzpunkte für weitere Optimierungen. Dazu zählen allerdings nicht die Beschränkung des Verbandsklagerechts oder die Wiedereinführung der materiellen Präklusion. Auf Grund europa- und völkerrechtlicher Grenzen bestehen hier allenfalls geringe Spielräume. Statt Rechtsschutzmöglichkeiten zu beschneiden, sollte eher der Rechtsschutz auf Seiten der Windenergie gestärkt werden. Denkbar wäre etwa die Schaffung von Rechten zur frühzeitigen Überprüfung und ggf. Anpassung entgegenstehender Hindernisse (z. B. Platzrunden, militärische Tiefflugstrecken).

Notwendig erscheinen auch weitere **Erleichterungen für das Repowering**, also den Ersatz von Altanlagen durch moderne, leistungsfähigere Anlagen. Zentrale Herausforderungen für den Gesetzgeber sind dabei die Klärung offener Verfahrensfragen und die Schaffung klarer Maßstäbe für die Berücksichtigung des Wegfalls von Beeinträchtigungen infolge des Rückbaus der Altanlagen. Mit der jüngst erfolgten Schaffung des § 16b BImSchG ist hier nur ein erster Schritt getan. Es bedarf eines stimmigen Konzepts, das nach wie vor bestehende Anwendungs- und Verfahrensfragen klärt sowie klare Regelungen zu Prüfungsumfang und -tiefe schafft. Wird das Repowering dabei – wie nun durch § 16b BImSchG erfolgt – der immissionsschutzrechtlichen Änderungsgenehmigung zugeordnet, sollte der Gesetzgeber hierbei weniger auf Repowering-bezogene Spezialregelungen setzen, sondern das Instrument der Änderungsgenehmigung als solches und dessen verschiedene Anwendungsfelder im Blick behalten und stringent zusammenführen.

Wichtiger Bestandteil des eingangs genannten Gesamtkonzepts muss zuletzt auch die **Optimierung außerrechtlicher Faktoren** sein. Dazu gehört zwingend eine – quantitativ wie qualitativ – ausreichende personelle Ausstattung von Genehmigungs- und anderen für die Genehmigung relevanten Behörden und Stellen (wie z. B. die DFS) sowie auch von Gerichten. Zudem kann eine stärkere und effizient umgesetzte Digitalisierung Verbesserungen sowohl für behördliche als auch für gerichtliche Verfahren bringen. Auch Akzeptanz lässt sich nur bedingt durch rechtliche Instrumente erreichen und ist oft eine Frage der Kommunikation und Organisation. Der Bund sollte daher in Zusammenarbeit mit den Bundesländern nach Wegen suchen, wie insbesondere die Verwaltung in den Ländern, Kreisen und Gemeinden bei diesen Aufgaben unterstützt werden kann.

Kernergebnisse

- Der Gesetzgeber muss die vielen Ansatzpunkte zur Verbesserung der Genehmigungssituation nutzen und daraus einen konsistenten Rechtsrahmen schaffen (Gesamtkonzept).
- Der Umfang erforderlicher Prüfungen muss klar definiert und reduziert werden (z. B. hinsichtlich fachlicher Untersuchungen im Artenschutzrecht oder Änderungsgenehmigung; Streichung der bauordnungsrechtlichen Abstandsvorgaben aus dem Prüfprogramm).
- Wesentliche Stellschraube zur Beschleunigung und Vereinfachung bildet die Schaffung rechtsverbindlicher und einheitlicher Prüfungsmaßstäbe (insbesondere im Artenschutz-, Luftverkehrs- und Denkmalschutzrecht). Auch eine stärkere gesetzliche Priorisierung der Windenergie gegenüber anderen öffentlichen Interessen und Belangen ist möglich und im Sinne eines effektiven Klimaschutzes sinnvoll.
- Es gilt, die noch ungenutzten Optimierungspotenziale auf Ebene des derzeitigen Genehmigungs- und Rechtsschutzverfahrens auszuschöpfen (z. B. strengere Fristenregelungen, straffere Behördenbeteiligung, frühzeitige Überprüfungsmöglichkeit von Genehmigungshindernissen) und das Repowering in ein stimmiges Konzept mit dem Anlagenänderungsregime zu bringen (inklusive klarer Verfahrens- und Prüfvorgaben in Abgrenzung zu „grüne Wiese“-Projekten).

A. Einführung

Deutschland hat sich zum Ziel gesetzt, bis spätestens 2045 klimaneutral zu sein und seine Treibhausgasemissionen entsprechend zu senken (§§ 1, 3 Bundes-Klimaschutzgesetz – KSG[3]). Ein wichtiger Baustein dazu bildet der Ausbau der erneuerbaren Energien. Im Jahre 2020 betrug ihr Anteil am Bruttostromverbrauch 45,4 Prozent[4]. Nach dem Koalitionsvertrag soll sich dieser bis 2030 auf 80 Prozent steigern[5]. Der Ausbau der erneuerbaren Energien soll sich daher drastisch beschleunigen und alle Hürden und Hemmnisse aus dem Weg geräumt werden. Wirtschafts- und Klimaminister Robert Habeck sprach zuletzt von einer Verdreifachung der Geschwindigkeit in Sachen Emissionsminderung.

Auch für die Windenergie an Land wird dies zu einer erneuten deutlichen Anhebung sowohl des Tempos als auch der Menge des Ausbaus führen müssen. Angesichts der zwischenzeitlichen Anhebung der Treibhausgas-Minderungsziele für 2030 in den Klimaschutzgesetzen auf europäischer und nationaler Ebene wird in der Dekade bis 2030 ein mittlerer jährlicher Bruttozubau von 4,5 bis 8,4 Gigawatt (GW) und eine installierte Leistung von 80 bis rund 120 GW in 2030 für erforderlich gehalten[6]. Im Jahr 2021 wird mit einem Zubau von etwa 2,1 GW gerechnet[7]. Dem Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung sind insoweit zwar keine konkreten Zahlen zu entnehmen. Vorgesehen ist aber zumindest die Sicherung von zwei Prozent der Landesfläche für die Windenergie an Land[8].

In der kürzlich präsentierten „Eröffnungsbilanz Klimaschutz“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz ist nun die Rede von einer nötigen installierten Leistung von „über 100 GW Windenergie an Land“[9].

Nachdem der Ausbau der Windenergie in den letzten Jahren stark eingebrochen war, wurden in den ersten drei Quartalen des Jahres 2021 zwar wieder mehr Windräder gebaut und auch die Zahl der Genehmigungen nahm zu[10]. So wurden in diesem Zeitraum 56 Prozent mehr Anlagen in Betrieb genommen und 43 Prozent mehr Anlagen genehmigt als noch im entsprechenden Zeitraum des Vorjahres. Dennoch liegt dieser Zubau damit deutlich unter dem Zubau früherer Jahre und vor allem weit unter dem erforderlichen Zubau zur Erreichung der Klimaschutzziele. Laut dem Bericht des *Bund-Länder-Kooperationsausschusses zum Stand des Ausbaus der erneuerbaren Energien sowie zu Flächen, Planungen und Genehmigungen für die Windenergienutzung an Land* befanden sich bis zum 31.12.2020 insgesamt 2.032 Windenergieanlagen an Land im Genehmigungsverfahren, was einer Leistung von 10,5 GW entspricht[11]. Mit einem Anteil von lediglich 4 Prozent der genehmigten Anlagen südlich der Mainlinie, stellt sich zudem die Genehmigungssituation im Süden Deutschlands nochmals deutlich schlechter dar. In den ersten neun Monaten des Jahres 2021 stieg die dortige Genehmigungsquote zwar um 57 Prozent im Vergleich zum

[3] Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

[4] *UBA,* Erneuerbare Energien in Deutschland, Daten zur Entwicklung im Jahr 2020, 2021, S. 6.

[5] *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 56.

[6] Vgl. *Prognos/Öko-Institut/Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie*, Klimaneutrales Deutschland 2045, 2021, S. 31 f.; *Fraunhofer ISE*, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem 2050, Update unter einer Zielvorgabe von 65% CO2-Reduktion in 2030 und 100% in 2050, 2020, S. 5, 11 f.

[7] *FA Wind,* Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2021, November 2021, S. 21.

[8] Vgl. *Prognos/Öko-Institut/Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie*, Klimaneutrales Deutschland 2045, 2021, S. 31 f.; *Fraunhofer ISE*, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem 2050, Update unter einer Zielvorgabe von 65% CO2-Reduktion in 2030 und 100% in 2050, 2020, S. 5, 11 f.

[9] *BMWK,* Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 2021, S. 13.

[10] *FA Wind,* Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2021, November 2021, S. 4 f., 14; vgl. bereits *FA Wind*, Analyse der Ausbausituation der Windenergie an Land im 1. Halbjahr 2021, August 2021, S. 1, 14.

[11] *Bund-Länder-Kooperationsausschuss zum Stand des Ausbaus der erneuerbaren Energien sowie zu Flächen, Planungen und Genehmigungen für die Windenergienutzung an Land*, Bericht an die Bundesregierung gemäß § 98 EEG 2021, Berichtsjahr 2021, Oktober 2021, S. 35.

Vorjahreszeitraum an[12]. Die absoluten Zahlen sind mit lediglich 48 Anlagen mit einer Leistung von 203 MW aber nach wie vor auf einem sehr niedrigen Niveau[13]. Ob die ab 2022 vorgesehene Südquote hieran etwas Wesentliches ändern wird (vgl. § 36d EEG 2021[14]), bleibt abzuwarten[15]. Nach dem Koalitionsvertrag soll jedenfalls sichergestellt werden, dass der Windenenergieausbau auch in weniger windhöffigen Regionen deutlich vorankommt, damit in ganz Deutschland verbrauchsnah Onshore-Windenergie zur Verfügung steht[16].

Die Ursachen für die angespannte Genehmigungssituation sind vielfältig: von der mangelnden Flächenbereitstellung auf den vorgelagerten Planungsebenen[17] über Fragen der Akzeptanz[18] bis hin zu langen und aufwändigen Genehmigungsverfahren mit hohen Prüfanforderungen an den Bau und Betrieb von Windenergieanlagen. Hier zeigt sich ein mitunter hoher Grad an Rechtsunsicherheit sowohl bei den materiell-rechtlichen Anforderungen als auch bei verschiedenen Verfahrensfragen. Zudem können Klageverfahren nochmals zu erheblichen Zeitverzögerungen führen; die bestehenden Rechtsunsicherheiten setzen sich dort gewissermaßen fort.

Zur Verbesserung der Genehmigungssituation bei Windenergieanlagen liegt zwischenzeitlich eine kaum mehr zu überblickende Vielzahl an Vorschlägen zu unterschiedlichsten Aspekten vor. Zum einen bedarf es für eine wirkliche Beschleunigung des Windenergieausbaus aber eines Gesamtkonzepts und nicht nur der Umsetzung einzelner Maßnahmen in bestimmten Bereichen. Zum anderen müssen die vorgeschlagenen Maßnahmen vor allem im Einklang mit den verfassungs- und europarechtlichen Leitplanken stehen, denen der Gesetzgeber bei der Weiterentwicklung des Rechtsrahmens für die Windenergie unterliegt.

Vor diesem Hintergrund versteht sich die vorliegende Studie als Orientierungshilfe im Dickicht der verschiedenen Reformvorschläge. Sie zeigt auf, auf welche Punkte sich der Gesetzgeber jetzt konzentrieren sollte und welche Optionen und Werkzeuge ihm zur Beschleunigung und Vereinfachung der Genehmigung von Windenergieanlagen zur Verfügung stehen. Neben einer rechtlichen Einordnung einzelner Vorschläge werden auch die grundlegenden tatsächlichen und rechtlichen Probleme sowie bestehenden Herausforderungen aufgezeigt, die den Handlungsspielraum des Gesetzgebers maßgeblich beeinflussen können. Die Bearbeitung erhebt dabei weder den Anspruch auf Vollständigkeit noch auf Ausschöpfung aller rechtlich denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten.

[12] *FA Wind,* Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2021, November 2021, S. 10.

[13] *FA Wind,* Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2021, November 2021, S. 10.

[14] Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 3026) geändert worden ist.

[15] Eine bloße Quote für die Ausschreibungen als solche verbessert noch nicht die Genehmigungssituation. Zudem steht die beihilferechtliche Genehmigung der Südquote durch die Europäischen Kommission noch aus. Nach bisheriger Einschätzung dürfte die Quote infolge der geringen Genehmigungszahlen (zunächst) ohnehin nicht ausgeschöpft werden (so *FA Wind,* Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2021, November 2021, S. 21).

[16] *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 57.

[17] Zu den Herausforderungen in diesem Bereich jüngst *Wegner*, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021; zudem *Wegner/Sailer*, Die räumliche Steuerung des Windenergieausbaus über die Planungs-, Genehmigungs- und Förderebene, ZNER 2019, 80 ff.

[18] Hierzu etwa *Wegner/Sailer*, Akzeptanz und Bürgerbeteiligung bei der Windenergie auf Planungs-, Genehmigungs- und Förderebene, ZNER 2018, S. 497 ff.; *Kahl/Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 9, Juni 2018.

B. Klarstellung und Reduzierung des Prüfungsumfangs

Eine erste Stellschraube für eine Straffung und Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens bildet das Prüfprogramm, genauer gesagt der Umfang an rechtlichen Anforderungen, die für verschiedene behördliche Entscheidungen (z. B. Genehmigung, Vorbescheid, Verlängerung der Umsetzungsfrist) zu überprüfen sind und den Umfang dafür notwendiger Untersuchungen. Je weniger zu prüfen ist, desto geringer auch der inhaltliche und damit zugleich der zeitliche Aufwand.

Hierzu könnte der Untersuchungsumfang auf das fachlich notwendige Maß beschränkt (I) und eine bessere Abschichtung zwischen Planungs- und Genehmigungsebene geprüft werden (II). Ein gänzliches Absehen von jeglicher Prüfung wird in Bezug auf die bauordnungsrechtlichen Abstandsvorgaben vorgeschlagen (III.). Daneben gibt es bestimmte rechtliche Instrumente, wie etwa den Vorbescheid (IV.), die Änderungsgenehmigung (V.) oder die Verlängerung der Umsetzungsfrist (VI.), innerhalb derer die materiell-rechtliche Prüfung eigentlich bereits von Gesetzes wegen auf bestimmte Aspekte beschränkt ist. Dennoch findet auch in diesen Fällen nicht selten eine weitreichende Prüfung statt, deren Umfang einem Neugenehmigungsverfahren entsprechen kann. Insoweit werden klarstellende Formulierungen des Gesetzgebers zum genauen Prüfungsumfang gefordert. Gleiches gilt für den Ersatz von Anlagenteilen oder der gesamten Anlage (VII.).

Im Hinblick auf eine Reduzierung des Prüfungsumfangs ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich für bestimmte Anforderungen aus dem Europarecht[19] das Erfordernis einer Vorab-Prüfung ergibt (d. h. vor Zulassung eines Vorhabens). Das betrifft etwa das Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP), das Gebiets- und das Artenschutzrecht sowie das Wasserrecht[20]. Hintergrund einer solchen vorherigen Prüfung ist die Notwendigkeit, dass die zuständige Behörde bei ihrer Meinungsbildung die Auswirkungen auf die Umwelt bei allen technischen Planungs- und Entscheidungsprozessen so früh wie möglich berücksichtigen soll, um Umweltbelastungen von vornherein zu vermeiden, statt sie erst nachträglich in ihren Auswirkungen zu bekämpfen[21]. Insoweit würde sich eine Beschränkung des Prüfungsumfangs in diesen Bereichen erheblichen europarechtlichen Bedenken ausgesetzt sehen. Bei rein national geprägten Rechtsbereichen ist dies nicht der Fall.

Kernaussagen

- Umfang erforderlicher Untersuchungen bundeseinheitlich regeln und auf das fachlich notwendige Maß reduzieren (insbesondere im Artenschutzrecht)
- Abschichtungsmöglichkeiten zwischen Planungs- und Genehmigungsebene prüfen
- Bauordnungsrechtliche Abstandsvorgaben aus dem Prüfprogramm für Windenergieanlagen streichen
- Prüfungsumfang klarstellen bei
  - Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG)
  - Vorbescheid (§ 9 BImSchG)
- Diskutiert werden Reduzierungen und Klarstellungen etwa auch in Bezug auf

[19] Die Begriffe „Europarecht“ und „Unionsrecht“ werden im Rahmen dieser Bearbeitung synonym verwendet.

[20] Siehe zu den Prüfpflichten im Gebietsschutzrecht EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 120; EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, Leitsatz 3; Übertragung auf Artenschutzrecht OVG Hamburg, Urt. v. 01.09.2020 – 1 E 26/18, juris Rn. 222 ff.; zum Wasserrecht EuGH, Urt. v. 28.05.2020 – C-535/18, Rn. 64 ff., insbesondere Rn. 76; BVerwG, Urt. v. 30.11.2020 – 9 A 5/20, juris Rn. 35; zum UVP-Recht EuGH, Urt. v. 28.05.2020 – C-535/18, Rn. 77 f.

[21] So zum UVP-Recht EuGH, Urt. v. 28.05.2020 – C-535/18, Rn. 78.

- die Frist zur Umsetzung der Genehmigung (§ 18 BImSchG)
- den Ersatz und Austausch der Anlage innerhalb der Genehmigung (§ 16 Abs. 5 BImSchG)

I. Fachlicher Untersuchungsumfang

Hinsichtlich des Untersuchungsumfangs fehlt es in verschiedenen Bereichen an klaren, (bundes-)einheitlichen und verbindlichen Vorgaben. Besonders wichtig ist dies in solchen Bereichen, die sich gerade durch einen besonders hohen Prüfungsumfang und -aufwand auszeichnen. Dies gilt etwa für das Artenschutzrecht, wo die Prüfanforderungen – gerade auch wegen der dort vielfältig bestehenden Unsicherheiten – in den letzten Jahren tendenziell eher ansteigen[22], während die gesetzlichen Regelungen weitgehend gleichgeblieben sind. In den maßgeblichen (verwaltungsinternen) Leitfäden und Vollzugshinweisen der Bundesländer zeigen sich teils erhebliche Unterschiede, was den Untersuchungsumfang angeht[23]. Hier könnte es sich daher anbieten, diesen Untersuchungsumfang zu verringern, etwa auf ein fachlich notwendiges oder noch anerkanntes Maß. Auch wenn es wegen des differenzierten Meinungsbildes durchaus schwierig sein mag, dieses „fachliche Standardmaß“ zu bestimmen, ist es gerade in solchen Fällen Aufgabe des Gesetzgebers, für klare, verbindliche und möglichst einheitliche Anforderungen zu sorgen[24]. Dies gilt auch für den Prüfungsumfang, was zugleich die Erstellung vollständiger Antragsunterlagen erleichtern und häufigen Nachforderungen entgegenwirken würde. Vergleichbare Konstellationen lassen sich aber auch in anderen Rechtsgebieten finden, wie etwa dem Immissionsschutzrecht, wo aufgrund der unklaren Anforderungen an die Schallprognose vielfach Berechnungen nach den verschiedenen Verfahren erfolgen[25].

II. Abschichtung zwischen Planungs- und Genehmigungsebene

Der Gesetzgeber sollte prüfen, welche Belange abschließend schon auf Planungsebene abgearbeitet werden können und müssen (z. B. Belange des Denkmalschutzes[26] oder der Luftsicherheit). In der Folge dürften diese im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nicht erneut dem Vorhaben entgegengehalten werden. Auch dies würde den Prüfungsumfang auf Genehmigungsebene entsprechend reduzieren. Zwar sieht das geltende Baurecht eine solche „Abschichtung“ zwischen Planungs- und Genehmigungsebene heute schon vor (§ 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB), jedoch kommt der Regelung aus verschiedenen Gründen – etwa wegen der noch nicht exakt feststehenden Anlagenstandorte und -konfigurationen auf Planungsebene – in der Windenergie-Praxis kaum bzw. nur bei wenigen Belangen wie dem Schutz des Landschaftsbildes Bedeutung zu. Für eine effektive Entlastung der Genehmigungsebene müsste der Gesetzgeber diese Abschichtungsregelung daher weiterentwickeln und auf Planungsebene verfahrensmäßig sicherstellen, dass sich die fachlichen Stellen auch äußern und abschließend prüfen.

[22] Allg. *Agora Energiewende,* Windenergie und Artenschutz – Wege nach vorn, 2021, S. 6.

[23] So sind etwa für die Brutvogelerfassung in Rheinland-Pfalz 10 Tage, in Niedersachsen 12 Tage und in Bayern in der Regel 18 Tage (ausnahmsweise 25 Tage) in den jeweiligen Leitfäden gefordert; allg. *Schwarzenberg/Ruß*, Die Windenergieerlasse der Länder – Überblick und neue Entwicklungen, ZUR 2016, S. 278 (281 ff.). Siehe zu den jüngsten Bemühungen um eine Vereinheitlichung *UMK,* Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen, 2020.

[24] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 24.

[25] Vgl. OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 240/17, juris Rn. 220 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 17.12.2020 – 8 E 862/20, juris Rn.19; *Schmidt/Sailer*, Schallberechnung bei Windenergieanlagen - Stand der Entwicklung in Sachen LAI-Hinweise, ZNER 2019, S. 204 ff.; siehe hierzu auch unter C. III. 4.

[26] Vgl. hierzu etwa OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 03.07.2014 – OVG 11 B 5.13, juris Rn. 25 f.; *Fülbier,* Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht, ZNER 2017, S. 89 ff.

III. Bauordnungsrechtliche Abstandsvorgaben

Einen Schritt weiter als die beiden soeben dargestellten Ansätze gehen Vorschläge zu den bauordnungsrechtlichen Abstandsvorgaben. Alle Landesbauordnungen enthalten Vorgaben über Abstände, die zwischen Gebäuden einzuhalten sind. Deren Wahrung dient der Belüftung und Belichtung zwischen Bauwerken sowie dem Brandschutz[27]. Windenergieanlagen werden zwar nicht als Gebäude im bauordnungsrechtlichen Sinne angesehen, aber als Anlagen, von denen Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen, sodass auch sie die Abstandsvorgaben einhalten müssen[28].

Das wird vermehrt kritisiert, da im Falle von Windenergieanlagen kein Bedarf für die mit der Abstandsregelung eigentlich verfolgten Zwecke bestehe[29]. Diese befänden sich schließlich in aller Regel im planerischen Außenbereich auf Feldern und in Wäldern, fernab von weiterer Bebauung[30]. Zudem erfordere die Erfüllung anderer rechtlicher Anforderungen, wie etwa die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte, ohnehin bereits das Freihalten größerer Abstände[31]. Die Einhaltung bauordnungsrechtlicher Abstandsvorgaben brächte somit keinerlei Mehrwert, wohl aber Nachteile. So sind die Abstandsflächen rechtlich zu sichern (etwa durch Baulasten), was zusätzlichen zeitlichen und finanziellen Aufwand für die Realisierung eines Windenergie-Vorhabens bedeutet[32] und zuletzt gar eine Verhinderungsmöglichkeit bietet[33].

Vor diesem Hintergrund wird gefordert, Windenergieanlagen generell vom Anwendungsbereich der bauordnungsrechtlichen Abstandsregelungen auszunehmen[34]. Mecklenburg-Vorpommern hat dies bereits in seiner Landesbauordnung umgesetzt (§ 6 Abs. 1 S. 4 LBauO MV[35]). Im Gegensatz zu den bauplanungsrechtlichen Abständen (10 H & Co.), wo der Bund die Gesetzgebungskompetenz hat, unterliegt das Bauordnungsrecht als sogenanntes Baupolizeirecht der Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer[36]. Unter Verweis auf die Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 2a Baugesetzbuch (BauGB)[37] wird zwar vertreten, der Bund selbst könne die Anwendung auch der bauordnungsrechtlichen Abstandsvorgaben auf Windenergieanlagen ausschließen[38]. Die Norm betrifft jedoch nur städtebaulich begründete Abstände und lässt das bauordnungsrechtliche Abstandsflächenrecht der Länder unberührt[39]. Es soll den Kommunen hierüber lediglich ermöglicht werden, im Bebauungsplan vom Bauordnungsrecht der Länder abweichende „städtebauliche“ Maße der Tiefe der Abstandsflächen festzulegen. Die Begründung einer Bundeskompetenz auf dieser Basis erscheint

[27] Siehe etwa *Kraus,* in: Busse/Kraus, BayBO, 141. EL 2021, Art. 6 Rn. 4 f.

[28] *Ruppel,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 229; *Gatz,* Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 440.

[29] *Ruppel,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 231; *Hinsch,* in: Schulz, Handbuch-Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 169; siehe auch MV LT-Drs. 7/788, S. 15.

[30] *Ruppel,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 231; *Hinsch,* in: Schulz, Handbuch-Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 169; siehe auch MV LT-Drs. 7/788, S. 15.

[31] Siehe hierzu etwa *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (588 f.). Abstände ergeben sich – neben der Einhaltung der zulässigen Schallimmissionswerte – auch zur Vermeidung relevanter Turbulenzen insbesondere gegenüber anderen Windenergieanlagen, aus dem bauplanungsrechtlichen Gebot der Rücksichtnahme in seiner Ausprägung der optisch bedrängenden Wirkung oder auch zum Schutz vor Eiswurf.

[32] *Agora Energiewende*, Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 13 f.; MV LT-Drs. 7/788, S. 15.

[33] In dem Fall, dass Eigentümer benachbarter Grundstücke die Eintragung einer Baulast verweigern.

[34] *Agora Energiewende*, Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 14; *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (589); *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, § 5 Abs. 3 Wind-an-Land-G-E (S. 5); dies zumindest als für den Gesetzgeber erwägenswert bezeichnend *Gatz,* Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 441.

[35] Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2015 (GVOBl. M-V 2015, 344), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Juni 2021 (GVOBl. M-V 2021 S. 1033).

[36] Grundlegend hierzu BVerfG, Gutachten v. 16.06.1954 – 1 PBvV; siehe auch *Uhle,* in: Maunz/Dürig, GG, 53. EL 2008, Art. 70 Rn. 88; *Wittreck,* in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 70 Rn. 15.

[37] Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 10. September 2021 (BGBl. I S. 4147) geändert worden ist.

[38] Siehe *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 14 f.

[39] Siehe näher hierzu die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/3308, S. 17.

daher zweifelhaft. Es wäre also primär Aufgabe der Länder für eine entsprechende Verbesserung der Genehmigungssituation zu sorgen. Hierzu könnte auch die Bauministerkonferenz – also die zuständigen Minister und Senatoren der 16 Bundesländer unter aktuellem Vorsitz von Baden-Württemberg – eine entsprechende Regelung in der Musterbauordnung[40] treffen[41]. Die Bundesländer könnten sich diese dann zum Vorbild nehmen; sie wären jedoch hiernach nicht zur Schaffung einer solchen Regelung verpflichtet[42].

Alternativ wird vorgebracht, zumindest eine Anpassung des bereits erwähnten § 9 Abs. 1 Nr. 2a BauGB dahingehend vorzunehmen, dass Kommunen nicht noch über die bauordnungsrechtlichen Abstandsvorgaben hinausgehende bauplanungsrechtliche Abstände in Bebauungsplänen festlegen können[43]. Das dürfte zwar die ursprüngliche Zielrichtung der Norm bilden[44]. Die sich in Bezug auf Windenergieanlagen ergebenden Besonderheiten (und nur insoweit sollte eine Anpassung erfolgen) waren damals aber so noch nicht absehbar. Hierfür hätte der Bund jedenfalls die erforderliche Gesetzgebungskompetenz.

IV. Vorbescheid

Ein Vorbescheid dient insbesondere der Klärung einzelner Fragen betreffend Errichtung und Betrieb einer immissionsschutzrechtlich zu genehmigenden Anlage[45]. Vor Erteilung einer Genehmigung kann auf diese Weise eine verbindliche Feststellung über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen getroffen werden, an die die Genehmigungsbehörde im späteren Genehmigungsverfahren gebunden ist[46]. Voraussetzung dafür ist, dass die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können und ein berechtigtes Interesse an der Erteilung des Vorbescheids besteht (§ 9 Abs. 1 BImSchG). Zum Bau berechtigt ein Vorbescheid, anders als eine (Teil-)Genehmigung, dagegen nicht; er entfaltet lediglich feststellende, keine gestattende Wirkung[47].

Bei komplexen Vorhaben wie Windenergieanlagen kann sich ein Vorbescheid grundsätzlich als hilfreich erweisen, um etwa vorab die Vereinbarkeit mit einem Flächennutzungsplan oder luftverkehrsrechtlichen Vorgaben zu klären, bevor weitere Investitionen und Planungen erfolgen. In der Praxis wird der Vorbescheid im Zusammenhang mit Windenergieanlagen jedoch vermehrt als dysfunktional und wenig zweckdienlich kritisiert[48]. Hintergrund hierfür ist die Voraussetzung in § 9 Abs. 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)[49]: „sofern die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können“[50]. Mangels näherer gesetzlicher Konkretisierung wirft diese Anforderung in der Praxis in vielerlei Hinsicht Fragen auf und ist Grundlage für Rechtsunsicherheit[51].

[40] Die Musterbauordnung ist kein Gesetz, sondern vielmehr eine rechtspolitische Orientierungshilfe für die Bundesländer im Bereich des Bauordnungsrechts (*Kraus,* in: Busse/Kraus, BayBO, 141. EL 2021, Teil A Nr. 7).

[41] Vgl. *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 15; *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (589).

[42] Vgl. *Kraus,* in: Busse/Kraus, BayBO, 141. EL 2021, Teil A Nr. 7.

[43] Vgl. *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 15.

[44] BT-Drs. 16/3308, S. 17; dagegen eine Befugnis auch für die Vorsehung geringerer Abstände bejahend etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.12.2014 – 1 MN 118/14, juris Rn. 56; *Mitschang/Reidt,* in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 9 Rn. 31.

[45] *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 1; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 76. EL 2015, § 9 BImSchG Rn. 1.

[46] *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 20; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 76. EL 2015, § 9 BImSchG Rn. 67; vgl. BVerwG, Urt. v. 30.06.2004 – 4 C 9/03, juris Rn. 36

[47] *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 1; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 76. EL 2015, § 9 BImSchG Rn. 10.

[48] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (587); vgl. *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (925, 928); *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 20.

[49] Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. September 2021 (BGBl. I S. 4458) geändert worden ist.

[50] Dies erfordert eine vorläufige Gesamtbeurteilung, *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 7, 11 f. m. w. N.; auf die insoweit fehlende ausreichende Differenzierung zur Teilgenehmigung hinweisend: *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (923 f.).

[51] Vgl. *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 76. EL 2015, § 9 BImSchG Rn. 38.

Weitgehende Einigkeit besteht zwar zunächst noch insoweit, als die zur Prüfung gestellten Aspekte einer umfassenden Prüfung zu unterziehen sind, da hier eine Bindungswirkung für die spätere Genehmigungsentscheidung entsteht[52]. Umstritten ist dagegen, ob und vor allem in welcher Tiefe bzw. Intensität daneben auch weitere Genehmigungsvoraussetzungen zu überprüfen sind[53]. Eine mit Blick auf die Beschleunigung des Windenergieausbaus problematische Entwicklung hierbei ist, wenn zuweilen eine vollumfängliche Prüfung und damit verbunden entsprechend ausführliche Unterlagen gefordert werden[54].

Um diese als zu weitgehend kritisierte Auslegung zu verhindern, wird – dem Zweck des Vorbescheids entsprechend – vorgeschlagen, die tatbestandliche Voraussetzung der Möglichkeit zur ausreichenden Beurteilung schlicht und einfach aus § 9 Abs. 1 BImSchG zu streichen[55] oder ausdrücklich zu regeln, dass sich die Prüfung und somit auch die feststellende und bindende Wirkung nur auf die zur Prüfung gestellte Frage bzw. Fragen erstreckt[56].

Zu beachten ist dabei aber, dass einem Vorbescheid auch eine sogenannte rangwahrende Funktion zukommen kann. Treten mehrere Windenergievorhaben in Konkurrenz um die Nutzung eines zu bebauenden Areals, kann ein Vorbescheid seinem Inhaber diese Nutzung zumindest im Umfang seines Regelungsgehalts sichern. Sollen beispielsweise zwei Windenergieanlagen unterschiedlicher Betreiber in einem Areal errichtet werden und verursachen beide zusammen – nicht jedoch für sich genommen – ein Maß an schädlichen Umwelteinwirkungen (z. B. Lärm), das über das noch zulässige Maß hinausgeht, erfolgt die Aufteilung derartiger Kontingente in der Praxis auf Grundlage des Prioritätsprinzip („Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“)[57]. Ein Vorbescheid kann – sofern er sich zu der betreffenden Frage verhält – in solchen Fällen daher einen unbeschränkten Betrieb sichern, auch gegenüber einem später erteilten Genehmigungsbescheid[58].

Angesichts dieser rangwahrenden Wirkung erscheint die Ausdehnung der Prüfungsintensität über die zur Prüfung gestellten Aspekte hinaus durchaus nachvollziehbar[59]. Hieran anknüpfend wird daher zusätzlich gefordert, dem Vorbescheid eine solche Wirkung gerade nicht zukommen zu lassen; der Vorbescheid sei vielmehr auf seine wesentliche Funktion (Vorabprüfung von Einzelfragen) zu beschränken[60]. So sei eine rasche, für die weitere Planung des Projektes wertvolle Vorabprüfung einzelner Genehmigungsvoraussetzungen möglich, was Rechtssicherheit schaffe; eine zuweilen kritisierte Reservierung von Flächen bzw. Kontingenten durch Vorbescheide dagegen nicht mehr[61]. Das entspricht zwar nicht der aktuellen Rechtsprechung, die dem Vorbescheid eine rangwahrende Funktion beimisst[62]. Diese bildet jedoch für den Gesetzgeber keine Hürde. Dem Vorbescheid keine

[52] *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (924).

[53] *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (924 f.) m. w. N.

[54] OVG Münster, Urt. v. 18.09.2018 – 8 A 1886/16, juris Rn. 73 ff.; OVG Münster, Urt. v. 21.04.2020 – 8 A 311/19, juris Rn. 120; siehe hierzu *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (925 f.).

[55] *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (927 f.); *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (587); vgl. *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, § 10 WindLandG-E.

[56] *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (928).

[57] Siehe hierzu *Rolshoven,* Wer zuerst kommt, mahlt zuerst? – Zum Prioritätsprinzip bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen, NVwZ 2006, S. 516 ff.; *Raschke,* Die Sicherung von (konkurrierenden) Rechtspositionen von Windenergieprojekten durch den immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid nach § 9 BImSchG, ZNER 2019, S. 7 ff.

[58] BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 – 4 C 3/19, juris Rn. 22 ff.; siehe zur Entwicklung der Rechtsprechung *Raschke,* Die Sicherung von (konkurrierenden) Rechtspositionen von Windenergieprojekten durch den immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid nach § 9 BImSchG, ZNER 2019, S. 7 (10 ff.).

[59] So auch *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (927).

[60] *Raschke/Roscher,* Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 922 (927); *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, Langversion, 2020, S. 8.

[61] Vgl. *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, Langversion, 2020, S. 7 f.

[62] BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 – 4 C 3/19, juris Rn. 18 ff.

rangwahrende Funktion mehr zukommen zu lassen und seine feststellende Wirkung ausschließlich auf die zur Prüfung gestellten Aspekte zu beschränken, dürfte auch sonst kein höherrangiges Recht entgegenstehen. Wichtig hierbei ist, dass der Vorbescheid – anders als die spätere Genehmigung – gerade noch keine gestattende und somit rechtsgestaltende, sondern (lediglich) feststellende Wirkung entfaltet[63]. Möchten Vorhabenträger eben nicht lediglich einzelne Fragen vorab klären, sondern zudem Sicherheit gegenüber anderen Wettbewerbern haben, dann müssen sie einen Genehmigungsantrag stellen. Das scheint auch mit Blick auf eine Beschleunigung des Windenergieausbaus sinnvoll.

Zwar kann die Rangwahrung für den Inhaber eines Vorbescheids natürlich einen gewissen Vorteil im Wettstreit mit Konkurrenten bedeuten. Der Wegfall der Rangwahrung zu Gunsten eines schlankeren Vorbescheidverfahrens muss daher für den einzelnen Vorhabenträger nicht zwingend vorteilhaft sein. Vor diesem Hintergrund könnte man auch erwägen, verschiedene Arten an Vorbescheiden vorzusehen: eine nur zur Vorabklärung einzelner Aspekte ohne Rangsicherungsfunktion und eine zusätzlich (neben der Vorabklärung von Einzelfragen) mit Rangsicherungsfunktion. Bei Beibehaltung der rangwahrenden Wirkung wäre es aber in jedem Fall hilfreich, konkrete Anforderungen an die Unterlagen und Prüfintensität in Bezug auf die nicht zur Entscheidung gestellten Genehmigungsvoraussetzungen festzulegen. Um für den raschen Ausbau der Windenergie hinderlichen Flächenblockaden durch Vorbescheide etwas entgegenzusetzen, könnte man zudem die Möglichkeit der Verlängerung der Geltungsfrist für rangwahrende Vorbescheide streichen (§ 9 Abs. 2 BImSchG[64]).

Schließlich könnten im Rahmen einer etwaigen Anpassung der rechtlichen Grundlagen des Vorbescheids auch konkretere Vorgaben zum ebenfalls von § 9 Abs. 1 BImSchG geforderten „berechtigten Interesse“ gemacht werden, auch wenn die Anforderungen an diese Voraussetzung nicht allzu hoch sind[65].

V. Änderungsgenehmigung

Im Gegensatz zur Neuerrichtung bedarf die Änderung einer Anlage lediglich einer Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG) oder – wenn es sich dabei um eine wesentliche Änderung handelt[66] – einer Änderungsgenehmigung (§ 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Solche Änderungen betreffen etwa technische Optimierungen zur Leistungssteigerung oder Verringerung von Umweltbelastungen. Auch in Fällen des Repowerings im Sinne des § 16b Abs. 1 BImSchG geht das Gesetz nunmehr von der Durchführung eines Änderungsgenehmigungsverfahrens aus[67].

Eine Änderungsgenehmigung ist zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass immissionsschutzrechtliche Pflichten erfüllt werden und keine anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes entgegenstehen[68]. Im Gegensatz zu einer Neugenehmigung, bei der eine vollumfängliche Prüfung aller Genehmigungsvoraussetzungen in Bezug auf die gesamte Anlage vorzunehmen ist, beschränkt sich die Prüfung im Falle einer Änderungsgenehmigung auf die Sicherstellung, dass auch die geänderte Anlage die Genehmigungsvoraussetzungen einhält[69]. Es geht schließlich um die Genehmigung der betreffenden Änderung, nicht um die bereits bestehende Anlage in ihrer Gesamtheit und eine erneute Gesamtprüfung[70].

[63] *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 1; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 76. EL 2015, § 9 BImSchG Rn. 10.

[64] „Der Vorbescheid wird unwirksam, wenn der Antragsteller nicht innerhalb von zwei Jahren nach Eintritt der Unanfechtbarkeit die Genehmigung beantragt; die Frist kann auf Antrag bis auf vier Jahre verlängert werden.“

[65] Allg. *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 9 m. w. N.

[66] Eine Änderung ist wesentlich, wenn durch sie nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein können (§ 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG).

[67] Siehe unten unter E. ausführlich zum Repowering.

[68] *Führ,* in: Führ., GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 16 Rn. 103; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 35 ff.; *Reidt/Schiller,* in: L/R, Umweltrecht, 61. 2011, § 16 BImSchG Rn. 157.

[69] *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 31

[70] BVerwG, Urt. v. 21.08.1996 – 11 C 9/95, juris Rn. 34.

Die Anwendung dieser abstrakten Vorgaben in der Praxis wird jedoch zuweilen als uneinheitlich und ausufernd kritisiert[71]. Insbesondere die Angst vor drohenden Klagen bewirke eine Art vorsorgliche Ausweitung des Prüfungsumfangs durch die Behörden. Das Institut der Änderungsgenehmigung wird aber überflüssig, wenn man stets eine Überprüfung sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen fordert; es handelt sich schließlich gerade nicht um eine Neugenehmigung.

Zur Vermeidung vollumfänglicher, langwieriger und teurer Prüfungen wird daher vorgeschlagen, den Prüfungsumfang der Änderungsgenehmigung gesetzlich zu reduzieren bzw. klarstellend festzulegen[72]. Gegenstand der Prüfung sollen nur solche Anlagenteile sein, die geändert werden und/oder auf die sich die Änderung auswirkt. Maßstab der Prüfung sollen zudem nur solche Genehmigungsvoraussetzungen sein, die durch die Änderung erstmalig, stärker oder in anderer Weise nachteilig betroffen sind.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Prüfungsumfang einer Änderungsgenehmigung im Gesetz nicht näher bestimmt wird[73]. Es besteht aber weitgehend Einigkeit darüber, dass im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens Gegenstand der Prüfung nur solche Anlagenteile und Verfahrensschritte sind, die geändert werden oder auf die sich die Änderung auswirkt[74]. Insoweit entspricht der Vorschlag bereits der geltenden Rechtspraxis. Eine entsprechende gesetzliche Regelung würde diese zumindest absichern. Hierbei könnte dann auch erwogen werden, nähere Vorgaben darüber zu machen, wann sich eine Änderung auf welche Anlagenteile auswirkt (Auswirkungsprognose).

Gerade bei qualitativen Änderungen, also Änderungen innerhalb des Anlagenbestands[75], sei eine Beschränkung der Änderung auf einzelne Anlagenteile – d. h. eine Beschränkung des Prüfungsgegenstandes – nicht (immer) möglich[76]. Das könne aber nicht zugleich bedeuten, dass es durchweg einer umfassenden Prüfung der gesamten Anlage auf Vereinbarkeit mit sämtlichen Genehmigungsvoraussetzungen bedürfe (wie bei einer Neugenehmigung). Vor diesem Hintergrund zielt der zweite Teil des Vorschlags zum Maßstab der Prüfung auf eine Einschränkung der zu prüfenden Genehmigungsvoraussetzungen ab. Die Beschränkung auf die Prüfung nur solcher Genehmigungsvoraussetzungen, die von der betreffenden Änderung erstmalig, stärker oder in anderer Weise nachteilig betroffen sind, sei erforderlich, da das Institut der Änderungsgenehmigung ansonsten einer Neugenehmigung gleichkäme und obsolet würde. Zudem würden der Bestandsschutz sowie die Anforderungen für behördliches Einschreiten in Form nachträglicher Anordnungen unterlaufen[77].

Dieses Element des Vorschlags dürfte – zumindest auf einer abstrakten Ebene – tatsächlich eine Beschränkung zur Folge haben. Derzeit differenziert die Rechtsprechung nicht ausdrücklich danach, ob etwaige Auswirkungen erstmalig oder negativ sind bzw. Belange durch die Änderung stärker betroffen sind als zuvor[78]; zuweilen ist aber zumindest von einer Zusatzbelastung die Rede[79]. Dem Gesetzgeber steht es jedenfalls frei, von bisheriger (sei es auch gefestigter) Rechtsprechung abzuweichen bzw. das Recht differenziert weiterzuentwickeln. Sinn und Zweck der Änderungsgenehmigung (Überprüfung nur der Änderung), die erforderliche Abgrenzung zur Neugenehmigung und zu behördlichen Eingriffsbefugnissen sowie zuletzt auch die

[71] Siehe hierzu sowie zu den folgenden Ausführungen *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (585 f.).

[72] Durch Erweiterung des § 16 BImSchG, siehe zu diesem Vorschlag *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (585 f.).

[73] BVerwG, Urt. v. 21.08.1996 - 11 C 9/95, juris Rn. 34.

[74] BVerwG, Urt. v. 21.08.1996 – 11 C 9/95, juris Rn. 34; Urt. v. 24.10.2013 – 7 C 36/11, juris Rn. 38; *Büge/Ziegler,* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOk Umweltrecht, 58. Edition 2019, § 16 BImSchG Rn. 28.

[75] Beispiele für qualitative Änderungen einer Windenergieanlage sind die Änderung der Betriebszeiten oder der Einsatzstoffe (*Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 4). Daneben gibt es quantitative Änderungen, d. h. Erweiterungen der Anlage (siehe allg. zu beiden Begrifflichkeiten etwa *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 7).

[76] Siehe hierzu und im Folgenden *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 3 ff.

[77] Siehe für alles *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 3 ff.

[78] BVerwG, Urt. v. 21.08.1996 - 11 C 9/95, juris Rn. 34.

[79] Siehe etwa BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 7 C 36/11, juris 38 ff.

Bestandskraft der Genehmigung sprechen durchaus für eine entsprechende Einschränkung.

Daneben könnte auch erwogen werden, konkrete Vorgaben zum Prüfungsumfang für bestimmte umgrenzte Konstellationen zu machen und damit in gewisser Weise vorwegzunehmen. Denkbar wäre beispielsweise die Bestimmung des Prüfungsumfangs für den praktisch relevanten Fall eines Wechsels des Anlagentyps[80], der sich in einem näher umgrenzten Rahmen hält (z. B. keine Prüfung bestimmter Belange, wenn sich die Gesamthöhe der Anlage des neuen Typs um maximal +/-x Meter ändert).

VI. Umsetzungsfrist der Genehmigung

Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erlischt, wenn innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde gesetzten, angemessenen Frist (bei Windenergieanlagen üblicherweise drei Jahre)[81] nicht von ihr Gebrauch gemacht wurde[82] oder eine errichtete Anlage mehr als drei Jahre nicht mehr betrieben wurde (§ 18 Abs. 1 BImSchG). Diese Fristen können aus wichtigem Grund verlängert werden. Der Verlängerungsmöglichkeit kommt für Genehmigungen von Windenergieanlagen durchaus Relevanz zu, da es etwa durch EEG-Ausschreibungen, Lieferzeiten oder Klageverfahren zu Verzögerungen kommen kann[83].

Eine Verlängerung ist jedoch nach § 18 Abs. 3 BImSchG nur zulässig, „wenn hierdurch der Zweck des Gesetzes nicht gefährdet wird“. Dieser unbestimmten Formulierung des Gesetzes wird ein Bedürfnis nach kursorischer Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen entnommen[84]. Ob dies eine vollumfängliche Prüfung in dem Sinne erfordert, dass sowohl die Einhaltung immissionsschutzrechtlicher Pflichten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) als auch das Entgegenstehen anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu überprüfen ist, wird unterschiedlich beurteilt[85]. Nach nun wohl herrschender, zuletzt auch vom BVerwG vertretener Auffassung ist im Rahmen der Verlängerungsentscheidung nur zu prüfen, ob immissionsschutzrechtliche Pflichten eingehalten werden; einer Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften – wie etwa des Artenschutzrechts samt aktueller Kartierungen – bedarf es gerade nicht[86]. Das wird überzeugend mit Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 18 Abs. 3 BImSchG begründet; es handle sich gerade nicht um eine Neugenehmigungs-Entscheidung[87]. Um die Rechtssicherheit an dieser Stelle zu erhöhen und Forderungen nach zu weitgehenden Prüfungen zu unterbinden, könnte der Gesetzgeber dennoch eine entsprechende Klarstellung im Gesetz vornehmen[88].

Daneben könnte auch erwogen werden, bereits auf Ebene des Gesetzes eine für Windenergieanlagen angemessenere Frist festzulegen, die in diesem Zusammenhang

[80] Vorausgesetzt, für diesen Typwechsel wird ein Änderungsgenehmigungsverfahren durchgeführt (siehe näher zur verfahrensrechtlichen Einordnung von Typwechseln unter D. II. 6).

[81] So *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 6.

[82] D. h. die betreffende Anlage wurde nicht errichtet oder betrieben.

[83] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (586).

[84] So erst kürzlich etwa BVerwG, Urt. v. 21.01.2021 – 7 C 9/19, juris Rn. 17; siehe auch *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 18 Rn. 17.

[85] Ausführlich hierzu *Albrecht/Tappert/Zschiegner,* Zum Begriff einer Gefährdung des Gesetzeszwecks im immissionsschutzrechtlichen Fristverlängerungstatbestand des § 18 Abs. 3 BImSchG, UPR 2018, S. 17; *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 6, unter Verweis auf OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 04.09.2019 – OVG 11 B 24.16. Ebendiese Frage lässt das Gericht in der betreffenden Entscheidung ausdrücklich offen (a. a. O., juris Rn. 72).

[86] BVerwG, Urt. v. 21.01.2021 – 7 C 9/19, juris Rn. 38 ff.; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 18 Rn. 17; vgl. *Ohms,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 94. EL 2020, Rn. 37; offenlassend OVG Berlin Brandenburg, Urt. v. 04.09.2019 – OVG 11 B 24.16, juris Rn. 72. Nach BVerwG, Urt. v. 19.12.2019 – 7 C 28/18, juris Rn. 28 kann aber der einer Genehmigung anhaftende Rechtsmangel einer rechtswidrig nicht durchgeführten FFH-Verträglichkeitsprüfung auf die Verlängerungsentscheidung durchschlagen.

[87] BVerwG, Urt. v. 21.01.2021 – 7 C 9/19, juris Rn. 38 ff.; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 18 Rn. 17; vgl. *Ohms,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 94. EL 2020, Rn. 37; so auch *Albrecht/Tappert/Zschiegner,* Zum Begriff einer Gefährdung des Gesetzeszwecks im immissionsschutzrechtlichen Fristverlängerungstatbestand des § 18 Abs. 3 BImSchG, UPR 2018, S. 17. Die Unterscheidung zwischen Neugenehmigung und Verlängerungsentscheidung betonend auch BVerwG, Urt. v. 19.12.2019 – 7 C 28/18, juris Rn. 16; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 04.09.2019 – OVG 11 B 24.16, juris Rn. 75.

[88] Dies fordernd *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 6.

bestehenden Besonderheiten (z. B. EEG-Ausschreibungen, Lieferzeiten, Klageverfahren) besser Rechnung trägt. Dies könnte sich etwa im Bereich von vier bis fünf Jahren bewegen. Dabei müsste aber wiederum berücksichtigt werden, dass auch zu lange Fristen Nachteile mit sich bringen (z. B. Flächenblockade, Vorratsgenehmigungen, Aufrechterhalten veralteter Standards).

VII. Ersatz und Austausch im Rahmen der Genehmigung

Gemäß § 16 Abs. 5 BImSchG bedarf es keiner Genehmigung und somit auch keiner erneuten Prüfung von Genehmigungsvoraussetzungen, „wenn eine genehmigte Anlage oder Teile einer genehmigten Anlage im Rahmen der erteilten Genehmigung ersetzt oder ausgetauscht werden sollen“. Ein derartiger Ersatz oder Austausch bedarf deshalb keiner eigenen Genehmigung, weil er sich im Rahmen der bisherigen Genehmigung bewegt bzw. von ihr gedeckt ist. Praktische Anwendungsfälle bei Windenergieanlagen sind etwa der Ersatz beschädigter Teile im Falle eines Rotorblattbruches, aber auch der vollständige Wiederaufbau infolge eines Brandes oder einer sonstigen Anlagenhavarie[89].

In der Praxis kommt es zwischen Immissionsschutz- und Baubehörden zuweilen zu Diskussionen über die Reichweite der von § 16 Abs. 5 BImSchG angeordneten „Genehmigungsfreistellung“[90]. Streitpunkt ist, ob die Norm nur von der Einholung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung – so die herrschende Meinung[91] – oder darüber hinaus auch von weiteren Zulassungspflichten befreit, die von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bzw. wegen ihrer Konzentrationswirkung eingeschlossen werden (wie etwa die Baugenehmigung, siehe allg. § 13 BImSchG)[92].

Zur Vereinfachung (im Sinne einer Verringerung des Prüfungsumfanges) und Vermeidung der bestehenden Rechtsunsicherheiten wird daher vorgeschlagen, § 16 Abs. 5 BImSchG dahingehend klarstellend umzuformulieren, „dass ein teilweiser Austausch bis hin zum vollständigen Wiederaufbau im Rahmen der BImSchG-Genehmigung vollumfänglich von ihr gedeckt ist und daher auch keiner separaten Zulassung nach anderen, von der Konzentrationswirkung erfassten Rechtsbereichen bedarf.“[93]

Diesem Vorschlag steht zwar die derzeit herrschende Meinung in der Rechtsprechung und der Literatur entgegen (siehe oben). Das als solches hindert den Gesetzgeber jedoch nicht dessen Umsetzung. Es würde sich nach herrschender Meinung eben nur nicht um eine bloße gesetzliche Klarstellung handeln. Zudem müsste ebenfalls geklärt werden, wo die Grenzen eines solchen Ersatzes bzw. Austausches liegen – auch in Abgrenzung zum Änderungsregime. Im Hinblick auf die bereits erwähnten Prüfpflichten aus dem europäischen Umweltrecht[94] dürften jedenfalls die Anforderungen an die Vereinbarkeit mit einer solchen „Genehmigungsfreistellung“ umso höher sein, je mehr die Identität der Anlage gewahrt bleibt (z. B. hinsichtlich Standort, Fundament, Anlagentyp etc.). Dies dürfte auch dem Verständnis der bisherigen Regelung von § 16 Abs. 5 BImSchG entsprechen („plangleich“ ohne Veränderung der genehmigten Lage, der genehmigten Beschaffenheit und des genehmigten Betriebs)[95], würde jedoch im Fall des vollständigen Wiederaufbaus erfordern, dass es die genehmigten Anlagen zum Zeitpunkt des Wiederaufbaus überhaupt noch gibt. Ob hier europarechtlich weitergehende

[89] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, Langversion, 2020, S. 6; allg. *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 19.

[90] Freistellung von erneutem Genehmigungsbedürfnis, aber nur aus dem Grund, da der Ersatz bzw. Austausch bereits von der bestehenden Genehmigung gedeckt ist, vgl. zur Begrifflichkeit BVerwG, Urt. v. 21.12.2011 – 4 C 12/10, juris Rn. 10.

[91] § 13 BImSchG gelte hier gerade nicht (BVerwG, Urt. v. 21.12.2011 – 4 C 12/10, juris Rn. 15 f.; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 20; *Reidt/Schiller,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 61. EL 2011, § 16 BImSchG Rn. 181; vgl. VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281, juris Rn. 43; a. A. *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 73. EL 2014, § 4 BImSchG Rn. 67).

[92] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, Langversion, 2020, S. 5 f.

[93] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, Langversion, 2020, S. 5 f.

[94] Siehe bereits oben Fn. 20.

[95] Siehe nur *Reidt/Schiller,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 61. EL 2011, § 16 BImSchG Rn. 176.

Spielräume bestehen und wie weit diese reichen könnten, ist bislang ungeklärt[96].

[96] Vgl. in Ansätzen zum FFH-Regime EuGH, Urt. v. 07.11.2018 – C-293/17, Rn. 78 ff.; EuGH, Urt. v. 14.01.2010 – C-226/08, Rn. 35 ff.

C. Verbindliche Konkretisierung von Prüfungsmaßstäben und Priorisierung des Windenergieausbaus

Eine verbindliche Konkretisierung von Prüfungsmaßstäben bzw. -anforderungen bietet sich in verschiedenen Rechtsbereichen an und würde für ein hohes Maß an Rechtsicherheit sorgen. Dies betrifft nicht nur das Artenschutzrecht, das Luftverkehrsrecht und das Denkmalschutzrecht, sondern eine Vielzahl weiterer Fachgesetze, in denen es an einer hinreichenden gesetzlichen Konkretisierung fehlt. Zugleich sollte auch das hohe öffentliche Interesse an der Nutzung der erneuerbaren Energien gesetzgeberisch klargestellt werden und der Windenergieausbau gegenüber anderen Belangen priorisiert werden, wofür verschiedene Instrumente diskutiert werden bzw. in Betracht kommen (z. B. Gewichtungsvorgaben für Abwägungsentscheidungen).

I. Artenschutzrecht

Das Artenschutzrecht beinhaltet praktisch besonders bedeutsame Genehmigungsvoraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen: die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote in § 44 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)[97]. Im Mittelpunkt der Diskussionen und auch dieser Zusammenstellung steht hierbei das Tötungsverbot nach Nummer 1: „Es ist verboten, [wild lebende Tiere] der besonders geschützten Arten (…) zu töten“; relevant werden können daneben aber auch das Störungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) sowie das Verbot der Zerstörung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG), die im Sinne eines ganzheitlichen Regelungsansatzes nicht aus den Augen verloren werden dürfen. Es würde nämlich zu keiner wesentlichen Besserung führen, wenn sich derzeit im Rahmen des Tötungsverbots geführte Diskussionen über Beeinträchtigungen von Tieren schlicht und einfach in das Störungsverbot verlagern würden[98].

Im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb einer Windenergieanlage kann es zur Tötung wild lebender Tiere kommen. Im Fokus stehen hierbei tödliche Kollisionen von Vögeln und Fledermäusen mit der Anlage, insbesondere den sich drehenden Rotorblättern (Vogel-, Fledermausschlag). Die Prüfung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots – sowie der anderen Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG – folgt dabei einem Dreischritt, der auch den folgenden Ausführungen zu Grunde liegt. Zunächst muss eine tatbestandliche Beeinträchtigung geschützter Tierarten, d. h. im Falle des Tötungsverbotes ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko festgestellt werden (1.). Nur dann ist zu prüfen, ob die festgestellte Beeinträchtigung durch Schutzmaßnahmen (auch Vermeidungsmaßnahmen[99]) wieder auf ein verträgliches (nicht signifikant erhöhtes) Maß abgesenkt werden kann (2.). Bleibt es trotz entsprechender Maßnahmen bei einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko, so ist auf der dritten Stufe die Erteilung einer Ausnahme zu prüfen (3.). Die Mehrzahl der Vorschläge betrifft die Ebene des Tötungs-Tatbestands sowie die Ausnahme.

Die Anwendung, insbesondere des Tötungsverbotes, bereitet seit geraumer Zeit Probleme und ist ein bestimmender Faktor für Rechtsunsicherheit und Verzögerungen sowohl in Genehmigungs- als auch in Rechtsschutzverfahren. Es verwundert daher nicht, dass gerade zu diesem besonders praxisrelevanten Bereich eine Fülle an Vorschlägen mit dem Ziel der besseren Handhabung vorliegt, wobei der Schwerpunkt

[97] Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3908) geändert worden ist.

[98] Vgl. *Agora Energiewende,* Windenergie und Artenschutz – Wege nach vorn, 2021, S. 15, 19.

[99] Vorliegend wird der auch vom Gesetz (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG) gewählte Begriff der Schutzmaßnahme(n) verwendet.

auf dem Tötungs-Tatbestand und der Ausnahme liegt[100]. Im Kern geht es dabei um eine Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben sowie eine Priorisierung der Windenergie. Zudem liegen verschiedene Ansätze vor, deren Ziel eine Stärkung und Stützung des Erhaltungszustands relevanter Arten generell oder mit Blick auf die Erfüllung der Ausnahmevoraussetzungen (Verschlechterungsverbot) ist (Stichwort Artenhilfsprogramme, siehe auch § 38 Abs. 2 BNatSchG).

Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass das Artenschutzrecht in einen europarechtlichen Rahmen eingebettet ist. Die betreffenden Vorgaben im BNatSchG setzen entsprechende Vorgaben der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)[101] sowie der Vogelschutzrichtlinie (VSchRL)[102] um. Das beschränkt den Spielraum für etwaige gesetzgeberische Tätigkeiten. Sollte der Gesetzgeber diese Grenzen überschreiten, wäre zu beachten, dass der EuGH selbst den Bestandsschutz (von Genehmigungen) nicht ohne Weiteres gelten lässt, wenn es um die Durchsetzung des europäischen Naturschutzrechts geht[103].

Wesentliche Änderungen an den Vorgaben des Artenschutzrechts bedürften einer vorherigen Änderung der europarechtlichen Grundlagen. Hinzu kommt, dass auch die europarechtlichen Grundlagen ihrerseits Vorbilder auf Ebene des internationalen Rechts in Gestalt von Regelungen der Berner Konvention haben[104], aus denen sich Schranken für etwaige Änderungen ergeben könnten.

Kernaussagen

- Eine Standardisierung im Artenschutzrecht trägt erheblich zur Rechtsicherheit bei und sollte durch Rechtsverordnung erfolgen, insbesondere in Bezug auf
  - Signifikanzerfordernis einschließlich Grundrisiko und Bestandserfassung
  - Fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen
  - Ausnahmevoraussetzungen (insbesondere öffentliches Interesse, öffentliche Sicherheit, Abwägungsgewicht)
- Je pauschaler Ausnahmen künftig erteilt werden sollen, desto eher ergeben sich Probleme mit dem Europarecht.
- Das europäische Artenschutzrecht sollte weiterentwickelt werden, um die Nutzung erneuerbarer Energien und den Artenschutz besser und rechtssicherer in Einklang zu bringen.
- Diskutiert werden insbesondere auch
  - eine Stärkung des Populationsbezugs
  - eine Wiedereinführung des Absichtlichkeitsmerkmals

1. Tötungsverbot

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verbietet die Tötung wild lebender Tiere der besonders geschützten Arten. Dieses Verbot ist nach der Rechtsprechung des EuGH individuenbezogen auszulegen, d. h. bereits die Tötung

[100] Siehe in diesem Zusammenhang etwa *Agora* Energiewende, Windenergie und Artenschutz – Wege nach vorn, 2021, wo vier als wesentlich eingestufte Vorschläge einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.

[101] Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. Nr. L 206 v. 22.07.1992, S. 7.

[102] Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EU Nr. L 20 v. 26.01.2010, S. 7.

[103] Vgl. zum Gebietsschutz EuGH, Urt. v. 14.01.2016 – C-399/14, Rn. 33 ff.; EuGH, Urt. v. 14.01.2010 – C-226/08, Rn. 35 ff.; ausführlich *Gärditz*, Zur Frage des Bestandschutzes für rechtmäßig genehmigte Vorhaben im europäischen Naturschutzrecht, DVBl. 2010, S. 247 ff. Siehe zum SUP-Recht zudem EuGH, Urt. v. 25. 6. 2020 – C-24/19, Rn. 80 ff.; *Moog/Wegner,* (Noch) keine SUP-Pflicht für Windenergieerlasse – besteht dennoch Handlungsbedarf?, NuR 2021, S. 577; *Stüer/Stüer*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 25. 6. 2020 – C-24/19 (u. a.), UWP 2020, S. 219.

[104] Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume, Bern, 19.09.1979 (Art. 6 ff.); vgl. *Berkemann,* Schutzstatus im europäischen Artenschutz – EuGH ist standhaft, DVBl 2021, S. 1049.

eines einzelnen Exemplars kann den Verbotstatbestand erfüllen[105]. Zwar verbieten die europäischen Verbotsregelungen hierbei nur das „absichtliche“ Töten (Art. 12 Abs. 1 lit. a FFH-RL und Art. 5 lit. a VSchRL). Der EuGH legt das Absichtlichkeitsmerkmal jedoch sehr weit aus und fasst auch die bloße Inkaufnahme von Beeinträchtigungen hierunter[106]. Da in dem Absichtlichkeits-Merkmal damit keine wesentliche Einschränkung mehr gesehen wurde, hatte es der deutsche Gesetzgeber zur Beseitigung von diesbezüglichen Rechtsunsicherheiten 2007 aus dem deutschen Recht gestrichen[107].

Gerade Kollisionen von Vögeln und Fledermäusen mit Windkraftanlagen sind ein seltenes Ereignis[108]. Im Zusammenhang mit der Errichtung von Vorhaben lässt sich jedoch allgemein nie gänzlich ausschließen, dass einzelne Tiere durch Errichtung oder späteren Betrieb zu Tode kommen. Um aber zu verhindern, dass jegliches Tötungsrisiko unter den Tatbestand des Tötungsverbots fällt, hat das BVerwG daher das sogenannte Signifikanzerfordernis entwickelt, das sich mittlerweile auch im Gesetz findet (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG). Hiernach ist das Tötungsrisiko im Zusammenhang mit der Errichtung von Vorhaben[109] nur dann erfüllt, wenn sich das Risiko der Tötung für betroffene Arten in signifikanter Weise erhöht[110]. Die Signifikanz bildet quasi eine Reaktion auf die weite Auslegung des Absichtlichkeitsbegriffs sowie den strengen Individuenbezug mit dem Ziel, das Tötungsverbot aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zu beschränken und Vorhaben ohne Ausnahmeerteilung zu ermöglichen. Es handelt sich daher im Kern um eine vorhabenträgerfreundliche Rechtsprechung. Wenngleich der Signifikanzansatz allgemein als europarechtskonform gilt, wurde dies bislang nicht dem EuGH zur abschließenden Klärung vorgelegt[111].

In der Rechtsprechung des BVerwG finden sich teils leicht unterschiedliche Umschreibungen zum Signifikanzkriterium[112]. Das Gericht betont vor allem, dass es sich um eine „deutliche“ Risikosteigerung handeln müsse[113]. Zum einen konkretisiert aber die Rechtsprechung dieses Kriterium damit allenfalls rudimentär, zum anderen sei hierfür ohnehin naturschutzfachlicher Sachverstand erforderlich[114]. Darüber hinaus umschreibt das BVerwG die Signifikanz lediglich als ein anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllendes Kriterium[115]. Verkürzt dargestellt bedarf es einer Vergleichsbetrachtung, bei der ein Grundrisiko, dem Tiere immer ausgesetzt sind und zu dem auch die menschliche Inanspruchnahme des Naturraums beiträgt, in Beziehung zu der bei Realisierung eines Vorhabens entstehenden Gefährdung gesetzt und eine etwaige Erhöhung auf ihre

[105] EuGH, Urt. v. 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, Rn. 54; zudem BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12/10, juris Rn. 116; BVerwG, Urt. v. 18.03.2009 – 9 A 39/07, juris Rn. 58; *Lau,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 1, 23; a. A. noch VG Minden, Urt. v. 10.03.2010 – 11 K 53/09, juris Rn. 69.

[106] Absicht liege auch dann vor, wenn die Beeinträchtigung zwar nicht gewollt sei, aber zumindest in Kauf genommen werde, vgl. EuGH, Urt. v. 04.03.2021 - C-473/19, C-474/19, Rn. 51; zuvor schon EuGH, Urt. v. 18.05.2006 – C-221/04, Rn. 71; EuGH, Urt. v. 30.01.2002 – C-103/00, Rn. 35 ff.

[107] Weitergehend zum Hintergrund BT-Drs. 16/5100, S. 11; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 1.

[108] *Sprötge/Sellmann/Reichenbach,* Windkraft Vögel Artenschutz, 2018, S. 48 mit Verweis auf die PROGRESS-Studie.

[109] Das Gesetz knüpft hierbei an einen naturschutzrechtlichen Eingriff an, der im Zuge der Errichtung baulicher Vorhaben in aller Regel gegeben ist.

[110] BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 - 9 A 14/07, juris Rn. 91; BVerwG, Urt. v. 09. 07.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 42; BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9/15, juris Rn. 141; *Lau,* Erleichterungen im besonderen Artenschutz, NuR 2021, S. 28 (31); vgl. BT-Drs. 18/11939, S. 17; *Bick/Wulfert,* Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 346 (347 f.).

[111] Siehe etwa BVerwG, Urt. V. 27.11.2018 – 9 A 8/17, juris Rn. 101; kritisch hierzu jüngst *Berkemann*, Schutzstatus im europäischen Artenschutz – EuGH ist standhaft, DVBl. 2021, S. 1045 (1050).

[112] Einen ausführlichen Überblick bietet etwa *Sprötge/Sellmann/Reichenbach,* Windkraft Vögel Artenschutz, 2018, S. 30 ff.; auch in der Gesetzesbegründung zu § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG findet sich lediglich eine Gleichsetzung von „signifikant“ und „deutlich“ sowie ein Verweis auf die bisherige Rechtsprechung, BT-Drs. 18/11939, S. 17.

[113] BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 42; BVerwG, Beschl. v. 07.01.2020 – 4 B 20/19, juris Rn. 5.

[114] BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 32; BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 64; siehe auch *Sprötge/Sellmann/Reichenbach,* Windkraft Vögel Artenschutz, 2018, S. 59 ff.

[115] Etwa BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8/17, juris Rn. 98; BVerwG, Beschl. v. 07.01.2020 – 4 B 20/19, juris Rn. 5.

Signifikanz hin untersucht werden muss[116]. Zu beachten ist, dass die Signifikanz bzw. ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ein von Juristen geschaffener Begriff und gerade kein naturschutzfachlicher oder biologischer Terminus ist. Naturschutzfachliche Erkenntnisse spielen für deren Bestimmung aber eine wesentliche Rolle. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind nach der Rechtsprechung nämlich insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittenen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen, darüber hinaus gegebenenfalls auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art[117].

Die Komplexität der Natur, ihrer einzelnen Elemente und deren Wirkzusammenhänge untereinander haben aber zur Folge, dass die Fachwissenschaften zur Ausfüllung dieser Umstände meist nicht „die eine Antwort" bereit halten[118]. Aus diesem Grund billigt die Rechtsprechung den vollziehenden Behörden Entscheidungsspielräume zu und zieht sich bei der Überprüfung auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle zurück; folglich kann auch Rechtsschutz nur in eingeschränktem Umfang stattfinden[119]. Hinzu kommt, dass der Vollzug der betreffenden Regelungen bei den Ländern liegt, die hierbei nicht einheitlich vorgehen. Zwar haben die meisten Bundesländer (mittlerweile) verwaltungsinterne Vorgaben über die Anwendung des Artenschutzrechts im Rahmen der Genehmigung von Windenergieanlagen erlassen (Leitfäden, Windenergieerlasse etc.)[120]. Im Detail bestehen hier aber zuweilen erhebliche Unterschiede[121], was letztlich sowohl die Breite an verschiedenen naturschutzfachlich vertretbaren Ansichten als auch den unterschiedlichen, jeweils für angemessen befundenen Umgang mit dem Artenschutz bei Windenergieanlagen wiederspiegelt. Zudem sind sie gerichtlich nicht verbindlich, wenngleich sie mitunter als „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität" eingeordnet werden[122].

Diese Gemengelage schafft ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit und erschwert und verzögert die Verfahren erheblich.

a) Standardisierung des Signifikanzerfordernisses

Im Mittelpunkt der Diskussionen um eine Standardisierung steht das Signifikanzerfordernis[123]; ebenso wichtig sind Standards und Konkretisierungen aber auch in Bezug auf andere relevante Zusammenhänge, wie die Thematik der Schutzmaßnahmen und die Ausnahmeerteilung. Auf beide Aspekte wird noch gesondert eingegangen. Bei alldem darf nicht aus dem Blick geraten, dass es sich hier letztlich um die Schaffung von Scheingenauigkeiten handelt. Das sich ständig verändernde Naturgeschehen und seine Zusammenhänge lassen sich nie gänzlich erfassen und mit letzter Sicherheit prognostizieren und folglich auch nicht 1:1 in einem Genehmigungsverfahren abbilden. Gewisse Unschärfen werden immer hingenommen werden müssen; damit gilt es umzugehen.

[116] *Fellenberg,* Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht – das EuGH-Urteil in der Rechtssache Skydda Skogen, NVwZ 2021, S. 943 (944); vgl. *Huggins,* Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot als abgestuftes Schutzregime, NuR 2021, S. 73 (74).

[117] Ständige Rechtsprechung, etwa BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8/17, juris Rn. 98; BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25/17, juris Rn. 11; BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18/15, juris Rn. 84; BVerwG, Beschl. v. 23.01.2015 – 7 VR 6/14, juris Rn. 30; BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12/10, juris Rn. 99; siehe auch *Bick/Wulfert,* Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 346 (347).

[118] Vgl. *Bick/Wulfert,* Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 346 (353).

[119] BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 28; BVerwG, Urt. v. 04.06.2020 – 7 A 1/18, juris Rn. 81; BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 – 4 A 16/16, juris Rn. 58; BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9/15, juris Rn. 128, 140 f.; siehe hierzu auch *Eichberger,* Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, S. 1560 ff.

[120] Siehe hierzu *FA Wind*, Verwaltungsvorschriften / Empfehlungen der Bundesländer zum Umgang mit natur- und artenschutzrechtlichen Aspekten bei der Planung und Genehmigung sowie dem Betrieb von Windenergieanlagen (WEA), 2021.

[121] *Agatz,* Windenergie Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 2020 f.; vgl. *Frank/Rolshoven,* WEA, Vögel und die Bestimmung des Signifikanzbegriffs: Die Quadratur des Kreises?, ZNER 2020, S. 197 (199 f.).

[122] Vgl. die Nachweise bei *Sprötge/Sellmann/Reichenbach,* Windkraft Vögel Artenschutz, 2018, S. 73 ff.; *Ruß,* Das Neue Helgoländer Papier – ein weiterer Fachbeitrag, NuR 2016, S. 803 ff.

[123] Vgl. *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 14.

Einen ersten Schritt, um zumindest zu mehr Einheitlichkeit zu gelangen, unternahm zwar Ende des Jahres 2020 die Umweltministerkonferenz (UMK), als sie den sogenannten Signifikanzrahmen beschloss[124]. Auch darin ist aber insbesondere keine Konkretisierung der eigentlichen Signifikanz bzw. einer Signifikanzschwelle enthalten, sondern vor allem Empfehlungen zu Erfassungs- und Bewertungsmethoden. Zudem fehlt es auch hier – mangels Gesetzescharakter – an einer rechtlichen Verbindlichkeit, die insbesondere auch die Gerichte bindet[125]. Eine Standardisierung sollte in jedem Fall über ein rechtlich verbindliches Instrument erfolgen (näher hierzu unter bb)). Zudem sollte auf ein möglichst transparentes Verfahren unter Beteiligung aller betroffenen Kreise geachtet werden.

aa) Inhaltliche Vorgaben

Für den Inhalt einer Standardisierung des Signifikanzerfordernisses sind artenschutzfachliche Fragen und Zusammenhänge von besonderer Bedeutung[126], so dass aus rechtlicher Sicht an dieser Stelle nur ein paar grundsätzliche Aussagen getroffen werden sollen. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass für Konkretisierungen, die sich auf der Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse bewegen sowie nachvollziehbar und plausibel sind und im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben stehen, grundsätzlich keine rechtlichen Hindernisse bestehen. Selbst die Generalanwältin am EuGH *Kokott* spricht im Artenschutzrecht von einem gewissen Konkretisierungsbedürfnis[127]. Hierbei dürften nach der Rechtsprechung auch unterschiedliche topografischen Bedingungen zu berücksichtigen sein (Meeresregionen, Flachland, Mittelgebirge etc.)[128].

An dieser Stelle sei aber auch nochmals darauf hingewiesen, dass der Begriff der Signifikanz ein Rechtsbegriff ist und gerade nicht den naturschutzfachlichen Wissenschaften entstammt. Naturschutzfachliche Erkenntnisse spielen für dessen Bestimmung zwar eine wesentliche Rolle. Die abschließende Entscheidung darüber, ob ein auf Grundlage naturschutzfachlich vertretbarer Erkenntnisse festgestelltes Tötungsrisiko nun „signifikant erhöht“ ist oder nicht, beinhaltet aber ein rechtlich wertendes Element und lässt sich daher auch nicht im strengen Sinne „beweisen“[129].

Beschränktes Artenspektrum und Bestandserfassung

Eine Beschränkung der Signifikanzprüfung auf bestimmte, windenergiesensible Vogelarten – wie derzeit üblich – ist mit Blick auf den Prüfungsumfang zwar von Vorteil. Das Tötungsverbot der Vogelschutzrichtlinie gilt allerdings für alle Vogelarten (Art. 5 lit. a i. V. m. Art. 1 VS-RL). Soweit entsprechende Listen oder Einteilungen aber regelmäßig überprüft werden, auf ausreichenden wissenschaftlichen Erkenntnissen basieren und die erforderlichen Prüfungen gewissermaßen im Sinne einer Regelvermutung lediglich vorwegnehmen[130], dürfte das in Anbetracht der Bedeutung, die der EuGH wissenschaftlichen Erkenntnissen im Naturschutzrecht allgemein zuerkennt[131], europarechtlich nicht zu beanstanden

[124] *UMK,* Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen, 2020.

[125] Siehe *BDEW/BEE/bne/BWE/VDMA/VKU,* Knoten ist noch nicht durchschlagen: Beschluss zum Signifikanzrahmen weiterhin unzureichend, gemeinsame Pressemitteilung v. 11.12.2020; *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 10 f.; vgl. etwa zur rechtlichen Einordnung von Windenergieerlassen *Schwarzenberg/Ruß,* Die Windenergieerlasse der Länder – Überblick und neue Entwicklungen.

[126] *Bick/Wulfert,* Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 346 (348, 353).

[127] *Kokott,* Schlussanträge vom 10.09.2020 – C-473/19, C-474/19, Rn. 91.

[128] Kritisch zu einer Verallgemeinerung von Verhaltensweisen von Vögeln in bestimmten Regionen VGH Kassel, Beschl. v. 14.01.2021 – 9 B 2223/20, juris Rn. 20.

[129] *Lau,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2020, § 44 Rn. 63.

[130] Vgl. BVerwG, Urt. v. 08.03.2018 - 9 B 25/17, juris Rn. 26; BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 - 4 A 16/16, juris Rn. 65; BVerwG, Beschl. v. 28.11.2013 - 9 B 14/13, juris Rn. 20; *Sprötge/Sellmann/Reichenbach,* Windkraft Vögel Artenschutz, 2018, S. 80 f.

[131] Siehe etwa EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-88/19, Rn. 58 und EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, Rn. 45, 51, 66 (zu Art. 16 FFH-RL); EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn. 168 (zu Art. 7 Abs. 4 VSchRL); EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, Rn. 54 (zu Art. 6 Abs. 3 FFH-RL); vgl. EuGH, Urt. v. 30.01.2002 – C-103/00, Rn. 34 (zu Art. 12 FFH-RL); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 64; siehe zudem Art. 16 Abs. 3 lit a) FFH-RL.

sein[132]. Kritischer wäre dagegen die pauschale Ausklammerung bestimmter Arten von jeglicher Möglichkeit der Prüfung, vor allem mit der bloßen Begründung eines guten Erhaltungszustands[133]. Der Erhaltungszustand ist primär auf der Ausnahmeebene verortet.

Um eine vorschnelle Entwertung der unter hohen fachlichen Standards erstellten artenschutzfachlichen Untersuchungen und Gutachten zu vermeiden, könnte der Gesetzgeber zudem regeln, unter welchen Bedingungen Nachuntersuchungen und weitere Datenerhebungen notwendig sind und welche fachlichen Anforderungen an zufällige Vogelbeobachtungen durch Dritte gelten. Zudem könnte die Einführung eines „Fotojahres" geprüft werden, indem ein näher definierter Zeitraum (z. B. ein Kalenderjahr) verbindlich festgelegt wird, innerhalb dem die erforderlichen Untersuchungen anzustellen sind. Allein die innerhalb dieses Zeitraums gewonnen Daten bilden sodann die für die Genehmigungsentscheidung maßgebliche Basis[134]. Da das Naturgeschehen einer ständigen Veränderlichkeit unterworfen ist, ist die Bestandserfassung zum einen nämlich ohnehin mit gewissen Unschärfen verbunden und zum anderen kann bei nachträglichen Konfliktfällen mit nachgelagerten, repressiven Mitteln gearbeitet werden, wie dies heute schon gemacht wird.

Bestimmung des Grundrisikos

Ausgangspunkt der Rechtsprechung für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bildet das sogenannte Grundrisiko, also das bereits vorhabenunabhängig bestehende allgemeine Tötungsrisiko von Tieren, welches sich aus dem allgemeinen Naturgeschehen sowie den Risiken eines von Menschenhand gestalteten Naturraums ergibt[135]. Dieses ist abstrakt und nicht anhand des konkreten Umfelds des jeweiligen Vorhabens zu bestimmten, blendet also bereits anderweitig gesteigerte Tötungsrisiken im konkreten Umfeld aus[136].

Vor diesem Hintergrund muss der erste Schritt einer unmittelbar an den Vorgaben der Rechtsprechung anknüpfenden Konkretisierung des Signifikanzerfordernisses zwingend die Bestimmung dieses Grundrisikos bzw. artspezifischer Grundrisiken sein[137]. Nur dann besteht ein hinreichender Bezugspunkt für die Beurteilung, ob ein vorhabenbezogenes Risiko dem Grundrisiko gegenüber als signifikant erhöht anzusehen ist oder nicht. Dahingehende Ansätze und Bestrebungen[138] zeichnen sich daher durch eine besonders hohe Nähe zu den Vorgaben der Signifikanzrechtsprechung aus. Ggf. muss eine solche Risikobestimmung auch in einem iterativen Prozess auf Grundlage heute schon bekannter Erkenntnisse bzw. Mortalitätsbewertungen erfolgen[139].

Hilfreich wäre in diesem Zusammenhang das von der UMK angeregte bundesweite

[132] *Schmidt/Sailer,* Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht?, ZNER 2021, S. 154 (160); siehe auch *Fellenberg,* Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht – das EuGH-Urteil in der Rechtssache Skydda Skogen, NVwZ 2021, S. 943 (944); *Köck,* Keine Erleichterungen im besonderen Artenschutz – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4. März 2021, Rs. C-473/19 und C-474/19 – Skydda Skogen, ZUR 2021, S. 298 (299 f.); a. A. *Gellermann/Schumacher,* Schützt den Wald! – Das Verfahren „Skydda Skogen" und seine artenschutzrechtlichen Folgen, NuR 2021, S. 182 (183).

[133] Siehe EuGH, Urt. v. 04.03.2021 – C-473/19, C-474/19, Rn. 31 ff.; jüngst auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 24.09.2021 – 12 ME 45/21, juris Rn. 111.

[134] Gewisse Ähnlichkeiten hätte ein solches „Einfrieren" der Datenlage mit der jüngst eingeführten Vorverlegung der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ablaufs der Behördenbeteiligungsfrist nach § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG.

[135] Vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25/17, juris Leitsatz 1 und Rn. 11; BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18/15, juris Rn. 83; VGH Kassel, Urt. v. 17.02.2021 – 2 A 698/16, juris Rn. 166.

[136] BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18/15, juris Rn. 84; BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25/17, juris Rn. 11; siehe aber auch BVerwG, Urt. v. 09.02.2017 – 7 A 2/15 u. a., juris Rn. 469 (gewisse Betonung des konkreten Umfeldes einer Bundeswasserstraße).

[137] Vgl. *Frank/Rolshoven,* WEA, Vögel und die Bestimmung des Signifikanzbegriffs, ZNER 2020, S. 197 (199).

[138] Siehe etwa *BDEW,* Anwendungshilfe zur Bestimmung der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos von Brutvögeln an Windenergieanlagen gem. § 44 BNatSchG, 2021, S. 7 ff. und zuvor schon *BDEW*, Eckpunkte für eine Standardisierung zur Bestimmung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos, 15. Oktober 2020, S. 10 f.; *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 20.

[139] Hier werden etwa diskutiert: *Bernotat/Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 4. Fassung, 2021; *LAG VSW*, Vermeidung von Vogelverlusten an Glasscheiben, Bewertung des Vogelschlagrisikos an Glas, Februar 2021.

Monitoring, um weitere Kenntnisse über die Mortalitätsursachen windkraftsensibler Arten und die jeweiligen Anteile dieser Ursachen an der Gesamtmortalität zu erlangen (insbes. auch im Hinblick auf Landwirtschaft, Straßenverkehr, Klimawandel und Flächenpolitik)[140].

Abstandsbetrachtungen

Die Heranziehung von Abständen als ein früher Prüfungsschritt bildet in der aktuellen Praxis ein wichtiges Instrument von Signifikanzprüfungen. Abstände zwischen (künftiger) Windenergieanlage und einem Brutplatz werden zum einen herangezogen, um einen etwaigen Prüfungsbedarf zu klären (Stichwort Prüfbereich). Zum anderen wird das Unterschreiten bestimmter Abstände auch als Beleg oder Indiz für das Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos herangezogen. Nach der Rechtsprechung kann aber die Errichtung einer Windenergieanlage auch bei einem Unterschreiten derartiger Abstände genehmigungsfähig sein[141].

Dem Arbeiten mit Abständen dürfte zwar der Vorteil langjähriger Praxis und Erfahrung sowie eine wohl vergleichsweise einfache Handhabung nicht abzusprechen sein. In fachlicher Hinsicht wird allerdings teils kritisiert, dass es keinen wissenschaftlichen Beleg dafür gebe, bei der Unterschreitung bestimmter, artspezifischer Abstände regelmäßig von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsverbots auszugehen[142]. Erhebliche Schwierigkeiten bereitet zudem, dass der Bezugspunkt „Brutplatz" einer natürlichen und jährlichen Dynamik unterliegt[143].

Rechnerische Bestimmung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos

Am problematischsten für die Fachwelt scheint die eigentliche Bestimmung der relevanten Risikoerhöhung innerhalb des Risikobereichs bzw. einer entsprechenden Signifikanzschwelle zu sein. Insoweit ist auch die Rechtsprechung wenig hilfreich, wenn für die Verletzung des Tötungsverbots etwa eine „deutliche" Erhöhung des Tötungsrisikos durch das jeweilige Vorhaben gefordert wird[144]. Aktuell wird die Frage einer Verbotsverletzung vielfach auf Basis einer verbal-argumentativen Bewertung getroffen[145]. Es gibt aber auch verschiedene Ansätze und Überlegungen dazu, das Vorliegen eines signifikanten Tötungsrisikos rechnerisch und damit besser handhabbar zu bestimmen, etwa im Wege von Wahrscheinlichkeitsrechnungen (Probabilistik)[146]. Hiervon verspricht man sich eine rechtssichere und objektive Signifikanzprüfung durch Abgleich eines festgestellten Risikos mit einem (artspezifischen) Schwellenwert, ähnlich wie man das etwa aus dem Immissionsschutzrecht durch den Abgleich von Lärmwerten und -schwellen kennt.

[140] *UMK* Ergebnisprotokoll der 95. Umweltministerkonferenz am 13. November 2020, TOP 8 (S. 20ff.) „Bundesweites Monitoring für die Ermittlung und Beobachtung von Todesursachen windkraftsensibler Vogel- und Fledermausarten"; siehe zur Antwort des Bundes *BMU,* Schriftlicher Bericht über die 67. Amtschefkonferenz und die 96. Umweltministerkonferenz, 30.03.2021, TOP 10; siehe zu dieser Thematik auch den ersten Zwischenbericht eines aktuellen Forschungsvorhabens, bei dem insbesondere Mortalitätsursachen von Rotmilanen und anderen Greifvogelarten untersucht werden (*LIFE EUROKITE*, Results of the "1st LIFE EUROKITE Winter Count of 267 selected regularly counted Red Kite roosting sites in whole Europe"; 08.01.-10.01.2021 (extended to 02.01. -23.01.2021), 2021).

[141] So zum sogenannten Nah- bzw. Ausschlussbereich OVG Greifswald, Beschl. v. 05.10.2021, 1 M 245/21 OVG, juris Rn. 38.

[142] Siehe etwa *Ratzbor,* Signifikanzbewertung als naturschutzfachliches Tätigkeitsfeld, ZNER 2020, S. 185 (192 f. m. w. N).

[143] So variiert bereits der Zeitraum und die Intensität der Besetzung eines Horstes während einer Brutperiode. Zudem gibt es etwa Arten, die ihren Brutplatz jährlich wechseln (Stichwort Wechselhorste); hier könnte ein Abstellen auf den Revierschwerpunkt geeigneter sein.

[144] Etwa BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, juris 42.

[145] *Agatz,* Windenergie Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 206; vgl. *BWE,* Ermittlung und Bewertung der Tötungswahrscheinlichkeit von kollisionsgefährdeten Brutvögeln an Windenergieanlagen, 2021, S. 14, 18.

[146] Siehe etwa *BDEW,* Anwendungshilfe zur Bestimmung der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos von Brutvögeln an Windenergieanlagen gem. § 44 BNatSchG, 2021, S. 9 ff.; *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 5; *Bellebaum,* Biologische Maßstäbe für das artenschutzrechtliche Tötungsverbot, NuL 2020, S. 24 ff.; Brand/*Langeleh/Männel,* Die Signifikanzschwelle nach § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG – ein Verfahren zur Bewertung des Tötungsrisikos geschützter Arten im Gefahrenbereich von Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 7 ff.. Auch im Rahmen einer Unterarbeitsgruppe der UMK wird dies untersucht, *UMK,* Windenergie und Artenschutz, Erarbeitung eines Signifikanzrahmens, Beschluss v. 11.12.2020, S. 2; *BMU,* Schriftlicher Bericht für die 67. Amtschefkonferenz und die 96. Umweltministerkonferenz, TOP 07: Bericht Anschlussprozess Signifikanzpapier, 19.04.2021, S. 2.

Aus rechtlicher Sicht wäre hierbei jedenfalls zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung die Signifikanz als ein anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllendes Kriterium ansieht[147]. Es wird daher gefordert, dass bei der Signifikanzprüfung noch gewisse behördliche Wertungsspielräume vorhanden sind (z. B. Überschreitung der Signifikanzschwellen nur als wesentliches Indiz)[148]. Der Gesetzgeber selbst kann diese Wertungen aber grundsätzlich vorwegnehmen und ist hierbei nicht an die Rechtsprechung des BVerwG gebunden. Rechtsprechung des EuGH, die dagegen auch den Gesetzgeber binden würde, gibt es hierzu – wie zum Signifikanz-Kriterium insgesamt[149] – nicht. In einem anderen Bereich des Artenschutzrechts hält der EuGH die Heranziehung von zahlenmäßigen Schwellenwerten auf Grundlage streng wissenschaftlicher Erkenntnisse zumindest für zulässig[150], was aber nicht unbesehen übertragen werden darf.

Entscheidungsregelungen

Nicht zuletzt könnte der Gesetzgeber – im Lichte der bereits erwähnten Rotmilan-Entscheidung des BVerfG – schlicht auch nähere Vorgaben dazu machen, welcher von verschiedenen, fachlich gleich gut vertretbaren Meinungen der Vorzug zu geben ist[151]. Im Sinne einer Förderung des Windenergieausbaus könnten dabei diejenigen Ansichten den Vorzug genießen, die eine Realisierung des betreffenden Projektes ermöglichen („in dubio pro Klimaschutz"). Die Anforderung der fachlichen Vertretbarkeit würde dabei verhindern, dass der Artenschutz rechtlich nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt würde. Auch dies würde die Rechtsicherheit für Vorhabenträger und Behörden erhöhen. Denn längerfristig darf der Gesetzgeber privatem Fachwissen nicht ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen eröffnen und muss eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleisten[152]. Dies lässt sich zudem auch auf andere Rechtsbereiche übertragen.

bb) Umsetzung: TA Artenschutz oder Artenschutz-Verordnung?

Die aktuellen Versuche einer stärkeren Standardisierung erfolgen über Windenergieerlasse sowie Leitfäden, Empfehlungen, Anwendungshilfen oder Hinweise. Diese sind für die Gerichte jedoch nicht verbindlich. Abgesehen von einer Regelung im Gesetz selbst wäre es dagegen sowohl im Wege einer Verwaltungsvorschrift (diskutiert als „TA Artenschutz") als auch einer Rechtsverordnung (diskutiert als „Artenschutz-VO") grundsätzlich möglich, rechtsverbindliche Vorgaben zu machen[153]. Diese Formen untergesetzlicher Rechtssetzung durch die Exekutive bieten sich für die Konkretisierung und detaillierte Ausgestaltung der eher abstrakten Gesetzesvorgaben an und zeichnen sich durch ein – im Vergleich zu Gesetzen – grundsätzlich schlankeres Verfahren für Erlass und etwaige Anpassungen aus.

Einer Verwaltungsvorschrift in Form der diskutierten „TA Artenschutz" kommt jedoch nur dann ausnahmsweise Bindungswirkung auch für die Gerichte zu, wenn es sich um eine sogenannte normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift handelt[154]. Hierfür bedarf es

[147] Etwa BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8/17, juris Rn. 98; BVerwG, Beschl. v. 07.01.2020 – 4 B 20/19, juris Rn. 5.

[148] Vgl. *Lau,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2020, § 44 Rn. 63.

[149] Kritisch zur bisherigen Nichtvorlage an den EuGH jüngst etwa *Berkemann*, Schutzstatus im europäischen Artenschutz – EuGH ist standhaft, DVBl. 2021, S. 1045 (1050).

[150] Zum sogenannten ORNIS-Kriterium bei einer Ausnahmeerteilung für die Vogeljagd nach Art. 9 VSchRL am Merkmal der „geringen Mengen", EuGH, Urt. v. 21.06.2018 – C-557/15, Rn. 62 f.; EuGH, Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Rn. 26 ff., 41; *Sailer*, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (213).

[151] BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 24: „wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben".

[152] BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 24.

[153] Etwa *Maslaton,* Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Klimaschutz und Artenschutz durch eine TA Artenschutz/Wind?, NVwZ 2019, S. 1081 ff.; *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (591 ff.); *dena,* Versäumnisse ausräume, Blockaden lösen, Impulse setzen, 2021, S. 9; vgl. *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 11; siehe hierzu auch *Brandt,* Entscheidungsverantwortung des Gesetzgebers und die Folgen: der BfN-Methodenvorschlag aus verfassungsrechtlicher und wissenschaftstheoretischer Sicht, ZNER 2020, S. 181 ff.

[154] BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 – 8 C 16/96, juris Rn. 15 f.; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, 36. EL 2019, § 114

insbesondere einer Handlungsermächtigung an die Exekutive[155], welche nach der sogenannten „Rotmilan-Entscheidung“ des BVerfG wohl jedenfalls nicht mehr in § 44 BNatSchG gesehen werden kann[156]. Ob für das besondere Artenschutzrecht auf die Ermächtigung nach § 54 Abs. 11 BNatSchG zurückgegriffen werden kann, ist umstritten[157]. Zudem kommt es nur dann zu einer Bindungswirkung, wenn bei der Ausarbeitung eine Anhörung sachverständiger Kreise (aus Wissenschaft, Wirtschaft, Betroffenen etc.) erfolgte und die Vorgaben dadurch „auf Grund fachlichen Sachverstands, politischer Legitimation und verantwortlicher Bewertung" konkretisiert wurden[158]. Bei der Berücksichtigung der Anhörungsergebnisse ist der Normgeber aber weitgehend frei[159]. Entscheidend bei diesem Umsetzungsinstrument dürfte jedoch vor allem sein, dass eine solche Verwaltungsvorschrift ihre Bindungswirkung in bestimmten Fällen wieder verlieren kann. Das trifft insbesondere für das Vorliegen neuerer gesicherter Erkenntnisse zu[160], wie dies z. B. seit den LAI-Hinweisen zur Schallprognose in Bezug auf die TA Lärm im Raum steht und bereits ein weitreichendes und uneinheitliches Abweichen der Bundesländer zur Folge hatte[161]. Gerade im Bereich des Artenschutzes, in dem eine große Bandbreite fachlicher Ansichten zu verschiedensten Aspekten herrscht, könnte das zu erheblichen Problemen führen, wenn sich zu bestimmten Teilaspekten ein neuer gesicherter Erkenntnisstand anbahnen sollte bzw. dies zumindest diskutiert wird und damit stets das Entfallen der Bindungswirkung im Raum stünde.

Eine Rechtsverordnung dürfte daher wegen ihres Gesetzesrangs eine höhere Verbindlichkeit und Rechtssicherheit bieten[162]. Hierfür bedürfte es einer Ermächtigungsgrundlage im Gesetz (z. B. in § 54 BNatSchG)[163]. Das BNatSchG enthält zwar bereits verschiedene Verordnungs-Ermächtigungen[164], zumindest jedoch nicht speziell für die Konkretisierung des Signifikanzbegriffes bzw. die Anforderungen an das Tötungsverbot[165]. Die Einführung einer solchen Ermächtigungsgrundlage bedürfte jedenfalls weder der Zustimmung des Bundesrats nach Art. 84 Abs. 1 S. 6 Grundgesetz (GG)[166], da hierdurch nicht die Verwaltungsorganisationshoheit der Länder berührt ist[167], noch würde die sechsmonatige Karenzzeit für das Inkrafttreten nach Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG gelten, da das besondere

Rn. 169 ff.; vgl. BVerwG, Urt. V. 19.12.1985 - 7 C 65/82, juris Rn. 44.

[155] BVerwG, Urt. v. 10.07.2012 – 7 A 11.11, juris Rn. 26; BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, juris Rn. 72.

[156] Das BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 17, 23 geht im Zusammenhang mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht von der Einräumung eines Beurteilungsspielraums aus, sondern von einer faktischen Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle.

[157] Dafür *Dolde*, NVwZ 2019, S. 1567; *Fellenberg*, NVwZ 2019, S. 177 (185); *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 54 Rn. 19; wohl auch *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 54 Rn. 37; dagegen *Gläß*, in: Giesberts/Reinhardt, Umweltrecht, 2. Aufl. 2018, § 54 BNatSchG Rn. 59; wohl auch *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, § 54 Rn. 34.

[158] BVerwG, Urt. v. 11.12.2003 – 7 C 19/02, juris Rn. 13; *Jarass*, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 48 Rn. 15, 52 und § 51 Rn. 1, 4; *Wöckel*, in: Appel/Ohms/Saurer, BImSchG, 2021, § 48 Rn. 20, 24.

[159] *Jarass*, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 51 Rn. 3; *Koch/Krohn*, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 51 Rn 22.

[160] BVerwG, Urt. v. 21.03.1996 – 7 B 164/95, juris Rn. 19 sowie BVerwG, Urt. v. 21.06.2001 – 7 C 21/00, juris Rn. 14 (beide zur TA Luft).

[161] Stichwort Interimsverfahren, siehe hierzu *Schmidt/Sailer,* Schallberechnung bei Windenergieanlagen – die Anwendung der neuen LAI-hinweise in den Bundesländern und in der Rechtsprechung, ZNER 2018, S. 124 (129) sowie *Wömmel/Hinsch,* Anwendbarkeit des Interimsverfahrens zur Lärmprognoseberechnung im Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 1590 (1593) („Regelungswirrwarr“).

[162] Nach der Rechtsprechung kann ein geänderter Kenntnisstand zwar auch hier die Bindungswirkung durchbrechen, allerdings wohl nur unter erhöhten Anforderungen, vgl. VGH München, Urt. v. 15.01.2001 – 20 A 99.40024, juris Rn. 62; siehe generell zu den Unterschieden *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL. 2020, Art. 19 Abs. 4 Rn. 206b; vgl. auch *Brandt,* Entscheidungsverantwortung des Gesetzgebers und die Folgen: der BfN-Methodenvorschlag aus verfassungsrechtlicher und wissenschaftstheoretischer Sicht, ZNER 2020, S. 181 (183).

[163] Das dürfte auch für eine TA gelten, die zwar von der Bundesregierung auf Art. 84 Abs. 2 GG gestützt werden kann, jedoch für eine Normkonkretisierung hier grundsätzlich wohl einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage im Gesetz bedürfte, die diesen Konkretisierungsauftrag hinreichend zum Ausdruck bringt.

[164] Siehe hierzu den Katalog des § 54 BNatSchG.

[165] Vgl. *BDEW,* Eckpunkte für eine Standardisierung zur Bestimmung des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ i. S. d. § 44 BNatSchG, 2020, S. 6.

[166] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) geändert worden ist.

[167] Siehe hierzu etwa *Hermes*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 84, Rn. 33 ff.

Artenschutzrecht als abweichungsfeste Bundeskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG hiervon nicht umfasst ist[168].

b) Populationsbezug

Teils wird auch diskutiert, bei der Verbotsprüfung nicht oder weniger am einzelnen Tier (Individuum) anzusetzen, sondern eine (mehr) populationsbezogene Betrachtung anzustellen (Populations- statt Individuenbezug)[169]. Das findet in der Diskussion insofern Unterstützung, als das Ziel der artenschutzrechtlichen Vorgaben sowie des Artenschutzes insgesamt aus fachlicher Sicht stets der Schutz von Arten und nicht der Schutz einzelner Individuen als solcher ist[170]. Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist aber u. a. ein individuenbezogenes Tötungsverbot, auch da die Prüfung eines Tötungsverbots im Hinblick auf die (gesamte) Art bzw. einer ganzen Population mit praktischen Schwierigkeiten für das Einzelgenehmigungsverfahren verbunden wäre und zudem erst sehr spät greifen würde; Auswirkungen auf Ebene der Population ergeben sich stets aus kumulierenden Beeinträchtigungen von Individuen[171].

Der Individuenbezug wird auch in der Rechtsprechung regelmäßig betont[172]; zuletzt auch wieder vom EuGH, ausdrücklich allerdings nur in Bezug auf die FFH-RL[173]. Möglicherweise bietet aber die Vogelschutzrichtlinie diesbezüglich – anders als die „strengere“ FFH-RL – gewisse Spielräume. Die Generalanwältin *Kokott* hatte in ihren Schlussanträgen zum Verfahren „Skydda Skogen“ nämlich folgenden Vorschlag unterbreitet:

> *Wenn die Beeinträchtigung von Vögeln nicht bezweckt, sondern nur in Kauf genommen wird, gelten die Verbote nach Art. 5 Buchst. a und b der Vogelschutzrichtlinie allerdings nur, soweit dies notwendig ist, um diese Arten im Sinne von Art. 2 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.“*[174]

Das würde im Ergebnis wohl zu einer stärker populationsbezogenen Betrachtung des Tötungsverbots bei Vögeln führen[175], ähnlich wie sie aktuell bereits beim Störungsverbot in § 44 BNatSchG verankert ist. Im betreffenden Verfahren hat sich der EuGH zu diesem Vorschlag jedoch nicht geäußert; eine abschließende Entscheidung steht somit noch aus. Auch ein Abstellen auf die Population kann aber nur dann einen wesentlichen Beitrag zur Vereinfachung und Beschleunigung von Genehmigungsverfahren leisten, wenn zugleich rechtsverbindliche, einheitliche und klare Standards in Bezug auf die dann anzustellenden fachlichen Untersuchungen geschaffen werden (Stichwort Gesamtkonzept). Dies gilt umso mehr, da bei einem Populationsbezug die zugrundeliegende Tatsachenbasis und die anzustellenden

[168] *Uhle,* in: Maunz/Dürig, GG, 87. EL, 2019, Art. 72, Rn. 252; *Wittreck*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 72, Rn. 36; ausdrücklich *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 43. EL. 2020, Art. 72, Rn. 23.

[169] *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 14; *Agora Energiewende,* Windenergie und Artenschutz – Wege nach vorn, 2021, S. 31 f.; *BMWi,* Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, 2019, Maßnahme Nr. 11 („Verankerung des Populationsansatzes“).

[170] *Fellenberg,* Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht – das EuGH-Urteil in der Rechtssache Skydda Skogen, NVwZ 2021, S. 943; *Agatz,* Windenergie-Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 205.

[171] So *Fellenberg,* Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht – das EuGH-Urteil in der Rechtssache Skydda Skogen, NVwZ 2021, S. 943; *Wulfert*, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliche Ausnahmeverfahren, 2016, S. 97 f. m. w. N.

[172] Etwa BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12/10, juris Rn. 116; Urt. v. 18.03.2009 – 9 A 39/07, juris Rn. 58; *Lau,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, vor § 44 Rn. 4, § 44 Rn. 1, 23; vgl. EuGH, Urt. v. 18.05.2006 - C-221/04, Rn. 71.

[173] EuGH, Urt. v. 04.03.2021 – C-473/19, C-474/19, Rn. 54 ff.

[174] *Kokott,* Schlussanträge vom 10.09.2020 – C-473/19, C-474/19, Rn. 90.

[175] Vgl. *Lau,* Erleichterungen im besonderen Artenschutz, NuR 2021, S. 28 (29 f., 32); *Schmidt/Sailer,* Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht?, ZNER 2021, S. 154 (156); *Köck,* Keine Erleichterungen im besonderen Artenschutz , ZUR 2021, S. 298 (299); *Fellenberg*, Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht – das EuGH-Urteil in der Rechtssache Skydda Skogen, NVwZ 2021, S. 943; *Frank,* Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott in den Rechtssachen C-473/19, C-474/19 vom 10.09.2020, ZNER 2020, S. 412; kritisch zu diesem Vorschlag *Gellermann/Schumacher,* Absicht ist nicht gleich Absicht?, NuR 2020, S. 841 (842 ff.).

Bewertungen über den räumlichen Bereich des jeweiligen Einzelvorhabens weit hinausgehen.

c) Absichtlichkeitsmerkmal

Wie eingangs erwähnt, verbieten die europäischen Vorgaben nur das „absichtliche" Töten, so dass teils auch diskutiert wird, das Absichtlichkeitsmerkmal (wieder) in das BNatSchG aufzunehmen[176]. Es lässt sich aber nicht klar beantworten, ob dadurch ein nennenswerter Spielraum gewonnen werden kann. Wie bereits erwähnt, legt der EuGH das Merkmal der Absichtlichkeit sehr weit aus und fasst hierunter auch nicht nur zweckgerichtetes Handeln, sondern auch billigend in Kauf genommene Beeinträchtigungen. Zu beachten ist aber, dass er die Tötung von Luchsen durch Verkehrsunfälle an einem Feldweg als unbeabsichtigte Tötungen behandelte (im Sinne des Art. 12 Abs. 4 FFH-RL)[177]. Diese Konstellation scheint der ebenfalls nicht bezweckten Tötung von Vögeln und Fledermäusen im Zusammenhang mit Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen nicht unähnlich. Die Europäische Kommission nannte bereits in einem Leitfaden von 2007 und erst kürzlich wieder die Kollision mit bzw. den Tod von Fledermäusen in der Umgebung von Windenergieanlagen als ausdrückliches Beispiel für unbeabsichtigte und somit nicht vom Tötungsverbot erfasste Tötungen[178]. Das wird zuweilen dahingehend gedeutet, dass die Kollision von Vögeln und Fledermäusen an Windenergieanlagen keine absichtliche Beeinträchtigung im Sinne des Europarechts sei[179]. So deutlich bzw. zumindest pauschal lässt sich diese Aussage allerdings wohl nicht treffen. An anderer Stelle lässt die Kommission nämlich durchaus erkennen, dass windenergieanlagenbedingte Beeinträchtigungen von Vogel- und Fledermausarten die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote erfüllen können[180]. Es entsteht der Eindruck, dass seitens der Kommission Kollisionen nicht pauschal als absichtlich oder unabsichtlich eingeordnet werden, sondern es hierfür stets auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles ankommen könnte[181]. Hieran anknüpfend wird vertreten, das Signifikanzerfordernis entspreche im Wesentlichen der Einschränkung, die auf europäischer Ebene mit dem Merkmal der Absicht vorgesehen sei[182]. Das Absichtlichkeitsmerkmal ist daher mit nicht unerheblichen Unsicherheiten behaftet; möglicherweise aber auch nicht mit mehr als beim Signifikanzerfordernis. Allerdings sind die eben dargestellten Überlegungen von Generalanwältin *Kokott* in dogmatischer Hinsicht am subjektiven Merkmal der Absicht festgemacht[183], so dass zumindest aus diesem Grund eine (vorsorgliche) Wiedereinführung erwogen werden könnte, um eine unmittelbare Anknüpfung und Umsetzung zu ermöglichen. Dies könnte auch diesbezügliche

[176] Ausführlich hierzu und im Ergebnis kritisch *Scharfenstein/Bringewat,* Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht, das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen anzupassen, 2021, S. 31 ff.

[177] EuGH, Urt. v. 20.05.2010 – C-308/08, Rn. 56 ff.

[178] *Europäische Kommission,* Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie, 2021, S. 48, Kap 2 Rn. 75 sowie bereits *Europäische Kommission,* Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, 2007, S. 55, Rn. 83.

[179] Vgl. *Sprötge/Sellmann/Reichenbach,* Windkraft Vögel Artenschutz, 2018 S. 19; *Beier/Geiger,* Die Behandlung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots in der Planfeststellung bei Tierkollisionen, DVBl 2011, S. 399 (401 ff.).

[180] *Europäische Kommission*, EU-Leitfaden zur Entwicklung der Windenergie gemäß den Naturschutzvorschriften der EU, 2012, S. 19; *Europäische Kommission,* Leitfaden zu Windkraftprojekten und den Naturschutzvorschriften der EU, 2020, S. 28.

[181] Vgl. *Gellermann/Schumacher,* Absicht ist nicht gleich Absicht?, NuR 2020, S. 841 (843 f.); siehe ausführlich hierzu *Scharfenstein/Bringewat,* Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht, das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen anzupassen?, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 32 ff.

[182] BVerwG, Urt. v. 11.07.2019 – 9 A 13.18, juris Rn. 150; *Gatz,* Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, *Lau,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 64; dahingehend wohl auch *Gellermann/Schumacher*, Absicht ist nicht gleich Absicht?, NuR 2020, S. 841 (844).

[183] *Schmidt/Sailer,* Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht?, ZNER 2021, S. 154 (156); in diesem Sinne auch *Frank*, Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott in den Rechtssachen C-473/19, C-474/19 vom 10.09.2020, ZNER 2020, S. 412; *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, NuR 2021, S. 28 (30 f.); *Gellermann/Schumacher*, Absicht ist nicht gleich Absicht?, NuR 2020, S. 841, die kritisieren, dass der Begriff der Absicht in VSchRL und FFH-RL dann nicht (mehr) deckungsgleich wäre, a. a. O (843); vgl. *Kokott*, Schlussanträge vom 10.09.2020 – C-473/19, C-474/19, Rn. 75 ff.

Vorlagefragen an den EuGH erleichtern und generell mehr Rechtssicherheit schaffen.

Demgegenüber ist eine Privilegierungsregelung, wie sie aktuell für die Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft besteht und diese weitgehend von den Zugriffsverboten ausnimmt (§ 44 Abs. 4 BNatSchG), für die Windenergie europarechtlich nicht möglich. Selbst die bestehenden Privilegierungsregelungen sehen sich angesichts der jüngsten Rechtsprechung des EuGH europarechtlichen Bedenken ausgesetzt[184].

2. Schutzmaßnahmen

Um einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko zu begegnen, kommen Schutz- oder auch Vermeidungsmaßnahmen zum Einsatz. Nur wirksame bzw. taugliche Maßnahmen kommen nach der Rechtsprechung hierbei in Betracht; gemeint sind damit solche Maßnahmen, die geeignet sind, ein festgestelltes Tötungsrisiko auf ein nicht signifikantes Maß abzusenken[185]. Im Gesetz ist die Rede von „gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen“ (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG). Die Konkretisierung dieser Vorgaben obliegt somit auch hier (wieder) den Fachwissenschaften bzw. den rechtsanwendenden Behörden, die deren Erkenntnisse heranziehen[186]. Auch insoweit sind allerdings viele fachliche Ursachen und Zusammenhänge nicht derart geklärt, dass sich ein einhelliger Meinungsstand herausgebildet hat. In der Rechtsprechung ist aber zumindest geklärt, dass die Schutzmaßnahmen nicht zu einem Nullrisiko führen müssen[187]. Zudem kann mit Prognosewahrscheinlichkeiten, Schätzungen und Analogieschlüssen gearbeitet werden[188]. In der Praxis kommen verschiedene Maßnahmen zum Schutz von Vögeln vor den mit Windenergieanlagen verbundenen Gefahren in unterschiedlicher Ausprägung und Intensität zum Einsatz (etwa Abschaltung der Windenergieanlage während bestimmter sensibler Zeiträume, Umgestaltung von Naturräumen sowie gesonderte/spezifische Bewirtschaftung von landwirtschaftlich genutzten Flächen)[189]. Auch insoweit bestehen teils große Unterschiede in den Bundesländern bzw. in den Vorgaben der jeweiligen Leitfäden. Der Bereich der Schutzmaßnahmen weist somit ebenfalls einen Konkretisierungs- bzw. Standardisierungsbedarf auf. Hilfreich wäre es etwa, wenn im Gesetz oder – wohl primär – auf Verordnungsebene bestimmte Schutzmaßnahmen geregelt würden bzw. klargestellt würde, welche Maßnahmen unter welchen Bedingungen fachlich anerkannt und wirksam sind. Diese Klarheit wird insbesondere in Bezug auf die teilweise als besonders vielversprechend angesehenen Vogeldetektionssysteme (auch Antikollisionssysteme) vermisst[190]. Gerade in Bezug auf derartige Systeme treffen derzeit Hoffnungen (bedarfsgerechte Konfliktlösung), aber auch Befürchtungen (pauschale Forderung für sämtliche Windenergieanlagen) aufeinander. Kommen sie als Schutzmaßnahme in Betracht, erfordert ihr Einsatz aber stets eine Verbotsverletzung, sodass sich eine generelle Forderung durch Behörden bereits aus diesem Grund verbietet.

[184] EuGH, Urt. v. 04.03.2021 – C-473/19, C-474/19 und hierzu *Lau*, Du sollst nicht stören!, NuR 2021, S. 462 (464) und *Gellermann/Schumacher,* Schützt den Wald! – Das Verfahren „Skydda Skogen“ und seine artenschutzrechtlichen Folgen, NuR 2021, S. 182 (184 f.).

[185] Ständige Rechtsprechung, etwa BVerwG, Urt. v. 09.11.2017 – 3 A 4/15, juris Rn. 54, 58; BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9/15, juris Rn. 142 ff.; BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5/08, juris Rn. 116; BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 91.

[186] *Bick/Wulfert,* Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 346 (348).

[187] BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9/15, juris Rn. 141; BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8/17, juris Rn. 123; OVG Münster, Urt. v. 01.03.2021 – 8 A 1183/18, juris Rn. 180.

[188] BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8/17, juris Rn. 133 f.; BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9/15, juris Rn. 115; BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20/05, juris Rn. 64.

[189] Siehe zur Fülle an Schutzmaßnahmen etwa *UMK,* Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen, 2020, S. 14 ff.; *FA Wind*, Vermeidungsmaßnahmen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, 2015.

[190] Abschaltung der Anlagen in Fällen, in denen Vertreter relevanter Vogelarten in einem näher bestimmten Gefahrenbereich detektiert werden, um Kollisionen zu vermeiden. Siehe ausführlich zu diesen Systemen *Bruns/Schuster/Streiffeler,* Anforderungen an technische Überwachsungs- und Abschaltsysteme an Windenergieanlagen, BfN-Skripten 610, 2021; siehe auch *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 57.

In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung Schutzmaßnahmen überhaupt nur dann erforderlich sind, wenn (zuvor) ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko festgestellt wurde[191]. Schließlich sollen die Maßnahmen dieses Risiko wieder unter die Signifikanzschwelle absenken. Die gesetzliche Formulierung, mit der die Signifikanzrechtsprechung des BVerwG und das dazugehörige Element der Schutzmaßnahmen im BNatSchG implementiert wurde, lassen aber Zweifel an diesem Verständnis von Schutzmaßnahmen aufkommen. So heißt es in § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1:

> *„...ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 [liegt] nicht vor, wenn die Beeinträchtigung 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,“*[192]

Hiernach scheinen Schutzmaßnahmen auch dann gefordert werden zu können, wenn ein nicht signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt[193]. Dagegen spricht allerdings, dass der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung lediglich die bisherige Rechtsprechung zum Signifikanzerfordernis in das Gesetz überführen wollte[194]. Nach herrschender Auffassung besteht unterhalb der Signifikanzschwelle – also im Bereich des allgemeinen Lebensrisikos (Grundrisiko) – bereits nach dem Maßstab praktischer Vernunft keine weitere artenschutzrechtliche Verantwortung[195]. Dennoch ruft die „verunglückte“[196] gesetzliche Formulierung Rechtsunsicherheit hervor und sollte dringend angepasst werden, etwa indem das „und“ durch ein „oder“ ersetzt wird[197].

3. Ausnahmeerteilung

Wurde ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko festgestellt und lässt sich dieses auch nicht durch Schutzmaßnahmen auf ein verträgliches (nicht signifikant erhöhtes) Maß absenken, ist die Möglichkeit einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zu prüfen[198]. Die Erteilung einer Ausnahme hat zur Folge, dass ein Vorhaben trotz (prognostizierten) Verstoßes gegen artenschutzrechtliche Zugriffsverbote ausnahmsweise doch errichtet bzw. ohne Betriebseinschränkungen[199] betrieben werden darf.

Voraussetzung für diese Erteilung ist das Vorliegen eines Ausnahmegrundes, zudem dürfen keine zumutbaren Alternativen gegeben sein (Alternativenprüfung) und der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art darf sich nicht verschlechtern (Verschlechterungsverbot), § 45 Abs. 7 S. 1, 2 BNatSchG. Bei Windenergieanlagen wird bereits auf Ebene des Ausnahmegrundes diskutiert, welche Gründe hier herangezogen werden können – auch mit Blick auf die nicht deckungsgleichen und zudem auch noch nicht vollends ins

[191] BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 - 9 B 25/17, juris Rn. 11, 43; BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 - 9 A 9/15, juris Rn. 142 ff.; BVerwG, Urt. v. 08.01.2014 - 9 A 4/13, juris Rn. 99; BVerwG, Urt. v. 12.08.2009 - 9 A 64/07, juris Rn. 56; BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 - 9 A 14.07, juris Rn. 91.

[192] Hervorhebung durch die Verfasser.

[193] So in der Tendenz VGH München, Beschl. v. 27.11.2017 – 22 CS 17.1574, juris Rn. 32.

[194] BT-Drs. 18/11939, S. 17; *Gläß,* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 59. Edition 2021, § 44 BNatSchG Rn. 70a.

[195] BVerwG, Urt. v. 08.01.2014 – 9 A 4/13, juris Rn. 99; BVerwG, Beschl. v. 06.03.2014 – 9 C 6/12, juris Rn. 58; OVG Lüneburg, Urt. v. 27.08.2019 – 7 KS 24/17, juris Rn. 265; *Frank/Rolshoven,* WEA, Vögel und die Bestimmung des Signifikanzbegriffs: Die Quadratur des Kreises?, ZNER, S. 197 (203); *Bick/Wulfert,* Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 346 (347).

[196] So *Frank/Rolshoven,* WEA, Vögel und die Bestimmung des Signifikanzbegriffs: Die Quadratur des Kreises?, ZNER 2020, S. 197 (204); *Gellermann,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 91. EL 2019, § 44 BNatSchG Rn. 52 („etwas verunglückte Formulierung“).

[197] Zugleich müsste dann im Wortlaut aus dem „nicht vermieden“ ein „vermieden“ werden.

[198] Ausführlich zum Ganzen *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 ff.

[199] Auf Basis aktueller Rechtsprechung lässt sich vertreten, dass das Vorhandensein eines Rotmilans nicht mehr zur Versagung einer Genehmigung führen kann, sondern allenfalls zur Anordnung von zeitweiligen Betriebsbeschränkungen (etwa OVG Münster, Urt. v. 01.03.2021 – 8 A 1183/18, juris Rn. 155 ff.).

deutsche Recht umgesetzten Ausnahmeregime in der FFH- und der VSchRL[200].

Die Ebene der Ausnahme wird wegen der hierzu erforderlichen Abwägung vielfach als besonders geeignet angesehen, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen an der Windenergie und dem Artenschutz zu erreichen. Tatsächlich bietet die Ausnahme die Möglichkeit zur Abwägung verschiedener Interessen untereinander. Zudem erfolgt auf dieser Ebene eine populationsbezogene Betrachtung. Die Anwendung der Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG ist allerdings mit Unsicherheiten verbunden, welche verschiedensten Gründen geschuldet sind: Unstimmigkeiten in den zugrundeliegenden Richtlinien (FFH-RL, VSchRL), gemeinsame Umsetzung der nicht identischen Ausnahmeregime beider Richtlinien in einer Norm im BNatSchG, teils divergierende Rechtsprechung, teils sehr unbestimmte Rechtsbegriffe sowie ungeklärte Anforderungen[201].

a) Konkretisierungen

Um im Zusammenhang mit Windenergieanlagen den Weg in die Ausnahmeregelung sowie deren Anwendung zu erleichtern, werden verschiedene Vorschläge unterbreitet, die – neben der Übernahme des vollständigen Ausnahmekatalogs ins deutsche Recht[202] – vor allem auf die Konkretisierung der Ausnahmevoraussetzungen gerichtet sind[203]. Dies betrifft etwa eine Konkretisierung bei den verschiedenen Ausnahmegründen in § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG, um – ähnlich wie beim Stromnetzausbau[204] und im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH[205] – klarzustellen, dass auch die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen bzw. allgemein die Nutzung erneuerbarer Energien oder Maßnahmen des Klimaschutzes hierunter fallen (z. B. „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“, „öffentliche Sicherheit“, „maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ etc.)[206]. Dass die Nutzung der erneuerbaren Energien im öffentlichen Interesse liegt (Klimaschutz) und auch einen Beitrag zur öffentlichen Sicherheit leistet (Energieversorgungssicherheit) ist heute bereits weitgehend anerkannt[207] und könnte daneben auch in anderen Fachgesetzen ausdrücklich klargestellt werden (WHG, LuftVG, BauGB, ROG etc.); ggf. auch an allgemeiner Stelle (EEG 2021 und/oder KSG) mit Ausstrahlungswirkung auf die verschiedenen Fachgesetze[208].

Mit einer solchen Festschreibung des öffentlichen Interesses oder des Beitrags zur öffentlichen Sicherheit wäre jedoch noch keine Gewichtung für die weiterhin notwendige Abwägung[209] verbunden, sondern

[200] Zum Ganzen *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (207 ff.).

[201] Siehe hierzu etwa *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 ff.

[202] Hierzu *Lau*, Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, NuR 2013, S. 685 (688 f.); *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (212 f. m. w. N.).

[203] Ausführlich hierzu *Sailer,* Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020, S. 11 ff.; siehe auch *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 56.

[204] Siehe § 1 S. 3 NABEG, § 1 Abs. 1 S. 2 BBPlG; zu deren Bedeutung BT-Drs. 17/6073, S. 23; *Schubert*, Beschleunigung durch Recht?, VR 2020, S. 300 (307).

[205] EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 67 ff.; siehe auch *EU-Kommission*, Leitfaden „Entwicklung der Windenergie und Natura 2000“, Dezember 2012, S. 20.

[206] Etwa *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (214 f.); *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 32 f.; vgl. *BDEW*, Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 13 f.; *Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU),* Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2021, S. 3.

[207] Vgl. *UMK*, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, 13.05.2020, S. 3 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 31 f.; VG Darmstadt, Beschl. v. 24.08.2018 – 6 L 4907/17.DA, juris Rn. 169; *Riese/Brennecke*, Klimaschutz vs. Artenschutz, UWP 2021, S. 108 (114 ff.).

[208] Siehe hierzu bereits den Vorschlag im Zuge der EEG-Novelle 2021 BT-Drs. 19/23482, S. 15 und 96; vgl. auch VG Osnabrück, Beschl. v. 20.06.20 16 - 2 B 2/ 16, juris Rn. 134. Letzteres erfordert dann aber eine gewisse Transferleistung im Rahmen des fachgesetzlichen Vollzugs, vgl. auch *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (215 dort Fn. 163).

[209] Das gilt für alle Ausnahmegründe in § 45 Abs. 7 BNatSchG, vgl. *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206

vielmehr nur klargestellt, dass eine Abwägung mit den Belangen der Artenschutzes überhaupt möglich – und im Falle einer prognostizierten Verbotsverletzung – auch nötig ist. Beim Stromnetzausbau geht der Gesetzgeber mit der Festschreibung eines „überragenden" öffentlichen Interesses diesbezüglich schon weiter[210]. Die Sicherstellung der Energieversorgung hat nämlich überragende Bedeutung für das Gemeinwohl[211]. Diese Regelung könnte daher auch als mögliches Vorbild für den EE-Ausbau dienen und würde einem relativen Vorrang entsprechen, der im Einzelfall – bei entsprechend hoher Gewichtung der jeweiligen Artenschutzbelange – auch überwunden werden kann. Dabei würde das relative Gewicht des Klimaschutzgebots (Art. 20a GG) bei fortschreitendem Klimawandel sogar noch zunehmen[212].

Daneben könnten weitere Konkretisierungen in § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG für die Alternativenprüfung (z. B. räumlicher Suchraum)[213] und den zu wahrenden Erhaltungszustand vorgenommen und auch das behördliche Ermessen bei der Ausnahmeerteilung eingeschränkt werden.

Derartige Konkretisierungen dürften sich grundsätzlich im Einklang mit dem Europarecht sehen[214]. Zwar betont der EuGH den abschließenden Charakter der Ausnahmegründe beider Richtlinien und ihre enge Auslegung[215]. Dies steht aber nur der Schaffung neuer Ausnahmegründe entgegen, nicht aber einer bloßen Konkretisierung im Rahmen der bestehenden Vorgaben[216]. Die Mitgliedstaaten sind insbesondere nicht auf eine wörtliche 1:1-Übernahme der Bestimmungen beschränkt[217]. Auch eine Festschreibung eines besonderen öffentlichen Interesses stünde im Einklang mit dem europäischen Artenschutzrecht, da dieses die Definition öffentlicher Interessen und deren Gewichtung im Grundsatz den Mitgliedstaaten überlässt[218]. Einen absoluten Vorrang gegenüber dem Artenschutz sieht das Unionsrecht aber nicht vor und dürfte daher nicht möglich sein[219]. Der Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Gewichtung öffentlicher Belange ist insoweit nicht unbegrenzt.

b) Pauschalisierungen und Regelvermutungen

Auch wenn die soeben dargestellten Konkretisierungsmöglichkeiten die Erteilung einer Ausnahme für Windenergievorhaben erleichtern würde, wäre die diesbezügliche behördliche Entscheidung aktuell immer noch als Einzelfallentscheidung ausgestaltet („können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen"). In jedem Einzelfall muss folglich das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen neu geprüft werden. Vor diesem Hintergrund wird die Schaffung sogenannter Pauschalausnahmen diskutiert (auch generalisierte Ausnahmen). Es geht darum, bereits auf Ebene des Gesetzes[220] oder durch eine

(209). Siehe zum Wasserrecht auch EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 67 ff., insbes. Rn. 74 ff.

[210] Siehe oben Fn. 204.

[211] BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, juris Rn. 286 m. w. N.

[212] BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, juris Rn. 198 mit dem Hinweis, dass das Klimaschutzgebot aus Art. 20a GG keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen genießt.

[213] Die Spanne in der Rechtsprechung reicht hier von der Aussage, Windenergieanlagen könnten nicht auf irgendwelche anderen Standorte im Bundesgebiet verwiesen werden (OVG Münster, Beschl. v. 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 38) bis hin zu einer Forderung nach Prüfung von Standortalternativen im betreffenden Regionalplanungsgebiet (etwa OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 233). Siehe zudem *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (213 f.); *UMK*, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, 13.05.2020, S. 11 ff.

[214] Vgl. EuGH, Urt. v. 10.05.2007 – C-508/04, Rn. 118; EuGH, Urt. v. 08.07.1987 - 247/85, Rn.9, 33, 57; EuGH, Urt. v. 21.06.2018 - C-557/15, Rn. 47 f.; EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn 89.

[215] Zu unzulässigen Regelungen in Österreich, die Ausnahmegründe für die Getränkeerzeugung oder die gewerbliche land- oder forstwirtschaftliche Nutzung vorsahen, EuGH, Urt. v. 12.07.2007 - C-507/04, Rn. 324; EuGH, Urt. v. 10.05.2007 - C-508/04, Rn. 120; allg. EuGH, Urt. v. 10.10.2019 - C-674/17, Rn. 30; *Sailer,* Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (215).

[216] Vgl. allgemein auch *Kokott,* Schlussanträge vom 10.09.2020 – C-473/19, C-474/19, Rn. 91.

[217] Vgl. EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn 89; EuGH, Urt. v. 27.04.1988 – 252/85, Rn. 5.

[218] BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 - 4 C 12/07, juris Rn. 15.

[219] Siehe auch BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 09.07.2017 – 7 A 2/15, juris Rn. 391; *Riese/Brennecke*, Klimaschutz vs. Artenschutz, UWP 2021, S. 108 (110 f. und 113).

[220] So mit einem Vorschlag zu einem neuen § 45b BNatSchG *Bringewat/Scharfenstein*, Entwurf zur Einführung eines § 45b BNatSchG – Windenergie an Land, 2021.

Rechtsverordnung[221] festzulegen, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen (zumindest bis zum Erreichen der Klimaneutralität/der Ausbauziele) unter bestimmten Bedingungen die Ausnahmevoraussetzungen erfüllen[222] oder dies im Regelfall zumindest vermutet wird (Regelvermutung)[223]. Einer behördlichen Einzelfallentscheidung bedarf es dann nicht mehr oder zumindest nicht mehr in allen Teilen der Ausnahmeprüfung.

In der Rechtsprechung des EuGH ist bislang ungeklärt, ob und in welchem Umfang von einer Einzelfallbetrachtung abgewichen werden kann, um die Ausnahme abstrakt-generell stärker vorzuzeichnen. In seiner Rechtsprechung stellt der EuGH häufig auf die konkrete Situation im Einzelfall ab und spricht bei der Ausnahme von einer konkreten und punktuellen Anwendung der Ausnahme zur Begegnung konkreter Erfordernisse und besonderer Situationen[224]. Das dürfte zwar einer stärkeren Pauschalisierung nicht per se entgegenstehen[225], zeigt jedoch den womöglich eher begrenzten Spielraum der Mitgliedstaaten an dieser Stelle. Zu beachten wäre zudem, dass auch eine pauschalere Ausnahmeerteilung sämtliche Voraussetzungen einhalten muss, die das Europarecht an die Erteilung einer Ausnahme stellt (hier Art. 16 FFH-RL und Art. 9 VSchRL). Hierzu zählen neben den Voraussetzungen des Ausnahmegrundes, der Alternativenprüfung und des Verschlechterungsverbots auch die „formalen“ Anforderungen des Art. 16 Abs. 3 FFH-RL bzw. Art. 9 Abs. 2 VSchRL[226]. So muss z. B. angegeben werden, welche Tier- oder Pflanzenart betroffen ist sowie die Art der Risiken und die zeitlichen und örtlichen Umstände, unter denen die Ausnahme zulässig sein soll. Auf die Einhaltung dieser Anforderungen stellt der EuGH maßgeblich ab[227]. Zudem müssen die besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie die Umstände des jeweiligen konkreten Falls berücksichtigt werden[228]. Diesen Anforderungen dürfte man bis zu einem gewissen Grad auch bei einer abstrakt-generellen Vorzeichnung der Ausnahme genügen können[229], jedoch bleiben hinsichtlich des zulässigen Grades an Pauschalisierung europarechtliche Unsicherheiten[230]. Gleiches gilt für den Einsatz von Regelvermutungen. Hier stellt sich vor allem die Frage, inwieweit Typisierungsmöglichkeiten bei den einzelnen Ausnahmevoraussetzungen bestehen (z. B. Vorliegen eines öffentlichen Interesses, Nicht-Vorliegen von Alternativen etc.).

[221] Insoweit wird meist auf die sogenannten Kormoranverordnungen mancher Bundesländer als Parallele verwiesen, siehe *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (594); *Scharfenstein/Bringewat,* Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht, das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlage anzupassen?, 2020, S. 30.

[222] Siehe etwa *Bringewat/Scharfenstein*, Entwurf zur Einführung eines § 45b BNatSchG – Windenergie an Land, 2021; *Stiftung Klimaneutralität,* Klimaschutz und Artenschutz – Wie der Zielkonflikt beim Ausbau der Windenergie konstruktiv aufgelöst werden kann, 2021, S. 3 f.; *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 42 f.; *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (592 f.).

[223] *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 14 („Regelvermutung für das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen des Bundesnaturschutzgesetzes schaffen“).

[224] Siehe etwa EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, Rn. 41, 51, 59.; vgl. auch den Vortrag der EU-Kommission in EuGH, Urt. v. 26.01.2012 – C-192/11, Rn. 61, NuR 2013, S. 718 (721); *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2019, Kapitel 9 Rn. 53, 83 f.

[225] Vgl. zu einer Ausnahmeverordnung VG Augsburg, Beschl. v. 13.02.2013 – Au 2 S 13/143, juris Rn. 30; allg. auch OVG Magdeburg, Urt. v. 22.11.2017 – 2 K 127/15; *Lau,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 42.

[226] Nach dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 3 FFH-RL beziehen sich diese Angaben zwar auf die Berichterstattung gegenüber der EU-Kommission, jedoch dürften sie auch für die Ausnahme selbst notwendig sein, vgl. EuGH, Urt. v. 14.06.2007 – C-342/05, Rn. 25; *Lau,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 41.

[227] EuGH, Urt. v. 26.01.2012 – C-192/11, Rn. 60 ff., insbesondere Rn. 71 ff., NuR 2013, S. 718 (722); EuGH, Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Rn. 34; EuGH, Urt. v. 14.06.2007 – C-342/05, Rn. 25.

[228] So zu Art. 16 FFH-RL EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-88/19, Rn. 58 und EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, Rn. 45, 51, 66.

[229] Ausführlich hierzu etwa *Scharfenstein/Bringewat*, Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht, das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen anzupassen?, 2020, S. 48 ff.

[230] Unzulässig sind etwa pauschale Ausnahmen für eine ganze Art, selbst wenn diese zeitliche beschränkt sind, EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn 90 f.; *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2019, Kapitel 9 Rn. 53, 83 f.

Soll die Pauschalausnahmeregelung zudem – wie meist konzipiert – dazu führen, dass der eigentliche Verbotstatbestand gar nicht mehr (oder zumindest in geringerem Umfang) geprüft wird, sondern mehr oder weniger direkt der Weg in die Ausnahme beschritten werden soll[231], wäre zu berücksichtigen, dass dies jedenfalls nicht im Einklang mit den Bemühungen der Rechtsprechung steht, über das Signifikanzkriterium bereits eine Verbotsverletzung zu verneinen und die Ausnahme nicht zur Regel werden zu lassen[232]. Eine Pauschalausnahme darf jedenfalls nicht zu der Annahme verleiten, dass bei Windenergieanlagen das signifikant erhöhte Tötungsrisiko regelmäßig gegeben ist und deshalb der Ausnahme bedarf. Dies gilt umso mehr, als dass die Ausnahme ihrerseits Vermeidungsmaßnahmen sowie Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes auslösen kann. Zudem ist das Ausmaß der Beeinträchtigungen bzw. der artenschutzrechtlichen Betroffenheit als Kriterium in die Abwägung auf Ausnahmeebene einzustellen[233], so dass zumindest eine zu überschlägige Prüfung oder gar das gänzliche Offenlassen der Auswirkungen eines Vorhabens problematisch sein könnte[234].

4. Getrennte Umsetzung von FFH- und VSchRL

Nicht erst, aber insbesondere auch die oben dargestellten Überlegungen von Generalanwältin *Kokott* bieten Anlass, generell über eine stärker getrennte Umsetzung der FFH- und der VSchRL oder zumindest über ein stärkere Differenzierung nachzudenken[235]. Die VSchRL vermittelt nach der Rechtsprechung des EuGH, der dies aber auch nicht näher erläutert, wohl einen weniger strengen Schutz und unterscheidet sich auch sonst an etlichen Stellen auf Verbots- und Ausnahmeebene von den Vorgaben der „strengeren“ FFH-Richtlinie[236]. Die im deutschen Recht vorgenommene Umsetzung über eine einheitliche Regelung und die damit verbundene Abweichung der nationalen Vorgaben von den europäischen Grundlagen scheint Ursache etlicher praktischer Probleme und Diskussionen zu sein. Eine stärkere Angleichung an die europäischen Vorgaben würde in jedem Fall die Übertragung von EuGH-Rechtsprechung und auch Gedanken aus Schlussanträgen erleichtern, indem die Übertragung ins deutsche Recht rechtssicherer und unmittelbarer wird. Zudem würde dadurch vermieden werden, dass die "schärferen“ Anforderungen der FFH-Richtlinie unbesehen auf Vögel übertragen werden.

5. Weiterentwicklung des europäischen Artenschutzrechts

Wie bereits erwähnt, wird der Spielraum des deutschen Gesetzgebers im Bereich des Artenschutzrechts maßgeblich durch die Vorgaben der FFH- und Vogelschutzrichtlinie eingeschränkt. Für weitreichendere Änderungen müssten daher zunächst diese im Sinne der Herausforderungen des Klimawandels weiterentwickelt werden.

So wird etwa vorgeschlagen, die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote beider Richtlinien derart auszugestalten, dass sie nicht am Schutz einzelner Individuen, sondern an der betreffenden Population ansetzen[237]. Im Bereich der Vogelschutzrichtlinie

[231] So etwa *Bringewat/Scharfenstein*, Entwurf zur Einführung eines § 45b BNatSchG – Windenergie an Land, 2021; *Stiftung Klimaneutralität,* Klimaschutz und Artenschutz – Wie der Zielkonflikt beim Ausbau der Windenergie konstruktiv aufgelöst werden kann, 2021, S. 3 f.

[232] Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 91.

[233] *Wulfert*, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliche Ausnahmeverfahren, 2016, S. 94 ff. Siehe auch BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12/10, juris Rn. 146 und am Beispiel des Gebietsschutzes BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 26.

[234] Siehe zum wasserrechtlichen Ausnahmeregime BVerwG, Urt. v. 29.05.2018 – 7 C 18/17, juris Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 11.08.2016 – 7 A 1/15, juris Rn. 165; *Henning*, Das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot, NordÖR 2017, S. 73 (78).

[235] *Schmidt/Sailer,* Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht?, ZNER 2021, S. 154 (159); siehe auch *Lau/Steeck*, Das Erste Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes – Ein Ende der Debatte um den europäischen Artenschutz?, NuR 2008, S. 386 (395).

[236] Vgl. jeweils mit Bezug auf EuGH, Urt. v. 04.03.2021 – C-473/19, C-474/19, *Schmidt/Sailer,* Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht?, ZNER 2021, S. 154 (157); *Lau,* Du sollst nicht stören!, NuR 2021, S. 462; deutlicher bereits *Kokott,* Schlussanträge vom 10.09.2020 – C-473/19, C-474/19, Rn. 81 ff.

[237] Vgl. *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 14, 56; *Agora*

bestehen nach Ansicht der Generalanwältin *Kokott* im Falle lediglich in Kauf genommener Beeinträchtigungen[238] bereits heute schon gewisse Spielräume hin zu einem mehr populationsbezogenem Ansatz. Folgt man dem, wären diesbezügliche Anpassungen in der Vogelschutzrichtlinie lediglich klarstellender Natur. In Bezug auf die FFH-Richtlinie hat der EuGH dagegen kürzlich nochmals ausdrücklich den Individuenbezug betont, was den europäischen Gesetzgeber jedoch nicht hindert, eine andere Ausgestaltung im Richtlinientext vorzunehmen.

Auch im Bereich der Ausnahme könnte das europäische Artenschutzrecht sinnvoll weiterentwickelt werden. Generell könnte hier eine stärkere Angleichung der Ausnahmeregime beider Richtlinien erwogen werden[239]. Anders als beim Habitatschutzrecht, ist im Bereich des Artenschutzrechtes eine derartige Harmonisierung bislang nicht erfolgt[240]. In diesem Zuge könnte etwa der nur in der FFH-Richtlinie (Art. 16 Abs. 1 lit. c) vorgesehene Ausnahmegrund der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt“ in die Vogelschutzrichtlinie aufgenommen werden. Das würde eine Ausnahmeerteilung für Vorhaben zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien im Bereich der Vogelschutzrichtlinie rechtssicherer machen.

In eine andere Richtung geht ein Vorschlag, der auf die Schaffung einer Regelung in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL)[241] abzielt. Diese solle es den Mitgliedstaaten ermöglichen, die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen vom Verbot der Tötung und Störung von Vögeln sowie der Beschädigung von Brutstätten auszunehmen. Voraussetzung dafür sei, dass die Windenergie dazu dient, den Beitrag des jeweiligen Mitgliedstaates zum Gesamtziel der Union beim Ausbau erneuerbarer Energien zu erbringen[242]. Im Gegenzug solle aber durch die Mitgliedstaaten – über das bisher bereits bestehende Maß hinaus – gewährleistet werden, dass für den Vogelschutz bedeutsame Gebiete möglichst von Windenergieanlagen freigehalten werden sowie Programme zur Unterstützung und zum Monitoring des Erhaltungszustands windenergiesensibler Arten aufgesetzt werden[243].

Der deutsche Gesetzgeber hätte in Bezug auf all diese Ansätze zwar nur die Option, auf entsprechende Anpassungen durch den europäischen Gesetzgeber hinzuwirken. Die Verhandlungen zum „Fit for 55“-Paket der Europäischen Kommission und die Notwendigkeit zur Verbesserung der Rechtslage auch zur Erreichung der europäischen Klimaschutzziele könnten aber ein passendes Zeitfenster bieten, diese Diskussionen in der Europäischen Union zu führen. Zu beachten wäre dann allenfalls, dass im Bereich des Artenschutzrechts auch völkerrechtliche Vorgaben existieren (Berner Konvention[244]), die bei etwaigen Anpassungen europäischer Vorgaben im Blick behalten werden müssen[245].

Energiewende, Windenergie und Artenschutz – Wege nach vorn, 2021, S. 31.

[238] Im Gegensatz zu bewusst verfolgten Beeinträchtigungen (zweckgerichtetes Handeln).

[239] *Sailer,* Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020, S. 5.

[240] *Sailer,* Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020, S. 5.; vgl. auch VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 111; *Lau*, Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, NuR 2013, S. 685 (689 f.).

[241] Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung), ABl. EU Nr. L 328 v. 21.12.2018, S. 82.

[242] *Agora Energiewende,* Windenergie und Artenschutz – Wege nach vorn, 2021, S. 29 f.

[243] *Agora Energiewende,* Windenergie und Artenschutz – Wege nach vorn, 2021, S. 30.

[244] Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume, Bern, 19.09.1979; vgl. *Berkemann,* Schutzstatus im europäischen Artenschutz – EuGH ist standhaft, DVBl 2021, S. 1049.

[245] Zwar kommt grundsätzlich auch eine Änderung etwaiger problematischer Vorgaben der Berner Konvention in Betracht. Aufgrund der hierfür erforderlichen zeitlichen Ressourcen besteht hierbei jedoch die Gefahr von mit Blick auf den Klimawandel folgenreichen Verzögerungen.

II. Luftverkehrsrecht

Konflikte mit dem Luftverkehr bilden ein nicht unerhebliches Hemmnis für die Windenergie. Das wurde zuletzt durch eine Branchen-Umfrage erneut bestätigt[246]. Grund hierfür ist nicht nur, dass sowohl Anzahl als auch Höhe von Windenergieanlagen immer weiter zunehmen und sich dadurch zwangsläufig Nutzungskonflikte im Luftraum ergeben können. Die Anlagen können auch für die Sicherheit und Navigation des Luftverkehrs relevante Funk- und Radarstrahlung beeinträchtigen. Im Fokus stand lange Zeit der Konflikt mit den sogenannten Drehfunkfeuern (1.). Zunehmend ergeben sich daneben etwa Probleme mit Platzrunden um Flugplätze oder militärischen Tiefflugstrecken (2.).

Kernaussagen

- Weitere Entschärfung des Drehfunkfeuer-Konflikts möglich, etwa durch
  - Gesetzliche Konkretisierung des Störungsbegriffs
  - Reduzierung der Anlagenschutzbereiche
  - Öffnung der fachlichen Prüfung für andere Stellen neben der DFS
- Schaffung konkreter Maßstäbe für Auslegung und Prüfung von Gefahrenschwellen für die Sicherheit des Luftverkehrs. Konflikte mit Platzrunden oder Tiefflugstrecken ließen sich durch Abstandsverringerungen und die Einführung von Überprüfungsmöglichkeiten adressieren.

1. Drehfunkfeuer-Konflikt

Gemäß § 18a Abs. 1 S. 1 Luftverkehrsgesetz (LuftVG)[247] dürfen Bauwerke, wie Windenergieanlagen, nicht errichtet werden, wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen – wie Drehfunkfeueranlagen (VOR-Anlagen)[248] – gestört werden können. Die Existenz von Bauwerken in der Nähe solcher Einrichtungen kann sich negativ auf deren Funktionsweise auswirken[249].

Die Entscheidung über das Vorliegen bzw. Verursachen einer möglichen Störung trifft das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) auf Grundlage einer gutachtlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation (§ 18a Abs. 1 S. 1 LuftVG), in diesem Zusammenhang stets der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS)[250]. Hierbei gibt es keine gesetzlichen oder anderweitig rechtsverbindlichen Vorgaben, auf die das BAF bzw. die DFS zurückgreifen könnten. Da auch die Fachwissenschaften keine durchweg einheitlichen Erkenntnisse liefern, hat die Rechtsprechung – vergleichbar dem Artenschutzrecht – auch dem BAF einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielraum eingeräumt[251]. Im Vergleich zum Artenschutzrecht besteht im Falle des § 18a LuftVG lediglich nicht das zusätzliche Problem einer uneinheitlichen Ausfüllung bestehender Spielräume durch die rechtsanwendenden Behörden[252]. Der Vollzug obliegt hier nur einer Stelle (dem BAF) und nicht etwa den nach Landesrecht zuständigen Luftfahrtbehörden.

Die Rechtsanwendung im Falle des § 18a LuftVG wurde vermehrt als sehr streng und als erhebliches Hemmnis für

[246] Siehe *BWE,* Umfrage: Luftverkehr und Windenergie, 2021.

[247] Luftverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Mai 2007 (BGBl. I S. 698), das zuletzt durch Artikel 131 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist.

[248] Drehfunkfeueranlagen sind technische Einrichtungen am Boden, welche der Navigation von Luftfahrzeugen dienen, *Behrend*, Wissenschaftliches Hintergrunddokument zum Einfluss von Windenergieanlagen auf den Flugbetrieb mit UKW-Drehfunkfeuer, 2019, S. 9.

[249] VG Hannover, Urt. v. 22.09.2011 – 4 A 1052/10, juris Rn. 65; *Fülbier*, Urteilsanmerkung OVG Lüneburg, Urteil vom 3. Dezember 2014 – 12 LC 30/12 und zu VG Trier, Urteil vom 23. März 2015 – 6 K 869/14.TR, ZUR 2015, S. 432 (433); *Federwisch/Dinter*, Windenergieanlagen im Störfeuer der Flugsicherung, NVwZ 2014, S. 403 (406 ff.); vgl. *Nickel*, Kontroversen um Flugsicherung und Windkraft – Von Störfunkfeuern und anderen Irrtümern, UPR 2016, S. 405 (406).

[250] *Josipovic,* Windenergie und Flugsicherung – eine unendliche Geschichte?, ZNER 2019, S. 295 (296); *Kümper,* Windenergie und Flugsicherung im Konflikt, VerwArch 2017, S. 409 (410); *Meyer/Wysk,* in: Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, 17. EL 2013, § 18a Rn. 32 f.; grundsätzlich kann gem. § 31f Abs. 1 LuftVG an Flugplätzen zusätzlich zur DFS auch eine andere Flugsicherungsorganisation beauftragt werden, allerdings nur für einzelne Aufgaben nach § 27c Abs. 2 S. 1 Nr. 1 LuftVG.

[251] BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1/15, juris Rn. 21; so bereits die Vorinstanz, OVG Lüneburg, Urt. 3.12.14 – 12 LC 30/12, juris Rn. 49 ff.

[252] Siehe hierzu unter C. I.

den Ausbau der Windenergie angesehen. Grundlage hierfür sei bereits die Prüfung durch die DFS, da diese im Vergleich mit anderen fachlichen Methoden zu höheren Störungspotenzialen von Windenergieanlagen kam[253].

Zwar sind mittlerweile erste Verbesserungen in dieser Situation spürbar[254]. So kommt – zumindest in Bezug auf die neueren Doppler-Drehfunkfeueranlagen (DVOR) – seit Mitte letzten Jahres eine neue Methode zur Berechnung von Störungen durch Windenergieanlagen zur Anwendung. Im Ergebnis ergeben sich auf dieser Grundlage deutlich weniger Störungen und Probleme mit Windenergieanlagen[255]. Hinzu kommt, dass die Drehfunkfeueranlagen praktisch kaum noch Bedeutung für die Flugnavigation haben und infolgedessen ein Rückbau einiger Anlagen geplant ist[256]; konventionelle VOR-Anlagen sollen zudem durch die neueren, weniger empfindlichen DVOR-Anlagen ersetzt werden[257]. Ergänzt wird all das durch eine kürzlich implementierte Berichtspflicht der Bundesregierung zum Thema Funknavigation und Windenergie an Land in § 99a EEG 2021. Insgesamt dürfte sich der in den letzten Jahren zu einem nicht unerheblichen Hemmnis angewachsene Konflikt durch die aktuellen Entwicklungen entschärfen; in aktuellen Genehmigungszahlen schlägt sich das – zumindest derzeit – noch nicht nieder, zumal an potenziellen Standorten für die Windenergie weitere Restriktionen bestehen können.

Die grundsätzliche Problematik bleibt ohnehin bestehen, vielmehr werden bislang nur die Symptome gelindert. Daher bestehen auch nach wie vor zahlreiche Ansatzpunkte für weitere Verbesserungen, insbesondere für den Gesetzgeber, der im Bereich des § 18a LuftVG weite Spielräume hat[258]. Zwar beruht das Luftverkehrsrecht in weiten Teilen auf internationalen Vorgaben der International Civil Aviation Organization (ICAO). Den für den vorliegenden Zusammenhang relevanten Vorgaben kommt jedoch (lediglich) ein empfehlender Charakter zu (rechtlich unverbindliches Anleitungsmaterial); Bindungswirkungen für den Gesetzgeber bestehen gerade nicht[259]. Gewisse Grenzen des gesetzgeberischen Spielraums ergeben sich allenfalls aus grundrechtlichen Vorgaben. So hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des § 18a LuftVG sowohl die Interessen der Berechtigten betroffener Bauwerke wie etwa der Windenergie (Art. 12, 14 GG) als auch die Belange der Sicherheit des Luftverkehrs und damit der Allgemeinheit (Art. 2 Abs. 2 GG) zu berücksichtigen sowie beide gegeneinander abzuwägen und zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.

Ansatzpunkte für den Gesetzgeber[260] wären etwa eine Konkretisierung des

[253] Siehe hierzu *Hüttig et al.,* Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 16; *Josipovic*, Die Interpretation der ICAO-Vorgaben zur Störungsbewertung bei Drehfunkfeuern, ZNER 2017, S. 182 (188); *Federwisch/Dinter*, Windenergieanlagen im Störfeuer der Flugsicherung, NVwZ 2014, S. 403 (408).

[254] Siehe hierzu *BWE,* Umfrage: Luftverkehr und Windenergie, 2021, S. 8 ff.

[255] Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.09.2020 – 12 LA 171/18, juris Rn. 7 sowie bereits TU Braunschweig, Stellungnahme zu Entwicklungen im Bereich Flugsicherung und Windenergie: Modifikation der Berechnungsmethode der DFS, 2020, S. 1; dies mangels praktischer Erfahrungen mit der neuen Berechnungsmethode noch offenlassend BT-Drs. 19/21061, S. 6. Weiteres Verbesserungspotenzial könnte sich durch die ebenfalls im Rahmen von WERAN plus untersuchte messtechnische Ermittlung der Vorbelastung von Funknavigationsanlagen ergeben.

[256] Siehe Liste über geplante Außerbetriebnahme von zehn Drehfunkfeueranlagen im Zeitraum bis 2025 (https://www.dfs.de/dfs_homepage/de/Flugsicherung/Umwelt/Windkraft/Geplante%20Au%C3%9Ferbetriebnahmen%20von%20Drehfunkfeuern/).

[257] Siehe hierzu etwa Pressemitteilung des BMWi v. 11.06.2021, Neue Flächenpotenziale für Ausbau von Wind an Land geschaffen (https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2021/06/20210611-neue-flaechenpotenziale-fuer-ausbau-von-wind-an-land-geschaffen.html).

[258] Siehe ausführlicher hierzu, auch zu den folgenden Einzelvorschlägen *Schmidt,* Abbau von luftverkehrsrechtlichen Hemmnissen beim Windenergieausbau, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 51 vom 28.10.2020, S. 6 ff.

[259] BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1/15, juris Rn. 15; VGH Kassel, Urt. v. 11.10.2018 – 9 A 867/15, juris Rn. 48; *Kümper,* Windenergie und Flugsicherung im Konflikt, VerwArch 2017, S. 409 (417); *Meyer/Wysk*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, 17. EL 2013, § 18a Rn. 13; vgl. *Giemulla,* in: Giemulla/Schmid, LuftVG, 67. AL 2015, § 18 Rn. 11.

[260] Siehe ausführlich zu den hier lediglich benannten Möglichkeiten *Schmidt,* Abbau von luftverkehrsrechtlichen Hemmnissen beim Windenergieausbau, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 51 vom 28.10.2020, S. 6 ff.

unbestimmten Rechtsbegriffs der „Störung“ einer Flugsicherungseinrichtung, z. B: durch konkrete Vorgaben über Ermittlung und Bewertung des Störungspotenzials. Möglich wäre auch die stets diskutierte und vom BMWi 2019 bereits in Aussicht gestellte[261] Verringerung der sogenannten Anlagenschutzbereiche, d. h. der Bereiche um ein Drehfunkfeuer, in dem die Errichtung eines Bauwerks ein Erfordernis der Überprüfung auf dessen Störungspotenzial auslöst (aktuell 15 km)[262]. Im Wege der Gesetzgebung wäre es auch möglich, die Durchführung der gutachtlichen Stellungnahme, auf deren Grundlage das BAF seine Entscheidung trifft, nicht mehr nur – wie nach derzeitiger Rechtslage (§ 18a Abs. 1 S. 2 LuftVG) – der DFS vorzubehalten, sondern auch für andere Stellen zu öffnen. Die DFS ist zwar sowohl Flugsicherungsorganisation als auch Betreiberin der Drehfunkfeuereinrichtungen und hat daher eine besondere Gutachterstellung. Gerade auf Grund ihrer Betreiberstellung und privatwirtschaftlichen Organisation wird ihr aber zuweilen auch mangelnde Objektivität vorgeworfen[263]. In jedem Fall könnte der Gesetzgeber durch Öffnung der fachlichen Prüfung für andere Stellen das zuweilen kritisierte Monopol bzw. die alleinige institutionalisierte Sachkompetenz der DFS[264] aufbrechen.

Vorteile könnte auch die Schaffung von Instrumenten bieten, die dem Bauherren eine Einflussnahme auf die Entscheidung das BAF ermöglichen. Das ist derzeit nicht der Fall, da es sich hierbei um ein bloßes Verwaltungsinternum und nicht etwa um einen Verwaltungsakt handelt[265]. Da Störungen von Drehfunkfeuern ihre Ursachen nicht nur in externen Faktoren wie Bauwerken, sondern auch in internen technischen Fehlern haben können, könnte es ebenfalls einen positiven Effekt haben, (strengere) Wartungspflichten zu schaffen[266] oder eine ausreichende Wartung zur Voraussetzung für den durch § 18a LuftVG vermittelten Schutz zu machen.

2. Konflikte mit Platzrunden, Tiefflugstrecken und Co

Neben dem soeben betrachteten Störungsverbot kann die Windenergie mit verschiedenen weiteren Bereichen des Luftverkehrs in Konflikt geraten; schließlich teilen sich immer höher werdende Windenergieanlagen und bestimmte Luftfahrzeuge den gleichen (Luft-)Raum. Probleme ergeben sich insbesondere in Bereichen, in denen Luftfahrzeuge in geringer Entfernung zur Erdoberfläche fliegen. Das ist etwa bei An- und Abflug an einen Flugplatz der Fall (Stichwort Platzrunde[267]) oder auch in militärischen Tiefflugbieten (insbesondere Hubschraubertiefflug)[268]. Daneben führen immer höher werdende Windenergieanlagen zunehmend auch zu Problemen mit Mindestflughöhen für den Instrumenten- bzw. Radarflug[269] (Mindestführhöhe, MRVA)[270]. Weitere, in diesem Zusammenhang relevante Themen und Schlagworte sind etwa Hindernisbegrenzungsflächen, Gefährdungen beim Überfliegen von und Vorbeifliegen an Windenergieanlagen,

[261] *BMWi,* Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, 2019, Maßnahme Nr. 13.

[262] *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 57 („Abstände zu Drehfunkfeuern (…) kurzfristig reduzieren“).

[263] *Battis* et al., Gutachterliche Stellungnahme – Zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a LuftVG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, 2014, S. 15 f., 33 f.; *Kindler*, Windenergie und Flugnavigation – Ein Update, NVwZ 2016, S. 1459 (1460); *Sittig/Falke,* Windenergie und Luftverkehr, ER 2015, S. 17 (20). Die Rechtsprechung sieht dagegen keine Veranlassung, an der Objektivität der DFS zu zweifeln (BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1/15, juris Rn. 22; VG Düsseldorf, Urt. v. 22.02.2018 – 28 K 8724/14, juris Rn. 53).

[264] So etwa *Sittig/Falke*, Windenergie und Luftverkehr, ER 2015, S. 17 (20).

[265] Bei Erlass eines Verwaltungsaktes würden grundsätzlich § 28 VwVfG (Anhörung) und § 39 VwVfG (Begründung) greifen.

[266] Verpflichtete wäre die DFS als Betreiberin der Drehfunkfeueranlagen.

[267] Siehe zu diesem Konfliktfeld etwa VG Koblenz, Bescheid v. 30.04.2020 – 4 K 1139/19.KO. Eine Platzrunde stellt ein standardisiertes An- und Abflugverfahren für Flüge nach Sichtflugregeln in Bezug auf einen Flugplatz dar. Ihre Festlegung ist nicht zwingend (siehe hierzu etwa *Maslaton/Falke,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 1 Rn. 185).

[268] Siehe hierzu etwa BT-Drs. 19/29687.

[269] Grundsätzlich wird zwischen Instrumentenflug auf der einen und Sichtflug auf der anderen Seite unterschieden.

[270] Niedrigste Höhe, mit der ein Luftfahrzeug fliegen kann, um noch vom Radar erfasst zu werden (Instrumentenflugverfahren); Bezugspunkt bildet hierbei der Meeresspiegel (Normalnull).

Sichtflugachsen, Schleppflüge und Flugschulbetrieb.

Genehmigungsrechtliche Grundlage für all diese Konflikte sind die §§ 12 ff. LuftVG. Die Regelungen enthalten zum einen eine besondere Form der Behördenbeteiligung (luftfahrtbehördliches Zustimmungserfordernis) und zum anderen Baubeschränkungen[271]. Die Errichtung bestimmter hindernisrelevanter Bauwerke erfordert die Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde; ohne Zustimmung ist eine Errichtung unzulässig[272]. Für Windenergieanlagen erfolgt dieses Zustimmungsbedürfnis in der Regel aus § 14 Abs. 1 LuftVG (Überschreiten von 100 Metern, außerhalb von Bauschutzbereichen)[273]. Die Zustimmung ist hierbei zu versagen, wenn die Errichtung der Windenergieanlage eine Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs oder die Allgemeinheit begründet[274].

Wann aber eine solche Gefahr genau vorliegt, ist nicht näher gesetzlich oder anderweitig rechtsverbindlich konkretisiert. In vielen Bereichen greifen die Luftfahrtbehörden daher auf Richtlinien[275] zurück. Hieraus ergeben sich etwa konkrete Mindestabstände, die zwischen bestimmten Hindernissen (wie Windenergieanlagen) und Platzrunden eingehalten werden müssen, damit keine Gefahr für den Luftverkehr begründet wird, oder auch Vorgaben für Größe und Form von Hindernisbegrenzungsflächen[276]. Eine Errichtung innerhalb von militärischen Hubschrauber-Tiefflugebieten wird in der Regel pauschal abgelehnt[277]. Die Beurteilung seitens der Bundeswehr sieht sich zudem des Vorwurfs der Intransparenz ausgesetzt[278].

Grundsätzlich wäre es daher denkbar und möglich, dass der Gesetzgeber in all diesen oder zumindest in besonders problematischen Bereichen Konkretisierungen schafft (z. B. Prüfungsmaßstäbe für die Beeinträchtigung von Platzrunden, Radarsysteme und militärische Tiefflugstrecken durch Windenergieanlagen). So entstünde zunächst eine einheitliche und verbindliche Grundlage für die Auslegung und Prüfung von Gefahrenschwellen für die Sicherheit des Luftverkehrs. Zudem kann über die Ausgestaltung solcher Konkretisierungen das Ziel der Förderung der Windenergie verfolgt werden. Im Falle von Platzrunden, die auf der Grundlage von § 22 Abs. 1 LuftVO ergehen[279], könnte das etwa durch eine gesetzlich festgelegte Abstandsreduzierung erfolgen samt der Einführung eines Prüfungsrechts im Hinblick darauf, ob und inwieweit eine entgegenstehende Platzrunde noch erforderlich ist oder ggf. verlegt werden könnte. Der Konflikt könnte somit auch durch eine Änderung (Verlegung) der Platzrunde und nicht – wie bislang – einseitig nur durch eine Versagung der Zustimmung zur Windenergieanlage gelöst werden. Entsprechendes ließe sich auch im Fall von militärischen Tiefflugebieten erwägen.

Der Gesetzgeber könnte ferner etwa regeln, dass in bestimmten, näher umschriebenen Konfliktsituationen in Form von Regelbeispielen, die erforderliche luftfahrtbehördliche Zustimmung in der Regel zu erteilen ist (eine Art gesetzliche Vorwegnahme der behördlichen Entscheidung). Das würde die insoweit bestehenden Spielräume der zuständigen Luftfahrtbehörden zu Gunsten der Windenergie konkretisieren und die zu erwartenden Entscheidungen

[271] BVerwG, Urt. v. 16.07.1965 – IV C 30.65, juris Rn. 10 f.; *Giemulla,* in: Giemulla/Schmid, LuftVG, 29. EL 1999, § 12 Rn. 1.

[272] Die Genehmigungsbehörde ist nicht befugt, eine eigene Entscheidung in Bezug auf das Luftverkehrsrecht vorzunehmen, sondern ist an die Zustimmungsentscheidung gebunden (siehe hierzu unter D. II. 4. b).

[273] Vgl. *Hinsch,* in: Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 198; *Kämper,* Windenergieanlagen und Luftverkehr, in: Ziekow, Aktuelle Probleme des Luftverkehrs-, Planfeststellungs- und Umweltrechts 2012, 2013, S. 33; *Rectanus,* Genehmigungsrechtliche Fragen der Windenergieanlagen-Sicherheit, NVwZ 2009, S. 871 (873).

[274] *Falke,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 1 Rn. 203; *Schwenk/Giemulla,* in: Handbuch des Luftverkehrsrechts, 5. Aufl. 2019, Kap. 9 Rn. 92.

[275] Z. B. *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Straßenentwicklung*, Gemeinsame Grundsätze des Bundes und der Länder für die Anlage und den Betrieb von Flugplätzen für Flugzeuge im Sichtflugbetrieb, Nachrichten für Luftfahrer v. 02.05.2013 (NfL I 92/13).

[276] *Agatz,* Windenergie-Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 224.

[277] *Agatz,* Windenergie-Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 225.

[278] Vgl. *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 22 f.

[279] Siehe VG Koblenz, Bescheid v. 30.04.2020 – 4 K 1139/19.KO, juris Rn. 20; VGH München, Urt. v. 31.10.2006 – 8 A 05.40029, 8 A 05.40030, juris Rn. 19.

verlässlicher machen. Dabei ist zwar stets auf die Sicherheit des Luftverkehrs zu achten, jedoch sind mögliche Spielräume auszuloten und umzusetzen. Angesichts der Bedeutung, die Windenergieanlagen für die Energiewende und den Klimaschutz haben, können Konflikte jedenfalls nicht mehr nur einseitig zu Lasten des Windenergieausbaus gelöst werden.

III. Weiteres

Im Sinne eines Gesamtkonzeptes darf der Gesetzgeber auch die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen nicht aus den Augen verlieren. Im Folgenden werden lediglich einige weitere, ausgewählte Problemfelder behandelt und diskutierte Lösungsansätze aufgezeigt.

Als zunehmend problematisch erweist sich etwa der Umgang mit dem Denkmalschutzrecht (1.). Im Bereich der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung besteht seit Langem der Ruf nach mehr Rechtseinheit. Der Gesetzgeber hat dort in jedem Fall weitreichende Spielräume, die er für Optimierungen nutzen könnte (2.). Angesichts immer höher werdender Windenergieanlagen erweist sich auch der derzeitige Umgang mit der optisch bedrängenden Wirkung als hinderlich (3.). Beim Schallschutz scheint die Praxis die Rechtslage zuweilen zu überholen, was zu Rechtsunsicherheiten führt (4.).

Kernaussagen

- Den wachsenden Konflikten mit dem Denkmalschutzrecht kann durch die Schaffung rechtsverbindlicher Standards sowie der Festschreibung einer hohen Gewichtung der Windenergie begegnet werden.
- Im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bestehen mangels europarechtlichem Hintergrund sehr weite Spielräume des deutschen Gesetzgebers; mögliche Optimierungsmaßnahmen wären etwa
  - bundeseinheitliche Kompensationsvorgaben für Windenergie an Land
  - staatlich organisiertes Flächenmanagement anstelle des derzeitigen Einzelprojektbezugs
- Schaffung verbindlicher und angemessener Vorgaben für die Beurteilung optisch bedrängender Wirkungen durch Windenergieanlagen
- Bundeseinheitliche Klärung rechtlicher Unsicherheiten beim Schallschutz durch Anpassung bzw. Klarstellung in der TA Lärm (Verfahren der Schallprognose, erweiterte Irrelevanzregelung)

1. Denkmalschutz

Mit zunehmender Zahl an Windenergieanlagen nehmen auch Konflikte mit dem Denkmalschutzrecht zu. Hierbei geht es meist um den sogenannten Umgebungsschutz eines Denkmals durch Errichtung einer Windenergieanlage in der Nähe von oder innerhalb von Sichtbezügen zu einem Denkmal[280]. Auch hierbei spielen – wie im Artenschutzrecht – Prüfradien eine Rolle. Neben teils pauschalen Ablehnungen von Anlagenstandorten für die Windenergie werden auf Basis des Denkmalschutzes vermehrt auch Höhenbegrenzungen von Windenergieanlagen gefordert, was sich letztendlich erheblich auf deren Wirtschaftlichkeit und Effizienz auswirkt. Wesentliches Problem ist, dass es auch im Bereich des Denkmalschutzrechts – wie auch in anderen Rechtsbereichen – an rechtsverbindlichen, konkreten Maßstäben für die Prüfung einer Beeinträchtigung eines Denkmals fehlt. Rechts- und Planungsunsicherheit sind folglich vorprogrammiert. Daher besteht auch im Bereich des Denkmalschutzrechts ein stetig lauter werdender Ruf nach Standardisierung, Konkretisierung und Vereinheitlichung (z. B. einheitliche

[280] Siehe hierzu *Fülbier,* Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht, ZNER 2017, S. 89 ff.; *FA Wind,* Windenergie und Denkmalschutz, 2019; aus der Rechtsprechung OVG Koblenz, Beschl. v. 08.04.2021 – 1 B 10081/21, juris Rn. 21 ff.

Vorgaben für Visualisierungen und Gutachten, Umgang mit etwaigen Sichtachsen)[281].

Daneben könnte auch hier eine klarstellende Festschreibung des öffentlichen Interesses an der Nutzung erneuerbarer Energien sowie insbesondere eine stärkere Priorisierung der Windenergie gegenüber den Interessen am Denkmalschutz erwogen werden. Ziel dabei wäre es, dass der Windenergie – gesetzgeberisch vorgezeichnet – ein hohes Gewicht bei der Abwägung bzw. dem Ausgleich mit Denkmalschutzinteressen zukommt und in Konfliktfällen daher gestärkt wird[282]. Der Denkmalschutz steht bereits gesetzgeberisch ausdrücklich im öffentlichen Interesse bzw. im Interesse der Allgemeinheit (vgl. § 1 Abs. 1 BayDSchG[283]). Dem steht die Nutzung der erneuerbaren Energien zur Erreichung der Klimaschutzziele aber nicht nach, auch wenn das öffentliche Interesse hieran meist nicht gesetzgeberisch klargestellt wurde[284]. Ohne eine – über die bloße Anerkennung des öffentlichen Interesses hinausgehende – gesetzgeberische Priorisierung handelt es sich beim Denkmalschutz einerseits und dem Klimaschutz andererseits aber nach wie vor um zwei grundsätzlich gleichberechtigte öffentliche Interessen, die zu einem Ausgleich gebracht werden müssen. Konflikte dürfen hierbei aber jedenfalls nicht pauschal zu Lasten des Windenergieausbaus gelöst werden. Eine entsprechende Wertung in Bezug auf zwei im öffentlichen Interesse stehende Belange wäre für den Gesetzgeber grundsätzlich möglich und in Anbetracht der Bedeutung von Windenergieanlagen und deren weiteren Ausbau auch durchaus erwägenswert[285]. In diese Richtung gehende Ansätze finden sich bereits in manchen Landesdenkmalschutzgesetzen[286], etwa in Form einer allgemeinen Betonung der Bedeutung des Klimaschutzes (§ 9 Abs. 1 S. 3 HDSchG) oder einer Erwähnung des Einsatzes erneuerbarer Energien im Zusammenhang mit (überwiegenden) öffentlichen Interessen (§ 9 Abs. 2 S. 2 DSchG HH[287]; § 7 Abs. 2 DSchG ND[288]) sowie in Bezug auf Vorhaben des Stromleitungsausbaus, deren energiewirtschaftliche Notwendigkeit und deren vordringlicher Bedarf gesetzlich festgelegt sind (§ 13 Abs. 3 S. 3 DSchG SH[289]).

Zu beachten ist, dass der Bund nur die Gesetzgebungskompetenz für das sogenannte städtebauliche Denkmalschutzrecht inne hat[290]. Das sogenannte staatliche Denkmalschutzrecht liegt dagegen im Kompetenzbereich der Länder[291]. Die Verbesserung der Genehmigungssituation in den Landesdenkmalschutzgesetzen bzw. den dort geregelten Zulassungspflichten wäre daher Aufgabe der Länder.

2. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

Der Regelungskomplex der sogenannten naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung verfolgt einen allgemeinen Schutz von Natur und Landschaft durch Vermeidung

[281] *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 11 f.

[282] Siehe näher hierzu etwa *Abeln/Bringewat,* Der „Klimaklage"-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – Auswirkungen auf die Zulassung von Anlagen zur erneuerbaren Stromerzeugung am Beispiel des Denkmalschutzrechts, ZNER 2021, S. 466; vgl. auch *FA Wind,* Windenergie und Denkmalschutz, 2019, S. 12 f.

[283] Bayerisches Denkmalschutzgesetz (BayDSchG) vom 25. Juni 1973 (BayRS IV S. 354), das zuletzt durch Gesetz vom 23. April 2021 (GVBl. S. 199) geändert worden ist.

[284] Ausgenommen in Niedersachsen (§ 7 Abs. 2 DSchG ND), siehe auch § 9 Abs. 2 S. 2 DSchG HH. Generell zur Nutzung erneuerbarer Energien VGH Mannheim, Urt. v. 01.09.2011 – 1 S 1070/11, juris Rn. 52; vgl. auch VG Wiesbaden, Urt. v. 24.07.2020 – 4 K 2962/16.WI, juris Rn. 211 ff.; offenlassend VG Saarlouis, Urt. v. 10.10.2018 – 5 K 193/16, juris Rn. 90.

[285] Siehe zur Auflösung bei grundrechtlichen Kollisionen das Prinzip der praktischen Konkordanz, etwa *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 52 f.; *Schladenbach,* Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat, 2014, S. 263.

[286] Siehe hierzu *FA Wind,* Windenergie und Denkmalschutz, 2019, S. 12 f.

[287] Denkmalschutzgesetz Hamburg vom 05. April 2013 (HmbGVBl. 2013, 142), zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 26.06.2020 (HmbGVBl. S. 380, 384).

[288] Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz vom 30. Mai 1978 (Nds. GVBl. 1978, 517), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 10.11.2021 (Nds. GVBl. S. 732).

[289] Denkmalschutzgesetz Schleswig-Holstein vom 30. Dezember 2014, zuletzt geändert durch Art. 5 Ges. v. 01.09.2020 (GVOBl. S. 508); siehe Schleswig-Holsteinischer Landtag, LT-Drs. 18/2031, S. 45.

[290] BVerfG, Beschl. v. 26.01.1987 - 1 BvR 969/83, NVwZ 1987, S. 879; *Uhle*, in: Maunz-Dürig, GG, 53. EL 2008, Art. 70 Rn. 92.

[291] *Uhle*, in: Maunz-Dürig, GG, 53. EL 2008, Art. 70 Rn. 92. Siehe zum Umgebungsschutz aber auch *Fülbier,* Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht, ZNER 2017, S. 89 (91 f.).

(Vermeidungsgebot) oder zumindest Kompensation von Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft (§§ 14, 15 BNatSchG). Ausgangspunkt ist der in § 14 Abs. 1 BNatSchG legaldefinierte Begriff des Eingriffs, d. h. der Veränderung der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder der Veränderung des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels (Eingriffshandlung), die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbilde erheblich beeinträchtigen (Eingriffswirkung).

Der Verursacher eines Eingriffs (hier: Vorhabenträger) ist vorrangig verpflichtet, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen (Vermeidungsgebot, § 15 Abs. 1 S. 1 BNatSchG). Unvermeidbare Beeinträchtigungen sind sodann durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder zu ersetzen (Ersatzmaßnahmen); beide Maßnahmenkategorien sind gleichrangig und lassen sich unter dem Begriff Realkompensation zusammenfassen (§ 15 Abs. 2 S. 1 BNatSchG). Verbleiben dennoch Beeinträchtigungen, darf ein Eingriff nicht zugelassen werden, wenn die Belange des Naturschutzes die Interessen am Eingriff überwiegen (behördliche Einzelfallabwägung, § 15 Abs. 5 BNatSchG). Wird er dagegen zugelassen, hat der Eingriffsverursacher für verbleibende Beeinträchtigungen Ersatz in Geld zu leisten (Ersatzzahlung oder auch finanzielle Kompensation, § 15 Abs. 6 BNatSchG).

Die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage ist mit Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft im Sinne der Eingriffsregelung verbunden[292]. Das Vermeidungsgebot hat im Falle von Windenergieanlagen kaum praktische Bedeutung, da es nur innerhalb des konkret beantragten Vorhabens gilt und insbesondere keine Standortalternativen erfordert[293]. Während durch Windenergieanlagen bedingte Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes, etwa durch Anlegung von Ausgleichs- bzw. Ersatzflächen, (teilweise) real kompensierbar sind, sind die Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes in der Regel nur finanziell kompensierbar[294] (vgl. § 13 Abs. 2 BKompV)[295].

Die gesetzlichen Grundlagen belassen den rechtsanwendenden Behörden der Länder erheblichen Spielraum. Genaue Vorgaben über die Realkompensation und die Zahlung von Ersatzgeld im Zusammenhang mit der Errichtung von Windenergieanlagen variieren daher innerhalb der Bundesländer zuweilen erheblich[296]. Nichtsdestotrotz bestehen aber bereits heute schon gesetzlich gewisse Leitlinien, wie etwa die Vorgaben zur Bemessung der Höhe des Ersatzgeldes nach den durchschnittlichen Kosten nicht durchführbarer Maßnahmen der Realkompensation und nur nachrangig nach Dauer und Schwere des Eingriffs (§ 15 Abs. 6 S. 2, 3 BNatSchG) oder auch zur zweckgebundenen Verwendung des Ersatzgeldes für Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege in dem betroffenen Naturraum (§ 15 Abs. 5 S. 7 BNatSchG). Ob dieser naturräumliche Bezug in der Praxis immer hinreichend beachtet wird, wird aber teils bezweifelt[297].

Vorschläge in diesem Bereich gehen etwa dahin, die Ersatzgeldzahlung bei Windenergieanlagen einheitlich und verbindlich zur Regel zu machen, auch für

[292] *Marschall,* Naturschutzrechtliche Probleme bei der Zulassung und Planung von Windenergieanlagen auf dem Land, 2015, S. 57; *Fülbier,* Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, S. 804 (805 f.); *Operhalsky/Fechler,* Länderspezifische Ersatzgeldregelungen für Windenergieanlagen, ZUR 2016, S. 649 (650).

[293] *Fülbier,* Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, S. 804 (806).

[294] Im Einzelfall kann eine zumindest teilweise Realkompensation durch Rückbau anderer (Hoch)Bauten im betroffenen Landschaftsraum möglich sein.

[295] *Fülbier,* Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, S. 804 (806 ff.); *Marschall,* Naturschutzrechtliche Probleme bei der Zulassung und Planung von Windenergieanlagen auf dem Land, 2015, S. 59, 62; siehe etwa auch *Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung, Schleswig-Holstein,* Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bei Windkraftanlagen (Amtsbl. Schl.-H 2018 Nr. 4, S. 62), Nr. 1.1, 1.2.

[296] Siehe *Operhalsky/Fechler,* Länderspezifische Ersatzgeldregelungen für Windenergieanlagen, ZUR 2016, S. 649; *Fülbier,* Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, S. 804 (809 ff.); vgl. BT-Drs. 19/17344, S. 155 ff.

[297] So *Kerkmann/Koch*, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 5 Rn. 64; siehe auch *Frenz,* Ersatzzahlungsnachlässe spezifisch für Windräder?, UPR 2016, S. 329.

Beeinträchtigungen des Naturhaushalts[298]. Letztere seien nämlich wegen der geringen Bodenversieglung von Windenergieanlagen im Vergleich zu den Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes gering, sodass auf diese Weise eine Vereinfachung erreicht werden könnte. Daneben wird auch ein Wahlrecht des Vorhabenträgers zwischen Realkompensation und Ersatzgeldzahlung vorgebracht[299]. Generell wird der uneinheitliche Umgang mit Kompensation (realer wie finanzieller) in den Ländern bereits seit vielen Jahren kritisiert, verbunden mit der Forderung an den Bund, von der in § 15 Abs. 7 S. 1 BNatSchG eingeräumten Verordnungsermächtigung zur Schaffung einer bundeseinheitlichen Regelung Gebrauch zu machen[300]. Seit 2020 gibt es zwar nunmehr eine entsprechende Bundeskompensationsverordnung (BKompV)[301]. Deren Anwendungsbereich ist aber auf die Bundesverwaltung begrenzt (§ 1 Abs. 1 S. 1 BKompV)[302]. Windenergieanlagen an Land, deren Zulassung von den Ländern vollzogen wird, fallen gerade nicht in den Bereich der Bundesverwaltung. Insoweit fehlt es daher nach wie vor an einem einheitlichen Rahmen.

Neben einer Vereinheitlichung mit Blick auf die Kompensation, könnte der Bund bzw. der Bundesgesetzgeber im Bereich der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung grundsätzlich auch weitere Änderungen vornehmen. Er unterliegt hierbei, anders als in den anderen naturschutzrechtlichen Bereichen des Arten- oder Gebietsschutzrechts, keinen europarechtlichen Schranken. Die Eingriffsregelung ist ein rein nationalrechtlicher Regelungskomplex und nicht europarechtlich determiniert[303]. Einzelne Anpassungen (z. B. Vorgaben zur ausschließlichen Verwendung der Ersatzgeldzahlungen im Bereich des Windenergieausbaus; eine eher zentrale, staatliche Organisation der (Real-)Kompensation anstelle des gegenwärtigen Einzelprojektbezugs; Einordnung von Windenergieanlagen als Teil des Landschaftsbilds[304] etc.) bis hin zur Nichtanwendung der Eingriffsregelung (generell, übergangsweise oder unter bestimmten Bedingungen) wären daher im Grunde rechtlich möglich. Letzteres erscheint zwar in Anbetracht des für die Natur grundsätzlich als positiv zu bewertenden Mechanismus der Kompensation weniger empfehlenswert. Im Bereich der Offshore-Windenergie entspricht es dennoch der gegenwärtigen Rechtslage (§ 56 Abs. 3 BNatSchG)[305].

Alternativ zu einer reinen Kompensation durch Ersatzgeld erscheint es erwägenswert, Ausgleichs- und Ersatzflächen von dem jeweiligen Einzelprojekt und damit von der projektbezogenen Eingriffsregelung insgesamt loszulösen und in ein staatliches Flächenmanagement zu überführen. Dies würde das Genehmigungsverfahren nicht nur von der diesbezüglichen Eingriffsprüfung und den damit zusammenhängenden Prozessen entlasten, sondern auch die Kompensation durch hoheitlich vorzuhaltende Flächen-Kontingente und ein

[298] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (590).

[299] *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 15 f.

[300] Vgl. *Frenz,* Ersatzzahlungsnachlässe spezifisch für Windräder?, UPR 2016, S. 329; *Fülbier,* Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, S. 804 (810); *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 15.

[301] Verordnung über die Vermeidung und die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft im Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung (Bundeskompensationsverordnung – BKompV) vom 14. Mai 2020 (BGBl. I S. 1088).

[302] Siehe zum Verhältnis landesrechtlicher Vorgaben zur BKompV *Faßbender,* Verfassungsrechtliche Fragen zur landesrechtlichen Abweichung von der Bundeskompensationsverordnung, NuR 2020, S. 649; *Gärditz,* Landesrechtliche Abweichungen von der Bundeskompensation als föderales Verfassungsproblem, EurUP 2020, S. 367.

[303] Zur Abgrenzung und mit Hinweis auf die Alpenkonvention und ihre Protokolle: *Guckelberger*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 13 Rn. 13 ff.; zur Entstehungsgeschichte der Eingriffsregelung *Kerkmann/Koch*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, Vor §§ 13-19 Rn. 6 ff.

[304] Windenergieanlagen würden dann keine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes mehr begründen und folglich auch keinen Kompensationsbedarf mehr auslösen, vgl. *Riese/Brennecke*, Klimaschutz vs. Artenschutz, UWP 2021, S. 108 (117).

[305] „Auf die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone, die vor dem 1. Januar 2017 genehmigt worden sind, oder die auf Grundlage eines Zuschlags nach § 34 des Windenergie-auf-See-Gesetzes zugelassen werden, ist § 15 nicht anzuwenden.“ Das begründet faktisch eine temporäre Nichtanwendung (siehe hierzu BT-Drs. 16/12274, S. 73; BR-Drs. 278/09, S. 229; *Hesselhaus,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 56 Rn. 34 ff.).

übergeordnetes Management ermöglichen. Zugleich könnte damit ein Beitrag zu einem großflächigen Naturschutz geleistet werden (vgl. § 1 Abs. 5 BNatSchG).

3. Optisch bedrängende Wirkung

Die optisch bedrängende Wirkung ist eine Ausprägung des allgemeinen baurechtlichen Gebots der Rücksichtnahme, die im Wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelt wurde[306]. Nach dieser Rechtsprechung geht eine optisch bedrängende Wirkung, d. h. eine erschlagende oder erdrückende Wirkung, von einer Windenergieanlage dann aus, wenn die Nachbarschaft durch die optische Präsenz der Anlage in unzumutbarer Art und Weise beeinträchtigt wird. Das Maß der Zumutbarkeit ist hierbei nicht vom Gesetzgeber rechtsverbindlich festgelegt; insoweit bedarf es aktuell einer stets auf den Einzelfall bezogenen Abwägung anhand verschiedenster Kriterien (z. B. Anlagenhöhe, Rotordurchmesser, Blickwinkel, Vorhandensein bestehender Windenergieanlagen)[307]. Die Rechtsprechung hat jedoch bereits 2006 zumindest eine Faustformel entwickelt, die hierbei eine Orientierung bietet (2H/3H-Formel)[308]: Beträgt der Abstand zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung weniger als die zweifache Gesamthöhe der Windenergieanlage (2H), dürfte die Einzelfallabwägung in der Regel eine optisch bedrängende Wirkung ergeben. Beträgt der Abstand mehr als die dreifache Anlagenhöhe (3H) dürfte sich dagegen regelmäßig keine optisch bedrängende Wirkung ergeben. Liegt der Abstand zwischen dem zwei- und dreifachen der Anlagenhöhe, bedarf es einer besonders intensiven Prüfung des Einzelfalls.

In diesem Zusammenhang wird vor allem kritisiert, dass die Entwicklung dieser Faustformel auf Grundlage damaliger (kleinerer) Anlagengrößen erfolgte und angesichts heutiger Größenordnungen überzogene Resultate liefere[309]. Bei der seit Jahren zunehmenden Anlagenhöhe neuer Windenergieanlagen ergeben sich nach der Faustformel der Rechtsprechung nämlich zuweilen nicht unerhebliche Abstände (z. B. 750 Meter bei einer Anlagenhöhe von 250 Metern). Das wird zuweilen als ungerechtfertigte Verringerung der für Windenergie potenziell verfügbaren Flächen bzw. auch als faktische Höhenbegrenzung kritisiert. Zudem ist dies insbesondere auch beim Repowering von Altstandorten ein Problem, da die neuen Anlagen in aller Regel deutlich größer sind als diejenigen, die zurückgebaut werden. Es werden daher gesetzliche oder untergesetzliche Konkretisierungen auf Grundlage aktueller wissenschaftlicher Untersuchungen[310] oder auch in Form konkreter Abstände des Zweifachen der Anlagenhöhe oder von maximal 300 Metern vorgeschlagen[311].

Die Entscheidung über eine optisch bedrängende Wirkung ist trotz Orientierungsformel derzeit zwar nach wie vor eine solche des konkreten Einzelfalles. Die von der Rechtsprechung als maßgeblich benannten Kriterien lassen – da es sich nur um Orientierungswerte handelt – eigentlich grundsätzlich auch gewisse Spielräume, um Besonderheiten moderner Windenergieanlagen oder des Repowerings berücksichtigen zu können. Das starre Festhalten der Gerichte an den genannten Orientierungswerten begrenzt jedoch diesen Spielraum. Zudem darf das erforderliche Maß an Rücksichtnahme nicht aus den Augen verloren werden und muss angesichts erfolgter Entwicklungen im Bereich der Anlagentechnik[312] und der Bedeutung von Windenergieanlagen für den Klimaschutz möglicherweise tatsächlich überdacht werden. Nach der Rechtsprechung muss nämlich

[306] Etwa BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006 – 4 B 72/06, juris Rn. 4; *Müller,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 1 Rn. 105.

[307] Grundlegend OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05, juris Rn. 73 ff.

[308] Siehe OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05, juris Rn. 91 ff.

[309] Siehe hierzu sowie zu den anderen Kritikpunkten *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (589 f.); *Agora Energiewende*, Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 14 ff.

[310] *Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU),* Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2021, S. 2.

[311] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (590); *Agora Energiewende*, Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 16 f.

[312] So drehen sich die Rotorblätter moderner, größerer Windenergieanlagen langsamer, was die damit verbundene beeinträchtigende Wirkung verringere (siehe zur Bedeutung der Drehbewegung der Rotorblätter etwa OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05, juris Rn. 73).

umso weniger Rücksicht genommen werden, „je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind“[313].

4. Schallschutz

Seit Ende 2017 besteht rechtliche Unsicherheit dahingehend, welche Methode zur Prognose von Schallimmissionen von Windenergieanlagen angewendet werden muss[314]. Der hier relevante unbestimmte Rechtsbegriff der schädlichen Umwelteinwirkungen (§ 3 Abs. 1 BImSchG) wird in Bezug auf Schall rechtsverbindlich durch die Technische Anleitung Lärm (TA Lärm)[315] konkretisiert (§ 48 BImSchG). Aus diesem Regelwerk ergibt sich auch eine Berechnungsmethode für die Schallprognose nach der DIN ISO 9613-2 (sogenanntes alternatives Verfahren). Dennoch sehen die verwaltungsinternen Vorgaben der Bundesländer insoweit ein anderes Verfahren, das sogenannte Interimsverfahren vor. Grundlage hierfür sind die Hinweise der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI)[316], nach denen u. a. für die Schallprognose bei Windenergieanlagen dieses Verfahren zu Anwendung kommen soll. Da die Anwendung des Interimsverfahrens aber nur möglich ist, wenn die TA Lärm (bzw. insoweit ihr Verweis auf die DIN ISO 9613-2) aufgrund eines neuen, gesicherten Erkenntnisstandes ihre Bindungswirkung verloren hat und dies in der Rechtsprechung noch nicht einheitlich und abschließend entschieden wurde[317], werden in der Praxis aktuell nicht selten beide Verfahren kumulativ herangezogen oder dem gefolgt, was die Behörde fordert (in der Regel Interimsverfahren).

Eine Klarstellung für diesen Bereich, etwa in der TA Lärm, wäre daher im Sinne der Rechtssicherheit und zur Vermeidung kumulativer/doppelter Schallprognosen sinnvoll[318]. Dabei sollten auch Klarstellungen in Bezug auf andere Elemente des erwähnten LAI-Beschlusses erfolgen. In den Bundesländern kommt es insoweit zu unterschiedlichen Anwendungen[319]. Die von der eigentlich maßgeblichen TA Lärm verfolgte Einheitlichkeit wird dadurch beeinträchtigt.

Unsicherheiten bestehen auch in Bezug auf die Anwendung der Irrelevanzregelung in Nr. 3.2.1 Abs. 2 der TA Lärm. Wird der im Einzelfall relevante Immissionsrichtwert auf Grund der Vorbelastung an einem Standort überschritten, darf die Genehmigung für die zu beurteilende Anlage nicht versagt werden, wenn der von dieser neuen Anlage verursachte Immissionsbeitrag irrelevant ist. In der Regel – so heißt es weiter – ist ein solcher Immissionsbeitrag irrelevant, wenn die von der neuen Anlage ausgehende Zusatzbelastung den für den Immissionsort maßgeblichen Immissionsrichtwert um mindestens 6 dB(A) unterschreitet[320]. In der Praxis ist grundsätzlich anerkannt, dass dieses Irrelevanzkriterium an einem Standort nicht beliebig oft angewendet werden kann, da das zu einer schleichenden Erhöhung der Gesamtbelastung führen würde. Es kommt dann vielmehr ein sogenanntes erweitertes Irrelevanzkriterium zum Einsatz, zu dessen Höhe aber unterschiedliche Ansichten vertreten werden, die von 10

[313] So die gängige Definition der Rechtsprechung, siehe etwa bereits BVerwG, Urt. v. 25.02.1977 – IV C 22.75, juris Rn. 22.

[314] Ausführlich hierzu *Schmidt/Sailer,* Schallberechnung bei Windenergieanlagen – die Anwendung der neuen LAI-Hinweise in den Bundesländern und in der Rechtsprechung, ZNER 2018, S. 124 ff.

[315] Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm v. 26.08.1998 (GMBl Nr. 26 S. 503), zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 01.06.2017 (Banz AT 08.06.2017 B5).

[316] *Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI)*, Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen (WKA), Stand 30.06.2016, beschlossen durch Beschluss vom 05./06.09.2017, veröffentlicht am 20.11.2017.

[317] Offen lassend etwa OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 200; siehe ausführlich hierzu mit Nachweisen aus der Rechtsprechung *Schmidt/Sailer,* Neue Erlasse der Bundesländer zu den LAI-Hinweisen und aktuelle Einordnung in der Rechtsprechung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 40 vom 11.03.2019, S. 17 ff.; siehe auch *Wömmel/Hinsch,* Anwendbarkeit des Interimsverfahrens zur Lärmprognoseberechnung im Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen, NVwZ 2021, S. 1590 (1593).

[318] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (587).

[319] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (587).

[320] Die Zusatzbelastung einer Anlage, deren Beurteilungspegel 6 dB(A) unter dem maßgeblichen Immissionsrichtwert liegt, führt in der Regel nur zu einer Erhöhung des Geräuschniveaus um max. 1 dB(A). Eine derartige Erhöhung des Geräuschniveaus ist aber subjektiv nicht wahrnehmbar und wird daher als nicht relevant angesehen (siehe hierzu etwa *Feldhaus/Tegeder,* TA Lärm, 2014, Nr. 3.2.1 Rn. 26 f.).

über 12 bis hin zu 15 dB(A) reichen[321]. Auch an dieser Stelle würde folglich Bedarf für eine gesetzgeberische Entscheidung bestehen, um die Rechtssicherheit zu erhöhen.

[321] Siehe näher zu dieser Thematik etwa *Agatz,* Windenergie-Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 124 ff.; *Falke,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 259 ff.; siehe auch VG Minden, Urt. v. 15.08.2018 – 11 K 396/17, juris Rn. 78 ff.

D. Verbesserungen bei Verfahren und Rechtsschutz

Für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen an Land bedarf es als sogenannte Eröffnungskontrolle grundsätzlich einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (§ 4 Abs. 1 BImSchG i. V. m. der 4. BImSchV[322]). In der aktuellen Diskussion finden sich viele Vorschläge, die auf eine Verbesserung verfahrensrechtlicher Rahmenbedingungen abzielen. So wird zuweilen erwogen, sich im Sinne eines grundlegenden Systemwechsels vom bisherigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen gänzlich oder partiell zu lösen und damit ein windenergiespezifisches Genehmigungsverfahren zu schaffen (siehe hierzu unter I.).

Allerdings hat bereits die 2005 erfolgte Umstellung vom früheren Baugenehmigungsverfahren auf das immissionsschutzrechtliche Verfahren gezeigt, dass eine derartige Umstellung mit nicht unerheblichen Problemen und Umbrüchen einhergehen kann. Bis sich gewisse Standards und einheitliche Mechanismen für das neue Verfahren entwickelt und etabliert haben, kann eine (zu) lange Zeitspanne vergehen, die darüber hinaus von einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit geprägt ist. Entscheidend ist zudem weniger, welches Verfahren am Ende durchgeführt wird, sondern wie dieses ausgestaltet ist. Auch im bisherigen Verfahren finden sich Beschleunigungsmöglichkeiten bei verschiedenen Verfahrenselementen. Hier werden etwa strengere Fristenregelungen, eine Zentralisierung der Behördenzuständigkeit oder eine Straffung der Behördenbeteiligung diskutiert. Bevor der Gesetzgeber daher zu einem Systemwechsel greift, sollte er die vielfältigen Vereinfachungs- und Beschleunigungsmöglichkeiten im bestehenden System ausgeschöpft haben. Daneben werden auch im Umgang mit Typwechseln und der Änderung von Nebenbestimmungen Optimierungspotenziale gesehen (siehe zu alldem unter II.).

In bestimmten Fällen kann eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) als unselbstständiger Teil des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens erforderlich sein. Aktuelle Vorschläge in diesem Bereich zielen vor allem auf mehr Rechtssicherheit bei der Frage, ob eine UVP durchzuführen ist (siehe hierzu unter III.).

Zuletzt werden auch für den Bereich des Rechtsschutzes verschiedene Anpassungsmöglichkeiten diskutiert. Bei der Beschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Windenergievorhaben bestehen allerdings auf Grund von Vorgaben des höherrangigen Rechts allenfalls geringe gesetzgeberische Spielräume. Für etwaige Erweiterungen des Rechtsschutzes zur Stärkung des Windenergieausbaus gilt das dagegen nicht (siehe hierzu unter IV.).

Insgesamt können Anpassungen im Bereich des Zulassungs- und der Rechtsschutzverfahren durchaus einen gewissen Beitrag zur Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie beitragen. Das jeweilige Verfahren bildet aber lediglich die Hülle für das maßgebliche Prüfprogramm. Die wesentlich wirksamere Stellschraube bildet daher die Schaffung klarer und rechtsverbindlicher Maßstäbe und Standards für die Prüfung der materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen im Rahmen dieses Prüfprogramms. Von deren rechtssicheren, zügigen und planbaren Prüfung profitieren sowohl Zulassungs- als auch Gerichtsverfahren.

Zuletzt kann selbstverständlich auch eine stärkere und effizient umgesetzte Digitalisierung Verbesserungen sowohl für behördliche als auch für gerichtliche Verfahren bringen[323]. Zudem ist eine ausreichend personelle Ausstattung von Behörden, Gerichten und weiteren relevanten Institutionen unabdingbare Voraussetzung für eine Beschleunigung der Verfahren.

[322] Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2017 (BGBl. I S. 1440), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 12. Januar 2021 (BGBl. I S. 69) geändert worden ist.

[323] Vgl. BT-Drs. 19/18965, S. 10.

I. Systemwechsel beim Verfahren („Windenergie-an-Land-Gesetz“)

Windenergieanlagen weisen gewisse Besonderheiten im Vergleich zu anderen, nach dem BImSchG genehmigungsbedürftigen Anlagen auf. Sie müssen aufgrund des hohen Bedarfs und der – im Vergleich zur konventionellen Stromerzeugung – kleineren Erzeugungseinheiten an sehr vielen und sehr verschiedenen Standorten im Bundesgebiet errichtet und betrieben werden. Ein Entstehen vieler verschiedener Konflikte ist daher vorprogrammiert und bedarf der stärker übergeordneten Bewältigung, da es sich bei Windenergieanlagen um die Träger der Energiewende handelt[324]. Den Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen sind zudem regelmäßig Prozesse zur Raum- und Flächenplanung vorgelagert und ein EEG-Ausschreibungsverfahren nachgelagert[325].

Der Gesetzgeber hat grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Verfahrens, nach dem bestimmte Vorhaben zugelassen werden sollen[326]. Folglich wird über spezifische Zulassungsverfahren für die Genehmigung von Windenergieanlagen sowie weitere grundlegende Anpassungen diskutiert, mit denen den Besonderheiten der Windenergie besser Rechnung getragen werden soll. Mit unterschiedlichem Inhalt wird dies auch unter dem Stichwort „Windenergie-an-Land-Gesetz“ diskutiert[327].

Kernaussagen

- Ein bloßer Systemwechsel beim Verfahren löst eigentliche Probleme nicht, birgt aber die Gefahr, zunächst zusätzlichen Aufwand sowie Rechtsunsicherheit und somit Verzögerungen zu verursachen.
- Es sollten daher (zunächst) die Optimierungspotenziale im bestehenden System gehoben werden

1. Eigenes Windenergie-Genehmigungsverfahren

Die Schaffung eines spezifischen Zulassungsverfahrens für Windenergieanlagen an Land wird – angelehnt an das Windenergie-auf-See-Gesetz[328] – meist unter dem Stichwort „Windenergie-an-Land-Gesetz“ diskutiert. So wird in einem diesbezüglichen Vorschlag in Grundsätzen auf das bisherige immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren verwiesen, dieses aber durch spezielle Regelungen für Windenergieanlagen angepasst[329]. Vorgesehen sind etwa feste Höchstfristen für einzelne Verfahrensschritte (§ 8 Abs. 1, 2 WindLandG-E) sowie eine Fiktion der Genehmigung bei Ablauf der für das Genehmigungsverfahren vorgesehen Höchstfrist (§ 8 Abs. 3 WindLandG-E). Daneben sollen die Voraussetzungen nach dem Artenschutz-, dem Bauplanungs-, dem Luftverkehrs-, dem Wasser- und dem Denkmalschutzrecht außerhalb des eigentlichen Genehmigungsverfahrens im Rahmen der Festsetzung eines sogenannten Windparkgebietes vorgelagert geprüft und rechtsverbindlich festgestellt werden (§ 4 Abs. 3 WindLandG-E).

Mit Letzterem soll eine Art kumulative Genehmigung bzw. ein „kumulativer Genehmigungstatbestand“ geschaffen werden (§ 4 Abs. 3 WindLandG-E)[330]. Als Grundlage

[324] Stellvertretend unter vielen jüngst *Göke/Kemfert/Kendziorki/von Hirschhausen,* 100 Prozent erneuerbare Energien für Deutschland: Koordinierte Ausbauplanung notwendig, in: DIW Wochenbericht 2021, Nr. 29 + 30, 2021, S. 509 f.

[325] Vgl. dazu *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, 2020, S. 11.

[326] *Scherer-Leydecker*, Die Konzentrationswirkung bei der Zulassung raumbedeutsamer Vorhaben und umweltrelevanter Anlagen, DVBl 2015, S. 816.

[327] Vgl. etwa *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 10; *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, 2020, S. 3, 18, 22 f.

[328] Windenergie-auf-See-Gesetz vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2258, 2310), das zuletzt durch Artikel 12a des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 3026) geändert worden ist.

[329] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021. Die folgenden Ausführungen basieren auf diesem Vorschlag.

[330] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 14.

zur Vorbereitung und Teilprüfung der Genehmigung von Windenergieanlagen sollen auf Antrag sogenannte Windparkgebiete festgesetzt werden können (§ 4 Abs. 1 WindLandG-E). Diese Festlegung bezieht sich dabei auf eine bestimmte Fläche und auf eine bestimmte Anzahl an Windenergieanlagen mit einer beantragten maximalen Höhe, die zueinander einen Abstand der dreifachen möglichen Gesamthöhe haben müssen (§ 4 Abs. 2 WindLandG-E). Im Verfahren über die Festsetzung eines Windparkgebietes sollen bestimmte Genehmigungsvoraussetzungen gebündelt für ein bestimmtes Gebiet geprüft werden. Diese Prüfung wiederum soll eine feststellende und bindende Wirkung für spätere Genehmigungsverfahren von konkreten Windenergieanlagen haben, die in dem betreffenden Gebiet errichtet werden sollen (§ 5 Abs. 1 S. 3 WindLandG-E). Mit anderen Worten: Im Rahmen der späteren Zulassung der konkreten Windenergieanlagen sind nur noch solche Genehmigungsvoraussetzungen zu prüfen, die nicht bereits im Rahmen der Festsetzung des Windparkgebietes geprüft wurden[331].

Der Vorschlag erinnert zum einen an die Überlegung einer abschließenden Prüfung einzelner Belange bereits auf Ebene der Flächenplanung[332]. Auf Ebene der Genehmigung hätte man betreffende Belange dann nicht mehr zu prüfen bzw. es stünde fest, dass sie dem Vorhaben nicht entgegenstehen (vgl. § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB). Abgesehen davon, dass eine derart abschließende Prüfung auf Ebene der Planung meist daran scheitert, dass eine solche Prüfung ohne Daten über die konkret zu errichtenden Anlagen nicht in ausreichendem Maße erfolgen kann[333], ist die vorgeschlagene Festsetzung eines Windparkgebiets ausdrücklich nicht als Planungsentscheidung gedacht[334].

Der Gedanke der bindenden Feststellung einzelner materiell-rechtlicher Aspekte vor der eigentlichen Genehmigung erinnert auf der anderen Seite an die rechtlichen Wirkungen eines Vorbescheids (§ 9 BImSchG)[335]. Ein Vorbescheid bezieht sich allerdings bereits auf eine konkrete Anlage und deren Vereinbarkeit mit einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen; nicht dagegen auf hypothetische Anlagen in einem bestimmten Flächenareal. Zudem erfordert ein Vorbescheid ein berechtigtes Interesse.

Ein Wegfall der Prüfung bzw. eine Art Fiktion des Nichtentgegenstehens bestimmter materiell-rechtlicher Vorgaben[336] durch die vorgesehene Abschichtung, dürfte zu einer nicht unwesentlichen Beschleunigung des eigentlichen Zulassungsverfahrens einer Windenergieanlage führen. Auch die tatsächliche Ausnutzung flächenplanerisch ausgewiesener Konzentrationszonen könnte dadurch womöglich besser gewährleistet sein. Vor dem Hintergrund einer möglichst optimalen Ausnutzung der Gebiete erscheint dagegen die pauschale Abstandsvorgabe für die Anlagen zueinander (dreifache maximale Anlagenhöhe) kontraproduktiv, da in der Praxis im Einzelfall durchaus erheblich geringere Abstände ausreichen können.

Bei der Umsetzung eines solchen Systems wäre sodann zum einen zu berücksichtigen, dass die notwendigen Prüfungen ein Stück weit nur verlagert bzw. auf zwei Prozesse aufgeteilt werden. Zur Erreichung des Beschleunigungseffekts muss dem Genehmigungsverfahren dann zwingend die Prüfung und Festlegung eines Windparkgebiets vorausgehen. Infolgedessen könnten sich auch die Rechtsschutzmöglichkeiten auf beide Prozesse ausweiten. Nach aktueller Rechtslage ist ein solch vorgeschalteter Prozess – insbesondere wegen der Außenbereichsprivilegierung – jedenfalls nicht notwendig. Zum anderen müsste näher geklärt werden, ob und wie eine abschließende Prüfung materiell-rechtlicher Belange bereits im Rahmen der Festsetzung eines Windparkgebiets erfolgen kann, ohne dass die konkreten Konfigurationen der

[331] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 12.

[332] Siehe hierzu bereits unter B. II.

[333] Vgl. *Dürr*, in: Brügelmann, BauGB, 115 Lfg. 2020, § 35 Rn. 230.

[334] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 11.

[335] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 14 („ähnlich eines Vorbescheides").

[336] § 5 Abs. 1 S. 3 WindLandG-E deutet auf eine Fiktion hin („...stehen öffentlich-rechtliche Vorschriften ... nicht entgegen."). In der Begründung ist dagegen die Rede von einer Beschränkung der Zulassungsprüfung.

später zu genehmigenden Anlagen bekannt sind. Auch das europäische Umweltrecht setzt bei seinen Prüfpflichten meist erst an den konkret beeinträchtigenden Vorhaben und Maßnahmen bzw. deren Zulassung an (z. B. Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, Art. 2 und 4 UVP-RL[337]). Das Windparkgebiet selbst hätte jedoch keine Zulassungswirkung für ein bestimmtes Projekt oder eine Handlung, sondern soll die spätere Zulassung lediglich in bestimmten Punkten binden. Zudem wäre der zeitliche Verzug zwischen der Festlegung des Windparkgebiets und der anschließenden Genehmigung einer Anlage und die damit zusammenhängende Frage der Datenaktualität zu berücksichtigen[338]. Vor diesem Hintergrund dürften wohl hohe Anforderungen gelten, um wesentliche Elemente der Prüfung „vor die Klammer ziehen“ zu können.

2. Planfeststellungsverfahren

Neben einem eigenen Genehmigungsverfahren wird auch erwogen, ein Planfeststellungsverfahren für die Zulassung von Windenergieanlagen einzuführen[339]. Das Planfeststellungsverfahren stellt eine Eröffnungskontrolle wie auch das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren dar. Beide Instrumente sind nicht unähnlich, zumal sich die immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Planfeststellung angenähert hat[340]. Dennoch gibt es teils erhebliche strukturelle Unterschiede, da für die Planfeststellung die fachplanerischen Anforderungen gelten (z. B. Erfordernis der Planrechtfertigung, Alternativenprüfung), aber auch gewisse Privilegien (insbesondere die Konzentrationswirkung nach § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwVfG[341], das Fachplanungsprivileg nach § 38 BauGB und ggf. auch eine enteignungsrechtliche Vorwirkung)[342].

Einer Planfeststellung sind häufig wichtige, raumbedeutsame Infrastrukturvorhaben unterworfen (z. B. Autobahnen, Stromleitungen, Gewässerausbaumaßnahmen)[343]. Da diese Anlagen ihre Umgebung in der Regel erheblich verändern und (um-)gestalten, ist das Planfeststellungsverfahren als spezielles Zulassungsverfahren mit Doppelnatur ausgestaltet: es ist gleichzeitig Planungs- und Zulassungsentscheidung (sogenannte Fachplanung)[344]. Das Vorhaben wird dadurch nicht nur öffentlich-rechtlich zugelassen, sondern zugleich auch das hierfür notwendige Planungsrecht geschaffen (verbindliche Raumnutzungsentscheidung)[345]. Es wird damit nicht mehr an den bauplanungsrechtlichen Vorgaben, etwa dem § 35 BauGB, gemessen

[337] Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EU Nr. L 26 v. 28.01.2012, S. 1.

[338] So forderte der EuGH etwa im Bereich des Gebietsschutzes ausdrücklich eine Heranziehung der „aktuellsten wissenschaftlichen Daten“ (EuGH, Urt. v. 28.06.2007 – C-235,04, Leitsatz 2 sowie Rn. 24). In Bezug auf Vögel werden Daten regelmäßig nach fünf Jahren nicht mehr als aktuell angesehen, insbesondere bei nicht standorttreuen Arten kann der Zeitraum wohl auch kürzer sein, siehe hierzu etwa kürzlich *Trautner/Mayer,* Veralten faunistische Daten und Bewertungen nach 5 Jahren – und sind sie bis dahin aktuell genug?, NuR 2021, S. 315.

[339] *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, 2020, S. 17 f. und 31 f.; *Kümper,* Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056; *Kümper,* Integrative Steuerung in der Energie- und Verkehrswende durch städtebauliche Instrumente: Stand und Fortentwicklung, ZUR 2021, S. 33 (35 ff.).

[340] *Fehling,* in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 8 Rn. 3; *Saurer*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, DVBl 2012, S. 1082 (1083 m. w. N); vgl. auch *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, 2020, S. 18.

[341] Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154) geändert worden ist.

[342] *Hermes/Pöcker*, Die neue Fachplanung für Leitungsvorhaben, RdE 2002, S. 85 (86).

[343] Vgl. *Kohls*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Bd. 4, 86. EL. 2015, AnlZulR Rn. 144. Das gilt aber teils auch für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, der etwa die Bereiche „Wärmeerzeugung, Bergbau und Energie“ oder „Verwertung und Beseitigung von Abfällen und sonstigen Stoffen“ unterliegen (siehe Anhang 1 der 4. BImSchV).

[344] BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075/04, juris Rn. 466; *Kohls*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Bd. 4, 86. EL. 2015, AnlZulR Rn. 144.

[345] BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 C 12/05, juris Rn. 47; *Beckmann*, in: Erbguth/Kluth, Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, 2012, S. 123 (124 f.) mit dem Hinweis, dass der planerische Anteil der Planfeststellung in Abhängigkeit von der jeweiligen fachgesetzlichen Ausgestaltung sehr unterschiedlich ausfallen kann.

(§ 38 BauGB)[346]. Diese integrierte Raumnutzungsentscheidung wird als wichtiger Vorteil angesehen[347].

Die Planfeststellung gilt daher einerseits als besonders geeignet, komplexe Vorhaben, deren Verwirklichung unterschiedliche Interessen und Belange berührt, zu planen und zuzulassen[348]. Andererseits hat die Planfeststellung als sehr umfangreiches Zulassungsverfahren den Ruf, im Vergleich zu anderen Zulassungsverfahren (wie der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung) noch fehler- und rechtsmittelanfälliger und mit einer langen Verfahrensdauer und einem sehr hohen Verfahrensaufwand verbunden zu sein[349]. Hier muss nämlich zusätzlich eine Bedarfsprüfung im Sinne der Planrechtfertigung[350] und eine Alternativenprüfung erfolgen[351]. Beides ist bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht der Fall[352]. Die Attribute Schnelligkeit und Einfachheit werden mit einer Planfeststellung daher eher nicht verbunden[353].

Anders als bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, bei der der Antragsteller einen Anspruch auf Genehmigung hat (wenn seinem Vorhaben gemäß § 6 Abs. 1 BImSchG keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen)[354], steht der Planfeststellungsbehörde zudem in der Regel ein Planungsermessen und damit ein planerischer Gestaltungsspielraum zu[355]. Der Vorhabenträger hat daher grundsätzlich keinen Anspruch auf Zulassung seines Vorhabens, selbst wenn das Vorhaben mit den rechtlichen Anforderungen im Übrigen übereinstimmt[356]. Er hat letztlich nur einen Anspruch auf Überprüfung dahingehend, ob das Planungsermessen fehlerfrei ausgeübt wurde[357], d. h. ob die abwägungserheblichen Gesichtspunkte rechtlich und tatsächlich zutreffend bestimmt wurden und ob – auf der Grundlage des derart zutreffend ermittelten Abwägungsmaterials – die Abwägungsgrenzen eingehalten wurden. Dabei kann die Behörde zwar entgegenstehende Belange im Rahmen der Abwägung überwinden. Das gilt jedoch nicht für das sogenannte strikte Recht, das der Abwägung gar nicht unterliegt. Hierzu gehört die Vielzahl an strikten Ge- und Verboten im Fachrecht, sei es das Habitatschutzrecht (§ 34 BNatSchG), das besondere Artenschutzrecht (§ 44 BNatSchG) oder die strikten Vorgaben aus dem Immissionsschutzrecht, dem Wasserrecht oder dem Luftverkehrsrecht[358]. Hier hätte eine Planfeststellung keine „Vorteile“ gegenüber der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.

Die Ausführungen gelten gleichermaßen für das Instrument der Plangenehmigung, die quasi ein schlankeres Planfeststellungsverfahren für „einfach gelagerte Fälle“ ohne UVP und ohne Öffentlichkeitsbeteiligung

[346] Hierauf abstellend *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, 2020, S. 17. Die Bindung an die Vorgaben der Raumordnung bleibt davon aber unberührt (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ROG).

[347] Siehe *Kümper,* Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056 (1061 f.).

[348] *Beckmann*, in: Erbguth/Kluth, Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, 2012, S. 123 (124 m. w. N.).

[349] *Beckmann*, in: Erbguth/Kluth, Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, 2012, S. 123 (125 m. w. N.); a. A. *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, 2020, S. 18, nach deren Einschätzung das Planfeststellungsverfahren nicht unbedingt komplexer als BImSchG-Genehmigungsverfahren seien.

[350] BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 C 12/05, juris Rn. 45, 47; BVerwG, Urt. v. 09.11.2006 – 4 A 2001/06, juris Rn. 33; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 74 Rn. 33.

[351] Vgl. *Hagmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 78. EL 2015, § 21 UVPG Rn. 20. Siehe zu den Planungsalternativen bei der Planfeststellung *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 74 Rn. 125 ff.; *Kohls*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Bd. 4, 86. EL. 2015, AnlZulR Rn. 155 ff.

[352] So in Bezug auf eine Alternativenprüfung etwa: VGH München, Beschl. v. 17.01.2002 – 22 ZB 01.1782, juris Rn. 2; *Jarass*, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 6 Rn. 47. Die Prüfung von Alternativen kann sich allenfalls aus dem zu prüfenden Fachrecht ergeben, z. B. bei Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme (§ 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG), hierzu etwa *Sailer*, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (213 f.).

[353] Ablehnend für den Windenergieausbau daher etwa *Akademie für Raumentwicklung in der Leibniz-Gemeinschaft (ARL)*, Stellungnahme des Präsidiums der ARL zur Forderung nach einem Fachrecht für Windenergieanlagen vom 06.10.2020, S. 1.

[354] BVerwGE 97, 143 (148); *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 6 Rn. 45 f. auch mit Hinweis auf gewisse Spielräume.

[355] BVerwGE 48, 56 (59). Es gibt aber auch Ausnahmen hiervon, wie etwa die atom- oder die bergrechtliche Planfeststellung, *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 72 Rn. 11.

[356] BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075/04, juris Rn. 466.

[357] BVerwG, Urt. v. 24.11.1994 – 7 C 25/93, juris Rn. 22.

[358] Vgl. *Wysk*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 74 Rn. 63, 69 ff.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 74 Rn. 141 ff.

darstellt[359], jedoch in den dargestellten Wesensmerkmalen der Planfeststellung entspricht (vgl. § 74 Abs. 6 VwVfG)[360].

II. Anpassungen im derzeitigen Verfahren

Zur Hebung des Vereinfachungs- und Beschleunigungspotenzials im derzeitigen Verfahren werden verschiedene Ansätze diskutiert. Solche Maßnahmen sollten jedenfalls vor einem gänzlichen Systemwechsel ergriffen werden.

Kernaussagen

- Das derzeitige Verfahren bietet verschiedene Ansätze zur Optimierung, wie z. B.
  - Strengere Ausgestaltung von Fristenregelungen (z. B. Beschränkung der Verlängerungsmöglichkeiten, Folgen eines Fristablaufs vorsehen)
  - Straffung der Behördenbeteiligung
  - Verbesserter Umgang mit Typwechseln
- Auch der Zeitraum im Vorfeld der Antragstellung sollte für Optimierungen in Betracht gezogen werden.
- Diskutiert werden zudem weitere Ansätze, wie etwa
  - eine stärkere Zentralisierung (Hochzonung) und Ausweitung (Bündelung) der Behördenzuständigkeit zur Genehmigung
  - eine Weiterentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung
  - eine Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Änderung von Nebenbestimmungen.

1. Behördenzuständigkeit und Konzentrationswirkung

Die Zuständigkeit für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung von Windenergieanlagen ist in den jeweiligen Bundesländern auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelt. So sind etwa in Baden-Württemberg hierfür die Landratsämter und kreisfreien Städte als untere Verwaltungsbehörden zuständig, in Hessen die Regierungspräsidien als mittlere Verwaltungsbehörden und in Schleswig-Holstein das Landesamt für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume als Landesoberbehörde.

Zuweilen verspricht man sich von einer zentraleren Struktur der Genehmigungsbehörden (bis hin zu einer zentralen Behörde pro Bundesland) eine Beschleunigung und effizientere sowie einheitlichere Durchführung des Verfahrens sowie eine Bündelung von Fachwissen[361]. Es liegt durchaus nahe, dass einer derartigen, sogenannten Hochzonung ein gewisses Verbesserungspotential zukommt, wenn dadurch eine Konzentration von Erfahrung und Fachwissen an einer oder wenigen zentralen Stellen erfolgt. Diese Wirkungen können sich natürlich nur dann gänzlich entfalten, wenn die (neu) zuständigen Behörden auch personell entsprechend ausgestattet sind (quantitativ wie qualitativ). Andernfalls besteht gerade die Gefahr eines Verfahrensstaus dadurch, dass sich die Verfahren nicht mehr auf mehrere Stellen verteilen, sondern konzentrieren[362]. Als Kehrseite einer Zentralisierung kann der Bezug der Behörde zu den örtlichen Gegebenheiten und damit auch zum konkreten Standort abnehmen. Das mag zwar die Objektivität behördlicher Entscheidungen erhöhen können und somit wiederum einen gewissen Gewinn bringen. Spezifische Ortskenntnisse können aber etwa im Bereich des Artenschutzrechts durchaus auch von Vorteil sein.

Statt oder auch in Kombination mit einer Hochzonung könnte auch erwogen

[359] Dies entspricht in etwa dem vereinfachten Verfahren nach dem BImSchG.

[360] Vgl. BT-Drs. 13/3995, S. 10; BT-Drs.13/1445, S. 7; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 74 Rn. 222 ff.

[361] Siehe etwa *Krüger/Habeck/Krischer,* Maßnahmenvorschläge zur Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land, 2020, S. 2 *BMWi,* Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, 2019, Maßnahme Nr. 8 („Einrichtung einer zentralen Genehmigungsbehörde pro Bundesland"); siehe auch die in Rheinland-Pfalz geplante „Hochzonung" (Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Zukunftsvertrag Rheinland-Pfalz – 2021 bis 2026, S. 28).

[362] Vgl. *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 30.

werden, innerhalb von Genehmigungsbehörden spezielle Abteilungen zu schaffen, die sich ausschließlich oder zumindest vorrangig mit der Genehmigung von EE-Anlagen befassen. Vorhandenes Personal würde so nicht durch die Genehmigung anderer Anlagen gebunden werden.

In rechtlicher Hinsicht wären entsprechende Regelungen durch den Bundesgesetzgeber grundsätzlich möglich. Die eigentliche Gesetzgebungszuständigkeit für die Einrichtung von Behörden liegt zwar in der Kompetenz der Bundesländer (Organisationsgewalt, Art. 30, 84 Abs. 1 S. 1 GG)[363]. Dem Bund steht hier aber ebenfalls eine Gesetzgebungskompetenz (konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Organisationsgewalt) zu (Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG)[364]. Er könnte daher im BImSchG grundsätzlich auch eigene Vorgaben für die Behördenzuständigkeit machen und damit von den Regelungen der Länder abweichen (Art. 84 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GG). Ein solches Bundesgesetz bedürfte auch nicht der Zustimmung des Bundesrates (Art. 78 Var. 1, Art. 77 Abs. 2a GG)[365], da es bei der Frage der Behördenzuständigkeit um „die Einrichtung der Behörden“ und nicht um „das Verwaltungsverfahren“ geht[366].

Zu beachten ist aber, dass dieser Kompetenz des Bundes wiederum die Abweichungskompetenz der Bundesländer gegenübersteht. So könnten die Länder von einer entsprechenden Bundesregelung ihrerseits wieder abweichende Regelungen treffen und damit vor allem auch bei ihrer bisherigen Zuständigkeitsverteilung bleiben bzw. zu dieser zurückkehren (Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG). Würde der Bund dann erneut hiervon abweichen wollen, würde für dieses Gesetz wiederum eine Karenzzeit von 6 Monaten gelten, d. h. die bundesgesetzliche Regelung würde dann frühestens sechs Monate nach ihrer Verkündung in Kraft treten, um den Ländern ihrerseits wieder eine zeitnahe Abweichung zu ermöglichen (Art. 84 Abs. 1 S. 3 GG)[367]. Dies kann folglich zu einer Art Ping-Pong-Spiel zwischen dem Bund und den Bundesländern führen[368].

Im Hinblick auf Überlegungen, die Zuständigkeit der Genehmigungsbehörde einheitlich auch auf weitere Zulassungen auszuweiten (etwa für eine ggf. notwendige Gewässerbenutzung oder die Zuwegung zur Anlage)[369], würde dies zwar zu einer weiteren Bündelung führen. Allerdings würde dadurch auch das Prüfprogramm ausgeweitet werden. Zudem kann es in der Praxis durchaus von erheblichem Vorteil sein, wenn verschiedene Verfahren parallel vorangebracht werden können und Verzögerungen des einen Zulassungsverfahrens das andere nicht tangieren. Daher wäre allenfalls an eine antragsgebundene Erweiterungsmöglichkeit zu denken.

2. Vorphase und Antragstellung

Bereits im Vorfeld der Antragstellung gibt es in der Regel einen intensiven Austausch zwischen dem potenziellen Antragsteller und der Genehmigungsbehörde. Dieser frühe Austausch zielt insbesondere auf eine möglichst gute Kooperation und Verfahrensbeschleunigung ab[370] und liegt somit grundsätzlich in beiderseitigem Interesse. Diese Vorphase ist rechtlich nur grob konturiert, insbesondere durch Vorgaben in der Verordnung über das

[363] Allg. *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 2; *Kirchof,* in: Maunz/Dürig, GG, 93. EL 2020, Art. 84 Rn. 58.

[364] Allg. *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Art. 84 Rn. 4. Eine Verwaltungskompetenz in Form einer Einzelweisungskompetenz gemäß Art. 84 Abs. 5 GG ist hier nicht gegeben.

[365] Einer Zustimmung des Bundesrates bedürfte es nur, wenn eine Vorschrift des Grundgesetzes ausdrücklich darauf abstellt („Enumerationsprinzip“, vgl. BVerfGE 108, 370 (397)). Für Bundesgesetze, die nach Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG auch die Einrichtung von Behörden regeln, ist im GG kein Zustimmungserfordernis vorgesehen, weil die Länder ihrerseits vom Bundesgesetz abweichende Regelungen treffen können (Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG).

[366] Allg. hierzu *Kment,* in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 19 ff.

[367] Siehe hierzu *Kirchhof,* in: Maunz/Dürig, GG, 93. EL 2020, Art. 84 Rn. 110.

[368] Siehe hierzu etwa *Kirchhof,* in: Maunz/Dürig, GG, 93. EL 2020, Art. 84 Rn. 69.

[369] Rechtlicher Anknüpfungspunkt hierfür wäre die aktuelle Reichweite der Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) und des Anlagenbegriffs (Nr. 1.6 der 4. BImSchV).

[370] Ausdruck des Kooperationsprinzips, siehe *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 10 Rn. 21; *Bräker,* Beschleunigung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, I + E 2014, S. 154 (158) („Antragskonferenz“); *Czajka,* in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, 87. EL 1999, § 2 der 9. BImSchV Rn. 16.

Genehmigungsverfahren (9. BImSchV)[371]. So soll die Genehmigungsbehörde den Vorhabenträger im Hinblick auf die Antragstellung beraten und mit ihm den zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens sowie sonstige für die Durchführung dieses Verfahrens erhebliche Fragen erörtern, sobald dieser die Behörde über das geplante Vorhaben unterrichtet (§ 2 Abs. 2 der 9. BImSchV). Die Formulierung als „soll"-Vorgabe hat zur Folge, dass der Vorhabenträger nach herrschender Meinung keinen einklagbaren Anspruch auf Beratung hat, aber zumindest auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Durchführung einer solchen[372]. Anders ist das in Fällen, in denen eine UVP erforderlich ist. Infolge eines entsprechenden Antrags[373] besteht hier eine echte und einklagbare Pflicht der Genehmigungsbehörde zu Unterrichtung und Beratung (§ 2a Abs. 1 der 9. BImSchV)[374].

Mit dem Ziel der Vereinfachung und Beschleunigung sowie im Sinne eines ganzheitlichen Ansatzes (Gesamtkonzept) sollte der Gesetzgeber auch Optimierungspotenziale in dieser Vorphase ausschöpfen, ohne dabei notwendige Flexibilitäten zu beschränken[375]. Viele Angelegenheiten können auf dieser Ebene bereits gelöst oder zumindest derart geordnet und aufbereitet werden, dass sie sich nicht als Probleme durch das weitere Verfahren ziehen und zu Verzögerungen führen. Auch sollte sichergestellt werden, dass Vorhabenträger diese – gewissermaßen vor-verfahrensrechtlichen Ansprüche – auch effektiv geltend machen und einfordern können[376]. Das gilt ebenso für die sich anschließende Antragstellung und die hieran anknüpfenden Pflichten der Genehmigungsbehörde. So hat die Behörde den Eingang des Antrags und der Unterlagen unverzüglich zu bestätigen (§ 6 der 9. BImSchV)[377]. Ebenfalls unverzüglich, in der Regel innerhalb eines Monats, hat sie den Antrag auf Vollständigkeit zu überprüfen, den Antragsteller ggf. zur Ergänzung aufzufordern und mögliche Teilprüfungen auch schon vor Vorlage vollständiger Unterlagen durchzuführen (§ 7 Abs. 1 der 9. BImSchV). Die Genehmigungsbehörde unterliegt hier somit bereits durchaus einigen rechtlichen Vorgaben. Dennoch fehlen dem Vorhabenträger effektive Mittel zur zeitnahen Einforderung und Durchsetzung bestimmter Vorgaben. So kann etwa auch eine – aus der Sicht des Antragstellers – unberechtigte Nachforderung von Unterlagen als behördliche Verfahrenshandlung nicht isoliert, sondern erst mit einem Rechtsbehelf gegen die Sachentscheidung (hier Ablehnung des Antrags wegen Unvollständigkeit) angegriffen werden[378].

Generell kann sich in der Vorphase und auch danach ein stärkerer Einsatz von Projektmanagern (außerhalb der Behörde stehende unparteiische Dritte[379]) o. ä. anbieten[380]. Deren Rolle ist in Bezug auf die Zulassung immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen nur rudimentär geregelt (§ 2 Abs. 2 S. 3 Nr. 5 der 9.

[371] Verordnung über das Genehmigungsverfahren in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Mai 1992 (BGBl. I S. 1001), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 11. November 2020 (BGBl. I S. 2428) geändert worden ist. Siehe daneben etwa auch § 15 UVPG, der aber gemäß § 1 Abs. 4 UVPG hinter § 2a der 9. BImSchV zurücktrete (so *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 2a der 9. BImSchV Rn. 3).

[372] *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 10 Rn. 21, unter Verweis auf BR-Drs. 526/76, S. 3; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 2 der 9. BImSchV Rn. 8; *Wasielewski,* in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 10 Rn. 107; a. A. vgl. *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 25 Rn. 23 („eher konstruiert wirkender Fall").

[373] Daneben kann die Behörde auch auf Grund eigener Zweckmäßigkeitserwägungen tätig werden (§ 2a Abs. 1 der 9. BImSchV).

[374] *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 2a der 9. BImSchV Rn. 4a; *Schack,* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 59. Edition 2021, § 10 BImSchG Rn. 5; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 10 Rn. 24.

[375] Siehe auch *dena*, Versäumnisse ausräume, Blockaden lösen, Im-pulse setzen, 2021, S. 14.

[376] Es geht darum, Rechte, aber keine Pflichten für Vorhabenträger zu schaffen.

[377] Zu diesbezüglichen Rechtsbehelfsfragen *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 6 der 9. BImSchV Rn 5a.

[378] So *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 10 BImSchG Rn. 57.

[379] *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 2 der 9. BImSchV Rn. 17.

[380] *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 12 („Projektmanager klarer definieren"); *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 8, 19 („Projektmanager einsetzen und Leitlinien für ihre Beauftragung schaffen"); siehe auch SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 12.

BImSchV)[381]; es fehlt etwa an klaren Vorgaben zu Beauftragung und Einsatzgebieten[382]. In Bezug auf andere Infrastrukturvorhaben ist das Recht an dieser Stelle bereits weiter[383]. Die Zielrichtung der Vereinfachung und Beschleunigung der Zulassung – sei es punktuell zu Einzelfragen oder generell – darf dabei aber nicht aus den Augen verloren werden[384].

3. Fristenregelungen und Fiktionen

Anders als in Bezug auf die soeben dargestellte Behördenzuständigkeit („Einrichtung der Behörden") obliegt die Regelung des Verwaltungsverfahrens und somit auch der Themenkomplex „Fristenregelungen" im Falle des BImSchG ausschließlich dem Bund (Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG, § 73 BImSchG)[385]. Die zentrale Regelung für den Zeitraum, innerhalb dessen die zuständige Genehmigungsbehörde über einen Genehmigungsantrag zu entscheiden hat (Entscheidungsfrist), enthält § 10 Abs. 6a BImSchG:

> *„[1]Über den Genehmigungsantrag ist nach Eingang des Antrags und der nach Absatz 1 Satz 2 einzureichenden Unterlagen innerhalb einer Frist von sieben Monaten, in vereinfachten Verfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten zu entscheiden. [2]Die zuständige Behörde kann die Frist um jeweils drei Monate verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. [3]…"*

In der Praxis ist man von den geregelten Verfahrensdauern von drei bzw. sieben Monate weit entfernt[386]. Der Regelung des § 10 Abs. 6a BImSchG wird daher nicht selten eine fehlende Steuerungswirkung attestiert[387]. Gründe hierfür sind insbesondere die Anknüpfung des Fristlaufs an die Einreichung vollständiger Antragsunterlagen, die Möglichkeit von Fristverlängerungen und die fehlenden Rechtsfolgen bei einer Fristversäumung.

a) Dauer der Frist

Eine gängige Forderung, um die Steuerungsfähigkeit des § 10 Abs. 6a BImSchG zu erhöhen, ist die gesetzliche Implementierung einer maximalen Dauer des Genehmigungsverfahrens inkl. etwaiger Verlängerungen (z. B. 22 Wochen, unter bestimmten Bedingungen nur 10 oder 8 Wochen)[388]. Derartige Forderungen stehen in Einklang mit der EE-RL, welche in Art. 16 Abs. 4 Höchstfristen für Verfahren zur Zulassung von EE-Anlagen vorgibt[389].

> *„Das Verfahren zur Genehmigungserteilung gemäß Absatz 1 dauert, unbeschadet des Absatzes 7, bei den für Kraftwerke geltenden Verfahren, einschließlich der einschlägigen Verfahren aller zuständigen Behörden, nicht länger als zwei Jahre. Der Zeitraum von zwei Jahren kann jedoch in durch außergewöhnliche Umstände hinreichend begründeten*

[381] Siehe auch § 13 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV: „Sachverständige können darüber hinaus mit Einwilligung des Antragstellers her-angezogen werden, wenn zu erwarten ist, dass hierdurch das Genehmigungsverfahren beschleunigt wird."

[382] Vgl. *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 12; *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 19.

[383] Siehe etwa § 43g EnWG, § 29 NABEG, § 17a AEG, § 17h FStrG, § 14f WaStrG.

[384] Kontraproduktiv wäre es dagegen, wenn durch Einbindung eines Projektmanagers nur weiterer zeitlicher sowie finanzieller Aufwand entsteht.

[385] Das bildet einen Ausnahmefall des Grundsatzes, dass die Länder sowohl die Einrichtung der Behörden als auch das Verwaltungsverfahren regeln, wenn sie Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen (Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG).

[386] 1,5 bzw. 2 Jahre, Tendenz leicht steigend (Fachagentur Windenergie an Land, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, 2015, S. 2 f.).

[387] Vgl. *Helmes,* Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen an Land: Rechtliche und praktische Rahmenbedingungen in Deutschland, 2. Aufl. 2021, S. 24 f.

[388] Etwa *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, § 8 Abs. 1 WindLandG-E; *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 31.

[389] Art. 16 Abs. 4 EE-RL (Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung), ABl. EU Nr. L 328 v. 21.12.2018, S. 82).

Fällen um bis zu einem Jahr verlängert werden.“

Daher wurden für die Wasserkraftnutzung und Erdwärmegewinnung kürzlich etwa Fristen für die wasserrechtliche Erlaubnis und Bewilligung im Wasserhaushaltsgesetz (WHG)[390] entsprechend ausgestaltet (siehe § 11a Abs. 5 WHG). Für das BImSchG hatte der Gesetzgeber angesichts der dort bereits geregelten Fristen insoweit dagegen keinen Umsetzungsbedarf gesehen[391]. Zu beachten ist aber, dass das BImSchG insofern keine absolute Obergrenze enthält, da Fristverlängerungen um jeweils drei Monate theoretisch beliebig oft möglich sind. Man könnte folglich sowohl durch Festlegung einer derartigen maximalen Dauer und/oder einer begrenzten Anzahl möglicher Verlängerungen die aktuelle Fristenregelung – ähnlich wie im WHG – strenger ausgestalten.

b) Beginn der Frist

Auch die Festlegung einer maximalen Frist für die Entscheidung über einen Genehmigungsantrag kann ihre volle Wirkung allerdings nur dann entfalten, wenn insbesondere klar und nachvollziehbar ist, wann der Fristlauf beginnt. Zwar bestimmt das Gesetz den Eingang des Antrags und der nach § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG einzureichenden Unterlagen als Beginn der Entscheidungsfrist. Die Unterlagen müssen hierbei vollständig sein, d. h. die Behörde in die Lage versetzen, sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen (§ 6 BImSchG) überprüfen zu können (detaillierte Vorgaben in §§ 4 ff. der 9. BImSchV)[392]. Die Vollständigkeit der Unterlagen ist somit ein für den Fristlauf wesentliches Element. Die Genehmigungsbehörde hat diese Vollständigkeit „unverzüglich, in der Regel innerhalb eines Monats“ nach Antragseingang zu überprüfen (§ 7 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV)[393] und bei festgestellter Unvollständigkeit Nachforderungen an den Antragsteller zu richten (§ 7 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV). In der Praxis sind mehrfache Nachforderungen aber nicht unüblich[394], sodass bis zum Erreichen der Vollständigkeit bereits einige Zeit vergehen kann bzw. es zu laufenden Nachforderungen kommen kann. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass Vollständigkeit im vorliegenden Sinne dahingehend zu verstehen ist, dass der Antrag ausreichende Angaben enthält, um der Genehmigungsbehörde die Prüfung aller Genehmigungsvoraussetzungen zu ermöglichen[395]. Er muss aus Sicht der Genehmigungsbehörde – nicht etwa etwaiger Fachbehörden[396] – prüffähig, aber gerade nicht genehmigungsfähig sein; ebendies gilt es erst im Anschluss zu prüfen. Eine stringentere Anwendung dieser bereits geltenden Rechtslage könnte wohl bereits so manche Nachforderung unterbinden und somit zur Verfahrensbeschleunigung beitragen. Unabhängig davon ist meist gar nicht nachvollziehbar, wann die fristauslösende Vollständigkeit genau vorliegt[397]. Eine behördliche Vollständigkeitsbestätigung sieht das Gesetz nicht vor, so dass der Antragsteller – mangels entsprechender Verpflichtung – eine solche auch häufig nicht erhält[398]. Praktisch lässt sich die Vollständigkeit damit meist nur konkludent aus bestimmten Verfahrensschritten der Behörde schlussfolgern, die die Vollständigkeit voraussetzen[399].

[390] Wasserhaushaltsgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1699) geändert worden ist.

[391] Siehe BT-Drs. 19/27672, S. 14.

[392] Ausführlicher hierzu etwa *FA Wind,* Vollständigkeit von Genehmigungsunterlagen, 2020.

[393] Siehe hierzu § 6 der 9. BImSchV: „Die Genehmigungsbehörde hat dem Antragsteller den Eingang des Antrags und der Unterlagen unverzüglich schriftlich oder elektronisch zu bestätigen.“

[394] Neben Nachforderungen, die auf das – hier relevante – Erreichen der Vollständigkeit der Antragsunterlagen gerichtet sind, kann eine Behörde grundsätzlich auch Nachforderungen erheben, um alle Umstände zu ermitteln, die für die Beurteilung des Antrags von Bedeutung sind. Liegt Letzteres vor, ist unverzüglich über den Genehmigungsantrag zu entscheiden (siehe § 20 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV).

[395] *Agatz,* Windenergie Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 54 f.; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 10 BImSchG, Rn. 46; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 10 Rn. 31 ff.; vgl. BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 – 4 C 3/19, juris Rn. 26.

[396] Diese können aber an der Entscheidung beteiligt werden (dies als zweckmäßig bezeichnend *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 7 der 9. BImSchV Rn. 6).

[397] Siehe hierzu *FA Wind,* Vollständigkeit von Genehmigungsunterlagen, 2020, S. 15.

[398] Vgl. *FA Wind,* Vollständigkeit von Genehmigungsunterlagen, 2020, S, 8.

[399] Solche sind die Unterrichtung des Antragstellers über die voraussichtlich zu beteiligenden Behörden und den geplanten zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens (§ 7 Abs. 2 der 9. BImSchV) oder – im

Vor diesem Hintergrund wird etwa vorgeschlagen, dass die Behörde dem Antragsteller gegenüber die fristauslösende Vollständigkeit der Unterlagen bestätigen muss. Komme sie dem innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht nach, sei die Vollständigkeit zu fingieren. Das Nachfordern von Unterlagen solle zudem nur einmalig möglich sein[400]. Das geht über die mittlerweile vorgesehene „Soll-Vorgabe" einer einmaligen Mitteilung über zusätzliche erforderliche Unterlagen sowie die Erstellung eines Zeitplans hinaus (§ 10 Abs. 5a Nr. 3 BImSchG) geregelt[401]:

Bei den vorgeschlagenen Maßnahmen, insbesondere der Fiktion der Vollständigkeit und der Beschränkung der Möglichkeit von Nachforderungen, wäre zu berücksichtigen, dass dies zu einer Versagung der Genehmigung[402] oder zumindest zu einem Prüfausfall bestimmter Belange führen könnte[403]. Zudem könnte eine wirksame Öffentlichkeitsbeteiligung behindert werden, wenn in Folge von Einwendungen keine Nachforderungen mehr möglich sind, oder das Verfahren stecken bleiben, wenn sich erst im Laufe der Prüfung weiterer Aufklärungsbedarf ergibt. Für diese Fälle ist die Nachforderung von Unterlagen ein milderes Mittel gegenüber der Ablehnung des Antrags oder der Auferlegung erheblich eingreifender Nebenbestimmungen wegen eines nicht oder unvollständig aufgeklärten Sachverhalts. Ein Prüfausfall erscheint zudem auch im Hinblick auf die Prüfpflichten nach dem europäischen Umweltrecht problematisch[404].

Abgesehen von einer solchen Schärfung der im BImSchG angelegten Anknüpfung an die Vollständigkeit der Antragsunterlagen, könnte erwogen werden, den Lauf der Entscheidungsfrist (im Falle von EE-Anlagen) gänzlich unabhängig von der Vollständigkeit der Antragsunterlagen auszugestalten. So scheint auch nach Art. 16 Abs. 1 S. 4 EE-RL allein der Eingang des Genehmigungsantrages den Anfangspunkt des Verfahrens zu bilden und relevant für den Lauf von Fristen zu sein[405]. Hierfür wären dann ggf. gewisse Mindestanforderungen vorzugeben, die über den bisherigen in § 3 der 9. BImSchV geregelten Antragsinhalt hinausgehen.

c) Rechtsfolgen bei Fristablauf, Fiktionsregelungen

Lässt die Genehmigungsbehörde die Frist verstreichen, ohne dass sie eine Entscheidung getroffen oder die Frist verlängert hat, handelt sie zwar rechtswidrig. Unmittelbare Rechtsfolgen ergeben sich hieraus allerdings nicht. Der Antragsteller hat lediglich die Möglichkeit, sich gerichtlich gegen die Untätigkeit der Behörde zur Wehr zu setzen und auf Verbescheidung seines Antrages zu klagen (sogenannte Untätigkeitsklage). Mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung wird daher etwa vorgeschlagen, dass die beantragte Genehmigung nach erfolglosem Fristablauf in Form einer Fiktion als erteilt gilt[406]. Teilweise erfolgt dabei eine Einschränkung auf Fälle ohne Öffentlichkeitsbeteiligung, um dieses Institut nicht zu umgehen[407].

Zwar sind Fiktionsregelungen dem Zulassungsrecht in manchen Bereichen nicht fremd (etwa bei der Baugenehmigung von

förmlichen Verfahren – die öffentliche Bekanntmachung des Vorhabens (§ 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG).

[400] Siehe für alles *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, § 8 Abs. 2 WindLandG-E; siehe auch BWE, Aktionsprogramm 20. Legislaturperiode, 2021, S. 16; siehe auch *dena,* Versäumnisse ausräume, Blockaden lösen, Impulse setzen, 2021, S. 9.

[401] Über den zeitlichen Ablauf musste und muss die Behörde den Antragsteller bereits nach § 7 Abs. 2 der 9. BImSchV unterrichten.

[402] Siehe *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 18.

[403] Zum Ganzen auch *Agatz*, Textanalyse zum Gesetz zur Umsetzung von Art. 15, 16 der Richtlinie EU 2018/2001, S. 2, http://windenergie-handbuch.de/wp-content/uploads/2021/06/REDII-Umsetzungsgesetz-final.pdf.

[404] Siehe oben Fn. 20.

[405] Zudem ist in Erwägungsgrund 51 der EE-RL ausdrücklich die Rede vom vollständigen Antrag, auf dessen Grundlage die Behörden ihre Entscheidung zu treffen haben. Art. 16 EE-RL nimmt hierauf (vollständiger Antrag) aber gerade keinen Bezug.

[406] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, § 8 Abs. 3 S. 1 WindLandG-E; *dena,* Versäumnisse ausräume, Blockaden lösen, Impulse setzen, 2021, S. 9.

[407] Siehe *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, § 8 Abs. 3 S. 1 WindLandG-E.

Wohnhäusern, vgl. Art. 68 Abs. 2 BayBO[408]). Bei der Umsetzung solcher Regelungen müsste aber zum einen verhindert werden, dass Behörden beantragte Genehmigungen ggf. nur deshalb ablehnen, um eine drohende Fiktion zu verhindern. Zum anderen erscheint eine Genehmigungsfiktion jedenfalls im Bereich des bereits eben erwähnten europäischen Umweltrechts problematisch. So fordert das EU-Recht und der EuGH in etlichen Bereichen eine behördliche Prüfung der relevanten Umweltbelange vor Errichtung der Anlagen (insbes. nach dem UVP-Recht, Artenschutzrecht, Wasserrecht etc.)[409]. Bei einer Fiktion entfällt diese Prüfung aber. Denkbar erscheinen Fiktionsregelungen daher allenfalls auf Ebene einzelner Belange, die solchen Einschränkungen nicht unterliegen (z. B. Straßenrecht, Denkmalschutzrecht[410]).

Überlegungen gibt es auch hinsichtlich der Schaffung effektiver und leicht durchsetzbarer Ansprüche auf Schadensersatz infolge des Verstreichens von Fristen. Die Idee hinter einem solchen „sanktionierenden“ Schadensersatzanspruch wäre es, primär diejenige Stelle zu treffen, die in tatsächlicher und nicht in rechtlicher Hinsicht für die Verzögerung verantwortlich ist (sei es etwa eine zur Stellungnahme berufene Fachbehörde). Der aktuelle Rechtsrahmen bietet zwar bereits die Möglichkeit eines Amtshaftungsanspruches (§ 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG)[411]. Anspruchsgegner wäre hierbei aber meist der Rechtsträger der Genehmigungsbehörde, auch wenn die Verzögerung durch eine beteiligte Fachbehörde verursacht wurde. Anderes dürfte nur in Bezug auf solche Fachbehörden gelten, die eine für die Genehmigungsbehörde bindende Entscheidung treffen (z. B. Luftfahrtbehörde, Straßenbaubehörde)[412].

4. Behördenbeteiligung

Die erforderliche Beteiligung der einzelnen Fachbehörden wie die Bauaufsichtsbehörde, die Naturschutzbehörde, die Wasserbehörde oder die Forstbehörde wird oft als komplex und langwierig kritisiert und somit als eine Ursache für Verzögerungen des Genehmigungsverfahrens von Windenergieanlagen genannt[413]. Es gibt zwei Arten von zu beteiligenden Behörden im Genehmigungsverfahren: Solche, die eine bloße Stellungnahme abgeben und solche, die eine eigene, verbindliche Entscheidung für das Vorhaben zu fällen haben (etwa Zustimmung der Luftfahrtbehörde nach § 14 LuftVG). Letztere haben in rechtlicher Hinsicht eine deutliche stärkere Stellung im Genehmigungsverfahren.

a) Behördliche Stellungnahme

Die Beteiligung von Behörden zur Stellungnahme ist bereits durch verschiedene Regelungen konturiert, die auf eine rasche Beteiligung abzielen. Verzögerungen in diesem Bereich lassen sich daher eigentlich schon durch stringente und konsequente Anwendung des geltenden Rechts stark verringern. Zum einen erfolgt die Beteiligung der Fachbehörden nicht etwa nacheinander, sondern im sogenannten Sternverfahren, d. h. sie werden – spätestens mit der öffentlichen Bekanntmachung – im Prinzip gleichzeitig beteiligt und zur Stellungnahme aufgefordert (§ 10 Abs. 5 BImSchG, § 11 der 9. BImSchV). Dabei sind Teilprüfungen schon vor Vorlage der vollständigen Unterlagen vorzunehmen, soweit dies nach den bereits vorliegenden Unterlagen möglich ist (§ 7 Abs. 1 S. 4 BImSchG) und die Genehmigungsbehörde koordiniert auch notwendige weitere Zulassungen.

Zum anderen gilt für die Abgabe der Stellungnahme eine Frist von einem Monat (§ 11 S. 1 der 9. BImSchV). Als Folge einer

[408] Bayerische Bauordnung (BayBO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. August 2007 (GVBl. S. 588), die zuletzt durch § 4 des Gesetzes vom 25. Mai 2021 (GVBl. S. 286) geändert worden ist.

[409] Siehe oben Fn. 20.

[410] Bzgl. des UVP-Rechts wäre aber das Schutzgut „kulturelles Erbe“ zu beachten, Art. 3 lit. c UVP-RL 2011/92/EU.

[411] Vgl. ausführlich hierzu *Heß,* Kurzgutachten: Schadensersatzzahlungen für nicht antragsgemäß erlassene Zulassungsentscheidungen, in: UBA, Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, 2021, S. 152 m. w. N.

[412] Vgl. *Heß,* Kurzgutachten: Schadensersatzzahlungen für nicht antragsgemäß erlassene Zulassungsentscheidungen, in: UBA, Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, 2021, S. 152 (161 ff.).

[413] *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 31.

Fristversäumung sieht das Gesetz allerdings lediglich vor, dass dann davon auszugehen ist, dass sich die zur Stellungnahme aufgeforderte Behörde nicht äußern will (§ 11 S. 3 der 9. BImSchV). Die Genehmigungsbehörde muss in einem solchen Fall über die betreffende Genehmigungsvoraussetzung bzw. die betreffende Frage sodann ohne fachliche Stellungnahme, auf Grundlage eigener Ermittlungen entscheiden[414]. Sie hat also in solchen Fällen nicht nur durch die Beteiligung der Fachbehörde Zeit verloren, sondern ist auch noch zu einer eigenen Vollprüfung verpflichtet, die weitere Zeit in Anspruch nimmt. Auf Antrag ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage der jeweiligen Fachfrage bei EE-Anlagen – nach dem kürzlich neu eingefügten § 10 Abs. 5 S. 3 BImSchG – dann der Ablauf der Stellungnahmefrist[415]. Auf diese Weise wird der für die Genehmigung eigentlich maßgebliche Entscheidungszeitpunkt[416] insoweit vorverlagert. In der Konsequenz können sich dadurch jedoch unterschiedliche entscheidungserhebliche Zeitpunkte für ein und denselben Genehmigungsbescheid ergeben – oder sogar innerhalb eines Bescheids für denselben sachlichen Aspekt, wenn dieser nach mehreren Rechtsbereichen durch verschiedene Fachbehörden beurteilt wird (z. B. Turbulenzen nach Bauordnungs- und nach Immissionsschutzrecht). Dieses Mehr an Komplexität könnte eine Verfahrensvereinfachung oder -beschleunigung wiederum behindern und Genehmigungen diesbezüglich auch fehleranfälliger machen[417].

In Ergänzung hierzu wird gefordert, dass bei verspätet eingegangenen Stellungnahmen die Einschränkung in § 20 Abs. 1 S. 2 der 9. BImSchV keine Anwendung finden soll[418]. Ebendort sind Fälle geregelt, in denen verspätet eingehende Stellungnahmen unter bestimmten Bedingungen doch noch Berücksichtigung finden sollen. Allerdings betrifft dies nur Fälle, in denen die vorgebrachten öffentlichen Belange der Genehmigungsbehörde bereits bekannt sind oder ihr hätten bekannt sein müssen oder für die Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen von Bedeutung sind. Deren Nichtberücksichtigung könnte daher mit Blick auf die Rechtmäßigkeit der Genehmigung problematisch sein. Die Genehmigungsbehörde trifft nämlich die Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen gänzlich aufzuklären (§ 24 VwVfG), wozu ihr auch die fachbehördlichen Stellungnahmen dienen[419].

b) Behördliche Zustimmung

Als besonders problematisch mit Blick auf Verfahrensverzögerungen wird die Beteiligung der Luftfahrtbehörden angesehen. Insoweit ist ein Zustimmungserfordernis als besondere Form der Beteiligung vorgesehen. Moderne Windenergieanlagen sind aufgrund ihrer Höhe in aller Regel ein potenzielles Hindernis für den Luftverkehr. Ihre Errichtung darf – bei Überschreiten einer Anlagenhöhe von 100 Metern – daher nur mit Zustimmung der (nach Landesrecht) zuständigen Luftfahrtbehörde genehmigt werden (§ 14 Abs. 1 LuftVG). Die Zustimmung muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten erteilt werden, andernfalls wird sie fingiert (§§ 14 Abs. 1 HS. 2 i. V. m. 12 Abs. 2 S. 2 LuftVG). Eine Verlängerung ist möglich, wenn es das Ausmaß der erforderlichen Prüfungen erfordert (§§ 14 Abs. 1 HS. 2 i. V. m. 12 Abs. 2 S. 3 LuftVG).

In der Praxis scheint diese Zustimmungsfrist regelmäßig deutlich überzogen zu werden[420]. Die Ursache hierfür wird dabei weniger bei den Luftfahrtbehörden als vielmehr bei der Flugsicherungsorganisation (hier: Deutsche Flugsicherung GmbH - DFS)

[414] *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 10 BImSchG Rn. 108; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 10 Rn. 55.

[415] Der Gesetzgeber sieht diese, auf EE-Anlagen beschränkte Stichtagsregelung als Ausnahme und verspricht sich von ihr eine Förderung von Klimaschutz und Energiewende (BT-Drs. 19/30954, S. 11).

[416] Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, d. h. Genehmigungs- oder Widerspruchsentscheidung, siehe *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 73. EL 2014, § 6 BImSchG Rn. 1; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 6 Rn. 5.

[417] Siehe hierzu auch *Agatz,* Textanalyse zu BT-Drs. 19/27627, 19/30954, 2021, S. 1.

[418] *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 16.

[419] *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 10 Rn. 52; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 89. EL 2019, § 20 der 9. BImSchV Rn. 4.

[420] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (594); *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 30.

gesehen[421]. Diese muss zuvor eine fachliche Stellungnahme als Grundlage für die Zustimmungsentscheidung abgeben (§ 31 Abs. 3, 2 Nr. 9 LuftVG). Zudem würden Luftfahrtbehörden angesichts eines drohenden Fristablaufs ihre Zustimmung zuweilen versagen, nur um den Eintritt der Fiktionswirkung (Fiktion: Zustimmung erteilt) zu verhindern[422]. In einem solchen Fall muss die Genehmigungsbehörde die beantragte Genehmigung ebenfalls versagen, da sie an die Entscheidung der Luftfahrtbehörde gebunden ist[423]. Der Antragsteller kann die verweigerte Zustimmungsentscheidung zwar überprüfen lassen, jedoch nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar im Wege eines Rechtsschutzverfahrens gerichtet auf Erteilung der (wegen der verweigerten Zustimmung) versagten Genehmigung. Das bedeutet zusätzlichen zeitlichen und finanziellen Aufwand. Stellt sich im Zuge eines solchen Verfahrens heraus, dass die Zustimmung und folglich die Genehmigung rechtswidrig versagt wurden, kann der Antragsteller zumindest versuchen, einen etwaigen finanziellen Verlust im Wege eines Schadensersatzanspruches auszugleichen (Amtshaftungsanspruch)[424].

Um dem beschriebenen Szenario entgegenzuwirken, wird gefordert, der Genehmigungsbehörde eine Befugnis zur Ersetzung einer verweigerten Zustimmung nach § 14 LuftVG einzuräumen[425]. Gerade in Fällen, in denen die Zustimmung offensichtlich rechtswidrig, etwa lediglich zur Vermeidung des Eintritts der Zustimmungsfiktion, verweigert wurde, würde dies das etwaige gerichtliche Verfahren und damit verbundene Verzögerungen verhindern. Zu beachten ist aber, dass dann die Genehmigungsbehörde die erforderliche materielle Prüfung zu erbringen hätte; auch das nimmt Zeit in Anspruch[426].

Einen entsprechenden Vorschlag gibt es auch für erforderliche Zustimmungen der zuständigen Straßenbaubehörde nach § 9 Abs. 2 FStrG (bzw. entsprechender Regelungen der Landesstraßengesetze) im Hinblick auf den sogenannten Anbaubeschränkungsbereich längs von Bundesautobahnen und -fernstraßen[427]. Dies betrifft auch Fälle, in denen lediglich die Rotorblattspitze in diesen Bereich hineinragt. Kritisiert wird, dass Straßenbaubehörden teils über die Anbaubeschränkungszone deutlich hinausgehende Abstände fordern und Zustimmungen pauschal, auf Grundlage einer allgemeinen, nicht konkret einzelfallspezifisch begründeten Gefahrenbesorgnis verweigern würden[428]. Zwar hat die Rechtsprechung bereits entschieden, dass durch die Errichtung von Windenergieanlagen gerade keine unzulässigen Gefahren verursacht werden und eine pauschale Versagung der Zustimmung nicht rechtmäßig sei[429]. Die verwaltungsinterne Zustimmung bzw. ihre Versagung kann jedoch von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde nicht überstimmt oder ersetzt werden, selbst dann nicht, wenn dies rechtswidrig erfolgt ist. Eine Ersetzungsbefugnis könnte daher in solchen Fällen pauschalen, auf Grundlage einer allgemeinen Gefahrenbesorgnis ergehenden Zustimmungsverweigerungen begegnen. Neben der Implementierung einer solchen

[421] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (594); *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 30.

[422] *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 30; *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, Langversion, 2020, S. 25.

[423] *Giemulla,* in: Giemulla/Schmid, LuftVG, 59. EL 2010, § 12 Rn. 15; *Wysk,* in: Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, 12. EL 2009, § 12 Rn. 69 f.; *Giemulla/Kortas,* Windenergieanlagen und Flugsicherung, ZLW 2014, S. 373 (375).

[424] Vgl. hierzu etwa BGH, Beschl. v. 19.03.2008 – III ZR 49/07 sowie *Heß,* Kurzgutachten: Schadensersatzzahlungen für nicht antragsgemäß erlassene Zulassungsentscheidungen, in: UBA, Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, 2021, S. 152.

[425] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (594); *Agora Energiewende,* Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 31.

[426] Die Situation wäre insoweit dann mit derjenigen einer nicht fristgerecht abgegebenen Stellungnahme vergleichbar (siehe hierzu § 11 S. 3 der 9. BImSchV, § 10 Abs. 5 S. 2, 3 BImSchG).

[427] Daneben gibt es den sogenannten Anbauverbotsbereich/Anbauverbotszone nach § 9 Abs. 1 FStrG in unmittelbarer Nähe zur betreffenden Straße, siehe hierzu *Operhalsky/Fechler,* Fernstraßenrecht bei Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, BauR 2018, S.758 (759).

[428] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (594); *Agatz,* Windenergie-Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 230; vgl. *Operhals-ky/Fechler,* Fernstraßenrecht bei Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, BauR 2018, S. 758 (761).

[429] OVG Münster, Urt. v. 28.08.2008 – 8 A 2138/06, juris Rn. 193 ff.; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.05.2019 – 8 K 774/17, juris 79 ff.; siehe auch *Operhalsky/Fechler,* Fernstraßenrecht bei Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, BauR 2018, S. 758 (761).

Ersetzungsbefugnis wird auch eine Streichung des Zustimmungsbedürfnisses (sowohl in § 9 FStrG als auch in den landesgesetzlichen Regelungen) für solche Fälle vorgebracht, in denen lediglich der Rotor in den Anbaubeschränkungsbereich hineinragt[430]. Bei Standorten in der Nähe von Straßen wird auf Grund ihrer Vorbelastung durch die bereits bestehende Infrastruktur und die damit verbundene eingeschränkte Nutzbarkeit für andere Zwecke von einer hohen Akzeptanz für die Nutzung durch Windenergieanlagen ausgegangen[431]. Die Möglichkeiten zur Nutzung dieser Flächenpotenziale gilt es in jedem Fall zu verbessern und Hindernisse abzubauen.

Statt Änderungen am bisherigen Rechtsrahmen in den Spezialgesetzen vorzunehmen (sei es § 14 LuftVG oder § 9 FStrG), wäre es auch denkbar, Elemente wie etwa eine Frist zur Abgabe von Zustimmungen (ggf. in Kombination mit einer Fiktionswirkung)[432] sowie eine Ersetzungsbefugnis der Genehmigungsbehörden allgemein im BImSchG (z. B. in § 10 BImSchG) zu regeln. Auf diese Weise würde man mit einer Regelung mehrere Sachverhalte erfassen. Jedoch könnten sich so auch (ungewollte) Auswirkungen in Bereichen ergeben, die man zumindest nicht primär im Blick hat.

5. Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Öffentlichkeitsbeteiligung dient in ihrer jetzigen Ausgestaltung primär der Informationsgewinnung der Behörde und der Durchsetzung der Rechte von Betroffenen, nicht aber der Schaffung von Akzeptanz[433]. Sie soll im besten Fall zur „Akzeptabilität“ im Sinne eines Hinnehmens der Entscheidung führen. Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren findet sie nur in den Fällen statt, in denen ein sogenanntes förmliches Verfahren durchgeführt wird (§ 10 Abs. 3 BImSchG)[434]. Dies betrifft im Wesentlichen UVP-pflichtige Vorhaben. Beim vereinfachten Verfahren entfällt die Öffentlichkeitsbeteiligung, außer der Vorhabenträger wechselt – vor allem aus Gründen der höheren Rechtssicherheit – freiwillig in das förmliche Verfahren (§ 19 Abs. 3 BImSchG) bzw. führt freiwillig eine UVP durch (§ 7 Abs. 3 UVPG). Gerade bei Windenergieanlagen wird oft der Weg einer freiwilligen UVP beschritten; eine UVP-Pflicht ist wohl eher selten der Fall[435].

Daneben ist zwar seit 2013 allgemein noch eine „frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung“ geregelt (§ 28 Abs. 3 VwVfG), worüber auch die Akzeptanz gefördert werden soll. Diese ist aber nicht verpflichtend durchzuführen und gilt daher als weitgehend ineffektiv und eher symbolischer Art[436].

Eine frühestmögliche und intensive Öffentlichkeitsbeteiligung wird als wichtiger Beitrag zur Beschleunigung angesehen[437]. Es werden daher seit längerem auch hier Veränderungen vorgeschlagen. Dies betrifft die Ausgestaltung der allgemeinen Öffentlichkeitsbeteiligung (z. B. Einbindung unabhängiger externer Fachleute zur Begleitung und Beratung der Öffentlichkeit)[438] sowie auch eine Weiterentwicklung der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung (z. B. verpflichtende Ausgestaltung, unabhängige und professionelle Moderation,

[430] Dies vorschlagend etwa *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (594).

[431] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (594); *Operhalsky/Fechler,* Fernstraßenrecht bei Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, BauR 2018, S. 758.

[432] Das gibt es zwar bereits in Bezug auf die luftfahrtbehördliche Zustimmung (§ 12 Abs. 2 S. 2 LuftVG), nicht aber in Bezug auf die straßenbaubehördliche Zustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG.

[433] Vgl. BVerwGE 28, 131 (132 f.); *Wegner/Sailer*, Akzeptanz und Bürgerbeteiligung bei der Windenergie auf Planungs-, Genehmigungs- und Förderebene, ZNER 2018, S. 497 (498 f.).

[434] Zum Ganzen auch *Wegner/Sailer*, Akzeptanz und Bürgerbeteiligung bei der Windenergie auf Planungs-, Genehmigungs- und Förderebene, ZNER 2018, S. 497 (499).

[435] Siehe *FA Wind*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, 2015, S. 2 und 29; *Wegner/Sailer*, Akzeptanz und Bürgerbeteiligung bei Windenergieanlagen, ZNER 2018, S. 497 (499 m. w. N.).

[436] Vgl. *Wegner/Sailer*, Akzeptanz und Bürgerbeteiligung bei der Windenergie auf Planungs-, Genehmigungs- und Förderebene, ZNER 2018, S. 497 (499 m. w. N.).

[437] *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 13.; vgl. *KNE,* Aktuelle Vorschläge zur Veränderung von Planung und Genehmigung der Windenergie an Land, 2021, S. 15 f.

[438] *IASS*, Windausbau vor Ort – Potentiale erkennen, Beteiligung und Teilhabe stärken, September 2021, S. 8 f.

Berücksichtigung von Best Practice-Erfahrungen etc.)[439].

6. Einordnung von Typwechseln

Sowohl der Antrag auf Genehmigung von Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage sowie auch die spätere Genehmigung beziehen sich auf eine Windenergieanlage eines konkreten Anlagentyps. Praktisch ergibt sich jedoch nicht selten ein Bedürfnis für einen Wechsel des ursprünglich beantragten bzw. genehmigten Anlagentyps. So kann nach Durchlaufen eines mehrjährigen Genehmigungs- und ggf. anschließenden Klageverfahrens der ursprüngliche Anlagentyp ggf. nicht mehr auf dem Markt erhältlich sein oder zumindest ein leistungsfähigerer Typ zur Verfügung stehen.

Die verfahrensrechtliche Einordnung des dann erstrebten Typwechsels divergiert in den Behörden und vor den Gerichten in hohem Maße[440]. Die Palette reicht vom Erfordernis einer bloßen Anzeige (§ 15 BImSchG)[441] über eine Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG)[442] bis hin zu einer Neugenehmigung (§ 4 BImSchG)[443].

Dass nicht jeder Fall eines Typwechsels genehmigungsrechtlich gleichbehandelt wird, ist nicht verwunderlich. Die betreffenden rechtlichen Vorgaben sind in hohem Maße einzelfallbezogen ausgestaltet und bedienen sich unbestimmter, ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe (z. B. nachteilig, erheblich, offensichtlich). Es gibt nicht den „einen Typwechsel“. Vielmehr ist stets ein Vergleich der Auswirkungen zwischen bisheriger und neuer Anlage anzustellen[444]. Zu pauschale Annahmen – unabhängig davon in welche Richtung – verbieten sich daher. Insbesondere die hohen Anforderungen für die Forderung einer Neugenehmigung (keine Identität mehr zwischen Alt- und Neuanlage bzw. Änderung des Kernbestands in einer den Grundcharakter verändernden Art und Weise) dürften bei einem Typwechsel zumindest wohl nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen zu bejahen sein[445].

Die formale Einordnung von Typwechseln ist allerdings eine zentrale Weichenstellung für den materiell-rechtlichen Prüfungsumfang und den Umfang von Klagerechten Dritter[446]. Besonders problematisch kann dies sein, wenn die auf Grund des Typwechsels geforderte (nochmalige) Überprüfung materiellen Rechts zur Unzulässigkeit des Vorhabens führt, weil sich z. B. zwischenzeitlich die Anforderungen geändert haben[447]. Zu beachten ist auch, dass im Falle einer bloßen Änderungsanzeige daneben andere behördliche Genehmigungen, insbesondere eine Baugenehmigung, erforderlich sein können.

---

[439] *Agora Energiewende*, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, 2018, S. 21; siehe auch *SRU,* Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2021, S. 5.

[440] Von einem äußerst umstrittenen und „durch stark divergierende und widersprüchliche Verwaltungspraxis und Rechtsprechung geprägt[en]“ Umgang spricht etwa *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (585).

[441] VGH München, Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052 u. a., juris Rn. 40 ff.; VGH München, Beschl. v. 15.10.2012 – 22 CS 12.2110 u. a., juris Rn. 9.

[442] VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 18.2572 u. a., juris Rn. 65; OVG Koblenz, Urt. v. 03.08.2016 – 8 A 10377/16, juris Rn. 55; OVG Weimar, Beschl. v. 01.06.2011 – 1 EO 69/11, juris Rn. 45.

[443] *Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz*, Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, 2016, S. 16; *Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie/Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz/Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass), 2018, Nr. 5.1.1; siehe auch OVG Münster, Urt. v. 25.02.2015 – 8 A 959/10, juris Rn. 113 ff.; VG Köln, Urt. v. 19.05.2016 – 13 K 4121/14, juris Rn. 94.

[444] Vgl. VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281 u. a., juris Rn. 33.

[445] Dahingehend auch VGH München, Beschl. v. 08.06.2015 – 22 CS 15.686 u. a., juris Rn. 35; Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281 u. a., juris Rn. 33.

[446] *Agatz,* Windenergie Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 13; die Bedeutung für den materiellen Prüfungsumfang relativiert sich allerdings, wenn man mit dem VGH München eine Änderungsgenehmigung für erforderlich hält, in deren Rahmen eine vollumfängliche Prüfung stattzufinden habe (VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281 u. a., juris 48; VGH München, Beschl. v. 03.04.2019 – 22 CS 19.345, juris Rn. 30 ff.).

[447] Siehe hierzu etwa im Zusammenhang mit der sogenannten 10-H-Regelung: VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281 u. a., juris Rn. 48; VGH München, Beschl. v. 03.04.2019 – 22 CS 19.345 u. a., juris Rn. 30 ff.; *Varga,* Änderungen an genehmigten Windenergieanlagen – aktuelle Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, KommP BY 2019, S. 213 ff.

Es verwundert daher nicht, dass von vielen Seiten ein einheitlicheres und rechtssichereres Vorgehen gewünscht wird[448]. Um nicht jeglichen Typwechsel gleich zu behandeln könnte zumindest erwogen werden, bestimmte Typwechsel, die sich in einem näher festgelegten Umfang bewegen, verbindlich einer verfahrensrechtlichen Kategorie zuzuordnen (eine Art Gruppierung). Konkret gefordert wird etwa auch, zumindest klarzustellen, dass es keiner Neugenehmigung bedarf, nur weil die Genehmigung bereits vor Errichtung geändert werden soll oder die Änderung letztlich alle Anlagenteile umfasst[449]. Derartigen Forderungen und dem damit verbundenen umfassenden, da vollumfänglichen Prüfungsumfang (Neugenehmigung), wäre zwar auf diese Weise ein Riegel vorgeschoben. Im Ergebnis wäre jedoch nichts gewonnen, wenn statt eines Neu- zwar „nur“ ein Änderungsgenehmigungsverfahren durchzuführen ist, hierbei aber eine vollumfängliche Prüfung gefordert wird[450]. Um dem entgegenzuwirken, bedürfte es zudem (Stichwort Gesamtkonzept) einer – bereits an anderer Stelle dargestellten – Reduktion des Prüfumfangs bei einer Änderungsgenehmigung[451].

Deutlich weitergehende Überlegungen, die einen Typwechsel und die hiermit verbundenen Probleme und Unsicherheiten möglichst vermeiden wollen, gehen in Richtung einer Loslösung der Anlagengenehmigung von konkreten Anlagentypen bzw. den dahinterstehenden konkreten Anlagenkonfigurationen. Bei einer solchen, unter dem Stichwort „typenunabhängige/typenoffene Genehmigung“[452] diskutierten Genehmigung geht es darum, bereits im Rahmen der Genehmigung einen gewissen Spielraum für die Anlagenkonfiguration der zu errichtenden Anlage zu erlangen[453]. Der derzeitige Rechtsrahmen steht einer solchen Konstruktion nicht grundsätzlich entgegen; an keiner Stelle im BImSchG oder einer dessen Verordnungen wird ausdrücklich die Nennung eines Anlagentyps gefordert. Problematisch und noch nicht gänzlich geklärt ist derzeit aber, ob die für die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erforderliche Gewissheit über die Erfüllung sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen ohne Festlegung auf eine konkrete Anlagenkonfiguration (nichts anderes verbirgt sich hinter einer Typbezeichnung) etwa auf Basis von worst-case-Betrachtungen erreicht werden kann[454].

Unabhängig von der genehmigungsrechtlichen Möglichkeit können die Loslösung von einer konkreten Anlagenkonfiguration sowie worst-case-Ansätze zu Problemen praktischer Art führen (z. B. Mehraufwand für die Durchführung fachlicher Prüfungen, „Blockade“ nicht genutzter, aber genehmigter Schallkontingente)[455]. Deren Bewältigung oder zumindest Behandlung müsste dann ebenfalls berücksichtigt werden. Zudem könnte ein Systemwechsel in diesem Bereich von einer typgebundenen hin zu einer typenunabhängigen Genehmigung mit nicht unerheblichen Unsicherheiten verbunden sein. Sowohl Behörden, Vorhabenträger als auch Gutachter wären nämlich – zumindest zu Beginn – vor neue Herausforderungen gestellt. Angesichts des Bedürfnisses nach zeitnaher und rechtssicherer Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie scheint ein solches

[448] Vgl. *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (585 f.); *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 14); *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 12.

[449] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 3; bei einem Typwechsel eine Änderung aller Anlagenteile annehmend VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281 u. a., juris Rn. 48.

[450] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (585); siehe auch VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281 u. a., juris 48; VGH München, Beschl. v. 03.04.2019 – 22 CS 19.345, juris Rn. 30 ff.

[451] Siehe hierzu unter B. V.

[452] Eine Erleichterung dieser Art Genehmigung fordernd zuletzt etwa: *BDEW,* Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 14.

[453] Siehe ausführliche hierzu und im Folgenden: *Baur/Schmidt,* Typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen - Bestandsaufnahme von Machbarkeit und Restriktionen, 2020.

[454] Die erforderlichen fachlichen Prüfungen im Bereich des Schallschutzes und der Standsicherheit insoweit als problematisch identifizierend *Baur/Schmidt,* Typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen - Bestandsaufnahme von Machbarkeit und Restriktionen, 2020, S. 22 ff. (Schall), S. 33 f. (Standsicherheit).

[455] Siehe näher hierzu bei *Baur/Schmidt,* Typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen - Bestandsaufnahme von Machbarkeit und Restriktionen, 2020, S. 38 f.

Instrument – jedenfalls kurzfristig – daher weniger zielführend zu sein. Die Probleme des Typwechsels lassen sich dagegen auch innerhalb des bisherigen Systems adressieren, etwa durch mehr Rechtssicherheit bei der verfahrensrechtlichen Einordnung (siehe oben) oder einer allgemeinen Beschleunigung der Neugenehmigungsverfahren. Dauern Verfahren nicht mehrere Jahre, sondern nur noch wenige Monate, verringert sich damit zugleich auch das Bedürfnis für Typwechsel vor Baubeginn. Zudem ließen sich Typwechsel schnell(er) genehmigen.

7. Änderung von Nebenbestimmungen

Gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG kann eine Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Genehmigungen von Windenergieanlagen werden mittlerweile mit einer Fülle derartiger Nebenbestimmungen erteilt (z. B. Abschaltauflagen aus Gründen des Artenschutzrechts, Auflagen zum Brandschutz, etc.).

In der Praxis ergibt sich seitens des Vorhabenträgers zuweilen ein Bedürfnis, einzelne, beigefügte Nebenbestimmungen nach Erlass der Genehmigung zu ändern bzw. anzupassen (z. B. Umsetzung der naturschutzrechtlichen Kompensation oder der Maßnahmen zum Brand- oder Arbeitsschutz durch andere als in der Genehmigung festgelegte Maßnahmen/Mittel)[456]. Die praktische Umsetzung der Änderung von Nebenbestimmungen erweist sich jedoch zuweilen als schwierig. Kritisiert wird, dass es an einer ausdrücklichen und den Erfordernissen der Praxis genügenden rechtlichen Grundlage fehle, mit der Genehmigungsinhaber Änderungen von Nebenbestimmungen erreichen können[457].

Grundsätzlich können Nebenbestimmungen zwar im Wege einer nachträglichen Anordnung (§ 17 BImSchG) oder eines Änderungsgenehmigungsverfahrens (§ 16 BImSchG) geändert werden[458]. Diese Möglichkeiten scheinen den praktischen Bedürfnissen jedoch nicht immer gerecht zu werden. So sei etwa das Vorliegen der zur Durchführung eines Änderungsgenehmigungsverfahrens erforderlichen Änderung (= Änderung der Lage, Beschaffenheit oder des Betriebs einer Anlage) zuweilen unklar[459]. Auch die Nebenbestimmungsregelung in § 12 Abs. 1 BImSchG kommt als Rechtsgrundlage nicht in Betracht, da die Norm nur zum Erlass von Nebenbestimmungen im Zusammenhang mit der Genehmigungserteilung ermächtigt, nicht aber zu deren Änderung nach Genehmigungserteilung[460]. Ob eine Änderung von Nebenbestimmungen bei Zustimmung des Genehmigungsinhabers auch auf anderem Wege möglich ist (etwa durch einen Teilwiderruf der Genehmigung, verbunden mit einem Neuerlass der betreffenden Nebenbestimmung[461]), wird unterschiedlich beurteilt[462].

Für ein rechtssicheres und einfaches Verfahren zur Änderung von Nebenbestimmungen wird daher etwa vorgeschlagen, eine allgemeine Rechtsgrundlage für die antragsgebundene Änderung von Nebenbestimmungen zu schaffen[463]. Die Bindung an einen entsprechenden Antrag des Genehmigungsinhabers gewährleistet, dass

[456] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (586); *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 7; *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 19.

[457] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (586); *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 19.

[458] *Jarass,* BImSchG, 13. Auflage 2020, § 12 Rn. 49; *Wasielewski,* in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 30.

[459] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (586); *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 19.

[460] *Giesberts,* in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 58. Edition 2020, § 12 BImSchG Rn. 4; vgl. *Mann,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 71. EL 2014, § 12 BImSchG Rn. 7.

[461] Siehe hierzu *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau – Langversion, 2020, S. 7; *Wasielewski,* in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 30.

[462] Ablehnend *Jarass,* BImSchG, 13. Auflage 2020, § 12 Rn. 49 (m. w. N.); a. A. *Wasielewski,* in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 30; vgl. allg. etwa *Stelkens,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwvfG, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 50 ff.

[463] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 19.

bestehende Ermächtigungen zur Beschränkung erteilter Genehmigungen (etwa nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG oder § 3 BNatSchG) durch eine solche neue Rechtsgrundlage zur Änderung von Nebenbestimmungen nicht von Seiten der Behörden umgangen werden.

Ein anderer Vorschlag sieht eine Ergänzung des § 12 BImSchG dahingehend vor, dass Nebenbestimmungen hierüber auch geändert werden können, aber nur für die Fälle, in denen der Genehmigungsinhaber eine Verpflichtung aus der Genehmigung mit einem anderen als dem dort festgelegten, aber gleichwertigen Mittel erfüllen möchte. Es seien nämlich gerade diese, auch als „Austausch der Mittel" bezeichneten Fälle, die besonders praxisrelevant seien[464]. Auch hier muss folglich die Initiative vom Genehmigungsinhaber ausgehen. Die Beschränkung auf die umschriebene Konstellation hätte aber zumindest den (theoretischen) Nachteil, dass mögliche weitere relevante Sachverhalte nicht erfasst wären.

III. Anpassungen bei der Umweltverträglichkeitsprüfung

Eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bildet einen unselbstständigen Teil verwaltungsbehördlicher Verfahren (§ 4 UVPG) und dient der Ermittlung, Beschreibung und Bewertung von Umweltauswirkungen eines Projekts oder Plans vor dessen Realisierung (Gedanke der Umweltvorsorge, § 3 UVPG). Auch im Zusammenhang mit der Errichtung von Windenergieanlagen kann eine UVP als Teil des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens erforderlich sein. Näheres hierzu regelt das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)[465], das entsprechende europarechtliche Vorgaben der Richtlinie 2011/92/EU (UVP-RL)[466] umsetzt. Einer UVP bedarf es nach dem UVPG dann, wenn eine Windfarm mit 20 oder mehr Windkraftanlagen errichtet und betrieben werden soll (§ 6 UVPG)[467]. Zwischen 3 und 19 Windkraftanlagen bedarf es einer Vorprüfung (UVP-Vorprüfung), in deren Rahmen zunächst untersucht wird, ob es letztendlich einer UVP bedarf oder nicht (§ 7 UVPG)[468]. Bei weniger als drei Windenergieanlagen liegt keine Windfarm vor; einer UVP bedarf es dann nicht[469]. Bezugspunkt für eine (mögliche) UVP ist also nicht die einzelne Windenergieanlage, sondern die mindestens aus drei Anlagen bestehende Windfarm; diese bildet das Vorhaben im Sinne des UVPG (§ 2 Abs. 5 UVPG, siehe näher dazu sogleich).

Neben der Errichtung kann eine UVP-Pflicht auch durch Änderung (§ 9 UVPG) oder Kumulierung von Vorhaben (§§ 10 ff. UVPG) ausgelöst werden. Allerdings ordnet der Gesetzgeber die Windfarm mit der Legaldefinition in § 2 Abs. 5 UVPG unmissverständlich als Komplexvorhaben ein, indem er eine Verbindung aus mehreren Windenergieanlagen voraussetzt. Die Vorschriften über kumulierende Vorhaben finden auf Windenergieanlagen/Windfarmen daher keine Anwendung[470]; für die Frage, wann mehrere Windenergieanlagen eine Windfarm bilden, gelten lediglich ähnliche Kriterien wie für eine Kumulation[471]. Im Sinne der Rechtsklarheit für den Vollzug des UVP-Rechts könnte der Gesetzgeber dennoch explizit klarstellen, dass die Vorschriften über Kumulationsvorhaben für Komplexvorhaben wie Windfarmen keine Anwendung finden.

Die ordnungsgemäße Durchführung einer UVP bedeutet einen nicht unerheblichen

[464] Siehe für alles *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (586).

[465] Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. März 2021 (BGBl. I S. 540), das durch Artikel 14 des Gesetzes vom 10. September 2021 (BGBl. I S. 4147) geändert worden ist.

[466] Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EU Nr. L 26 v. 28.01.2012, S. 1.

[467] § 6 i. V. m. Nr. 1.6.1 Anlage 1 UVPG.

[468] § 7 Abs. 1 i. V. m. Nr. 1.6.2 Anlage 1 UVPG (allgemeine Vorprüfung, bei 6 – 19 Windenergieanlagen); § 7 Abs. 2 i. V. m. Nr. 1.6.3 Anlage 1 UVPG (standortbezogene Vorprüfung, bei 3 – 5 Windenergieanlagen).

[469] Bei Änderungsvorhaben (§ 9 UVPG) kann sich eine UVP-Pflicht ausnahmsweise auch bei weniger als drei Windenergieanlagen ergeben.

[470] *Agatz,* Windenergie-Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 26; vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.03.2019 – 12 ME 105/18, juris Rn. 36.

[471] BT-Drs. 18/11499, S. 75; siehe zum Begriff „Komplexvorhaben" etwa *Agatz,* Windenergie-Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 26; *Kupke,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 107.

zeitlichen und finanziellen Aufwand für Antragsteller[472]. Zudem führen Fehler bei der Bestimmung der UVP-Pflicht eines Windenergievorhabens zur Angreifbarkeit dessen Genehmigung. Ist eine Heilung etwaiger Fehler oder die Nachholung der UVP[473] nicht möglich[474], droht gar die gerichtliche Aufhebung der Genehmigung[475]. Für den Ausbau der Windenergie ist die rechtssichere Feststellung der UVP-Pflicht daher von zentraler Bedeutung.

Diese Feststellung gestaltet sich in der Praxis allerdings häufig als schwierig. Wesentliche Grundlage für Probleme ist der bereits erwähnte, vom UVPG und der UVP-RL verwendete Begriff der „Windfarm". Die Abgrenzung der Windfarm bzw. die Zusammenfassung einzelner Windenergieanlagen zu einer solchen stellte Projektträger und Behörden von Beginn an vor enorme Herausforderungen und Rechtsunsicherheiten. Um auf der sicheren Seite zu sein, entscheiden sich zahlreiche Antragsteller für die Durchführung einer freiwilligen UVP nach § 7 Abs. 3 UVPG und nehmen so (teilweise rechtlich nicht notwendige) Verfahrensverzögerungen in Kauf.

Zwar hat der Gesetzgeber bereits einen ersten Schritt in Richtung mehr Rechtssicherheit und -klarheit gemacht, indem in § 2 Abs. 5 S. 1 UVPG folgende Legaldefinition des zentralen Begriffs der Windfarm geschaffen wurde[476]:

> *„Windfarm im Sinne des Gesetzes sind drei oder mehr Windkraftanlagen, deren Einwirkungsbereich sich überschneidet und die in einem funktionalen Zusammenhang stehen, unabhängig davon, ob sie von einem oder mehreren Vorhabenträgern errichtet und betrieben werden."*

Nichtsdestotrotz scheint die Abgrenzung einer Windfarm in der Rechtsanwendung noch immer problematisch zu sein. Insbesondere das Kriterium des funktionalen Zusammenhangs, welches eigentlich eine rechtssichere und restriktivere Abgrenzung von Windfarmen ermöglichen soll[477], bereitet Schwierigkeiten.

Vor diesem Hintergrund wird etwa vorgeschlagen, die Definition der Windfarm derart zu ändern, dass die Anzahl hierfür erforderlicher Anlagen erhöht wird, um die Zahl der UVP-pflichtigen Vorhaben zu reduzieren (1.), oder auch den Begriff der Windfarm gänzlich zu streichen und – abgesehen von vorgeschlagenen Ausnahmen – immer eine UVP durchzuführen (2.).

Kernaussagen

- Anpassungen im Bereich des UVP sind durch das Europarecht Grenzen gesetzt.
- Die dennoch bestehenden Spielräume sind hier noch nicht ausgeschöpft.
- Diskutiert werden etwa
  - eine Anhebung der für das Vorliegen einer Windfarm – und damit auch für die Durchführung einer UVP-Vorprüfung – erforderlichen Windenergieanlagen auf sechs oder mehr Anlagen
  - aber auch die Streichung des Windfarmbegriffs, verbunden mit der Durchführung einer UVP bereits ab der ersten Windenergieanlage.

[472] Vgl. zum UVP-Bericht *Balla/Borkenhagen/Günnewig,* Der UVP-Bericht nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, ZUR 2019, S. 323.

[473] Die Nachholung der UVP ist rechtlich nicht unproblematisch. Es wäre daher durchaus sinnvoll, Regelungen diesbezüglich zu treffen, um Rechtssicherheit zu schaffen.

[474] Hierzu *Saurer*, Heilung von Verfahrensfehlern in um-weltrechtlichen Zulassungsverfahren, NVwZ 2020, S. 1137 ff.; *Pauli/Hagemann*, Die UVP-Vorprüfung und deren Heilung, UPR 2018, S. 8 ff.; *Seibert*, Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG, NVwZ 2018, S. 97 ff.

[475] Zum Rechtsschutz gegen Fehler in der UVP *Külpmann*, Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand des Umweltrechtsschutzes, DVBl 2019, S. 140 ff.; *Held*, Umweltrechtliche Verfahrensfehler im Lichte der neuesten Rechtsprechung, DVBl 2016, S. 12 ff.; *Böhm*, Die gerichtliche Kontrolle von UVP-Fehlern, UPR 2014, S. 201 ff.

[476] Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung vom 20.07.2017, BGBl I, S. 2808.

[477] Vgl. BT-Drs. 18/11948, S. 20; *Peters/Balla/Hesselbarth*, HK-UVPG, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24.

1. Schwellenwerte für UVP-Vorprüfung

Es wird vorgeschlagen, dass eine Windfarm nicht bereits – wie nach derzeitiger Legaldefinition – ab drei Windenergieanlagen vorliegt. Eine Windfarm und somit auch eine UVP-Vorprüfungspflicht solle etwa erst ab einer Anzahl von sechs oder mehr Windenergieanlagen bestehen[478]. Die derzeit im UVPG bestehende Anknüpfung an drei Windenergieanlagen sei aus der UVP-Richtlinie nicht unmittelbar geboten[479] und mit Blick auf die Dringlichkeit der Energiewende nicht gerechtfertigt[480]. Die Mitgliedstaaten dürften unter Berücksichtigung der Auswahlkriterien des Anhangs III der UVP-RL gemäß Art. 4 Abs. 2 Buchstabe b) Schwellenwerte bzw. Kriterien für die Bestimmung der UVP-Pflicht selber festlegen[481]. Diesen Ermessensspielraum betone auch die Kommission in ihrem Leitfaden zur Auslegung der Anhänge der UVP-RL[482]. Die von verschiedenen Mitgliedstaaten festgelegten Schwellenwerte würden größtenteils – wie auch das UVPG – auf Kriterien wie Anzahl, Kapazität und Größe der Windenergieanlagen abstellen[483]. In den Mitgliedstaaten fänden sich Schwellenwerte für die Durchführung einer UVP-Vorprüfung von fünf oder mehr Windenergieanlagen[484]. Der Ermessensspielraum finde allerdings dort seine Grenze, wo „solche Vorhaben nicht geprüft werden, bei denen aufgrund ihrer Art, ihrer Größe und ihres Standortes mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen ist“[485]. Die Anhebung der Anzahl an Windenergieanlagen, die eine Windfarm ausmachen, würde dazu führen, dass für kleinere Windfarmen keine UVP-Vorprüfung und damit auch keine UVP durchzuführen wäre. Dies würde für viele (dementsprechend dimensionierte Projekte) den Verfahrensaufwand erheblich reduzieren.

Bezogen auf das Repowering wird einerseits vorgeschlagen, die UVP-Pflicht – gemeint sein dürfte die UVP-Vorprüfungspflicht – bei drei bis fünf Windenergieanlagen entfallen zu lassen und sie im Übrigen (ab sechs Windenergieanlagen) zu reduzieren[486], wenn im Zuge des Repowerings die Anlagenzahl insgesamt kleiner wird[487]. Ein weiterer Vorschlag sieht vor, dass eine UVP für Repowering-Anlagen generell nur dann durchzuführen ist, wenn im Rahmen einer standortgezogenen Vorprüfung die Notwendigkeit einer solchen festgestellt werde[488].

Unabhängig davon, dass die Praktikabilität derartiger Sonderregelungen generell mit einer rechtssicheren Definition des Repowerings steht und fällt[489], dürften die skizzierten Vorschläge allesamt mit einigen

[478] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 9, 20; im Ergebnis auch für Windparks ab sechs Anlagen: *BWE*, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 16 f.

[479] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021S. 21.

[480] BWE, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 16 f.

[481] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021S. 21.

[482] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 21; *Europäische Kommission*, Die Auslegung der Definitionen der in den Anhängen I und II der UVP-Richtlinie aufgeführten Projektkategorien, 2015, S. 6.

[483] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 21; *Europäische Kommission*, Die Auslegung der Definitionen der in den Anhängen I und II der UVP-Richtlinie aufgeführten Projektkategorien, 2015, S. 51.

[484] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 21; *Europäische Kommission*, Die Auslegung der Definitionen der in den Anhängen I und II der UVP-Richtlinie aufgeführten Projektkategorien, 2015, S. 51.

[485] *Bringewat/Scharfenstein,* Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz - Ein Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 21.

[486] Vorgeschlagen werden neue Anforderungen an Vorprüfungen je nach Größe der Windfarm und Übereinstimmung der Anlagen mit den Voraussetzungen des § 16b Abs. 1 BImSchG (siehe hierzu *BWE*, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode – Klimaneutrale Wirtschaft: Die Windenergie kann liefern, 2021, S. 25).

[487] *BWE*, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode – Klimaneutrale Wirtschaft: Die Windenergie kann liefern, 2021, S. 16 f., 25.

[488] *VKU*, Positionspapier - Erleichterungen für Repowering von Windenergieanlagen bei der Flächenausweisung und Genehmigungserteilung, 2020, S. 5 f.

[489] Mit § 16b Abs. 1, 2 BImSchG besteht mittlerweile zwar eine Legaldefinition, die einen gewissen Rahmen schafft. Dennoch bestehen nach wie vor rechtliche Unsicherheiten. Siehe hierzu unter E. sowie auch *Dietrich,* Fragen zum Genehmigungsverfahren beim Repowering von Windenergieanlagen unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 16b BImSchG und der Vorgaben aus der EE-Richtlinie (EU) 2018/2001, ZNER 2021, S. 539 (540).

europarechtlichen Unsicherheiten behaftet sein. Zwar gewährt die UVP-Richtlinie den Mitgliedstaaten den bereits erwähnten Ermessensspielraum, um die Schwellenwerte für die UVP-Pflicht festzulegen und lässt dabei auch durchaus Raum für Praktikabilitätserwägungen[490]. Zu beachten ist allerdings, dass sich das Unionsrecht mit der Durchführung der UVP um einen umfassenden Umweltschutz bemüht[491] und der EuGH insoweit tendenziell strenge Maßstäbe anlegt[492]. So hielt der Gerichtshof bereits im Zusammenhang mit der bloßen Verlängerung der Laufzeit einer Anlage – im betreffenden Fall ging es allerdings um ein (Kern-)Kraftwerk – eine UVP für erforderlich[493]. Auch wenn der Rechtsprechung des EuGH angesichts der mitgliedstaatlichen Spielräume keine exakten Zahlengrößen zu entnehmen sind[494], so erhöht sich jedenfalls das Risiko, erhebliche Umweltauswirkungen, die von Windfarmen geringeren Umfangs ausgehen, zu übergehen, wenn die UVP-Vorprüfung etwa erst ab einer Windfarmgröße von sechs oder noch mehr Windenergieanlagen erfolgt. Dies könnte das Ziel der UVP-RL, einen umfassenden Umweltschutz zu garantieren, konterkarieren und müsste daher bei entsprechenden Anpassungen im Blick behalten werden.

2. Windfarmbegriff

In eine andere Richtung geht dagegen ein Vorschlag, dessen Ziel die Streichung des Windfarmbegriffs ist, verbunden mit der Pflicht zur Durchführung einer UVP bereits ab einer einzelnen Windenergieanlage[495]. Dabei solle die UVP-Pflicht jedoch auf solche Anlagen mit einer Mindesthöhe von 150 Metern beschränkt werden[496].

Ein Verzicht auf den Windfarmbegriff würde erhebliche Erleichterungen für die Rechtsanwendung im Bereich des UVP-Rechts mit sich bringen. Schließlich würden sich alle damit verbundenen Auslegungs- bzw. Anwendungsprobleme und hieraus resultierenden Fehler erledigen. Diese Probleme bzw. die Frage, ob überhaupt eine UVP-Pflicht besteht, stellt die maßgebliche Fehlerquelle im gesamten UVP-Recht dar[497]. Allerdings würde die Pflicht zur Durchführung einer UVP bereits ab einer Windenergieanlage in Summe zu mehr Umweltverträglichkeitsprüfungen führen, wenngleich heute schon vielfach (freiwillig) eine UVP durchgeführt wird. Gemessen an den Vorgaben der europäischen UVP-RL dürfte eine derartige Ausgestaltung jedenfalls unproblematisch sein. Einer näheren Betrachtung bedürfte zwar ein pauschaler Ausschluss von der UVP-Pflicht für Windenergieanlagen, die kleiner als 150 Meter sind[498]. Denn dieser könnte die Gefahr bergen, erhebliche Umweltauswirkungen zu übersehen, die eben auch – oder vor allem gerade[499] – von kleineren Windenergieanlagen ausgehen können[500]. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass nach derzeit gültiger Rechtslage bei ein oder zwei Windenergieanlagen – unabhängig ihrer Größe – überhaupt keine

[490] Siehe Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, Abl. EU vom 28.1.2012, L 26/1, siehe auch OVG Münster, Urt. v. 05.10.2020 – 8 A 894/17, juris Rn. 77 ff. sowie bereits BVerwG, Urt. v. 18.05.2015 – 4 C 4/14, juris Rn. 25.

[491] Erwägungsgrund Nr. 2 Richtlinie 2011/92/EU (UVP-RL).

[492] Vgl. dazu etwa EuGH, Urt. v. 25.6.2020 – C-24/19.

[493] EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 79 f. („Änderung oder Erweiterung von Projekten“).

[494] Der Ermessensspielraum werde aber etwa dann überschritten, wenn durch Festlegung von Schwellenwerten alle potenziell umweltschädlichen Projekte einer bestimmten Art von vornherein von der UVP-Pflicht ausgenommen würden (so EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – C-392/96, Rn. 75).

[495] *Agatz,* Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 11/2020, S. 584.

[496] *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 11/2020, S. 584.

[497] Vgl. *Agatz,* Windenergie-Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 25 ff.

[498] Vgl. generell zum pauschalen Ausschluss der UVP-Pflicht von Vorhaben EuGH, Urt. v. 24.10.1996 – C-72/95.

[499] Mit wachsender Anlagenhöhe befindet sich der von den Rotorblättern überstrichene (Gefahren-)Bereich über Arealen, in denen eine verstärkte Flugaktivität bestimmter Arten (z. B. Uhu aber auch Rotmilan) stattfindet. Von kleineren Windenergieanlagen, mit niedrigerer Rotorblattunterkante kann daher ein höheres Konfliktpotenzial ausgehen, siehe hierzu etwa *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (584, 594).

[500] So kann etwa von kleineren Windenergieanlagen, mit niedrigerer Rotorblattunterkante ein höheres Konfliktpotenzial mit bestimmten, eher tieffliegenden Vogelarten ausgehen, vgl. hierzu etwa *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (584, 594).

Umweltprüfung stattfinden muss und darf[501]. Zudem dürfte die praktische Bedeutung neu installierter Anlagen mit einer Höhe von weniger als 150 Metern eher gering sein.

Sollte sich der Gesetzgeber gegen eine Pflicht zur UVP bereits ab der ersten Windenergieanlage entscheiden, sollte den Vorhabenträgern jedenfalls ein entsprechendes Recht eingeräumt werden, sodass auch schon bei ein oder zwei Anlagen freiwillig eine UVP durchgeführt werden kann.

IV. Anpassungen beim Rechtsschutz

Auch im Bereich des Rechtsschutzes gibt es verschiedene Überlegungen für Anpassungen, mit denen Verbesserungen für die Windenergie oder zumindest die Hoffnung darauf verbunden werden. An einigen Stellschrauben hat der Gesetzgeber in letzter Zeit auch bereits gedreht[502]. So haben Widersprüche und Klagen gegen Genehmigungen von Windenergieanlagen seit Ende 2020 keine aufschiebende Wirkung mehr (§ 63 BImSchG). Eine Klage verhindert somit zumindest aus rechtlicher Sicht nicht, dass von einer Genehmigung Gebrauch gemacht, d. h. mit dem Bau begonnen werden kann. Eine andere gesetzgeberische Maßnahme war die Begründung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte (§ 48 Abs. 1 Nr. 3a VwGO[503]). Ob diese Änderung der Zuständigkeit tatsächlich spürbare Vorteile bringt, wird sich noch zeigen müssen. Ohne Verbesserung der personellen Ausstattung der Gerichte erscheint das doch sehr zweifelhaft[504].

In der Diskussion um weitere Anpassungen stehen vor allem Beschränkungen von Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Windenergieprojekten im Fokus, etwa durch Beschränkung von Klagebefugnissen, insbesondere von Umweltverbänden (Verbandsklagerecht), oder die (Wieder-) Einführung von Präklusionsregelungen (siehe hierzu unter 1.). Gesetzgeberische Spielräume sind hierbei auf Grund von Vorgaben des europäischen und internationalen Rechts aber begrenzt, wenn auch nicht gänzlich ausgeschlossen. Diskutiert werden auch Anpassungen im Bereich des Eilrechtsschutzes (2.).

Der teilweise Fokus der Diskussion auf die Beschränkung von Rechtsschutz sollte jedenfalls nicht den Blick auf etwaige Erweiterungen von Rechtsschutzmöglichkeiten im Sinne der Windenergie versperren. Hier wären einige Ansätze und Konstellationen denkbar (siehe hierzu unter 3.). Probleme mit den europäischen und internationalen Vorgaben betreffend die Gewährleistung von Rechtsschutz ergeben sich in diesem Fall nicht.

Kernaussagen

- Beschränkungen des Verbandsklagerechts und eine Wiedereinführung der materiellen Präklusion sind keine erfolgversprechenden Maßnahmen für eine effektive und zeitnahe Steigerung des Windenergieausbaus, da
  - gesetzgeberische Spielräume infolge europa- und völkerrechtlicher Vorgaben bestenfalls gering sind
  - die Frage der Vereinbarkeit mit diesen Vorgaben stets Ursache für Rechtsunsicherheit wäre und
  - die Optimierungspotenziale an anderer Stelle (insbesondere Konkretisierung von Prüfungsmaßstäben) erheblich höher sind.
- Diskutiert werden weitere Verbesserungen im Bereich des Eilrechtsschutzes mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung und einer stärkeren Gewichtung der Windenergie bei der gerichtlichen Interessenabwägung.
- Rechtsschutzmöglichkeiten im Interesse der Windenergie könnten gestärkt werden.

[501] Auch eine freiwillige UVP ist hier nicht möglich.

[502] Siehe hierzu etwa *Saurer,* Neuerungen in der Rechtsschutzorganisation im Immissionsschutzrecht, NuR 2021, S. 649.

[503] Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4650) geändert worden ist.

[504] *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 18.

1. Verbandsklagerecht und Präklusion

Das in § 2 Abs. 1 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG)[505] normierte Verbandsklagerecht ermöglicht es anerkannten Umweltverbänden, Rechtsbehelfe gegen behördliche (Zulassungs-)Entscheidungen einzulegen und die Verletzung objektiven Rechts vor Gericht geltend zu machen[506]. Viele Verbandsklagen betreffen die Genehmigung von Windenergieanlagen[507]. Dies führt nicht nur zu erheblichen Verzögerungen und Unsicherheit im Bereich des Windenergieausbaus[508], sondern auch zu Ausbaustopps, wenn Genehmigungen gerichtlich aufgehoben werden.

Unterschiedliche Vorschläge zielen daher darauf ab, das Verbandsklagerecht einzuschränken, um mehr Planungssicherheit zu schaffen. So wird etwa dessen Beschränkung auf solche Fälle gefordert, in denen die Belange des betreffenden Verbandes direkt betroffen sind oder seine ordnungsgemäße Beteiligung im Genehmigungsverfahren nicht gegeben war[509]. Daneben gibt es teils Überlegungen zur notwendigen Mindestmitgliederzahl einer Umweltvereinigung. Das Gesetz verlangt hinsichtlich des Mitgliederkreises nur abstrakt „die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung“ (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UmwRG).

Derartige Beschneidungen des Rechtsschutzes laufen aber Gefahr, den vom EuGH stets betonten „weitgehenden Zugang“ von Umweltverbänden zu Gerichten zu stark und damit europa- und völkerrechtswidrig einzuschränken[510]. Die Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs deutet konstant auf die Verstärkung des Rechtsschutzes hin[511]; für diesbezügliche Beschränkungen dürften daher kaum Spielräume bestehen. Hinsichtlich einer Mindestmitgliederzahl bei Umweltverbänden machen weder die Aarhus-Konvention noch das EU-Recht konkrete Vorgaben. In der Diskussion finden sich folglich verschiedene Größenordnungen[512]. Der EuGH hat zumindest eine Mindestgröße von 2.000 Mitgliedern wegen einer zu starken Einschränkung des Gerichtszugangs für unzulässig erachtet und dabei betont, dass die UVP-RL auch Vorgänge von geringerem Umfang erfasse, mit denen sich Vereinigungen auf lediglich lokaler Ebene besser befassen könnten[513]. Zulässige Mindestgrößen dürften daher jedenfalls weit unterhalb der beanstandeten Schwelle liegen[514] und dürfen dabei den Zugang der betroffenen Öffentlichkeit zur gerichtlichen Kontrolle gemäß Art. 11 UVP-RL nicht behindern[515].

Ebenso bestehen in Bezug auf die Forderung nach Wiedereinführung der sogenannten materiellen Präklusion europa- und völkerrechtliche Grenzen. Während die formelle Präklusion dazu führt, dass nicht rechtzeitig erhobene Einwendungen nur für das behördliche Verfahren ausgeschlossen sind, geht es bei der materiellen Präklusion darum, dass Einwendungen über das behördliche Verfahren hinaus auch in gerichtlichen Verfahren ausgeschlossen werden, wenn diese nicht bereits im

[505] Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. August 2017 (BGBl. I S. 3290), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 25. Februar 2021 (BGBl. I S. 306) geändert worden ist.

[506] *Bunge*, Die Verbandsklage im Umweltrecht, JuS 2020, S. 740; *Koch*, Die Verbandsklage im Umweltrecht, NVwZ 2007, S. 369 (369 f.).

[507] *Zschiesche*, Aktuelle Daten zum Klagegeschehen der (umweltrelevanten) Verbandsklagen im Zeitraum 2017-2020 abrufbar unter: https://www.ufu.de/wp-content/uploads/2021/03/forum_umweltrechtsschutz_2021_michael_zschiesche.pdf, Folie 12; *Mutert/Tryjanowski*, Forum Umweltrechtschutz 2021: Neues zum Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten in Zeiten von Corona, ZUR 2021, S. 441 (442).

[508] Denn die Verfahren dauern teilweise mehrere Jahre, in denen betreffende Genehmigungen dann nicht rechtskräftig sind, vgl. BT-Drs. 19/31266, S. 12. Aufgrund der entfallenden aufschiebenden Wirkung kann aber schon während des Klageverfahrens gebaut werden.

[509] CDU-Vorstoß: Staat soll schneller bauen und Verbandsklagerecht mindern, becklink 2014143.

[510] EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 77; vgl. EuGH, Urt. v. 7.11.2013 – C-72/12, Rn. 37 und EuGH, Urt. v. 12.5.2011 – C-115/09, Rn. 39, 46.

[511] Vgl. EuGH, Urt. v. 28.5.2020 – C-535/18 zum Neubau eines Autobahnabschnittes, in welchem er erneut den Rechtsschutz des Einzelnen stärkt.

[512] Für eine Orientierung im Bereich zwischen 25 und 50 Mitglieder *Schieferdecker*, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG, § 3 UmwRG Rn. 40; für eine Mindestanzahl von 100 Mitgliedern in Flächenstaaten *Louis*, Die Anerkennung von Naturschutzverbänden, NuR 1994, S. 381 (384); gegen ein Anknüpfen an eine abstrakte Mitgliederzahl *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 86. EL 2018, § 3 UmwRG Rn. 25.

[513] EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – C-263/08, Rn. 47 ff.

[514] *Schieferdecker*, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG/UmwRG, 5. Aufl. 2018, § 3 UmwRG Rn. 42: eher zwischen 25 und 50 Mitglieder.

[515] *Franzius,* in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 2018, § 3 UmwRG Rn. 11.

Verwaltungsverfahren geltend gemacht worden sind[516]. Während es eine formelle Präklusion im Zusammenhang mit Windenergievorhaben nach wie vor gibt (§ 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG), gibt es eine materielle Präklusion nicht mehr. Bis 2017 sah § 2 Abs. 3 UmwRG a. F. eine solche in Bezug auf Umweltvereinigungen für verschiedene Konstellationen vor (u. a. UVP-pflichtige Windenergievorhaben). Der EuGH hatte dies aber als mit der UVP-Richtlinie und der Industrieemissionsrichtlinie für unvereinbar erklärt, da dies eine übermäßige Einschränkung des Rechtsschutzes darstelle[517]. In Reaktion hierauf wurde diese Regelung der materiellen Präklusion aus dem Gesetz gestrichen[518].

Befürworter einer Rückkehr zur materiellen Präklusion sehen zwar unter Berufung auf spätere Rechtsprechung des EuGH[519] keine grundsätzliche Absage an eine materielle Präklusion[520]. Der Gerichtshof hat mittlerweile aber – unter Berufung auf die vorliegend relevanten und mit den europarechtlichen Vorgaben im Wesentlichen übereinstimmenden völkerrechtlichen Grundlagen der Aarhus Konvention – ausdrücklich klargestellt, dass eine materielle Präklusion von Einwendungen der vom Vorhaben betroffenen Teile der Öffentlichkeit (Art. 9 Abs. 2 Aarhus Konvention) unzulässig ist (striktes Präklusionsverbot)[521]. Spielräume des Gesetzgebers für die Einführung einer materiellen Präklusion sind folglich allenfalls gering. Möglich ist sie mit dem EuGH etwa in Bezug auf nicht betroffene Teile der Öffentlichkeit, es sei denn, die Nichtbeteiligung am Verfahren ist dem Rechtsschutzsuchenden nicht (berechtigterweise) vorwerfbar[522]. Nicht betroffenen Teilen der Öffentlichkeit dürfte aber ohnehin die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) fehlen, sodass eine materielle Präklusion überflüssig wäre. Zulässig wäre sie – neben bestimmten Konstellationen in Planungsverfahren (siehe bereits § 7 Abs. 3 UmwRG) – zwar noch in Fällen des Rechtsmissbrauchs. Dies hat der Gesetzgeber aber zum einen bereits geregelt (siehe § 5 UmwRG)[523]. Zum anderen dürfte gerade die Feststellung eines missbräuchlichen oder unredlichen Verhaltens in diesem Zusammenhang durchaus schwierig sein[524]. Gerichte liefen damit zudem stets Gefahr, die engen europa- sowie völkerrechtlichen Grenzen zu überschreiten.

2. Eilrechtsschutz

Eine Klage gegen die Genehmigung eines Windenergievorhabens hat seit Ende 2020 keine aufschiebende Wirkung mehr (§ 63 BImSchG)[525]. Ihre Erhebung hindert den Genehmigungsinhaber somit nicht daran, mit dem Bau zu beginnen. Neben einer Klage wird daher meist auch ein Antrag auf Eilrechtsschutz (auch einstweiliger Rechtsschutz) erhoben, der auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtet ist. Er bezweckt die Herbeiführung einer schnellen, vorläufigen Entscheidung zur Sicherung des Status quo bis zur Entscheidung

[516] Etwa *Weiß,* in: Schoch/Schneider, VwVfG, § 73 Rn. 281 ff.; *Wegner*, Subjektiv-rechtliche Ansätze im Völkerrecht zum Schutz biologischer Vielfalt, 2018, S. 495.

[517] EuGH, Urt. v. 15.10.2015 - C-137/14, Rn. 68 ff., insbes. 75 ff.

[518] BT-Drs. 18/9526, S. 39.

[519] EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-664/15.

[520] *Durner,* in: BMVI, Rechtsgutachten zur Wiedereinführung der Präklusion, 2019, S. 50; *Durner*, Nationale Spielräume für eine Wiedereinführung der Präklusion, VerwArch 2020, 162; siehe auch *SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, November 2021, S. 13.

[521] EuGH Urt. v. 14.01.2021 - C-826/18, Rn. 69; so auch *Gärditz,* Kurzgutachten: Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der materiellen Präklusion im Umweltrechtsschutz, in: UBA, Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, 2021, S. 198 (206); siehe näher zur Reichweite des Art. 9 Abs. 2 AK *Bunge,* Öffentlichkeitsbeteiligung nach Art. 6 und Zugang zu Gerichten nach Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention, NuR 2021, S. 670 (672 ff.).

[522] EuGH Urt. v. 14.01.2021 - C-826/18, Rn. 69 a. E.; *Gärditz,* Kurzgutachten: Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der materiellen Präklusion im Umweltrechtsschutz, in: UBA, Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, 2021, S. 198 (207). Siehe zu einem früheren Vorstoß, bereits die Einwendungsbefugnis auf die betroffene Öffentlichkeit zu beschränken, BR-Drs. 510/20.

[523] Erstmalige Geltendmachung der Rechtsverletzung im Gerichtsverfahren erfolgt missbräuchlich, siehe hierzu EuGH, Urt. V. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 81.

[524] Vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2019 – 8 C 10240/18, Rn. 76; siehe aber auch *Gärditz,* Kurzgutachten: Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der materiellen Präklusion im Umweltrechtsschutz, in: UBA, Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, 2021, S. 198 (214).

[525] Bereits zuvor wurde dieses Ergebnis oft durch Anordnung der sofortigen Vollziehung erreicht.

in der Hauptsache[526]. Das Gericht nimmt hierbei eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vor, d. h. dem öffentlichen Interesse am sofortigen Vollzug der Genehmigung einerseits und dem Interesse des Antragstellers an der Aussetzung dieses Vollzuges andererseits. Maßgebliche Bedeutung kommt hierbei einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu[527]. Sind die Erfolgsaussichten offen oder nicht feststellbar, genießt der Sofortvollzug auf Grund der in § 63 BImSchG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung den Vorrang, d. h. die aufschiebende Wirkung wird nicht angeordnet[528]. Hier könnte der Gesetzgeber – etwa durch eine Konkretisierung oder Klarstellung der besonderen Bedeutung von Windenergieanlagen für den im öffentlichen Interesse stehenden Klimaschutz – die Interessenabwägung zugunsten des Windenergieausbaus stärker absichern bzw. weitgehend vorwegnehmen[529].

Diskutiert wird auch die Einführung einer Frist, innerhalb derer Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz gegen Windenergievorhaben erhoben und begründet werden müssen. Im Gegensatz zur Erhebung einer Klage (Hauptsacheverfahren, siehe § 74 VwGO) existieren derartige Fristen für die Beantragung von Eilrechtsschutz grundsätzlich nicht. Hiervon gibt es bereits Ausnahmen, etwa für bestimmte Straßenverkehrsvorhaben (ein Monat nach Zustellung, siehe § 17e Abs. 2 S. 2 FStrG)[530]. Dies wird zum Anlass genommen, für Windenergieanlagen eine entsprechende Regelung zu fordern[531].

3. Rechtsschutz im Interesse der Windenergie

Statt einer Beschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Windenergieprojekte wäre an eine Erweiterung von Rechtsschutzmöglichkeiten im Interesse der Windenergie zu denken. Gemeint ist die Schaffung von Rechtsschutzmöglichkeiten für Projektierer bzw. Vorhabenträger, mit denen gegen etwaige Hindernisse vorgegangen bzw. deren gerichtliche Überprüfung erreicht werden kann.

Ein praktisch relevantes Beispiel hierfür wäre etwa die Möglichkeit, gerichtlich gegen Platzrunden um einen Flugplatz vorzugehen (Luftverkehrsrecht), die einem Windenergieprojekt entgegenstehen können. Derzeit scheint bereits unklar, ob und inwieweit Vorhabenträger zumindest eine Möglichkeit haben, die Lage oder den Verlauf von Platzrunden überprüfen zu lassen[532]. Eine rechtssicher verankerte Überprüfungsmöglichkeit würde Vorhabenträgern in dieser Situation ein Instrument an die Hand geben, mit dem eine gerichtliche Überprüfung einer Platzrunde (etwa mit Blick auf deren Verlauf)[533] erreicht werden kann. Wirkungsvoll ist ein solches Recht aber nur, wenn auch die – bereits an anderer Stelle geforderten – rechtlichen Rahmenbedingungen für Platzrunden und die Prüfmaßstäbe für ihre Beeinträchtigung durch Windenergieanalgen bzw. eine

[526] *Gerstdorf,* in: Poss/Wolff, BeckOK VwGO, 58. Edition 2021, § 80 Rn. 137.

[527] Siehe für alles *Schoch,* in: Schoch/Schneider, VwGO, 22. EL. 2011, § 80 Rn. 372 ff. m. w. N.; *Gerstdorf,* in: Poss/Wolff, BeckOK VwGO, 58. Edition 2021, § 80 Rn. 187 ff.

[528] Siehe allg. etwa *Schoch,* in: Schoch/Schneider, VwGO, 41. EL 2021, § 80 Rn. 375; vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.10.2020 – 7 VR 7/20 u. a., juris Rn. 13; OVG Koblenz, Beschl. v. 08.04.2021 – 1 B 10081/21, juris Rn. 4 ff. und 89 ff.

[529] Siehe etwa OVG Koblenz, Beschl. v. 08.04.2021 – 1 B 10081/21, juris Rn. 91 ff.

[530] Ebenso für Energieleistungsvorhaben gemäß § 43a Abs. 1 S. 2 EnWG.

[531] Eine entsprechende Erweiterung des § 63 BImSchG vorschlagend: *BWE*, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 17 f.; siehe auch *VKU,* Erleichterung für Repowering von Windenergieanlagen bei der Flächenausweisung und Genehmigungserteilung.

[532] Abgelehnt etwa in VG Koblenz, Bescheid v. 30.04.2020 – 4 K 1139/19.KO, juris Rn. 19 ff.; zweifelnd VGH München, Urt. v. 31.10.2006 – 8 A 05.40029, 8 A 05.40030, juris Rn. 18 ff. Einen Anspruch auf Verlegung auf Grund einer durch die Platzrunde begründeten Beeinträchtigung des Grundrechts auf Eigentum (Art. 14 GG) als denkbar bezeichnend: *Maslaton/Falke,* in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 1 Rn. 215a.; vgl. *Agatz,* Windenergie Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 224.

[533] Platzrunden sind nach Nr. 1 NfL II 37/00 nur dann erforderlich, wenn die Bestimmungen nach § 23 LuftVO nicht für die Sicherheit und Leichtigkeit des Luftverkehrs ausreichen. Für die Festlegung des Verlaufs einer Platzrunde werden sodann (Nr. 2.1) verschiedene „soll-Vorgaben" gemacht. Diese Festlegung ist eine Ermessensentscheidung, innerhalb derer eine Berücksichtigung der Bedeutung von Windenergieanlagen somit zumindest nicht ausgeschlossen ist (siehe hierzu auch VGH München, Urt. v. 31.10.2006 – 8 A 05.40029, 8 A 05.40030, juris Rn. 29 ff.).

erweiterte Vereinbarkeit mit Platzrunden geregelt werden (Stichwort Gesamtkonzept)[534]. Auch auf Konflikte mit militärischen Tiefflugstrecken lässt sich diese Überlegung übertragen.

Anders als Ansätze zur Beschränkung von Rechtsschutz, sehen sich derartige Rechtsschutzerweiterungen im Grundsatz keinen europa- oder völkerrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

4. Weiteres

Mit dem Ziel einer Straffung von Gerichtsverfahren wird etwa auch eine Verkürzung der in § 6 S. 1 UmwRG normierten Klagebegründungsfrist von aktuell zehn auf sechs Wochen vorgeschlagen[535]. Dies wäre eine Angleichung an die im Zusammenhang mit Energieleitungsvorhaben vorgesehenen Fristen (§ 43e Abs. 3 S. 1 VwGO).

Anpassungsbedarf besteht in Bezug auf die derzeit ungeklärte und auch in der Rechtsprechung umstrittene Frage der fristauslösenden Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung des Genehmigungsbescheides im Rahmen vereinfachter Genehmigungsverfahren (Verfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung, § 19 BImSchG)[536]. Im förmlichen Verfahren löst diese Bekanntmachung den Fristlauf für die Einlegung eines Rechtsbehelfs durch Dritte aus (§ 10 Abs. 8 S. 5 BImSchG). Gleiches gilt inzwischen auch bei Repowering-Vorhaben im Sinne des § 16b Abs. 1 BImSchG, bei denen ein vereinfachtes Verfahren durchgeführt wird (§ 16b Abs. 7 S. 3, 1 BImSchG). Der Gesetzgeber sollte hier aber über die Repowering-Fälle hinaus Klarheit schaffen und generell die öffentliche Bekanntmachung des Genehmigungsbescheids auch im vereinfachten Verfahren als fristauslösendes Ereignis festlegen (etwa durch Einfügung in § 19 BImSchG).

An dieser Stelle sei auch nochmals auf die zentrale Bedeutung einer ausreichenden personellen Ausstattung von Gerichten hingewiesen. Bei der kürzlich angeordneten erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe für Streitigkeiten betreffend die Errichtung von Windenergieanlagen an Land mit einer Höhe von mehr als 50 Metern (§ 48 Abs. 1 Nr. 3a VwGO), scheint dies nicht ausreichend berücksichtigt worden zu sein. Ohne eine sowohl in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht angemessene Besetzung kommt es zwangsläufig zu einem Verfahrensstau[537]. In diesem Zusammenhang ist auch die zuweilen angestellte Überbelegung zur Einrichtung spezialisierter Senate an den Gerichten zu erwähnen[538]. Gemeint ist damit eine Konzentration gerichtlicher Verfahren für Planungs- und Genehmigungsentscheidungen von Windenergieanlagen oder weiteren wichtigen Infrastrukturvorhaben an bestimmten (einzurichtenden) Senaten innerhalb der einzelnen Gerichte. In diesen Spezialsenaten – so die Überlegung – entsteht somit ein hohes Maß an Erfahrung und Know-how im Umgang mit entsprechenden Verfahren und deren rechtlichen Besonderheiten.

---

[534] Siehe unter C. II. 2.

[535] *BDEW,* Maßnahmen zum Abbau von Hemmnissen für den weiteren Ausbau der Windenergie an Land, 2019, S. 11.

[536] Fristauslösung bejahend etwa: OVG Münster, Beschl. v. 24.09.2009 – 8 B 1342/09.AK, juris Rn. 80; VGH Mannheim, Beschl. v. 07.03.2019 – 10 S 1817/18, juris Rn. 8. Fristauslösung verneinend etwa: VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 24.04.2018 – 8 L 2840/17, juris Rn. 19 ff.; *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 30; *Dietlein,* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 86. EL 2018, § 19 BImSchG Rn. 39.

[537] *BWE,* Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 18.

[538] Siehe hierzu etwa *BWE,* Position zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Investitionen, 2020, S. 7 f.; siehe auch *Bündnis 90/DIE GRÜNEN/CDU,* Jetzt für Morgen, Der Erneuerungsvertrag für Baden-Württemberg, 2021, S. 21.

E. Erleichterung des Repowerings

Die bislang aufgezeigten Probleme und Herausforderungen bündeln sich wie bei einem Brennglas auch bei Repowering-Projekten – also beim Ersatz von Altanlagen durch moderne, leistungsfähigere Anlagen. Wegen der vielen Vorzüge, die mit einer weiteren Nutzung bereits bestehender, erschlossener und akzeptierter Standorte verbunden sind, ist hierin ein großes Potential für die möglichst effektive Nutzung des knappen Flächenangebotes zu sehen.

Repowering-Projekte zeichnen sich dabei im Vergleich zu sogenannten „Greenfield-Projekten" (also dem Erschließen von neuen Standorten) in erster Linie dadurch aus, dass von den Bestandsanlagen bereits gewisse Umweltauswirkungen ausgehen, die aber mit dem Rückbau dieser Altanlagen entfallen. Im Fokus der vielen Diskussionen zum Repowering steht daher die Frage, ob und wie dieser Umstand bei der Genehmigung der Repoweringanlagen berücksichtigt werden kann, um deren Zulassung zu erleichtern und zu beschleunigen.

Der Umsetzung von Repowering-Projekten stehen jedoch häufig verschiedene Hindernisse entgegen. Ein zentrales Hindernis ist vor allem darin zu sehen, dass für eine Vielzahl der bislang genutzten Altstandorte in Folge einer zwischenzeitlichen Konzentrationszonenplanung die planungsrechtliche Zulässigkeit entfallen ist, wenn die Standorte nunmehr im Ausschlussgebiet liegen und die Planung wirksam ist[539]. Aber auch auf Genehmigungsebene bestehen Rechtsunsicherheit und zahlreiche Hürden für eine effiziente Weiternutzung von Altstandorten mit moderner Anlagentechnik. So ist bereits die verfahrensrechtliche Einordnung – Neugenehmigungsverfahren, Änderungsverfahren, Anzeigeverfahren – nicht einheitlich, was wiederum mit dem immissionsschutzrechtlichen Änderungsregime zusammenhängt (siehe unter I.)[540]. Zudem stellen sich verschiedene Fragen zum Prüfungsumfang und zu den einzelnen Prüfanforderungen, insbesondere zur Berücksichtigung der Umweltauswirkungen der Altanlagen als „Vorbelastung" (z. B. im Artenschutzrecht, siehe unter II.).

Zwar adressiert der Gesetzgeber mit der jüngsten Novelle des Bundes-Immissionsschutzgesetzes die Repowering-Problematik mit einer neuen Spezialregelung in Form des § 16b BImSchG. Jedoch lässt die Regelung weiterhin viele der erwähnten Probleme offen und wirft selbst wieder neue Folgefragen auf[541]. Werden Repowering-Verfahren zudem – wie von der Neuregelung in § 16b BImSchG nun vorgegeben – als Änderungsgenehmigungsverfahren eingeordnet, stellt sich generell die Frage, ob Spezialregelungen für das Repowering sinnvoll sind oder nicht besser ein ganzheitlicher Ansatz zum Umgang mit dem Änderungsverfahren zielführender ist. Dadurch könnten sowohl Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs von speziellen Repowering-Regelungen als auch eine kaum begründbare Schlechterstellung anderer, meist weniger weitgehender Formen der Anlagenänderung, wie etwa des Typwechsels oder etwaiger Änderungen des Betriebs oder der Beschaffenheit der Anlage, vermieden werden.

Kernaussagen

- **Für das Repowering sollte der Gesetzgeber weniger auf Spezialregelungen setzen, sondern eine Problemlösung für jegliche Formen der Anlagenänderung schaffen.**

[539] *Dietrich,* Fragen zum Genehmigungsverfahren beim Repowering von Windenergieanlagen unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 16b BImSchG und der Vorgaben aus der EE-Richtlinie (EU) 2018/2001, ZNER 2021, S. 539 (548); näher hierzu *Wegner,* Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 26, Kapitel E (im Erscheinen).

[540] Insoweit illustrativ OVG Saarlouis, Beschl. v. 05.06.2019 – 2 B 326/18, juris Rn. 28 f. für einen Typwechsel.

[541] Siehe jüngst hierzu *Dietrich*, Fragen zum Genehmigungsverfahren beim Repowering von Windenergieanlagen unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 16b BImSchG und der Vorgaben aus der EE-Richtlinie (EU) 2018/2001, ZNER 2021, S. 539 ff.

- Zentrale Herausforderungen beim Repowering sind:
  - die klare Regelung von Verfahrensfragen (insbes. in Bezug auf die Änderungsgenehmigung)
  - die Berücksichtigung des Wegfalls von Beeinträchtigungen infolge des Rückbaus der Altanlage (Saldierung/Delta-Ansatz)
- Die neue Repowering-Regelung in § 16b BImSchG adressiert zwar einige der Herausforderungen und Möglichkeiten, löst jedoch nur einen Teil der Probleme und schafft teilweise sogar neue Folgefragen und Rechtsunsicherheiten.

I. Anwendungs- und Verfahrensfragen

Bei einer Regelung von Erleichterungen speziell für das Repowering müsste der Gesetzgeber zunächst auf einen möglichst präzisen und klar ausgestalteten Anwendungsbereich achten. Es sollte genau geregelt werden, welche Fälle eines Repowerings von der jeweiligen Regelung erfasst werden und welche nicht. Diese Frage kann sich etwa im Hinblick auf die maximal zulässige Standortverlagerung stellen, da eine Repowering-Anlage in aller Regel nicht am exakt gleichen Standort wie die Altanlagen errichtet werden kann. Hierfür bietet sich in erster Linie eine entsprechende Repowering-Definition zur genauen Begriffsbestimmung an. Angesichts der in der Praxis mannigfaltig vorkommenden Repowering-Konstellationen dürfte dies den Gesetzgeber aber vor große Herausforderungen stellen. Je höher die Unsicherheiten beim Anwendungsbereich von Spezialregelungen sind, desto höher ist das Risiko, dass diese fälschlicherweise angewendet werden und die daraufhin ergangene Genehmigung rechtswidrig sein könnte. Ebensolche Anwendungsfragen zeigen sich in Bezug auf den neuen § 16b BImSchG.

Neben der Begriffsbestimmung braucht es eine klare Verfahrenszuordnung. Diesbezüglich unterscheidet das BImSchG allgemein zwischen einem Neugenehmigungs- und einem Änderungsgenehmigungsverfahren sowie einem bloßen Anzeigeverfahren (§§ 4, 15, 16 BImSchG). Dabei ist für die Abgrenzung zwischen Neu- und Änderungsgenehmigung entscheidend, in welchem Maß die Repowering-Anlage von der Altanlage abweicht (Gesamthöhe, Rotordurchmesser, Leistung, Standort etc.)[542]. Hierzu haben sich in Rechtsprechung und Literatur noch keine einheitlichen Kriterien herausgebildet[543]. Gerade aber im Hinblick auf Standortverschiebungen werden strenge Maßstäbe angelegt und bereits Verschiebungen im Bereich von 20 bis 40 Metern können zu einem Neugenehmigungserfordernis führen[544]. Dementsprechend sind Repowering-Projekte – in Abhängigkeit vom Einzelfall und der Systematik des Änderungsregimes des BImSchG – bislang regelmäßig im Neugenehmigungsverfahren und allenfalls vereinzelt im Änderungsverfahren zuzulassen[545]. Hier dürfte mit dem neuen § 16b BImSchG für die dort geregelten Repoweringfälle nunmehr wohl einheitlich ein Änderungsverfahren vorgegeben worden sein, was aber nicht einhellig so gesehen wird[546].

[542] *Agatz*, Windenergie Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 14 m. w. N.

[543] Jeweils zur bereits unter D. II. 6. behandelten und vergleichbaren Frage eines Typwechsels: VGH München, Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052, juris Rn. 41; VG Bayreuth, Beschl. v. 06.08.2020 – B 9 S 20.621, juris Rn. 77; VG Augsburg, Urt. v. 11.10.2017 – 4 K 17.178, juris Rn. 68; *Landesanwaltschaft Bayern*, Immissionsschutz- und Bauplanungsrecht: Anwendung der 10 H-Regelung beim Anlagentypwechsel einer Windkraftanlage, 14.05.2019, S. 4 f.

[544] *Agatz*, Windenergie Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 20 m. w. N.

[545] *Agatz*, Windenergie Handbuch, 17. Ausgabe 2020, S. 13 f. m. w. N.

[546] *Dietrich*, Fragen zum Genehmigungsverfahren beim Repowering von Windenergieanlagen unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 16b BImSchG und der Vorgaben aus der EE-Richtlinie (EU) 2018/2001, ZNER 2021, S. 539 (544 f.): *Fischerauer*/Appel, Die Vorgaben der Erneuerbare-Energien-Richtlinie II (RED II) für die Vorhabenzulassung und deren Umsetzung in deutsches Recht - „großer Wurf" oder „Sturm im Wasserglas"?, UPR 2021, S. 328 (332); a. A. *Agatz*, Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, Gesetz zur Umsetzung von Art. 15, 16 der Richtlinie EU 2018/2001 – beschlossen –, 27.06.2021 (http://windenergie-handbuch.de/rechtsrahmen-fuer-den-windenergieausbau/).

Die mit einem Änderungsverfahren verbundenen Vorteile dürfen aber nicht überbewertet werden. Zwar beschränkt sich das Änderungsgenehmigungsverfahren auf die jeweilige Änderung an der Anlage und hat insoweit einen eingeschränkten Prüfbereich[547]. Zudem könnte im Falle einer Änderungsgenehmigung die Privilegierungsregelung für die sogenannte Verbesserungsgenehmigung zumindest in Betracht kommen (§ 6 Abs. 3 BImSchG)[548]. Da sich jedoch bei einem Repowering die gesamte Anlage ändert, ist jedenfalls nach der Rechtsprechung des VGH München zum Typwechsel, die sich allgemein auf das Repowering übertragen lässt, auch die Gesamtanlage Gegenstand des Verfahrens[549]. Das führt wiederum zu einem entsprechend weiten Prüfprogramm. Zudem ist im Falle einer bloßen „Änderung" im Sinne der §§ 15, 16 BImSchG eine Betreiberidentität zwischen Neu- und Altanlage notwendig[550]. Vorliegend bedeutet das, dass der Betreiber der zu ersetzenden Anlage auch Betreiber der neuen Repowering-Anlage sein muss. Dies muss in der Praxis ggf. vertraglich sichergestellt werden.

Darüber hinaus gibt es Überlegungen, das Repowering unter bestimmten Bedingungen sogar gänzlich genehmigungsfrei zu stellen, so dass keine immissionsschutzrechtliche Genehmigung und wohl auch keine Baugenehmigung oder ähnliches erforderlich sein soll (z. B. beim sogenannten „kleinen Repowering", bei dem die Repowering-Anlage im Wesentlichen den Dimensionen der Altanlage entspricht[551], oder wenn keine verstärkten Belastungen von der Repowering-Anlage ausgehen)[552]. Die Beurteilung derartiger Vorschläge hinge maßgeblich von deren konkreter Ausgestaltung ab. Generell müssten aber zum einen Wechselwirkungen mit dem EEG-Ausschreibungsdesign im Blick behalten werden, das gegenwärtig für die Teilnahme einen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid voraussetzt. Zum anderen müssten aber vor allem die – bereits oben im Zusammenhang mit Fiktionsregelungen erwähnten – Prüfpflichten nach dem europäischen Umweltrecht beachtet werden, die grundsätzlich eine Prüfung umweltrechtlicher Anforderungen vor Errichtung einer Anlage verlangen[553]. Dies betrifft nicht nur Pflichten zur UVP-Vorprüfung bzw. UVP-Prüfung, sondern auch andere Rechtsgebiete wie das Artenschutzrecht und das Wasserrecht[554]. Das stünde zumindest einer pauschalen Genehmigungsfreiheit entgegen.

Sofern man an eine bloße Anzeigepflicht für das Repowering denkt[555], wie sie im immissionsschutzrechtlichen Änderungsregime in § 15 BImSchG enthalten ist[556], stellt

[547] *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 31 ff.

[548] Dies wäre aber unter geringeren Voraussetzungen auch schon auf Basis der Sonderfallprüfung nach Ziffer 3.2.2 der TA Lärm möglich – sowohl für Neu- als auch Änderungsgenehmigung. Siehe aber nunmehr auch die diesbezügliche Sonderregelung in § 16b Abs. 3 BImSchG, da die Anwendung der Verbesserungsgenehmigung nach § 6 Abs. 3 BImSchG auf Lärmimmissionen umstritten ist, *Jarass,* BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 6 Rn 17.

[549] VGH München, Beschl. v. 03.04.2019 – 22 CS 19.345, juris Rn. 30 ff., insbes. Rn. 34; VGH München, Beschl. v. 05.04.2019 – 22 CS 19.281, Rn. 34 ff., insbes. Rn. 41.

[550] *Jarass*, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 4, Rn. 15; so wohl auch *Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 58. Ed. Oktober 2019, § 4, Rn. 122.

[551] Einschränkungen im Planungsrecht und insbesondere vergleichsweise geringe Entfernungen des Bestandsstandortes zu Siedlungen können für die Umsetzung eines sog. „kleinen Repowerings" sprechen.

[552] So der etwas unklare Vorschlag bei *Klima Union*, Die Jahre, auf die es ankommt. - 100% saubere Energie bis 2030, Juni 2021, S. 9. Siehe zudem *Parzefall*, Aktuelle Rechtsfragen zur Abstandsregelung bei der Windenergie, KommPraxis BY, 2020, S. 202 (204) zur Durchführung eines schlankeren Baugenehmigungsverfahrens für die Fallkonstellation eines Typwechsels. Inwieweit zumindest ein kleines Repowering als Austausch der Anlage „im Rahmen der erteilten Genehmigung" nach § 16 Abs. 5 BImSchG angesehen werden könnte, müsste näher geprüft werden.

[553] Hierbei sind Sonderregelung für Anlagenänderungen zu berücksichtigen, siehe zur Umweltverträglichkeitsprüfung Anhang II Nr. 13 UVP-RL; vgl. auch EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 79 f.

[554] Siehe bereits oben Fn. 20.

[555] Nach bisheriger Wertung im BImSchG, setzt dies voraus, dass für die Schutzgüter des BImSchG keine erheblichen Umweltauswirkungen gegeben sind. Zudem müssten im Falle einer bloßen Anzeigepflicht die Vorgaben aus Art. 16 Abs. 1 Satz 3 Richtlinie (EU) 2018/2001 beachtet werden, wonach vom Vorhabenträger nicht verlangt werden darf, dass er sich während des gesamten Zulassungsverfahrens an mehr als eine Anlaufstelle wenden muss. Auch bei einer Anzeige können mit der Anlage z. B. ein Straßen- und Wegebau oder wasserhaushaltsrechtliche Eingriffe verbunden sein, die gesonderte Genehmigungsverfahren auslösen. Hier greift dann jedenfalls nicht die Koordinierungs- und Konzentrationsregelungen nach §§ 10 Abs. 5, 13 BImSchG.

[556] Ausführlich zur immissionsschutzrechtlichen Anzeige etwa *Jarass,* BImschG, 13. Auflage 2020, § 15; *Führ,* Anlagenänderung durch Anzeige, UPR 1997, S. 421.

sich die Frage, ob sich dadurch die Zulassungssituation wirklich nennenswert verbessern ließe oder dies nur vordergründig einfacher und schneller wäre. Bei Windenergieanlagen ist nach heutigem Recht dann nämlich in der Regel eine Baugenehmigung erforderlich. Solange das Repowering dann nicht auch baugenehmigungsfrei gestellt würde, würde damit ein Großteil der Prüfungen (einschließlich des UVP-Rechts) lediglich in das Baugenehmigungsverfahren verschoben[557]. Dies dürfte wohl zu einem ähnlich aufwändigen Verfahren führen, das zudem von – mit Blick auf Windenergieanlagen – unerfahreneren Baugenehmigungsbehörden durchgeführt wird. Würde das Repowering zusätzlich auch baugenehmigungsfrei gestellt werden, stellt sich wiederum die Frage, ob dies mit den eben genannten Prüfpflichten aus dem europäischen Umweltrecht vereinbar ist. In jedem Fall wäre die ursprüngliche, 20 oder gar 30 Jahre alte immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Bestandsanlage Grundlage für den Anlagenbetrieb der Repowering-Anlage, was eine klare und sichere Genehmigungslage erheblich erschweren kann.

II. Prüfungsumfang und Prüfungstiefe

Wie schon eingangs erwähnt steht im Fokus der Diskussion über Erleichterungen beim Repowering die Berücksichtigung der bisherigen Umweltauswirkungen der Altanlagen bei der Genehmigung der Repowering-Anlagen, insbesondere hinsichtlich der entfallenden tatsächlichen Belastungen (z. B. die von der Altanlage ausgehenden Lärmimmissionen oder auch Kollisionsrisiken für Vögel)[558].

Hierbei kommt es zunächst auf eine klare Regelung des Vergleichsmaßstabs an, da beim Repowering in der Regel eine Mehrzahl von Altanlagen durch eine geringere Anzahl an Neuanlagen ersetzt werden soll. Der neue § 16b BImSchG etwa scheint in Teilen seines Wortlauts von einer 1:1-Betrachtung zwischen einer Altanlage und einer Ersatzanlage auszugehen (z. B. „Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage")[559]. Dies würde die Folgefrage aufwerfen, welche der Altanlagen hier dann den Vergleichsmaßstab bilden soll, und ob der Anwendungsbereich gar auf solche 1:1-Konstellationen begrenzt ist[560]. Der große Vorteil einer Standortoptimierung durch ein Repowering ist jedenfalls in der Verringerung der Anlagenzahl zu sehen. In anderen EU-Mitgliedsstaaten (z. B. Frankreich und Spanien) wird auf eine vergleichende Betrachtung von Bestandswindpark und Neuwindpark abgestellt[561].

Hinsichtlich des Prüfungsumfangs wird diskutiert, bestimmte Genehmigungsanforderungen, etwa nach dem Wasserrecht, dem Denkmalschutzrecht, dem Straßenverkehrsrecht oder dem Luftverkehrsrecht, vom weiteren Prüfprogramm der Repowering-Anlage auszunehmen, wenn sie sich im Vergleich zur Situation der Altanlage nicht nachteilig verändern (sogenannte „Delta"-Vorprüfung). Die damit teilweise entfallende Sachverhaltsermittlung könnte eine Verfahrensbeschleunigung bewirken. Auch diesen Gedanken hat der Gesetzgeber mit der nach § 16b Abs. 1 BImSchG vorgesehenen Vorprüfung bereits adressiert. Auf die Behördenbeteiligung und den Umfang der

[557] In der Folge würde die Baugenehmigung die vorherige BImSchG-Genehmigung auch entsprechend modifizieren.

[558] Stellvertretend für viele *BWE*, BWE-Vorschläge zur Beschleunigung und Erleichterung des Repowering von Windenergieanlagen, März 2021, S. 10.

[559] Siehe aber wiederum zu den Immissionsrichtwerten in § 16b Abs. 3 Nr. 1 BImSchG („durch sie ersetzten Windenergieanlagen").

[560] Eine verfahrensrechtliche Bezugnahme auf eine Mehrzahl von Windenergieanlagen müsste wiederum berücksichtigen, dass im Bestand zumeist plurale Betreiberstrukturen vorliegen und im Falle des Rückbaus von Fremdanlagen rechtliche Absicherungen und Nachweise gegenüber den Behörden notwendig werden könnten.

[561] Vgl. *Almenar/Sande*, Repowering Renewable Installations: Regulatory Implications, Juni 2020, S. 2. (https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2020/06/Repowering-renewable-installations.pdf) zu verfahrensirrelevanten Änderungen an Windparks im spanischen und insbesondere katalonischen Recht; *Ministère de la Transition écologique et solidaire,* Instruction du Gouvernement du 11 juillet 2018 relative à l' appréciation des projets de renouvellement des parcs éoliens terrestres zu Änderungen von Windparks.

Legalisierungswirkung der Genehmigung dürfte dies keine Auswirkungen haben.

Doch insbesondere im Artenschutzrecht sind klare Maßstäbe für Repowering-Projekte zu entwickeln, wenn die Standortmodernisierung tatsächlich beschleunigt und vereinfacht werden soll. Wie bereits oben aufgezeigt ist die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage nur unter Beachtung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote zulässig, allen voran dem Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG). Dieses ist nur dann verletzt, wenn es durch das Vorhaben zu einer „signifikanten Erhöhung" des Tötungsrisikos kommt. Vergleichsmaßstab für diese Erhöhung ist das sogenannte Grundrisiko, also das bereits vorhabenunabhängig bestehende allgemeine Tötungsrisiko von Tieren, welches sich aus dem allgemeinen Naturgeschehen sowie den Risiken eines von Menschenhand gestalteten Naturraums ergibt[562]. Diese „Anthropisierung" der Naturräume erkennt grundsätzlich auch der EuGH an[563]. Das Grundrisiko ist aber nach der Rechtsprechung durch eine abstrahierte Betrachtung zu ermitteln, ohne Berücksichtigung der am konkreten Vorhabenstandort ohnehin bestehenden Gefahren[564]. Insoweit ist in der Rechtsprechung auch schon entschieden worden, dass eine zuvor am selben Standort befindliche andere (alte) Anlage nicht zu einer Art „(Vor-) Belastungsabzug" bei der Betrachtung der neuen Anlagen berechtigt[565]. Allerdings ist die Rechtsprechung hier nicht einheitlich[566].

Der neue § 16b Abs. 4 BImSchG sieht zwar für die artenschutzrechtliche Prüfung die Berücksichtigung der Auswirkungen der Bestandsanlage als Vorbelastung vor[567], verhält sich aber zu den offenen Fragen nicht eindeutig, was eine einheitliche Rechtsanwendungspraxis und Beschleunigungseffekte für die Standortmodernisierung erschweren dürfte. Sofern der Gesetzgeber sein mit der BImSchG-Novelle von 2021 gefasstes Ziel der Vereinfachung und Beschleunigung des Repowerings weiterverfolgt, erscheint hier eine Weiterentwicklung des Rechtsrahmens notwendig[568].

Im Falle einer Umsetzung der teils vorgeschlagenen gesetzlichen Regelvermutungen, wonach von der Realisierung eines Repowering-Projektes im Regelfall kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ausgehen soll[569], wäre eine Sachverhaltsermittlung allein noch für die Frage maßgeblich, ob das jeweilige Repowering-Vorhaben aufgrund einer atypischen Fallgestaltung ausnahmsweise eine von der Vermutung abweichende Beurteilung verlangt. Zum einen bräuchte es aber auch hierfür einheitliche und klare Kriterien, weil sich die „Prüfproblematik" ansonsten lediglich teilweise verlagern könnte[570]. Zum anderen ist hier auf die schon oben erwähnten Prüfpflichten nach europäischem Umweltrecht hinzuweisen, da die Vermutung regelmäßig zu einem

[562] Vgl. VGH Kassel, Urt. v. 17.02.2021 - 2 A 698/16, juris Rn. 166.

[563] EuGH, Urt. v. 11.06.2020 - C-88/19, Rn. 50; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 63.

[564] BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 - 9 B 25/17, juris Rn. 11; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 - 9 A 9/15, juris Rn. 141.

[565] OVG Greifswald, Beschl. v. 08.05.2018 – 3 M 22/16, juris Rn. 85 f. jedoch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die Elbquerungsentscheidung des BVerwG.

[566] Siehe etwa OVG Bautzen, Beschl. v. 27.03.2018 – 4 B 185/17, juris Rn. 35, 43; OVG Magdeburg, Urt. v. 20.01.2016 – 2 L 153/13, juris Rn. 69; vgl. zudem BVerwG, Urt. v. 09.02.2017 – 7 A 2/15, juris Rn. 466, 469.

[567] Vgl. auch *Landesregierung Rheinland-Pfalz*, Erlass zum Natur- und Artenschutz bei der Genehmigung von Windenergieanlagen im immissions-schutzrechtlichen Verfahren, August 2020, S. 2. Die Verwendung des Begriffs Vorbelastung ist hier missverständlich, da Vorbelastungen im Genehmigungsrecht eigentlich kumulativ hinzutretende Belastungen einer fortbestehenden Gesamtbelastungssituation beschreiben. Beim Repowering soll sich die von der Altanlage ausgehende „Vorbelastung" gerade nicht fortsetzen.

[568] Dabei dürfte angesichts der Rechtsprechung des EuGH auch auf eine fachwissenschaftliche Begründung zu achten sein, siehe etwa EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-88/19, Rn. 58; EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn. 168; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 64; zum Ganzen auch *Schmidt/Sailer*, Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht?, ZNER 2021, S. 154 (160 f.).

[569] Vgl. etwa *BWE,* BWE-Vorschläge zur Beschleunigung und Erleichterung des Repowering von Windenergieanlagen, März 2021, S. 19. Siehe auch *Landesregierung Hessen,* Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie", Dezember 2020, S. 21 f.

[570] Siehe etwa zur Prüfung im Rahmen der Regelvermutung nach § 19 Abs. 5 BNatSchG *Peters/Jahns-Lüttmann/Wulfert/Koukakis/Lüttmann/Götze*, Bewertung erheblicher Biodiversitätsschäden im Rahmen der Umwelthaftung, NuL 2015, S. 77 (79); vgl. auch *Fellenberg,* in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 19 Rn. 24.

Prüfverzicht führt[571]. Voraussetzung hierfür dürfte daher sein, dass in den der Regelvermutung unterfallenden Konstellationen eine Beeinträchtigung des jeweiligen Schutzguts rechtssicher und fachlich unterfüttert ausgeschlossen werden kann (z. B. bei entsprechender Entfernung zwischen Vogel-Brutplatz und Windenergieanlage)[572]. Soweit hierfür wiederum umfangreiche Prüfungen notwendig sind (insbes. Kartierungen), dürfte dies eine Zeit- und Aufwandsersparnis in Frage stellen.

[571] Zwar kennt das Naturschutzrecht in § 19 Abs. 5 S. 2 BNatSchG eine Regelvermutung im Zusammenhang mit der Prüfung von Biodiversitätsschäden. Hier wurde Art. 2 Nr. 1 lit. a) Umwelthaftungs-Richtlinie 2004/35/EG umgesetzt, welche auf geschützte Arten aus der FFH-Richtlinie und der Vogelschutz-Richtlinie Bezug nimmt. Die Tatbestände, für die § 19 Abs. 5 S. 2 BNatSchG eine Regelvermutung vorsieht, sind im Anhang 1 Richtlinie ausdrücklich vom obligatorischen Umweltschadensbegriff ausgenommen (keine Erheblichkeit).

[572] Siehe beispielhaft *UMK,* Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen, 2020, S. 6.

Kontakt
Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0
F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:
„„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)““

Gefördert durch:

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages