

# DIE ARTENSCHUTZRECHTLICHEN ZUGRIFFSVERBOTE BEI DER PLANUNG VON WINDENERGIEANLAGEN

Frankfurt a.M., 23. April 2016

**RECHTSANWALT ANDREAS LUKAS**

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Universität Kassel  
Sprecher NABU-Bundesfachausschuss Umweltrecht



# GLIEDERUNG

**I. Praxisrelevante Grundlagen des Artenschutzrechts**

**II. Bestandserfassung und -bewertung gemäß Zugriffsverboten**

**III. Noch offene Frage: Ausnahmegenehmigungen für WEA?**

**IV. Das Artenschutzrecht in der gesamträumlichen Planung**



In 45 Minuten sind nur ausgewählte Schlaglichter möglich. Zur Vertiefung dient insbesondere das ausgeteilte Textskript.

# ZUGRIFFSVERBOTE

Das Artenschutzrecht verbietet nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG insb.

- Individuen der **besonders** geschützten Arten zu fangen, zu verletzen oder zu töten; bei Kollisions- und Baugefahren (Straße/WEA) nur bei signifikant erhöhtem Risiko von Verlusten einzelner Exemplare (st. Rspr.),
- Exemplare der **streng** geschützten Arten sowie der europäischen **Vogelarten** so erheblich zu stören, dass sich der Erhaltungszustand einer *lokalen Population* verschlechtert,
- Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der **besonders** geschützten Arten zu beschädigen oder zu zerstören.

**BASISSCHEMA EINER  
ARTENSCHUTZPRÜFUNG**

Verwirklichung der Zugriffsverbote des  
§ 44 Abs. 1 Nr. 1-3 BNatSchG absehbar?

ja

Nr. 3

Nr. 1 und Nr. 2

- Kann die ökologische Funktion der Lebensstätte im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt werden (§ 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG)?
- Sind vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen möglich (vgl. § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG)?

nein

- Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG möglich (wegen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, Alternativlosigkeit, Populationserhalt )?
- Befreiung (§ 67 Abs. 2 BNatSchG) wg. unzumutbaren Belastungen?

# MINDERUNGSMASSNAHMEN

## **Vermeidungsmaßnahmen (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)**

Schutzmaßnahmen, die bereits den Verbotseintritt vermeiden.

Bsp: Abschaltung von WEA während der Zugzeit.

## **CEF-Maßnahme (§ 44 Abs. 5 BNatSchG)**

Vorgezogene Ausgleichsmaßnahme zum Erhalt der fortwährenden ökologischen Funktion der Lebensstätte innerhalb des Aktionsradius einer Art.

Bsp: Fräsen von Baumhöhlen in der Eingriffsumgebung.

## **FCS-Maßnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG)**

Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes.

Bsp: Waldfläche aus der Nutzung nehmen.

# VERBINDLICHKEIT VON WINDKRAFTERLASSEN UND LEITFÄDEN

Bei **Windkrafteerlassen** handelt es sich in der Regel um eine **Verwaltungsvorschrift** = verwaltungsinternes Recht ohne Außenwirkung. Der Windkrafteerlass muss von den nachfolgenden Naturschutz- und Immissionsschutzbehörden bei der Windenergieplanung angewendet werden.

(Nur) wenn der **Artenschutz-Leitfaden** laut Windkrafteerlass verbindlich anzuwenden ist, teilt er dessen Rechtsnatur einer Verwaltungsvorschrift.

In **begründeten** Einzelfällen (z.B. Raumnutzungsanalyse) darf von den Verwaltungsvorschriften mit Empfehlungscharakter abgewichen werden.

*Vgl. Bayerischer VGH, Urteil 18.06.2014, 22 B 13.1358, juris, Rn. 44 f. im Zuge einer Verpflichtungsklage für eine BImSchG-Genehmigung; Thüringer OVG, Urteil vom 26.03.2014 – 1 N 676/12, juris, im Zuge der Normenkontrolle eines Regionalplans.*

# NATURSCHUTZFACHLICHE EINSCHÄTZUNGSPRÄROGATIVE

Für die artenschutzrechtliche Prüfung enthält das Gesetz keine Vorgaben.

*OVG S-H, Beschluss vom 12. 08.2013 – 1 LA 57/12 – juris, Rn. 69.*

Die behördliche Einschätzungsprärogative bezieht sich nicht generell auf das Artenschutzrecht, sondern greift nur, wo es an eindeutigen Erkenntnissen fehlt.

*BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11 – juris, Rn. 19.*

Die Zugrundelegung der Abstandsflächen in den rein fachlichen Leitfäden (wie das sog. „Helgoländer-Papier“ bzw. Länder-Leitfäden) im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ist von der Rechtsprechung anerkannt.

## BESTANDSERFASSUNG

Nach der Rechtsprechung des BVerwG sind Daten erforderlich, denen sich in Bezug auf das Eingriffsgebiet die Häufigkeit und Verteilung der geschützten Arten sowie deren Lebensstätten entnehmen lassen (BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07 – juris, Rn. 54).

**Worst-Case-Annahmen** sind nach der Rechtsprechung nicht nur bei der Risikobewertung, sondern auch bei der Bestandsaufnahme zulässig. Eine Worst-Case-Betrachtung kann jedoch keinen Fehler in der Ermittlungstiefe kompensieren; die Bestandserfassung würde sonst zur Spekulation. BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20/05 – juris, Rn. 64:

*„Deswegen wird in der Rechtsprechung eine Wahrunterstellung dann als unzulässig angesehen, wenn der maßgebliche Sachverhalt dadurch nicht in sachdienlicher Weise erfasst werden kann.“*

# BESTANDSERFASSUNG VON FLEDERMÄUSEN BEI WEA IM WALD

Es entspricht dem eindeutigen Stand der naturschutzfachlichen Forschung, dass an Waldstandorten Untersuchungen in der Höhe bessere Prognosen der zukünftigen Aktivität im Wirkungsbereich der WEA erlauben als eine Bodenerfassung. Dabei geht es um eine automatische Akustische Erfassung mit Batcordern an Windmesseemasten oder in Baumkronen (möglichst in Nähe von Freiflächen).

Grundlegend *Hurst et al., Natur und Landschaft 2015, S. 157-169.*

Zur Erfassung von Langohren, Fransenfledermaus und anderen Myotis-Arten sind Netzfänge unerlässlich, da diese Arten auch im Nahbereich von Batcordern nicht aufgenommen werden. Notwendig sind grundsätzlich drei Netzfangtermine pro Netzfangstandort.

Grundlegend *Angetter, Naturschutz und Landschaftsplanung 2016, S. 73-79.*

# BESTANDSERFASSUNG UND BEWERTUNG VON ZUGVÖGELN

Naturschutzfachlich umstritten und durch die Rspr noch nicht abschließend entschieden ist die Frage, ab welchem allgemeinen Vogelzugaufkommen von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko auszugehen ist. **Die Signifikanzschwelle dürfte bei ca. 800 Zugvögeln pro Stunde liegen** (strenger OVG RLP, Urteil vom 28.10.2009 – 1 A 10200/09 – juris, Rn. 47 und 65).

Zur Bestandserfassung von Brutvögeln wird bekanntlich seit über 10 Jahren ein Methodenstandard angewandt (Südbeck et al. 2005). Bei Zugvögeln gilt nach der Rspr:

*Zwar wird mit Blick darauf, dass einzelne Zähltermine aufgrund durchgehenden Nebels, Dauerregens o. ä. unverwertbar sein können, in Fachkreisen eine Unterschreitung der grundsätzlich verlangten 8 Zähltermine im Einzelfall durchaus zugelassen. Dies dürfe jedoch „von den 8 Zähltagen nur zweimal der Fall sein, da mit 6 guten Zähltagen ausreichende Aussagen zur Frequentierung und zu den lokalen Zugrouten möglich sind“.*

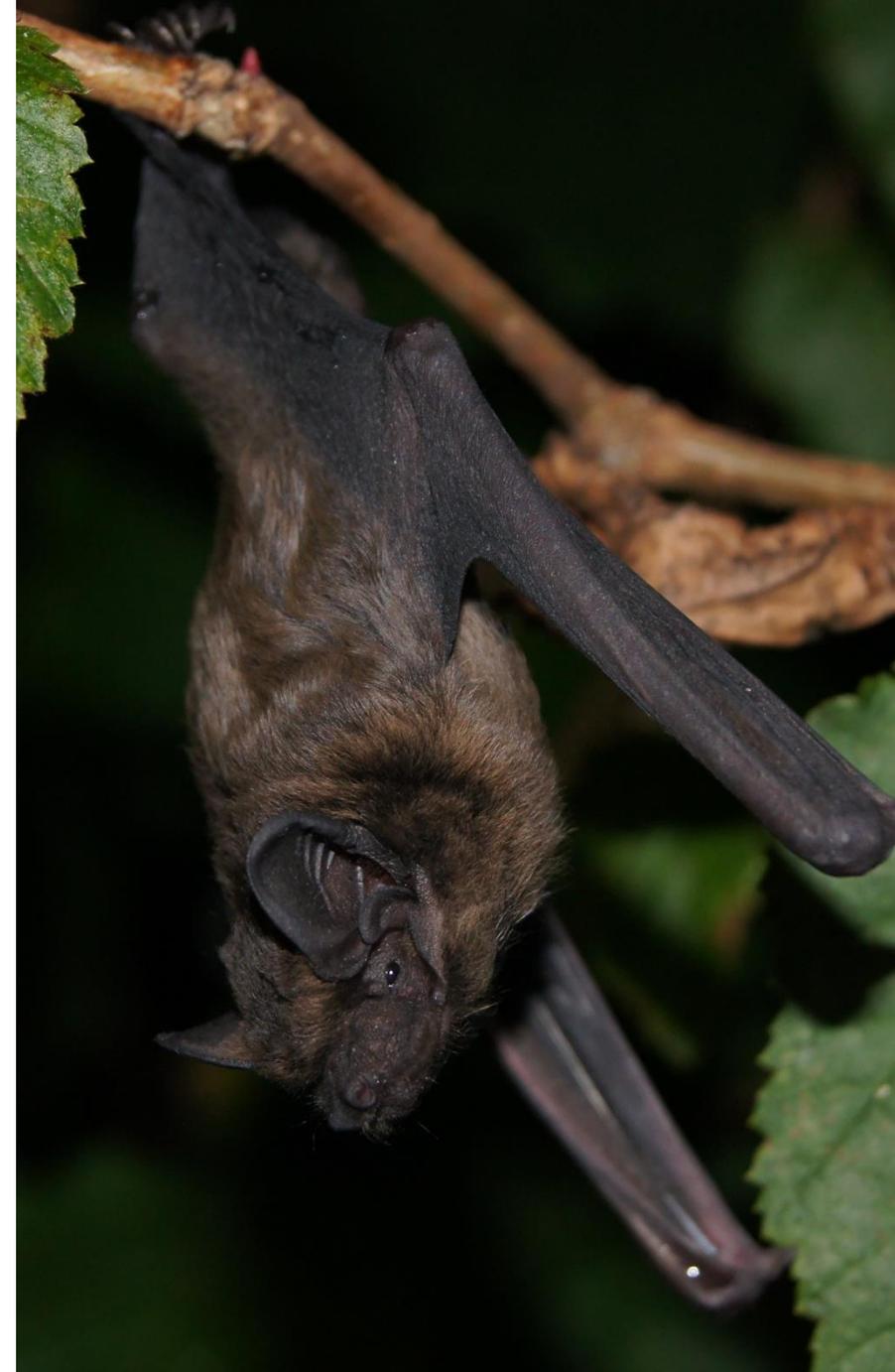
**OVG RLP, Urteil vom 29.01.2015 – 1 C 10414/14 – juris, Rn. 17 f. (Windpark Fürfeld).**

## BEISPIEL: KLEINABENDSEGLER

Erfassung auch mit Batlogger auf Freiflächen in Wäldern (Lichtung, breitere Wege) oder am Waldrand plus Dauererfassung in der Höhe.

Kollisionsgefährdete Art. Wegen kleiner Wochenstubengrößen maximal ein Individuum pro 2 Jahre.

Empfehlung: Abschaltlogarithmen nach der Monitoringphase im Bescheid verbindlich festsetzen (Anpassungsvorbehalt statt Anpassungsrecht).



## BEISPIEL: ROTMILAN

Tabubereich von 1.000 m und einen sog. Prüfbereich von 6.000 m (gefestigte Rspr)

Vermutung für Signifikanz: Beträgt der Abstand zwischen einer WEA und einem Rotmilanhorst weniger als 1.000 m, ist aus naturschutzfachlicher Sicht die Vermutung gerechtfertigt, dass der Betrieb der Anlage gegen das Tötungsverbot verstößt (gefestigte Rspr)

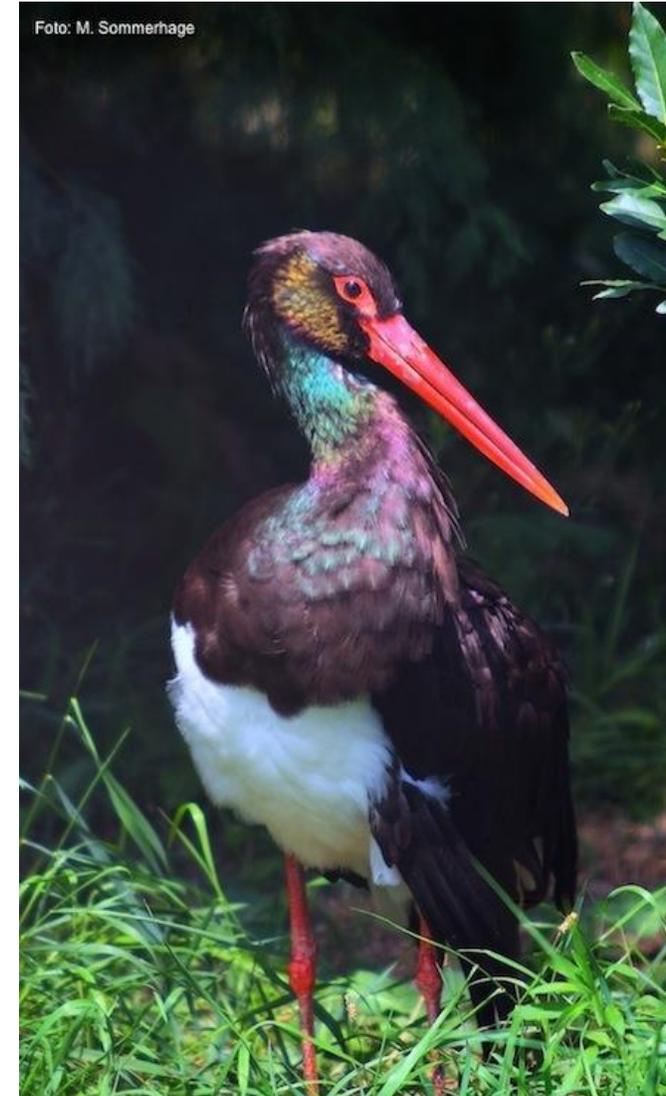
Strittig ist, ob Landschaftsgestaltung eine Vermeidungsmaßnahme darstellt (dagegen OVG Sachsen-Anhalt, NuR 2012, S. 197 ff.)

➤ Einschätzungsprärogative



## BEISPIEL: SCHWARZSTORCH

**Einschlägig ist zumindest der Störungstatbestand. Störung indiziert bei einem Abstand von 3 km von der WEA zum Horst.** Die Frage, ob das Merkmal der Beschädigung beim Lebensstättenchutz auch dann erfüllt ist, wenn eine Handlung nicht zu Substanzeinbußen führt, ist von der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Beispiel: Der Schwarzstorch gibt seinen Brutplatz infolge der optischen Scheuchwirkung durch die drehenden Rotoren einer WEA auf. Vorzugswürdig scheint die richtlinienkonforme Auslegung anhand Art. 12 Abs.1 lit. d FFH-RL („jede Beschädigung“), so dass jede Minderung der ökologischen Qualität von tatbestandlicher Relevanz ist. Erfasst vom Lebensstättenchutz wäre damit auch dessen funktionelle Entwertung infolge des Verlustes eines essentiellen Nahrungshabitats. Im neuen Windkrafteerlass Niedersachsen wird auf diese Auffassung als Ausnahme hingewiesen.



# ARTENSCHUTZRECHTLICHE AUSNAHMEN FÜR WINDENERGIEANLAGEN

Es ist umstritten, ob der Ausnahmegrund des zwingenden öffentlichen Interesses bei Windenergieanlagen den Artenschutz überwiegen kann. Die bisher ergangene Rechtsprechung zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen bei Windenergieanlagen ist sehr restriktiv (vgl. VG Regensburg, Urteil vom 13.01.2014 – RO 7 K 12.647; Bayerischer VGH, Urteil vom 06.10.2014 – 22 ZB 14.1070; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09).

Ausnahmen dürfen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG für Einzelfälle gewährt werden, wenn

- der Ausnahmegrund zwingende Gründe des überwiegenden öff. Interesses vorliegt (Nr. 5),
- regenerative Energiegewinnung ist Hauptgrund für die Errichtung von WEA und daher zwingend aus dem öff. Interesse der EE-Förderung ableitbar (str.)

# ARTENSCHUTZRECHTLICHE AUSNAHMEN FÜR WINDENERGIEANLAGEN

- keine zumutbare (Standort-)Alternative für das geplante Vorhaben zu finden ist,
- und sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Arten innerhalb ihrer natürlichen Verbreitungsgebiete nicht verschlechtert.
- Bei Fledermäusen (Anhang IV FFH-RL) reicht es wegen des Verweises auf Art. 16 FFH-RL nicht aus, wenn sich durch die Ausgleichsmaßnahmen der bestehende negative Erhaltungszustand lediglich nicht verschlechtert. Zusätzlich darf die Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert werden (EuGH, Urteil vom 10.05.2007, Rs. C-508/04, juris, Rn. 115).

➡ **Abwägung:** Windhöffigkeit und die Konzentration von Anlagen an einem Standort im Einzelfall abzuwägen ist mit der Anzahl der betroffenen Arten und Individuen, deren Erhaltungszustand und Seltenheit, die Bedeutung des Vorkommens für die lokale Population und für den Bestand im Bundesland.

# ARTENSCHUTZRECHT IN DER BAUPLANUNG

Das Bundesverwaltungsgericht hat zum Verhältnis von Bauplanung und Artenschutzrecht deren Gleichklang klargestellt. In seinem grundlegenden Urteil vom 27.06.2013 führt es dazu aus (BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, juris, Rn 6):

*„Ist über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 35 Abs. 1 BauGB zu entscheiden, hat die zuständige Behörde auch die naturschutzrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu prüfen (Urteil vom 20. Mai 2010 - BVerwG 4 C 7.09 - BVerwGE 137, 74 Rn. 35). Können artenschutzrechtliche Verbote naturschutzrechtlich nicht überwunden werden, stehen sie einem gemäß § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben als öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB zwingend entgegen. Das Vorhaben ist dann bauplanungsrechtlich unzulässig.“*



Bei Vorbescheiden über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit sicherheitshalber im Tenor den Naturschutz ausschließen, wenn saP noch nicht vorliegt.

# ARTENSCHUTZ IN DER REGIONAL- UND FLÄCHENNUTZUNGSPLANUNG

- Ausschlusswirkung (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) erfordert schlüssiges Planungskonzept
- Artenschutz als „weiches Tabukriterium“ möglich = Bereiche, in denen nach dem Willen des Planungsträgers keine WEA errichtet werden sollen
- Windenergie muss nach der Rechtsprechung „in substantieller Weise“ Raum gegeben werden -> ggf. muss der Planungsträger die weichen Tabukriterien im Planungskonzept ändern (oder auf eine räumliche Steuerung der Windenergie verzichten)
- saP erst auf Ebene der FNP üblich
- Artenschutzrecht begründet kein Überplanungsverbot, da kein Planungsleitsatz wie Natura 2000-Gebietsschutz, sondern Kriterium der Planerforderlichkeit

# SEHR GUTE & AKTUELLE AUFSÄTZE ZUR VERTIEFUNG

*Ulrike Bick*, Die Rechtsprechung des BVerwG zum Artenschutzrecht, Natur und Recht 2016, S. 73 ff.

*Sonja Müller-Mitschke*, Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot für windenergieempfindliche Vogelarten bei Windenergieanlagen, Natur und Recht 2015, S. 741 ff.

*Johanna Hurst et al.*, Erfassungsstandards für Fledermäuse bei Windkraftprojekten in Wäldern, Natur und Landschaft 2015, S. 157 ff.

*Lea-Su Angetter*, Fledermauserfassung im Rahmen der Eingriffsplanung von Windkraftanlagen in Wäldern, Naturschutz und Landschaftsplanung 2016, S. 73 ff.

**Kontakt:** [andreas.lukas@uni-kassel.de](mailto:andreas.lukas@uni-kassel.de)