



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR LÄNDLICHEN RAUM UND VERBRAUCHERSCHUTZ

Stuttgart, 01.07.2015
Frau Müller-Mitschke
Az.: 62-8850.68

Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen

I. Anwendungsbereich

Für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen kann, wenn dadurch die Verbotsvorschrift des § 44 Abs. 1 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) für windenergieempfindliche Vogelarten verwirklicht wird und Vermeidungsmaßnahmen nicht greifen, eine artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erteilt werden, über die im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens zu entscheiden ist.

Im Rahmen der Bauleitplanung für Windenergieanlagen kann bei Verwirklichung der Verbotsvorschrift des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und tatsächlich oder rechtlich nicht möglichen Vermeidungsmaßnahmen, eine "Planung in die artenschutzrechtliche Ausnahmelage hinein" vorgenommen werden. Der Planungsträger hat hierzu im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung nach § 1 Abs. 3 Baugesetzbuch (BauGB) die Prognose zu treffen, ob der Planverwirklichung auf unabsehbare Zeit unüberwindbare artenschutzrechtliche Hindernisse im Wege stehen. Sind die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG objektiv erfüllt, so liegt kein unüberwindbares rechtliches Hindernis vor.

Diese Hinweise dienen der Auslegung und Konkretisierung der Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahmegesetzvorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG und ergehen im Einvernehmen mit dem Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft sowie dem Ministerium für Verkehr und Infrastruktur.

Von diesen Hinweisen bleiben weitergehende Vorschriften des Naturschutzrechts (insbesondere §§ 33 ff. BNatSchG i.V.m. der Verordnung des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum zur Festlegung von europäischen Vogelschutzgebieten (VSG-VO) vom 5. Februar 2010 (GBl. S. 37 ff.)) unberührt.

II. Verwirklichung des Tötungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG)

Das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts individuenbezogen zu verstehen. Vor diesem Hintergrund bedarf es einer einschränkenden Auslegung der Vorschrift dahingehend, dass der Tötungstatbestand nur dann erfüllt ist, wenn sich durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen das Tötungsrisiko für die betroffenen Arten in signifikanter Weise erhöht (VG Hannover, Urt. vom 22.11.2012, 12 A 2305/11, Rn. 38 mit Verweis auf: BVerwG, Urt. vom 12.03.2008, 9 A 3.06, Rn. 219; Urt. vom 09.07.2008, 9 A 14.07, Rn. 91; Urt. vom 18.03.2009, 9 A 39.07, Rn. 58; Urt. vom 14.07.2011, 9 A 12.10, Rn. 99), d.h. wenn eine deutliche Steigerung des Tötungsrisikos vorliegt.

1. Signifikant erhöhtes Tötungsrisiko: Abstandsempfehlungen, Vermutungsregel und deren Widerlegbarkeit

Zunächst wird auf die Ausführungen zum signifikant erhöhten Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren unter Kapitel 5.6.4.2 des Windenergieerlasses Baden-Württemberg vom 9. Mai 2012 verwiesen.

Im Hinblick auf die Erfassung der windenergieempfindlichen Vogelarten und die Bewertung der Gefahren bei möglichen Kollisionen der Vogelarten mit geplanten Windenergieanlagen steht der zuständigen Behörde und auch dem Planungsträger eine Einschätzungsprärogative zu.

Das signifikant erhöhte Tötungsrisiko für windenergieempfindliche Vogelarten durch Windenergieanlagen wird maßgeblich auf Grund von (Mindest-) Abständen der Anlagen zu den Brutplätzen sowie der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore dieser Arten beurteilt. Nach dem Windenergieerlass Baden-Württemberg sind die "Abstandsregelungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogel Lebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten" der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW), die den aktuellen wissenschaftlichen Stand repräsentieren, nicht mehr anzuwenden, da die fachlichen Hinweise der Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg (LUBW) für das Land Baden-Württemberg nunmehr vorliegen (vgl. Kapitel 5.6.4.2.1 des Windenergieerlasses). Die LUBW hat in den "Hinweisen für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen" in der Fassung vom 1. März 2013 (im Folgenden: „Erfassungshinweise Vögel“) länderspezifische Abstandsempfehlungen (in Tabelle 1, Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel als „Untersuchungsradius zur Ermittlung der Fortpflanzungsstätten“ bezeichnet) für windenergieempfindliche Vogelarten sowie eine Standardmethode zur Ermittlung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore festgelegt. Die Erfassungshinweise Vögel sind unter <http://www.lubw.baden->

wuerttemberg.de/servlet/is/216927/ abrufbar. Sie ergänzen insoweit den Windenergieerlass Baden-Württemberg (vgl. Kapitel 5.6.4.2.4).

Die Hinweise der LUBW beruhen auf landesweiten fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen. Hiervon darf auch angesichts der artenschutzfachlichen Einschätzungsprärogative nicht ohne fachlichen Grund abgewichen werden. Dies gebieten insbesondere die rechtlichen Gesichtspunkte der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit.

Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos ist für die kollisionsgefährdeten, windenergieempfindlichen Vogelarten regelmäßig in solchen Bereichen gegeben, in denen es zu gegenüber der Umgebung deutlich erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten (Zentren der Aktivitätsdichte) kommt. Dies sind alle Bereiche innerhalb eines artspezifisch festgelegten Radius um die Fortpflanzungs- und Ruhestätten (in Tabelle 1, Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel als „Untersuchungsradius zur Ermittlung der Fortpflanzungsstätten“ bezeichnet) sowie alle regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore (vgl. Erfassungshinweise Vögel). Aus naturschutzfachlicher Sicht ist bei Realisierung von Windenergieanlagen in diesen Bereichen die Vermutung gerechtfertigt, dass der Betrieb der Anlage gegen das Tötungsverbot verstößt (vgl. VG Hannover, Urt. vom 22.11.2012, 12 A 2305/11, Leitsatz; vgl. auch VGH Kassel, Urt. vom 17.12.2013, 9 A 1540/12 und OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.03.2013, 2 M 154/12, Rn. 31).

Diese der Vermutungsregel innewohnende Gefährdungseinschätzung kann allerdings im Einzelfall widerlegt werden, wenn durch die Betrachtung der konkreten Raumnutzung der betroffenen Art nachgewiesen wird, dass für die betroffene Art kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht (vgl. VG Hannover, Urt. vom 22.11.2012, 12 A 2305/11, Leitsatz; BayVGH, Urt. vom 06.10.2014, 22 ZB 14.1079 und 22 ZB 14.1080; BayVGH, Urt. vom 18.06.2014, 22 B 13.1358, Rn. 50; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.03.2013, 2 M 154/12; VG Schwerin, Urt. vom 25.11.2010, 7 A 1583/09). Dementsprechend enthalten die Erfassungshinweise Vögel der LUBW die fachlichen Voraussetzungen für die Anwendung einer Raumnutzungsanalyse (Ermittlung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore nach Kap. 2.2.2.2 der Erfassungshinweise Vögel), die der Regelvermutung der Abstandsempfehlungen entgegengesetzt werden kann. Ergibt eine solche Raumnutzungsanalyse, dass der Bereich der geplanten Windenergieanlagen nicht oder nicht regelmäßig von den Vögeln genutzt wird, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor. Hinsichtlich der Risikobewertung hat die LUBW zudem durch die „Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen“ fachliche Maßstäbe für das Land Baden-Württemberg gesetzt (im Folgenden: „Bewertungshinweise Vögel“, abrufbar unter: <http://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/216927/>).

2. Verzicht auf die Raumnutzungsanalyse in der Bauleitplanung – Planung in die Ausnahmelage nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Die Prüfung, ob Windenergieplanungen gegen artenschutzrechtliche Verbote verstoßen, setzt auch in der Bauleitplanung eine ausreichende Bestandsaufnahme der im Planungsbereich vorhandenen Arten, die in den Anwendungsbereich der Verbote fallen, und ihrer Lebensräume voraus (vgl. etwa: VGH Mannheim, Urteil vom 22.10.2014, 3 S 1505/13; BVerwG, Urt. vom 12.08.2009, 9 A 64.07, Rn. 37 (juris)). Die Bestandsaufnahme muss die

planende Gemeinde in die Lage versetzen, die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verbotstatbestände zu überprüfen (OVG Münster, Urt. vom 17.02.2011, 2 D 36/09).

Auf Grundlage von durch eine Datenrecherche (zu den Anforderungen siehe Kap. 1 der Erfassungshinweise Vögel) gewonnenen Daten zu Vorkommen planungsrelevanter Arten (z.B. Daten aus der Milankartierung der LUBW 2012-2014) kann der Planungsträger im Einzelfall auf eine Raumnutzungsanalyse in der Bauleitplanung verzichten, wenn eine signifikante Erhöhung der Tötungsgefahr als gegeben unterstellt (worst-case-Betrachtung) und auf dieser Grundlage sodann die Ausnahmelage nach § 45 Abs. 7 BNatSchG geprüft und festgestellt wird. Diese Vorgehensweise bietet sich für Planungsträger insbesondere dann an, wenn der Aufwand für die Raumnutzungsanalyse vermieden werden soll.

Das BVerwG anerkennt die Anwendung der Wahrunterstellung/worst-case-Betrachtung im Artenschutzrecht (Urt. vom 12.3.2008, 9 A 3/06, Rn. 221). Worst-case-Annahmen sind nicht nur bei wissenschaftlichen Bewertungsunsicherheiten möglich, sondern auch bei der Bestandsaufnahme (BVerwG, Urt. vom 6.11.2013, 9 A 14/12; ebenso VGH Mannheim, Urt. vom 23.9.2013, 3 S 284/11, Rn. 339 (juris)). Allerdings muss dadurch ein Ergebnis erzielt werden, das hinsichtlich der untersuchten Fragestellung "auf der sicheren Seite" liegt. Deswegen wird in der Rechtsprechung eine Wahrunterstellung nur dann als zulässig angesehen, wenn der maßgebliche Sachverhalt dadurch in sachdienlicher Weise erfasst werden kann (vgl. BVerwG, Urt. vom 17.01.2007, 9 A 20.05, Rn. 64). Auch bei Bauleitplänen darf mit worst-case-Annahmen gearbeitet werden (Lau, Der Naturschutz in der Bauleitplanung, S. 142), sofern die vorgenannten Maßgaben erfüllt werden.

Folgende Maßgaben sind bei der Anwendung der worst-case-Betrachtung anstelle einer Raumnutzungsanalyse für die Prüfung, ob eine Ausnahmelage nach § 45 Abs. 7 BNatSchG objektiv gegeben ist, zu beachten:

- Die tatsächlich in Rechnung zu stellenden Beeinträchtigungen müssen qualitativ und quantitativ zutreffend zugrunde gelegt werden, ansonsten erfolgt eine fehlerhafte Abwägung bei der Planung in die Ausnahmelage (vgl. Kap. 4.2.5.2 des Windenergieerlasses).
- Im Rahmen der worst-case-Betrachtung, bei der – wie vorliegend beim Verzicht auf die Raumnutzungsanalyse – keine Unterschiede in der räumlichen Betroffenheit der Arten bzw. unterschiedliche räumliche Konfliktgrade herausgearbeitet werden, muss bei der Abschätzung von fachlich geeigneten, zielgerichteten, wirksamen sowie rechtssicheren Maßnahmen zur Schadensbegrenzung (Vermeidungsmaßnahmen) die potentiell denkbar größtmögliche Beeinträchtigung von windenergieempfindlichen Vogelarten zugrunde gelegt werden (vgl. BVerwG, Urt. vom 6.11.2013, 9 A 14/12, Rn. 51f).
- „Auf der sicheren Seite liegen“ heißt in der Konsequenz auch, dass den Artenschutzbelangen in der Abwägungsentscheidung des § 45 Abs. 7 BNatSchG ein entsprechendes Gewicht zukommt, wenn eine signifikante Erhöhung der Tötungsgefahr als worst-case-Annahme unterstellt wird. Das signifikant erhöhte Tötungsrisiko aller potenziell betroffenen Brutpaare der windenergieempfindlichen Arten ist in diesem Falle einzustellen. Dies kann dazu führen, dass im Rahmen der Abwägung

die Artenschutzbelange überwiegen (z.B. wenn mehrere Brutpaare betroffen sind und die Windenergiebelange, insbesondere die Windhöflichkeit am betreffenden Standort, von geringem Gewicht sind).

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen ist hingegen eine worst-case-Betrachtung nicht zulässig, weil der maßgebliche Sachverhalt, z.B. im Hinblick auf Vermeidungsmaßnahmen, in sachdienlicher Weise nur durch eine artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme erfasst werden kann und hierfür mit den Hinweisen der LUBW eine eingeführte Methode zur Verfügung steht, die dem Antragsteller auch zumutbar ist.

3. Vermeidungsmaßnahmen

Gegen das Tötungsverbot wird nicht verstoßen, wenn die Windenergieanlage nach natur-schutzfachlicher Einschätzung unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht (vgl. BVerwG, Urt. vom 09.07.2008, 9 A 14.07; BVerwG 09.07.2011, 9 A 12.10, Rn. 99; zu grundsätzlich möglichen Vermeidungsmaßnahmen beim Rotmilan: OVG Münster, Urt. vom 20.11.2012, 8 A 252/10, Rn. 106 (juris)). Inwieweit Vermeidungsmaßnahmen tatsächlich zu einer Verringerung des Tötungsrisikos führen, ist u.a. von der Ökologie und vom Verhalten der betroffenen Art(en) abhängig.

Soll das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht ausgehöhlt werden, muss allerdings durch die Vermeidungsmaßnahmen sichergestellt werden, dass eine Überschreitung der "Signifikanzschwelle" jedenfalls mit einem hohen Sicherheitsgrad ausgeschlossen werden kann (vgl. VG Schwerin, Urt. vom 25.11.2010, 7 A 1583/09).

Bei windenergieempfindlichen Vogelarten kommen verschiedene solcher Maßnahmen in Betracht. Geeignete und artspezifische Vermeidungsmaßnahmen für windenergieempfindliche Vogelarten sind den Bewertungshinweisen Vögel zu entnehmen.

Auf der Ebene der Bauleitplanung sind im Sinne einer Prognose die Vermeidungsmaßnahmen im Hinblick auf die betroffenen Vogelarten

- fachlich zu ermitteln und auf ihre Eignung und Wirkung hin zu bewerten,
- sofern möglich im Bauleitplan darzustellen (etwa durch die Ausweisung entsprechender Flächen nach § 5 Abs. 2 Nr. 10 BauGB) und
- deren grundsätzliche Realisierbarkeit (insbesondere die Flächenverfügbarkeit und die grundsätzliche Bereitschaft der Maßnahmenträger auf der jeweiligen Fläche) abzuschätzen.

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind die konkret vorgesehenen Vermeidungsmaßnahmen im Hinblick auf die betroffenen Vogelarten

- fachlich zu ermitteln und auf ihre Eignung und Wirkung hin zu bewerten,
- im Genehmigungsbescheid in den Nebenbestimmungen konkret festzulegen und
- rechtlich zu sichern.

Bei Unsicherheiten über die Wirkungsprognose oder den Erfolg der Vermeidungsmaßnahmen ist im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid ein vorhabenbegleitendes Monitoring und/oder ein Risikomanagement mit konkreten Vorsorgemaßnahmen vorzusehen (vgl. etwa: OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. vom 20.11.2012, 8 A 252/10, Rn. 106). Für den Fall, dass ein Restrisiko verbleibt, ob die Vermeidungsmaßnahmen greifen, kann vorsorglich eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG im Genehmigungsbescheid erteilt werden, soweit die Voraussetzungen hierfür vorliegen („überschießende Ausnahme“).

4. Vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen

Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.07.2011, 9 A 12.10, kann das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht über vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen nach § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG verhindert werden, weil Art. 12 Abs. 1 Buchstabe a der FFH-Richtlinie keine entsprechende Begrenzung des Tötungsrisikos enthält.

III. Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Wenn bei der Planung von Windenergieanlagen wegen fehlender, fachlich nicht geeigneter oder nicht zumutbarer Vermeidungsmaßnahmen von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko bei windenergieempfindlichen Vogelarten auszugehen ist (oder ein solches im Sinne einer worst-case-Betrachtung unterstellt wird), kann die Gemeinde in eine Ausnahmelage hinein planen. Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Bauleitplans ist das Vorliegen einer objektiven Ausnahmelage nach § 45 Abs. 7 BNatSchG, die unter Beteiligung der höheren Naturschutzbehörde festgestellt wurde.

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind die artenschutzrechtlichen Ausnahmevoraussetzungen vom Antragsteller in den Antragsunterlagen darzulegen. Die artenschutzrechtliche Ausnahme wird im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erteilt (§ 13 BImSchG). Hierbei ist die höhere Naturschutzbehörde (§ 1 Nr. 1 b) der Verordnung des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum zur Bestimmung von Zuständigkeiten im Naturschutz (Naturschutz-Zuständigkeitsverordnung – NatSchZuVO) vom 18. Juni 2008 bzw. nach § 58 Abs. 3 Nr. 8 d) NatSchG) nach § 10 Abs. 5 BImSchG zu beteiligen.

Nach § 45 Abs. 7 BNatSchG können von den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sind Abweichungen (Ausnahmen) eng bzw. restriktiv auszulegen und umzusetzen (vgl. EuGH, Urt. vom 07.03.1996, C-118/94, Rn. 21, m.w.N.).

1. Ausnahmegrund der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG)

Als Ausnahmegrund können zunächst nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG die maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt in Erwägung gezogen werden.

Zwar sprechen gewichtige Gründe des Umweltschutzes für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen, weil mit ihnen elektrische Energie ohne Freisetzung von Kohlendioxid und weiteren Schadstoffen gewonnen wird. Dass sie ökologisch sinnvoll sind, ist für den Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG jedoch nach der Literatur nicht ausreichend (so: Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 293 i.V.m. 258 m.w.N.; vgl. auch Lau in Frenz/Müggenborg, BNatSchG-Kommentar, 2011, § 45 Rn. 17 m.w.N.). Mit dem Ausnahmegrund der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt ist nicht eine allgemeine Privilegierung des Umweltschutzes beabsichtigt (Gatz, Rn. 293 i.V.m. 258 m.w.N.). Vielmehr soll dieser nur Vorhaben zugutekommen, bei denen die Verschlechterung der ökologischen Situation mit einer mindestens gleichwertigen Verbesserung an anderer Stelle einhergeht (Gatz, Rn. 293 i.V.m. 258 m.w.N.). Dabei wird vorausgesetzt, dass die Situation der Umwelt unmittelbar und kausal nachweisbar verbessert wird (so: Lau in Frenz/Müggenborg, BNatSchG-Kommentar, § 45 Rn. 17). Da umweltverbessernde Maßnahmen nicht nur abstrakt, sondern konkret sein müssen und durch einzelne Windenergieanlagen die Situation der Umwelt nicht unmittelbar und kausal verbessert wird, fallen Planungen und Genehmigungen von Windenergieanlagen grundsätzlich nicht unter den Ausnahmegrund von § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG (gänzlich ablehnend: Gatz, Rn. 293 und 258; vgl. auch Gassner, in: Bendoric-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, § 34 Rn. 35 unter Hinweis auf Louis/Engelke, DÖV 1999, 374 (380)).

2. Ausnahmegrund des zwingenden überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG)

Ferner kommen als Ausnahmegründe nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art in Betracht.

Dieser Ausnahmegrund kann auch bei europäischen Vogelarten herangezogen werden. Er steht in Einklang mit Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie (VS-RL). Zwar werden in Art. 9 Abs. 1 VS-RL zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses und das Interesse an der Erzeugung regenerativer Energie - jedenfalls dem Wortlaut nach - nicht ausdrücklich genannt. Art. 9 VS-RL muss aber in Verbindung mit den Zielvorgaben des Art. 2 VS-RL gelesen werden und schließt bei entsprechender Auslegung Gründe sozialer und wirtschaftlicher Art und sonstige zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses als Rechtfertigung für eine Ausnahme nicht aus (vgl. de Witt/Geismann, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Aufl. 2013, Rn. 45; de Witt, Artenschutz, Rn. 63; so auch: Dolde, NVwZ 2008, 121, 125; Kautz, NuR 2007, 234 (239 f.); Hösch, UPR 2006, 131 (134); Gellermann, NuR 2007, 789; LANA-Hinweise 2006, S. 8). Auch unter Beachtung des in Art. 5 Abs. 4 EUV europarechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist davon auszugehen, dass dieser Ausnahmegrund bei Europäischen Vogelarten Geltung hat (vgl. auch: Gassner/Heugel, Das neue Naturschutzrecht, 2010, Rn. 597). Andernfalls würde dies innerhalb des Unionsrechts zu nicht nachvollziehbaren, erheblichen Wertungswidersprüchen hinsichtlich der Ausnahmegründe der VS-RL und der FFH-Richtlinie führen (vgl. BayVGh, Urt. vom 19.02.2014, 8 A 11.40040-40045 u.a., Rn. 846 und 851 m.w.N.). Diese Sichtweise entspricht der Intention des deutschen Gesetzgebers, weil die im Bundesnaturschutzgesetz getroffene Regelung ausweislich der Geset-

zesbegründung ausdrücklich sowohl der Umsetzung des Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL, als auch des Art. 9 Abs. 1 Buchst. a VS-RL dient (vgl. BT-Drucks. 16/5100, S. 13).

a. Zwingendes öffentliches Interesse an der Windenergienutzung

Die Errichtung von Windenergieanlagen liegt im öffentlichen Interesse. Öffentliche Interessen können grundsätzlich alle am Gemeinwohl orientierten Interessen gleich welcher Art sein. Mit Windenergieanlagen werden regenerative Energiequellen genutzt und Energie umwelt- und klimafreundlich erzeugt (insbesondere ohne Emissionen umweltschädlicher und klimarelevanter Gase). Windenergieanlagen tragen dazu bei, die zukünftige Energieversorgung sicherzustellen und Folgeschäden der Klimaveränderung für Natur und Landschaft zu vermindern. Dies dient insgesamt dem wichtigen umweltpolitischen Ziel des Klimaschutzes.

Sowohl im Grundgesetz (Art. 20a GG), als auch in Verfassung des Landes Baden-Württemberg (Art. 3a LV) wird dem Klimaschutz als Bestandteil der natürlichen Lebensgrundlagen besonderes Gewicht zugemessen.

Mit §§ 1, 2 Satz 2, 4, 5 und 6 des Klimaschutzgesetzes Baden-Württemberg (KSG) wird das öffentliche Interesse am Klimaschutz und am Ausbau erneuerbarer Energien gesetzlich konkretisiert und ein Rahmen für diesen zu berücksichtigenden öffentlichen Belang geschaffen. Für das Erreichen des Klimaschutzziels nach § 4 Abs. 1 KSG, wonach bis zum Jahr 2020 die Treibhausgasemissionen in Baden-Württemberg um mindestens 25% im Vergleich zu den Gesamtemissionen des Jahres 1990 verringert werden sollen, kommt dem Ausbau erneuerbarer Energien besondere Bedeutung zu (§ 5 KSG). Dies gilt auch, wenn es sich im Einzelfall um geringe Beiträge zur Treibhausgasreduzierung handelt (§ 5 S. 2 KSG). Mit vermiedenen Treibhausgasemissionen von 781 g/kWh trägt die Windenergie maßgeblich zum Klimaschutz bei.

Die Landesregierung Baden-Württemberg hat am 15. Juli 2014 ein Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept (IEKK) verabschiedet, das die notwendigen Energieziele, u.a. zur Minderung der Treibhausgasemissionen, für den Ausbau der erneuerbaren Energien sowie geeignete Klimaschutzmaßnahmen, benennt. Danach soll bis zum Jahr 2020 die Windenergie einen Anteil in Höhe von 10% an der Gesamtstromerzeugung einnehmen und langfristig neben der Sonnenenergie Hauptträger der Stromerzeugung werden. Nach dem Energieszenario Baden-Württemberg 2050 und dem darauf aufbauenden IEKK ist hierfür eine installierte Leistung an Windenergieanlagen von rund 3.500 MW notwendig. Aktuell liegt der Bestand an Windenergieanlagen bei ca. 560 MW. Zur Zielerreichung ist es also nötig, die Windenergiekapazitäten im Land um den Faktor sechs zu steigern. Aufgrund und entsprechend dieses erheblichen Defizits beim notwendigen Ausbau der Windenergie für das Erreichen des gesetzlichen Klimaschutzziels zur Minderung der Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2020 besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an einer zügigen Realisierung von Windenergiestandorten.

Durch das KSG und das konkretisierende IEKK erhalten Windenergieanlagen in Baden-Württemberg mithin eine besondere strategische Bedeutung für den Klimaschutz und liegen dementsprechend im besonderen öffentlichen Interesse.

Hinzu kommt, dass Windenergieanlagen für die Sicherung der Energieversorgung zunehmend an Bedeutung gewinnen, insbesondere weil nach dem Energiekonzept 2011 der Bundesregierung Kernkraftwerke bis zum Jahr 2022 abgeschaltet werden sollen. Eine sichere Energieversorgung erfordert daher den Ausbau der erneuerbaren Energien als Ersatz für die Kernenergie.

Schließlich tragen erneuerbare Energien dazu bei, die Folgeschäden der Klimaveränderung in Natur und Landschaft zu mindern. Dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung kommt dabei durch die zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien eine besondere Bedeutung zu. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG.

Die öffentlichen Interessen am Klimaschutz und der Versorgung mit regenerativen Energien sind auch zwingend, da ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln vorliegt (vgl. BVerwG, Urt. vom 27.01.2000, 4 C 2.99, Rn. 39), zumal es sich hierbei vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsgrundlagen um Belange mit normativem Gewicht handelt.

b. Abwägungsentscheidung und Abwägungskriterien

Dass die Gewinnung von Windenergie aus Gründen des Klimaschutzes hoch einzuschätzen ist, verleiht ihr indes keinen automatischen Vorrang vor den Belangen des Artenschutzes (vgl. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 293 und 260). Die zwingenden Gründe des öffentlichen Interesses müssen überwiegen (Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45 Rn. 45). Dabei ist in einer einzelfallbezogenen Abwägungsentscheidung das Gewicht der zu erwartenden Beeinträchtigungen für die artenschutzrechtlichen Schutzgüter mit den für das Vorhaben streitenden öffentlichen Interessen gegenüberzustellen (Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45 Rn. 45).

Bei der Gewichtung der Windenergiebelange sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- Windhöffigkeit des Planungsstandorts (hinreichende Windhöffigkeit im Sinne des Kap. 4.1 des Windenergieerlasses sowie der „Hinweise zur Berücksichtigung der Windhöffigkeit bei naturschutzrechtlichen Abwägungen im Zusammenhang mit Planungs- und Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen“ vom 17.10.2014)
- Anzahl der möglichen Windenergieanlagen an einem Standort (Konzentration)
- Erschließungssituation (Erforderlichkeit von Neu- und Ausbau von Wegen, Netzanschluss, Bündelung mit Infrastrukturtrassen).

Bei der Gewichtung der Artenschutzbelange sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- Anzahl der betroffenen Arten
- Anzahl der betroffenen Brutpaare
- Anzahl der betroffenen Individuen
- Nationale und internationale Verantwortung des Landes Baden-Württemberg für die betroffenen Arten nach der aktuellen Roten Liste der Brutvogelarten des Landes

- Erhaltungszustand der betroffenen Arten in Baden-Württemberg (solange dieser nicht definiert ist, ist der aktuelle Rote-Liste-Status heranzuziehen)
- Seltenheit der betroffenen Arten nach den Kriterien der aktuellen Roten Liste
- Bedeutung des Vorkommens der betroffenen Arten für die lokale Population und für den Bestand in Baden-Württemberg
- Populationstrend der betroffenen Arten in Baden-Württemberg
- Eingriffssensibilität der Art nach Dierschke & Bernotat 2012.

3. Zumutbare Alternativen

Eine Ausnahme darf nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind.

a. Vorliegen einer Alternative

Eine Alternative ist die tatsächliche Möglichkeit, ein Ziel auf andere Weise zu erreichen. Ausgangspunkt ist dabei das jeweils mit dem Vorhaben verfolgte Planungsziel. Zu den Alternativen gehören neben Standortalternativen auch Ausführungsalternativen (vgl. Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45 Rn. 48).

Bei einer zu berücksichtigenden Alternative muss es sich insbesondere im Hinblick auf die Windhöffigkeit, die geplante Konzentration der Windenergieanlagen, die Größe der Konzentrationszone bzw. die Anzahl der Windenergieanlagen sowie deren Erschließungssituation um gleichwertige bzw. zumindest vergleichbare Standorte handeln. Außerdem muss ein Alternativstandort realisierbar und vor dem Hintergrund anderer Planungs- und Genehmigungsvoraussetzungen rechtlich zulässig sein (z.B. im Hinblick auf die mögliche Beeinträchtigung anderer öffentlicher Belange, wie etwa dem Lärmschutz der Wohnbevölkerung, die Belange der Wasserwirtschaft, den Richtfunk, die Denkmalschutzbelange oder die militärischen Belange). Zur Realisierbarkeit des Alternativstandorts gehört auch, dass die Fläche dem Vorhabenträger zur Verfügung steht, d.h. dass er sie entweder in seinem Eigentum hat oder sich zumindest aneignen oder pachten kann. Schließlich muss die spezielle Situation in Baden-Württemberg mit seiner beschränkten Anzahl windhöffiger Eignungsbereiche für Windenergieanlagen, die zur Erreichung des 10%-Ziels der Landesregierung erforderlich sind, berücksichtigt werden. Nach dem Potenzialatlas für Baden-Württemberg besteht ein technisches Potenzial von 4.086 Windenergieanlagen. Das tatsächlich erschließbare Potenzial fällt jedoch deutlich geringer aus, da beim Potentialatlas viele Restriktionen mangels landesweiter Verfügbarkeit der Daten nicht berücksichtigt werden konnten. Angesichts der landesweit eingeschränkten Anzahl besonders windhöffiger Bereiche müssen diese Anlagenstandorte besondere Berücksichtigung finden, wenn es um die Ermittlung und Prüfung gleichwertiger Standortalternativen geht.

Eine Alternative ist gegeben, wenn sich mit ihr die Planungsziele, die mit dem Vorhaben verfolgt werden, an einem nach artenschutzrechtlichen Vorgaben günstigeren Standort oder mit geringeren artenschutzrechtlichen Auswirkungen verwirklichen lassen, beispielsweise weil an einem Alternativstandort keine europäischen Vogelarten oder Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie betroffen sind oder diese Arten weniger stark beeinträchtigt werden.

b. Räumlicher Suchbereich

(1) *Prüfung im Bauleitplanverfahren*

Als Suchraum für die Alternativenprüfung auf der Ebene der Bauleitplanung ist das Gebiet des Planungsträgers zugrunde zu legen, da sich die in Betracht kommenden Alternativen rechtlich und tatsächlich auch umsetzen lassen müssen. Dem Planungsträger stehen außerhalb seines Planungsgebiets keine Planungsmöglichkeiten offen (vgl. Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, Urt. vom 11.07.2005, VGH N 25/04, Rn. 58 (juris)). In der Flächennutzungsplanung ist somit das Gebiet der planenden Kommune (VG Saarlouis, Urt. vom 19.09.2007, 5 K 58/06; so auch Pauli, BauR 5/2008, S. 759 (768) und Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 45 Rn. 21) oder das Plangebiet der planenden Verwaltungsgemeinschaft bzw. des planenden Nachbarschaftsverbandes maßgebend.

(2) *Prüfung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren*

Bei der Alternativenprüfung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren muss wie folgt unterschieden werden:

Bei einer vorliegenden Regional- und/oder Bauleitplanung, in der bereits eine Standortprüfung und -auswahl auf planerischer Ebene unter Beachtung der artenschutzrechtlichen Vorschriften und eine Prüfung der Ausnahmelage einschließlich der Alternativenprüfung stattgefunden hat, ist das Ergebnis der artenschutzrechtlichen Alternativenprüfung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für die beantragte Windenergieanlage in der Regel zugrunde zu legen.

Im Ausnahmefall kommen jedoch auch in einer benachbarten Gemeinde belegene Standortflächen, die der Vorhabenträger im Eigentum hat (eigene Flächen andernorts: vgl. Attendorn, NuR 2013, 153 (158)) oder die er sich zumindest aneignen oder pachten kann, in Betracht. Dies wird insbesondere relevant, wenn eine Windenergieanlage an der Gemeindegrenze geplant ist und ein in räumlicher Nähe befindlicher gleichwertiger Alternativstandort auf der Nachbargemeinde aus Gründen des Artenschutzes besser geeignet ist, vor allem wenn ein entsprechend windhöffiger Standort vorliegt, geringere artenschutzrechtliche Auswirkungen zu erwarten sind und der Standort für den Vorhabenträger (rechtlich und tatsächlich) verfügbar ist. Solche Alternativstandorte dürften jedoch meist an der tatsächlichen und rechtlichen Verfügbarkeit oder an der Zumutbarkeit scheitern (vgl. unten III. 3. c.).

Bei einer vorliegenden Regional- und/oder Bauleitplanung, bei der die Ausnahmelage nicht geprüft worden ist, oder soweit keine Windenergieplanung vorliegt, erstreckt sich der räumliche Suchbereich im Rahmen der Alternativenprüfung auf das Gemeindegebiet und auf benachbarte Gemeinden.

c. Zumutbarkeit

Durch dieses Kriterium wird dem (auch unionsrechtlich verankerten) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen. Die Zumutbarkeitsschwelle ist daher stets im Einzel-

fall unter Abwägung der jeweils betroffenen Interessen zu ermitteln (vgl. Schütte/Gerbig in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 38).

Es scheiden solche Alternativen aus, die unzumutbare Abstriche vom Planungs- oder Vorhabenziel erfordern. Die Zumutbarkeit verlangt, dass sich die zulässigerweise verfolgten Ziele - trotz gegebenenfalls hinnehmbarer Abstriche - auch mit ihr erreichen lassen (vgl. BVerwG, Urt. vom 12.03.2008, 9 A 3.06, Rn. 170). Ist dies nicht der Fall, handelt es sich nicht mehr um eine Alternative im rechtlichen Sinne, sondern um ein anderes Projekt (BVerwG, Beschluss vom 01.04.2009, 4 B 62.08, Rn. 45; BVerwG, Urt. vom 13.12.2007, 4 C 9.06, Rn. 67). Die sogenannte "Nullvariante", d.h. der Verzicht auf die Projektdurchführung, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Alternative. Der Verweis auf die mögliche Errichtung einer anderen baulichen Anlage zur Erzeugung erneuerbarer Energien (wie beispielsweise einer Biogasanlage) würde ein „anderes Projekt“ darstellen. Die bloße theoretische Möglichkeit, das Vorhaben „irgendwo anders“ zu realisieren, reicht ebenfalls nicht aus. Dabei handelt es sich nicht um eine „zumutbare Alternative“, sondern um die Nichtrealisierung des Projektes (vgl. VG Saarlouis, Urt. vom 19.09.2007, 5 K 58/06).

Alternativen dürfen zudem als unzumutbar ausgeschieden werden, wenn sie außerhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu dem mit ihnen erreichbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen (BVerwG, Urt. vom 17.05.2002, 4 A 28.01), auch wenn sie technisch realisierbar und rechtlich zulässig sind. Eine Alternative darf dabei auch aus naturschutzexternen Gründen als unverhältnismäßiges Mittel verworfen werden (BVerwG, Urt. vom 09.05.2010, 9 A 20.08; BVerwG, Urt. vom 09.07.2008, 9 A 14.07; BVerwG, Urt. vom 12.03.2008, 9 A 3.06, Rn. 240; BVerwG, Urt. vom 16.03.2006, 4 A 1075.04, Rn. 567; BVerwG, Urt. vom 17.05.2002, 4 A 28.01). Eine Standortalternative kann beispielsweise mangels wirtschaftlicher Realisierbarkeit unzumutbar sein (Attendorp, NuR 2013, 153 (158)). Ob die Kosten (einschließlich der Gewinnbeeinträchtigung) oder sonstige Belastungen und Nachteile der (Standort-) Alternative außer Verhältnis stehen, ist am Gewicht der beeinträchtigten Artenschutzbelange zu messen.

Unzumutbar sind Alternativen auch dann, wenn sie ihrerseits die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG verwirklichen. Allerdings reicht die Feststellung, dass ein oder mehrere artenschutzrechtliche Verbotstatbestände auch bei der/den in Betracht kommenden Alternative/n verwirklicht werden können, allein nicht als Ausschlussgrund aus, wenn erhebliche naturschutzfachliche Unterschiede festzustellen sind. Es kommt somit auf die durch die jeweilige Alternative konkret ermittelte Beeinträchtigungsschwere an. Dabei sind insbesondere die unter Ziffer III. 2. b. aufgeführten naturschutzfachlichen Kriterien maßgebend.

Besteht eine Alternative, die zwar im Hinblick auf die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote weniger eingreifend ist, dafür aber die Erhaltungsziele eines oder mehrerer Natura 2000-Gebiete erheblich beeinträchtigt, so ist sie regelmäßig nicht vorzugswürdig. Ein Vorhabenträger braucht sich nicht auf eine Alternativlösung verweisen zu lassen, wenn sich die Schutzvorschriften eines FFH- oder Vogelschutzgebiets am Alternativstandort als ebenso wirksame Zulassungssperre erweisen (BVerwG, Urt. vom 12.03.2010, 9 A 3/06, Rn. 240; Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45 Rn. 49).

d. Nachweispflicht und Prüfungstiefe

(1) *Bauleitplanung*

In der Begründung des Bauleitplans muss im Einzelnen dargelegt werden, warum andere Standorte, insbesondere auch solche, die aus Sicht des Artenschutzes günstiger wären, nicht ausgewiesen wurden.

(2) *Immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren*

Der Vorhabenträger hat nachzuweisen, dass zumutbare Alternativen fehlen (vgl. LANA "Hinweise zu zentralen unbestimmten Begriffen des Bundesnaturschutzgesetzes" 2009). Die Alternativenprüfung ist dabei sorgfältig und einzelfallbezogen vorzunehmen (Attendorff, NuR 2013, 153 (161)).

Standortalternativen müssen aber grundsätzlich nicht erschöpfend ausgearbeitet und untersucht werden (vgl. Schütte/Gerbig, in Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 40). Alternativen brauchen nur soweit herausgearbeitet werden, dass sich sicher einschätzen lässt, ob sie artenschutzrechtliches Beeinträchtigungspotential bergen und sich der Artenschutz am Alternativstandort als mindestens ebenso wirksame Zulässigkeitsperre erweisen würde (vgl. Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl., § 45 Rn. 42; BVerwG, Urt. vom 9.7.2008, 9 A 14.07, Rn. 121). Das verpflichtet den Antragsteller zwar nicht, ein lückenloses Arteninventar zu erstellen, verlangt aber Ermittlungen, die eine Prognose ermöglichen, ob und inwieweit artenschutzrechtliche Verbotstatbestände verwirklicht würden.

4. Keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes

Schließlich darf nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG eine Ausnahme nur zugelassen werden, wenn sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert. Art. 9 Abs. 2 der Vogelschutzrichtlinie ist zu beachten (§ 45 Abs. 7 Satz 3 BNatSchG).

a. Maßstab

Zum einen muss der Erhaltungszustand der Populationen einer Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet ermittelt werden, und zum anderen müssen die Auswirkungen der geplanten Ausnahme auf die betroffene(n) Population(en) untersucht werden (Ziffer III. 2. 3. des "EU-Leitfadens zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie"). Bei windenergieempfindlichen Vogelarten wird im Hinblick auf das natürliche Verbreitungsgebiet auf die übergeordnete Populationsebene, und zwar in der Regel auf das Verbreitungsgebiet in Baden-Württemberg, abgestellt.

Das Nettoergebnis einer Ausnahmeregelung sollte für eine Art immer neutral oder positiv sein (EuGH, Urt. vom 14.06.2007, C-342/05, Rn. 29).

b. Verschlechterung des Erhaltungszustandes bei windenergieempfindlichen Vogelarten

Ob sich der Erhaltungszustand betroffener windenergieempfindlicher Vogelarten aufgrund geplanter Windenergieanlagen verschlechtert, muss artspezifisch im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden.

Bei der Beurteilung der Verschlechterung des Erhaltungszustandes windenergieempfindlicher Vogelarten in Baden-Württemberg sind die Ausführungen in den Bewertungshinweisen Vögel sowie die Artensteckbriefe im Anhang der Hinweise zu beachten.

(1) *Rotmilan*

Beim Rotmilan (*Milvus milvus*) kommt eine artenschutzrechtliche Ausnahme in Dichtezentren nicht in Betracht, da Verluste in den Dichtezentren als populationsrelevant anzusehen sind.

Die in den Dichtezentren lebenden Bestände des Rotmilans müssen dauerhaft ihre Funktion als Quellpopulationen (Bereiche mit demographischem Überschuss) bewahren können. Die Möglichkeit der Abwanderung von Individuen aus dem demographischen Überschuss der Quellpopulationen ist notwendig, um Verluste in anderen Regionen auszugleichen und somit eine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population zu verhindern. Die Bestimmung der Dichtezentren des Rotmilans erfolgt gemäß den Bewertungshinweisen Vögel der LUBW. Demnach liegt ab einer Siedlungsdichte von mehr als 3 Revierpaaren je 34 km² ein Dichtezentrum vor. Wenn in den Dichtezentren keine Individuenverluste durch Windenergieanlagen eintreten, wird der Erhaltungszustand des Rotmilanbestands insgesamt gesichert.

Demgegenüber liegt jedoch keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Rotmilanpopulation im Land vor, wenn sich die geplanten Windenergieanlagen außerhalb der Dichtezentren des Rotmilans befinden.

Sowohl für die Bauleitplanung, als auch für die Genehmigung der Errichtung und des Betriebs von Windenergieanlagen finden sich unter Ziffer IV. detailliert ausgeführte Fallgruppen bezüglich des Rotmilans.

(2) *Arten der baden-württembergischen Rote-Liste-Kategorien 0, 1, 2, 3 und R*

Da für die baden-württembergischen Brutvogelarten derzeit keine Einschätzungen zu den Erhaltungszuständen vorliegen, ist der Rote-Liste-Status der zu betrachtenden Arten heranzuziehen. Der Rote-Liste-Status kann dem Werk „Rote Liste und kommentiertes Verzeichnis der Brutvogelarten Baden-Württemberg“ in der aktuellsten Fassung entnommen werden.

Eine artenschutzrechtliche Ausnahme kommt für Arten der

- Rote-Liste-Kategorie 0 (ausgestorben oder verschollen),
- Rote-Liste-Kategorie 1 (vom Erlöschen bedroht),
- Rote-Liste-Kategorie 2 (stark gefährdet),

- Rote-Liste-Kategorie R (Arten mit geografischer Restriktion) sowie
- Rote-Liste-Kategorie 3 (gefährdet) mit weniger als 100 Brutpaaren im Land

in der Regel nicht in Betracht. Denn in diesen Fällen muss davon ausgegangen werden, dass die Tötung einzelner Individuen zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population im Land führt. Bei ausgestorbenen oder verschollenen Arten der Rote-Liste-Kategorie 0 wirken sich Tötungen eines Individuums bereits unmittelbar auf die Möglichkeit der Neubildung einer Population dieser Art in Baden-Württemberg aus. Auf Grund der geringen Populationsgrößen der Arten der Rote-Liste-Kategorien 1 und 2 in Baden-Württemberg wirken sich Beeinträchtigungen einer oder mehrerer lokaler Population(en) dieser Arten auch unmittelbar auf den Erhaltungszustand auf der übergeordneten Populationsebene (hier: Verbreitungsgebiet in Baden-Württemberg) aus. Gleiches gilt für Arten der Rote-Liste-Kategorie R (Arten mit geografischer Restriktion) und der Rote-Liste-Kategorie 3 (gefährdet) mit weniger als 100 Brutpaaren im Land; die Seltenheit und geographische Restriktion der betroffenen Arten legt nahe, dass die Lebensraumsprüche dieser Arten nicht ohne weiteres erfüllt werden können.

(3) Koloniebrüter

Für die koloniebrütenden Arten Alpensegler (*Tachymarptis alba*), Flussseeschwalbe (*Sterna hirundo*), Graureiher (*Ardea cinerea*), Kormoran (*Phalacrocorax carbo*) und Lachmöwe (*Chroicocephalus ridibundus*) kommt eine artenschutzrechtliche Ausnahme innerhalb von 1.000 m (Alpensegler: 3.000 m) um die Brutkolonien sowie in den regelmäßig frequentierten Nahrungshabitaten und Flugkorridoren in der Regel nicht in Betracht, sofern die betroffenen Brutkolonien mehr als 1 % des Landesbestands umfassen, da durch vorhabenbedingte Tötungen der Erhaltungszustand der Population im Land verschlechtert wird. Verluste einzelner Individuen treten hier regelmäßig in einem die Population im Land beeinflussenden Ausmaß auf.

d. Populationsstützende Maßnahmen (FCS-Maßnahmen)

Keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes ist hingegen zu befürchten, wenn durch populationsstützende Maßnahmen („FCS-Maßnahmen“) sichergestellt ist, dass Auswirkungen auf die Populationen durch mögliche Ausfälle kompensiert werden. Dabei müssen FCS-Maßnahmen gezielt auf die negativen Auswirkungen auf die betreffende Art ausgerichtet und wirksam sein, bevor die negative Wirkung eintritt. Um die Wirksamkeit populationsstützender Maßnahmen zu belegen, ist im Regelfall ein Risikomanagement mit Korrektur- und Vorsorgemaßnahmen und einem begleitenden Monitoring erforderlich.

Zugunsten des Rotmilans sind in Dichtezentren FCS-Maßnahmen nicht möglich, da bei jedem Eingriff in ein Dichtezentrum des Rotmilans unmittelbar populationsrelevante Verluste zu erwarten sind und daher eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes im Land anzunehmen ist, der naturschutzfachlich nicht wirksam kompensiert werden kann. Außerhalb von Dichtezentren sind FCS-Maßnahmen nicht erforderlich, da durch die Dichtezentren des Rotmilans der Erhaltungszustand der Population im Land gewahrt bleibt.

Für die Arten der baden-württembergischen Rote-Liste-Kategorien 0, 1, 2, 3 (mit weniger als 100 Brutpaaren im Land) und R sowie die Koloniebrüter (die unter III. 4. b. (2) und (3)

aufgeführten Arten) kommen nur ausnahmsweise FCS-Maßnahmen in Betracht, die eine artenschutzrechtliche Ausnahme rechtfertigen, soweit die übrigen Ausnahmevoraussetzungen vorliegen. Die FCS-Maßnahmen müssen nachweislich sicherstellen, dass keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der betroffenen Art eintritt sowie rechtlich und tatsächlich durchführbar sein. Vor diesem Hintergrund werden FCS-Maßnahmen für die oben genannten Arten in der Praxis zumeist nicht realisierbar sein.

Mögliche FCS-Maßnahmen für windenergieempfindliche Vogelarten sind den Artensteckbriefen im Anhang der Bewertungshinweise Vögel zu entnehmen.

5. Ermessen

Die zuständige Behörde kann Ausnahmen von den Zugriffsverboten im Wege einer Einzelfallentscheidung unter Anwendung ihres pflichtgemäßen Ermessens erteilen (vgl. Lütke/Ewer, BNatSchG, § 45 Rn. 26). § 45 Abs. 7 BNatSchG räumt der Behörde ein sogenanntes intendiertes Ermessen ein. Liegen die Ausnahmevoraussetzungen vor, so ist die Ausnahme im Regelfall zu erteilen, denn wichtige Entscheidungsvoraussetzungen sind bereits in die Ausnahmevoraussetzungen selbst aufgenommen. Die Ermessenseinräumung dient dann lediglich dazu, dass die Behörde die Ausnahme im Einzelfall doch mit sachgerechten Kriterien (wenn ein gleich wirksames milderes Mittel zur Verfügung steht) verweigern kann (so zu § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F.: VG Freiburg, Ur. vom 17.02.2009, 3 K 805/08, Rn. 44 und 47).

IV. Fallgruppen zum Rotmilan bei Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen

1. Bauleitplanung

Im Hinblick auf die Beurteilung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos, auf Vermeidungsmaßnahmen und die Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population des Rotmilans sind folgende Fallgruppen in der Bauleitplanung zu unterscheiden:

- **Fallgruppe 1** (WEA innerhalb eines Dichtezentrums und innerhalb des 1000 m-Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten nach Tabelle 1 Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel):
 - Gemeinde führt eine Raumnutzungsanalyse durch (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.1 und 2.2.2.2):
 - ✓ Kann auf Grund der Erfassung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore im Planbereich ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ausgeschlossen werden, so wird das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht erfüllt.
 - ✓ Andernfalls ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko anzunehmen.

Vermeidungsmaßnahmen sind in diesem Falle nicht geeignet, das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu bringen, da aufgrund der hohen Individuendichte eine ausreichende Prognosesicherheit nicht gegeben ist und die Quellpopulationen in Dichtezentren keine Verluste erleiden dürfen.

- ✓ Eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein ist nicht möglich, da populationsrelevante Verluste zu erwarten sind.
- Eine worst-case-Betrachtung scheidet in dieser Fallgruppe aus, weil sowohl Vermeidungsmaßnahmen, als auch eine Planung in die Ausnahmelage nicht möglich sind.
- **Fallgruppe 2** (WEA innerhalb eines Dichtezentrums und außerhalb des 1000 m-Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten nach Tabelle 1 Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel, aber innerhalb des 6000 m-Radius zu Fortpflanzungsstätten (vgl. Tabelle 1 Spalte 5 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel)):
 - Gemeinde führt eine fachgutachterliche Einschätzung durch (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.1 und 2.2.2.3):
 - ✓ Falls die fachgutachterliche Einschätzung ergibt, dass mit regelmäßig frequentierten Nahrungshabitaten und Flugwegen in den für Windenergieanlagen vorgesehenen Flächen nicht zu rechnen ist, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor. Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist in diesem Falle nicht erfüllt.
 - ✓ Falls die fachgutachterliche Einschätzung ergibt, dass mit regelmäßig frequentierten Nahrungshabitaten und Flugwegen zu rechnen ist, ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben. Die Gemeinde kann in diesem Falle eine Raumnutzungsanalyse (nach Kap. 2.2.2.2 Erfassungshinweise Vögel) durchführen.
 - ✓ Falls bei der Raumnutzungsanalyse keine regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore festgestellt werden, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor. Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist in diesem Falle nicht erfüllt.
 - ✓ Andernfalls ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind zu prüfen (vgl. II. 3.).
 - ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, ist das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht.

- ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind, ist eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein nicht möglich, da im Dichtezentrum populationsrelevante Verluste zu erwarten sind.
- Gemeinde nimmt eine worst-case-Betrachtung vor:
 - ✓ Es wird als wahr unterstellt, dass regelmäßig frequentierte Nahrungshabitate und Flugkorridore im Planbereich vorliegen. Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ist damit anzunehmen.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind zu prüfen (vgl. II. 3.).
 - ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, ist das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht (sind keine Vermeidungsmaßnahmen möglich oder ausreichend, kommt auch eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein nicht in Betracht, da im Dichtezentrum populationsrelevante Verluste zu erwarten sind).
- **Fallgruppe 3** (WEA außerhalb eines Dichtezentrums und innerhalb des 1000 m-Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten nach Tabelle 1 Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel):
 - Gemeinde führt eine Raumnutzungsanalyse durch (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.1 und 2.2.2):
 - ✓ Kann auf Grund der Erfassung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore im Planbereich ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ausgeschlossen werden, so wird das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht erfüllt.
 - ✓ Andernfalls ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko anzunehmen.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind im Einzelfall zu prüfen (vgl. II. 3.). Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor.
 - ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind: Da der Planbereich außerhalb eines Dichtezentrums liegt, besteht keine Populationsrelevanz. Eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein ist möglich, wenn die übrigen Ausnahmeveraussetzungen vorliegen. Im Falle der Planung in die Ausnahmelage hinein sind die Vermeidungsmaßnahmen abzuschätzen (vgl. II. 3.).
 - Gemeinde nimmt eine worst-case-Betrachtung vor:

- ✓ Es wird als wahr unterstellt, dass regelmäßig frequentierte Nahrungshabitate und Flugkorridore vorliegen. Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ist damit anzunehmen.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind im Einzelfall zu prüfen (vgl. II. 3.). Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor.
 - ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind: Da der Planbereich außerhalb eines Dichtezentrums liegt, besteht keine Populationsrelevanz. Eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein ist möglich, wenn die übrigen Ausnahmeveraussetzungen vorliegen. Die angenommene erhöhte Kollisionsgefahr im Rahmen der worst-case-Betrachtung ist in der Abwägung entsprechend zu berücksichtigen (vgl. II. 2.). Im Falle der Planung in die Ausnahmelage hinein sind Vermeidungsmaßnahmen abzuschätzen (vgl. II. 3.).
- **Fallgruppe 4** (WEA außerhalb eines Dichtezentrums und außerhalb des 1000m-Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten nach Tabelle 1 Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel, aber innerhalb des 6000 m-Radius zu Fortpflanzungsstätten (vgl. Tabelle 1 Spalte 5 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel):
 - Fachgutachterliche Einschätzung (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.1 und 2.2.2.3) im Auftrag der Gemeinde ergibt, dass kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt. Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist in diesem Falle nicht erfüllt.
 - Fachgutachterliche Einschätzung (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.1 und 2.2.2.3) im Auftrag der Gemeinde ergibt, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt. Gemeinde führt Raumnutzungsanalyse durch (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.2.2):
 - ✓ Falls keine regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore festgestellt werden, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor. Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist in diesem Falle nicht erfüllt.
 - ✓ Andernfalls ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind zu prüfen (vgl. II. 3.). Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor.
 - ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind: Da der Planbereich außerhalb eines Dichtezentrums liegt, besteht keine Populationsrelevanz. Eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein ist möglich, wenn die übrigen Ausnahmeveraussetzungen

vorliegen. Im Falle der Planung in die Ausnahmelage hinein sind Vermeidungsmaßnahmen abzuschätzen (vgl. II. 3.).

- Gemeinde nimmt eine worst-case-Betrachtung vor:
 - ✓ Es wird als wahr unterstellt, dass regelmäßig frequentierte Nahrungshabitate und Flugkorridore im Planbereich vorliegen. Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ist damit anzunehmen.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind zu prüfen (vgl. II. 3.). Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor.
 - ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind: Da der Planbereich außerhalb eines Dichtezentrums liegt, besteht keine Populationsrelevanz. Eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein ist möglich, wenn die übrigen Ausnahmevoraussetzungen vorliegen. Die angenommene erhöhte Kollisionsgefahr im Rahmen der worst-case-Betrachtung ist in der Abwägung entsprechend zu berücksichtigen (vgl. II. 2.). Im Falle der Planung in die Ausnahmelage hinein sind Vermeidungsmaßnahmen abzuschätzen (vgl. II. 3.).

2. Immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren

Im Hinblick auf die Beurteilung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos, auf Vermeidungsmaßnahmen und die Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population des Rotmilans sind im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- **Fallgruppe 1** (WEA innerhalb eines Dichtezentrums und innerhalb des 1000 m-Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten nach Tabelle 1 Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel):
 - Vorhabenträger führt eine Raumnutzungsanalyse durch (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.1 und 2.2.2.2):
 - ✓ Kann auf Grund der Erfassung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore im Planbereich ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ausgeschlossen werden, so wird das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht erfüllt.
 - ✓ Andernfalls ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko anzunehmen.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind in diesem Falle nicht geeignet, das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu bringen, da aufgrund der hohen Individuendichte eine ausreichende Prognosesicherheit nicht

gegeben ist und die Quellpopulationen in Dichtezentren keine Verluste erleiden dürfen.

- ✓ Keine Ausnahme möglich, da populationsrelevante Verluste zu erwarten sind.
- **Fallgruppe 2** (WEA innerhalb eines Dichtezentrums und außerhalb des 1000 m-Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten nach Tabelle 1 Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel, aber innerhalb des 6000 m-Radius zu Fortpflanzungsstätten (vgl. Tabelle 1 Spalte 5 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel)):
 - Vorhabenträger führt Raumnutzungsanalyse zu den Aufenthaltswahrscheinlichkeiten durch (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.1 und 2.2.2.2):
 - ✓ Falls keine regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore festgestellt werden, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor. Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist in diesem Falle nicht erfüllt.
 - ✓ Andernfalls ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind im Einzelfall möglich und auszuschöpfen (vgl. II. 3.).
 - ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind, ist keine Ausnahme möglich, da im Dichtezentrum populationsrelevante Verluste zu erwarten sind.
- **Fallgruppe 3** (WEA außerhalb eines Dichtezentrums und innerhalb des 1000 m-Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten nach Tabelle 1 Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel):
 - Vorhabenträger führt eine Raumnutzungsanalyse durch (vgl. Erfassungshinweise Vögel unter Kap. 2.2.1 und 2.2.2.2):
 - ✓ Kann auf Grund der Erfassung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore im Planbereich ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ausgeschlossen werden, so wird das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht erfüllt.
 - ✓ Andernfalls ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko anzunehmen.
 - ✓ Vermeidungsmaßnahmen sind im Einzelfall möglich und auszuschöpfen (vgl. II. 3.).

- ✓ Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind: Da das Vorhaben außerhalb eines Dichtezentrums liegt, besteht keine Populationsrelevanz. Eine Ausnahme ist möglich, wenn die übrigen Ausnahmevoraussetzungen vorliegen. Im Falle einer Ausnahmeerteilung sind Vermeidungsmaßnahmen im Einzelfall auszuschöpfen (vgl. II. 3.).
- **Fallgruppe 4** (WEA außerhalb eines Dichtezentrums und außerhalb des 1000m-Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten nach Tabelle 1 Spalte 4 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel, aber innerhalb des 6000 m-Radius zu Fortpflanzungsstätten (vgl. Tabelle 1 Spalte 5 im Anhang der Erfassungshinweise Vögel)):

Wie Fallgruppe 3.

V. Formblatt

Zur Abarbeitung der artenschutzrechtlichen Belange wird empfohlen, das "Formblatt zur speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung von Arten des Anhangs IV der FFH-RL und von Europäischen Vogelarten nach §§ 44 und 45 BNatSchG (saP)" zu verwenden.

VI. Dokumentation

Die in Genehmigungsverfahren erteilten artenschutzrechtlichen Ausnahmen sind gesondert zu erfassen und zu dokumentieren.

Bei der LUBW wird hierzu eine Datenbank eingerichtet.

Bis zur Einführung der Datenbank ist der LUBW (zu richten an Referat 25) mit Stand 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres eine Zusammenstellung der erteilten artenschutzrechtlichen Ausnahmen zu übersenden. Diese muss folgende Angaben enthalten:

- Genehmigungsbehörde, die die Ausnahme erteilt hat,
- Aktenzeichen der Genehmigung, in der die Ausnahme erteilt wurde,
- Art/en, für die die Ausnahme erteilt wurde,
- ggf. vorgesehene FCS-Maßnahmen mit deren Standort/Koordinaten,
- Standort/Koordinaten der Windenergieanlage/n, für die eine Ausnahme erteilt wurde (als shape-Datei).

gez. Wolfgang Baur