



Aktuelle artenschutzrechtliche Herausforderungen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen

32. Windenergietage 2024

07.11.2024, Forum 11, Windenergie im Dienst von Natur- und Umweltschutz:
Harmonie für Artenschutz und Ökologie

Rechtsanwalt Dr. Markus Behnisch

Übersicht

- I. Aktuelle Grundlagen artenschutzrechtliche Prüfung
- II. Besonderheiten artenschutzrechtliche Prüfung
- III. Kriterien FFH-Verträglichkeitsprüfung
- IV. Planung/genehmigungsrechtliche Umsetzung CEF-Maßnahmen
- V. Ausgestaltung Genehmigung Minderungsmaßnahmen
- VI. Fazit

I. Grundlagen Artenschutzrechtliche Prüfung nach

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (1)

§ „Es ist verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören, (...)“

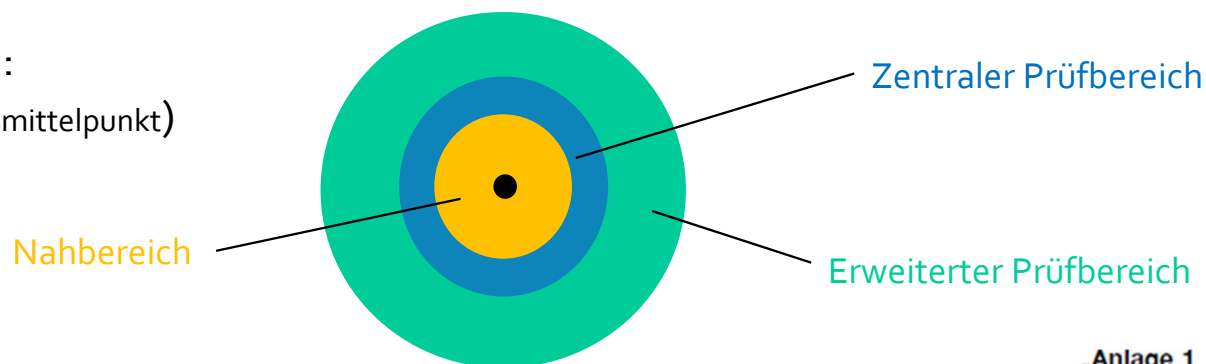
(§ 44 Abs. 1 Nr. 1)

§ „Kein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot liegt vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Art **nicht signifikant erhöht** und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen **nicht vermieden** werden kann.“

(§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG)

I. Grundlagen (2) - Kollisionsgefährdete Brutvogelarten (1)

Abstandsmodell:
(Gemessen ab Mastfußmittelpunkt)



„Anlage 1“
(zu § 45b Absatz 1 bis 5)

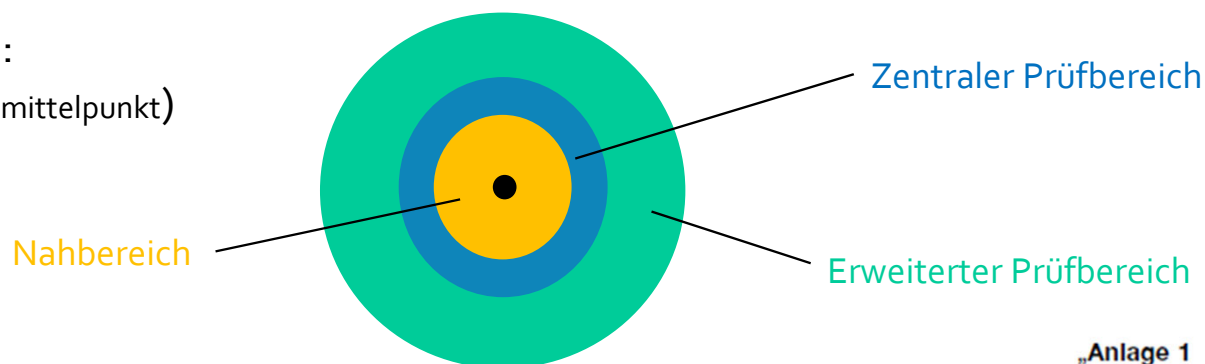
Abschnitt 1
Bereiche zur Prüfung bei kollisionsgefährdeten Brutvogelarten

Brutvogelarten	Nahbereich*	Zentraler Prüfbereich*	Erweiterter Prüfbereich*
Seeadler <i>Haliaeetus albicilla</i>	500	2 000	5 000
Fischadler <i>Pandion haliaetus</i>	500	1 000	3 000
Schreiadler <i>Clanga pomarina</i>	1 500	3 000	5 000
Steinadler <i>Aquila chrysaetos</i>	1 000	3 000	5 000

I. Grundlagen (3) - Kollisionsgefährdete Brutvogelarten (2)

Abstandsmodell:

(Gemessen ab Mastfußmittelpunkt)



„Anlage 1
(zu § 45b Absatz 1 bis 5)

Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG listet abschließend 15 geschützte Brutvogelarten.

Möglicher Verstoß gegen Europarecht bzgl. weiterer gefährdeter Arten diskutiert

**Abschnitt 1
bei kollisionsgefährdeten Brutvogelarten**

	Nahbereich*	Zentraler Prüfbereich*	Erweiterter Prüfbereich*
	500	2 000	5 000
	500	1 000	3 000
<i>Pandion haliaetus</i>			
Schreiadler <i>Clanga pomarina</i>	1 500	3 000	5 000
Steinadler <i>Aquila chrysaetos</i>	1 000	3 000	5 000

I. Grundlagen (4) - Kollisionsgefährdete Brutvogelarten (3) - fehlende Arten

- besonders gefährdete Vogelarten wie Limikolen sind nicht erfasst
- Katalog abschließend (§ 45b Abs. 1 BNatschG) bez. Gefährdung (str.)
- Vorwurf: Verstoß gegen Unionsrecht
- **andere Brutvogelarten werden nicht mehr vom Tötungs- und Verletzungsverbot erfasst. Praxis bleibt abzuwarten**
- **Tiere, die keine Brutvögel sind: Prüfung des Tötungs- und Verletzungsverbots wie bisher**
- ggf. Rückschlagen über Versuch, diese Arten z.B. bei WEA in der Nähe von NATURA-2000 Gebieten über Gebietsschutz zu erfassen
- Reaktion darauf: FFH-VP besonders sorgfältig durchführen

I. Grundlagen (5) - Kollisionsgefährdete Brutvogelarten (4) – Standardisierung (1)

- Brutplatz liegt im **Nahbereich**: Tötungs- und Verletzungsrisiko ist immer signifikant erhöht. Senkung unter Signifikanzschwelle durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen ist nicht möglich
- Brutplatz liegt im **zentralen Prüfbereich**: Tötungs- und Verletzungsrisiko in der Regel signifikant erhöht, es sei denn,
 - dies kann durch Habitatpotential- oder Raumnutzungsanalyse widerlegt werden
 - oder
 - die Risikoerhöhung ist durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen hinreichend verringierbar

I. Grundlagen (6) - Kollisionsgefährdete Brutvogelarten (5) – Standardisierung (2)

- Brutplatz liegt im **erweiterten Prüfbereich**: Tötungs- und Verletzungsrisiko in der Regel nicht signifikant erhöht, es sei denn,
 - Aufenthaltswahrscheinlichkeit im Rotorbereich deutlich erhöht
und diese Risikoerhöhung nicht durch Schutzmaßnahmen
hinreichend verringerbare
- Brutplatz liegt **außerhalb des erweiterten Prüfbereichs**: Tötungs- und Verletzungsrisiko nie signifikant erhöht

I. Grundlagen (7) – Erteilung einer Ausnahme (1)

§ 45 Abs. 7 BNatSchG



„Die [...] zuständigen Behörden [...] können von den Verboten [...] im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen

[...]

4. im Interesse [...] der öffentlichen Sicherheit [...]

*5. aus zwingenden Gründen des **überwiegenden öffentlichen Interesses** [...].*

*Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der **Erhaltungszustand** der Population einer Art **nicht verschlechtert** [...].“*

I. Grundlagen (8) - Erteilung einer Ausnahme (2) – Standards

- **Ausnahmegrund:**

Betrieb von WEA liegt im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit (§ 45b Abs. 8 BNatSchG)
- **zumutbare Alternativen:**
 - in Windenergiegebieten sind Standortalternativen außerhalb des Gebiets in der Regel solange unzumutbar, bis Flächenbeitragswert erreicht ist.
 - i.Ü. maximal 20 km Radius zumutbar (Ausnahme: Natura 2000-Gebiet).
- **Erhaltungszustand:**
 - entscheidend ist Zustand der lokalen Population
 - Zustand aber auch gewahrt, wenn sich lokale Population verschlechtert, aber Landes-/ Bundespopulation unverändert bleibt

I. Grundlagen (9) – Erteilung einer Ausnahme (3) – Kompensationszahlungen

- wird Ausnahmezulassung erteilt, obwohl sich lokale Population verschlechtert (aber Landes-/Bundespopulation gleichbleibt) und werden keine Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustands der betreffenden Art durchgeführt, muss Vorhabenträger **Kompensationszahlung** an Bund leisten, § 45d Abs. 2 BNatSchG
- Zahlungen werden zur Finanzierung von **Nationalen Artenhilfsprogrammen** verwendet (AHP) → Ziel: Schutz von Arten, deren Schutz im Konflikt mit dem Ausbau von EE steht
- Berechnung normiert in Anlage 2 Nr. 4 BNatSchG:

Berechnung der Zahlungen in Artenhilfsprogramme

Berechnung des realen Energieertrags im vergangenen Kalenderjahr

$$E_r = P \cdot VBH_r$$

Berechnung des realen monetären Ertrags im vergangenen Kalenderjahr

$$M_r = E_r \cdot AW$$

Berechnung der Höhe des zu zahlenden Beitrags in das Artenhilfsprogramm für das vergangene Kalenderjahr

$$Z_{AHPa} = \frac{B_{MV} - B_{MK}}{d} + (A_{AHP} \cdot M_r)$$

I. Grundlagen (10) – Wesentliche Ergänzungen im Landesrecht (1)

- Tabelle mit den 15 Brutvögeln in Anlage 1 zu § 45b BNatSchG ist abschließende Aufzählung *kollisionsgefährdeter* Brutvögel
- **umfasst nicht:**
 - Ansammlungen (insbesondere Kolonien, bedeutende Brut- und Rastgebiete sowie Schlafplatzansammlungen)
 - Vogelzug
 - Verstöße gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 bei der **Errichtung** von WEA
 - Störungsempfindliche Vögel → § 44 Abs. 1 Nr. 2:



*„Es ist verboten, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten **erheblich zu stören**; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert, (...)“*

I. Grundlagen (11) – Wesentliche Ergänzungen im Landesrecht (2) - AGW-Erlass in Brandenburg

- in Anlage 1 des AGW-Erlass zusätzlich genannte Vogelarten, alle (§ 44 Abs. 1 Nr. 2), also störungsempfindlich:
 - Schwarzstorch
 - Rohrdommel
 - Zwergdommel
 - Kranich
 - Nachtschwalbe
 - Auerhuhn
 - Großtrappe
 - Wiesenbrüter
 - Rastgebietskulissen genannt für störungsempfindliche Vogelarten (Kranich und Gänsearten)
- in Anlage 2 Anforderungen an Untersuchung
- in Anlage 3 Anforderungen an den Umgang mit Fledermäusen



I. Grundlagen (12) - Umstrittene Sachverhalte – Koloniebrüter

- Anlage 2 des AGW-Erlasses: Avifaunistische Untersuchungen sind im Rahmen von Planungs- und Genehmigungsverfahren zu Errichtung und Betrieb von WEA durchzuführen
- Erfassung „aller Brutvogelarten“ im Vorhabenbereich, darunter Koloniebrüter – also gerade nicht Arten, welche über Anlage 1 erfasst sind, für welche die festgelegten Nahbereiche und die Prüfbereiche zu ermitteln sind (daher gelten keine Abstände)
- Rechtfertigung: § 44 Abs. 1 BNatSchG beschränkt sich nicht auf die ausgewählten Arten (weder Anlage 1 zu BNatSchG noch Anlage 1 AGW-Erlass), sondern umfasst alle europäischen Vogelarten
- Kartierung ist u.a. Basis für evtl. erforderliche Bauzeitenregelung
→ also während der Errichtung von WEA und daher Landeskompetenz

II. Besonderheiten artenschutzrechtliche Prüfung – Wegfall Einstufung für bisher schlaggefährdete Arten (1) - Konsequenzen

- Mäusebussard und andere nachweislich schlaggefährdeten Arten (vgl. Schlagopferkartei) sind wie zu berücksichtigen in der artenschutzrechtlichen Prüfung
- Ursprünglich war Mäusebussard nach der Rechtsprechung bei Brutplatzentfernungen von < 300 m zur geplanten Anlage als schlaggefährdet
- Diese Art ist grundsätzlich nicht mehr als schlaggefährdet gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, Anlage 1 anzusehen
- Damit verbunden Einschätzung fehlender Schlaggefährdung (vgl. OVG BB, Urteil vom 19.09.2023, OVG 3a A 73/23, Rn. 61)
- Aber ggf. Vorliegen sonstiger Verbotstatbestände (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG) und entsprechender Ausschluss erforderlich

II. Besonderheiten artenschutzrechtliche Prüfung (2) – Überschneidung von Prüfbereichen

- Nahbereich eines Brutplatzes durch 1 geplante WEA im Nahbereich betroffen, also grundsätzlich Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG anzunehmen
- 5 weitere geplante WEA befinden sich im zentralen Prüfbereich (zPB)
- Bei Annahme einer Ausnahme für ein Brutpaar – Bezug auf gesamtes Vorhaben oder konkrete WEA-Standorte?
- Wortlaut des § 45b Abs. 2 BNatSchG: „Brutplatz einer Brutvogelart und der Windenergieanlage ein Abstand“ – Bezug zur WEA
- Für WEA im zPB sind dann (Abschalt-) Maßnahmen zu ergreifen – naturschutzfachlich sinnvoll, wenn die Anlage im Nahbereich durch Ausnahmeregelung ohne Einschränkungen laufen darf?
- Lösung: ggf. andere Möglichkeit für Ausschluss Gefährdung suchen

III. Kriterien für FFH-Verträglichkeitsprüfung (1)

- §§ 44, 45 BNatSchG, vor allem Standardisierung betrifft vorrangig Artenschutzrecht,
- Standards/Kriterien für FFH-VP?
- Weiterhin nicht im Detail definiert (Verträglichkeit mit Erhaltungszielen – Maßstab: zweifelsfreier Ausschluss von erheblicher Beeinträchtigungen, günstiger Erhaltungszustand trotz Realisierung Vorhaben)
- Können sich Verknüpfungen ergeben, z.B. hinsichtlich der Anwendung von Abstandsregelungen ergeben (str.)?
- Allerdings grundsätzlich unterschiedlicher Prüfmaßstab:
 - FFH-VP: Zweifel hinsichtlich einer möglichen Beeinträchtigung gehen zu Lasten des Antragstellers/Genehmigungsverfahrens

III. Kriterien für FFH-Verträglichkeitsprüfung (2)

- Ausgangspunkt häufig,
 - unzureichende Erfassungen Gebiete/als Erhaltungsziele geschützte Vogelarten/Arten
- möglichst Rückgriff auf Bestandsdaten
- ggf. Umfangreiche Bestandsaufnahme als Voraussetzung für eine Prüfung erforderlich, Zeit- und Kostenfaktor
- relevante Kriterien für eigentlicher Verträglichkeitsprüfung (vgl. dazu sogleich) sind nicht abschließend geklärt

III. Kriterien für FFH-Verträglichkeitsprüfung (3)

- Kriterien
 - Abstandsvorgaben Rechtsprechung/LAG VSW - 1.200 m
 - bestimmte Fallgruppen in der Rechtsprechung (Barrierewirkung, Meideverhalten)
 - naturschutzfachliche Konventionen Bernotat & Dierschke bezüglich MGI – dennoch konkrete Verhältnisse vor Ort berücksichtigen
 - Abstandsregelungen § 44 – beste wissenschaftliche Erkenntnisse, str. , Indiz für Ausschluss Tötungsrisiko?
 - Allerdings eher (-), da vorrangig fokussiert auf Ausschluss des signifikant erhöhten Tötungsrisikos, nicht auf Ausschluss von Störungen, welche i.S. einer ungestörten Entwicklung oder Verbesserung von als Erhaltungsziel geschützten Vogelarten eines VSG nachteilig relevant sein könnten (unterschiedliches Schutzregime)

IV. Planung und genehmigungsrechtliche Umsetzung von CEF-Maßnahmen (1)

- zunächst möglicher Verstoß gegen Verbotstatbestand § 44 Abs. 1 Nr. 2 und/oder 3 BNatSchG anzunehmen
- z.B. Beseitigung Fischadlerhorst während/außerhalb Brutzeit
- Weg über Einstufung als CEF-Maßnahmen, i.S.v. § 44 Abs. 5 BNatSchG
- Anwendbarkeit:
- Beseitigung außerhalb der Brutzeit, kein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG
- Wie Umsetzung Anforderungen § 44 Abs. 5 BNatSchG?
- Selbst bei Beseitigung Nest/Horst außerhalb der Brutzeit Sicherstellung, dass Ersatzlebensräume im räumlich-funktionalen Zusammenhang zur Verfügung stehen, str. Anforderungen konkret

IV. Planung und genehmigungsrechtliche Umsetzung von CEF-Maßnahmen (2)

- Rechtsprechung lässt genügend Spielraum, soweit Ersatzlebensräume im räumlich-funktionalen Zusammenhang vorhanden
- Naturschutzbehörden verlangen in der Praxis unterschiedliche Anforderungen, „strenger“ Nachweis kann sehr aufwändig sein
 - im Idealfall – ausreichend vorhandene Ausweichhabitats im räumlich-funktionalen Zusammenhang vorhanden
 - in der Praxis eher strenger Maßstab, entsprechender Nachweis, dass dafür vorgesehene Lebensräume die erforderlichen Habitatvoraussetzungen aufweisen und noch nicht (vollständig) von Artgenossen besetzt sind, ggf. zusätzliche Kartierung (praktische Umsetzung, meist nicht direkt erfasst)
 - zunächst artenspezifisch unterschiedliche Anforderungen, vor allem hinsichtlich möglicher anzunehmender Standorttreue

V. Ausgestaltung Genehmigung bezüglich Minderungsmaßnahmen (1)

- Abänderung Genehmigungsbescheid bei neuer Sachlage, z.B. die Aufgabe eines Seeadlerhorsts in unmittelbarer Nähe (Entfall Nebenbestimmungen wie Abschaltzeiten)
- grds. kein Anspruch, da bestandskräftige Genehmigung, aller Anspruch auf – ermessensfehlerfreie – Entscheidung über neue Sachlage (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG)
- ggf. unterstützend § 2 EEG (?), Abschalten unverhältnismäßig
- besser vorab entsprechende kreative Ausgestaltung von Nebenbestimmungen, welche derartige Ereignisse vorwegnehmen (z.B. jahreskonkreter Nachweis, dass kein Besatz, Brutgeschehen, ggf. generelles Entfallen, wenn über einen bestimmten Zeitraum Nachweis, dass kein Besatz mehr vorhanden)

V. Ausgestaltung Genehmigung bezüglich Minderungsmaßnahmen (2)

- besser vorab entsprechende kreative Ausgestaltung von Neben-bestimmungen, welche derartige Ereignisse vorwegnehmen
 - z.B. jahreskonkreter Nachweis, dass kein Besatz, Brutgeschehen
 - ggf. generelles Entfallen, wenn über einen bestimmten Zeitraum Nachweis, dass kein Besatz mehr vorhanden

VI. Fazit

- neue artenschutzrechtliche Regelungen schaffen mehr Planungssicherheit und beschleunigen grundsätzlich Genehmigungsverfahren
- Ausarbeitung entsprechender Unterlagen, vor allem Artenschutzfachbericht verlangt dennoch erhöhte naturschutzfachliche und naturschutzrechtliche Expertise
- FFH-VP bleibt anspruchsvoll und bietet weiterhin kaum standardisierte Kriterien
- Ausgestaltung von CEF-Maßnahmen kann in der Praxis ebenfalls sehr herausfordernd sein



**Rechtsanwalt
Dr. Markus Behnisch**

Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit.

Gaßner, Groth, Siederer & Coll.

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

EnergieForum Berlin

Stralauer Platz 34

10243 Berlin

Tel. +49 (0) 30.726 10 26.0

Fax. +49 (0) 30.726 10 26.10

E-Mail: berlin@ggsc.de

Web: www.ggsc.de