Positionspapier

BWE
Bundesverband WindEnergie

# Positionen und Vorschläge zur Ermittlung und Bewertung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos gemäß § 44 BNatschG

Juli
2020

Bundesverband WindEnergie

**Impressum**
Bundesverband WindEnergie e.V.
Neustädtische Kirchstraße 6
10117 Berlin
030 21234121 0
info@wind-energie.de
www.wind-energie.de
V.i.S.d.P. Wolfram Axthelm

**Foto**
pixabay/Hans

**Haftungsausschluss**
Die in diesem Papier enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

**Ansprechpartner**
Sonja Hemke
Leiterin Abteilung Fachgremien und Energierecht
s.hemke@wind-energie.de

Anne Lepinski
Fachreferentin Planung und Umwelt
a.lepinski@wind-energie.de

Petra Wirsich
Referentin Naturschutz Bundesländer
p.wirsich@wind-energie.de

**Datum**
Juni 2020

# Inhaltsverzeichnis

**Einleitung** ..... **4**

**Zusammenfassung: Positionen zu Naturschutz und Windenergieausbau** ..... **6**

**Grundlagen und Argumentationen zu den Positionen** ..... **8**

1 Auftrag an den Gesetzgeber ..... 8

2 Liste der windenergiesensiblen Vogelarten auf Grundlage aktueller Daten und wissenschaftlicher Erkenntnisse erstellen ..... 9

3 Abstandsempfehlungen als Prüfbereiche anwenden ..... 12

4 Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos an Vorgaben der Rechtsprechung ausrichten ..... 13

5 Klare Vorgaben für Inhalt und Verhältnismäßigkeit von Schutzmaßnahmen definieren ..... 15

6 Vorteile des Repowerings für den Artenschutz im Zulassungsrecht abbilden ..... 16

7 „Überschießen“ des deutschen Artenschutzes beheben ..... 17

8 Signifikanzbegriff europarechtskonform auslegen und BNatSchG ergänzen ..... 17

9 Harmonisierung der Ausnahmegründe der FFH- und Vogelschutzrichtlinie ..... 19

# Einleitung

Noch nie wurden seit Einführung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) im Jahr 2000 so wenige Windenergieanlagen (WEA) in Betrieb genommen wie 2019. Mit lediglich rund 1.000 Megawatt (MW) neu installierter Leistung war der Brutto-Zubau 55 Prozent geringer als 2018 und sogar 80 Prozent geringer als 2017. Damit werden deutlich zu wenige WEA installiert, um die gesamtgesellschaftlich beschlossene Energiewende vollziehen zu können.

Dieser Einbruch ist nicht nur, jedoch auch auf vermeintliche Konflikte zwischen Naturschutz und Windenergieausbau zurückzuführen. Der Eintritt artenschutzrechtlicher Verbote wird in der Behördenpraxis häufig bereits pauschal und ohne vorhergehende Sachverhaltsermittlung angenommen, wenn dieser „nicht auszuschließen" ist. Dies hat zur Folge, dass Genehmigungen teilweise unrechtmäßig versagt werden. Bereits erteilte Genehmigungen werden von Dritten aufgrund unklarer Rechtslage oft erfolgreich beklagt. Neben der sehr langen Verfahrensdauer und nicht erteilten Genehmigungen führen auch die zahlreichen beklagten Genehmigungen zum Ausbaustopp.

Um eine artenschutzrechtliche Prüfung angemessen durchführen zu können, sind einheitliche und verbindliche Regelungen für eine sachgerechte Anwendung des Artenschutzrechts erforderlich.

Standards und Maßstäbe wurden auch vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) gefordert: Nach Beschluss vom 23. Oktober 2018 darf der Gesetzgeber in grundrechtsrelevanten Bereichen Verwaltung und Gerichten Entscheidungen nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum" übertragen. Vielmehr muss er jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.[1] Dies ist insbesondere in Bezug auf das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) von Bedeutung, für das Bezugsgrößen fehlen, obwohl die von der Rechtsprechung geprägte Einschränkung auf das „signifikant erhöhte Tötungsrisiko" Eingang in den Wortlaut von § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG gefunden hat.

Der Auftrag des BVerfG an den Gesetzgeber wurde vom Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) in seiner „Aufgabenliste zur Schaffung von Akzeptanz und Rechtssicherheit für die Windenergie an Land" vom 7. Oktober 2019 aufgenommen. Gefordert werden darin unter anderem die „Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung von Naturschutzrecht" sowie die „Verankerung des Populationsansatzes".[2] Die Notwendigkeit untergesetzlicher Standards zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos hat auch die Umweltministerkonferenz (UMK) am 15. Mai 2020 hervorgehoben. Zudem betont sie: „Für die Umweltministerkonferenz gibt insbesondere die aktuelle Zubauentwicklung bei der Windenergie an Land Anlass zur Sorge. **Hier gilt es umgehend Hemmnisse, die dem Ausbau entgegenstehen, zu beseitigen."[3] Der BWE begrüßt ausdrücklich, dass dieser Handlungsbedarf so klar erkannt wird.**

[1] BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 - 1 BvR 2523/13 - Rn. 1-36.
[2] BMWi: Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land: Aufgabenliste zur Schaffung von Akzeptanz und Rechtssicherheit für die Windenergie an Land, 07.10.2020. (LINK, zuletzt abgerufen am 03.06.2020.)
[3] 94. Umweltministerkonferenz am 15. Mai 2020, Ergebnisprotokoll. (LINK, zuletzt abgerufen am 26.05.2020. Hervorhebungen durch den Autor.)

So begrüßt der BWE, dass die UMK den Einsatz einer ad-hoc Bund-/Länder-Arbeitsgruppe beschlossen hat, die „einen Rahmen zur Bemessung von Signifikanzschwellen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf tötungsgefährdete Vogelarten an WEA“[4] vorlegen soll. Der BWE möchte sich in einen transparenten Prozess unter Einbeziehung aller relevanten Akteure mit praxisnahen Hinweisen und Forderungen einbringen und die Diskussion mit eigenen Vorschlägen und Positionen bereichern, welche im Folgenden ausgeführt sind.

[4] Ebd.

# Zusammenfassung: Positionen zu Naturschutz und Windenergieausbau

**Auftrag an den Gesetzgeber**

Der Ausbau der Windenergie ist entscheidend im Kampf gegen den Klimawandel, welcher massive Auswirkungen auf das Artensterben hat. Der BWE fordert ein **deutliches Bekenntnis zum Ausbau der Windenergie** von den politisch Verantwortlichen in Bund und Ländern und ein klares Konzept zum umgehenden Abbau der Genehmigungshemmnisse, auch im Bereich des Artenschutzes, das es sach- und fachgerecht umzusetzen gilt. Hierfür erachtet er gesetzliche Klarstellungen bzw. Änderungen auf Europa-, Bundes- und Landesebene für erforderlich.

**Liste der windenergiesensiblen Vogelarten auf Grundlage aktueller Daten und wissenschaftlicher Erkenntnisse erstellen**

Aktuell fehlen für die Windkraftrelevanz zahlreicher in den Leitfäden der Bundesländer aufgeführten Arten wissenschaftlichen Belege. Bei der Benennung des „windenergiesensiblen" Artenspektrums sind nur wissenschaftlich fundierte Forschungs- und Studienergebnisse sowie aktuelle Bestandsentwicklungen zu Grunde zu legen. Für eine objektive und sachgerechte Beurteilung des relevanten Artenspektrums sind konkretisierende Kriterien und ein übergeordneter Bewertungsrahmen zu definieren.

**Abstandsempfehlungen als Prüfbereiche anwenden**

Abstände sind als Prüfbereiche für die Feststellung eines Konfliktpotenzials zu sehen, das in nachfolgenden Untersuchungen überprüft und bewertet werden muss. Pauschale Tabubereiche werden der Aufgabe der Risikoermittlung nicht gerecht: Ein Zusammenhang zwischen der Entfernung vom Brutplatz zur Windenergieanlage und der Häufigkeit oder Wahrscheinlichkeit von Kollisionen ist wissenschaftlich nicht begründet. Die bisher praktizierten Abstände entspringen der Vorsorge, ersetzen aber nicht die ortskonkrete Risikoermittlung. Der Begriff der „Mindestabstände" ist insofern irreführend und zu vermeiden.

**Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos an Vorgaben der Rechtsprechung ausrichten**

Eine klare Definition des Signifikanzbegriffs und die jeweilige Schwellenwertermittlung müssen mit oberster Priorität angegangen werden. Dabei geht es um klare Bewertungsmaßstäbe zur Feststellung, wann das allgemeine Grundrisiko einer Art in einem von Menschenhand gestalteten Naturraum durch das Vorhaben so erheblich erhöht ist, dass eine Kollision höchstwahrscheinlich ist. Ein Nullrisiko ist hierbei nicht relevant.

**Klare Vorgaben für Inhalt und Verhältnismäßigkeit von Schutzmaßnahmen definieren**

Es ist stringent zwischen Maßnahmen der Eingriffsregelung (§ 15 BNatSchG) und Schutzmaßnahmen des Artenschutzes (§ 44 BNatSchG) zu unterscheiden. Fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen kommen nur dann zum Einsatz, wenn andernfalls die Zugriffsverbote des § 44 BNatSchG verletzt würden. Sie dienen dazu, eine vorab festgestellte Verletzung des Tötungsverbots unter die Signifikanzschwelle zu senken. Für die Wahl der Maßnahmen ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzugeben: Nur geeignete, erforderliche Schutzmaßnahmen sind zulässig („mildestes Mittel").

**Vorteile des Repowerings für den Artenschutz im Zulassungsrecht abbilden**

Moderne Windenergieanlagen können sich aufgrund ihrer Anlagenparameter positiv auf die Beurteilung der Kollisionsgefährdung der windenergiesensiblen Arten auswirken. Dies ist bei der Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände grundsätzlich zu berücksichtigen. Mittelfristig sind durch ein Repowering für dieselbe Menge installierter Leistung weniger Standorte von baulichen Eingriffen in die Natur betroffen und die Nutzung der Windenergie kann auf bereits etablierten und bewährten Standorten erfolgen.

**„Überschießen" des deutschen Artenschutzes gegenüber den europäischen Anforderungen beheben**

Das Überschießen des deutschen Artenschutzrechts ist zu beseitigen. Das BNatSchG ist dahingehend anzupassen, das Töten i. S. von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG wieder auf absichtliche Handlungen zu beschränken. Die europäischen Regelungen legen bereits nahe, dass Kollisionen an WEA dem unbeabsichtigten Töten zuzuordnen sind. Für eine rechtssichere Umsetzung der europäischen Vorgaben wäre eine eindeutige Klarstellung hierzu wünschenswert.

**Signifikanzbegriff europarechtskonform auslegen**

Es sollte entsprechend einer europarechtskonformen Auslegung zum Signifikanzbegriff in § 44 Absatz 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG zumindest gesetzlich klargestellt werden, dass das Tötungsverbot erst erfüllt ist, wenn anhand von gesicherten Erkenntnissen zu einer Art die Tötung eine höchstwahrscheinliche Folge des Eingriffs darstellt.

# Grundlagen und Argumentationen zu den Positionen

## 1 Auftrag an den Gesetzgeber

Naturschutz und Windenergie schließen sich nicht aus. Im Gegenteil ist die Windenergie entscheidend im Kampf gegen den Klimawandel, welcher wiederrum massive Auswirkungen auf das Artensterben hat.[5] **Windenergieausbau ist Klimaschutz und Klimaschutz ist Artenschutz.**

Windenergieanlagen sind eine wesentliche Form der regenerativen Energien. Sie können zu einer nachhaltigen Stromversorgung beitragen und damit die Ziele des Klimaschutzes jetzt umsetzen. Klimaschutz ist unmittelbar notwendig für den Erhalt der Biodiversität, der Arten bzw. unseres Lebensraumes Erde. Daher führt der Ausbau von Windenergie indirekt jedoch nachhaltig zum Biodiversität- und Artenschutz. Dieses Grundwissen ist in allen Entscheidungen zu berücksichtigen, es ist interdisziplinär zu denken.

Etliche Hemmnisse beim Windenergieausbau entstehen durch vermeintliche artenschutzrechtliche Konflikte, da aktuelle fachliche Erkenntnisse zum Verhalten von Vögeln im Umfeld von Windenergieanlagen nicht berücksichtigt werden. Weitere Hemmnisse entstehen durch fehlerhafte Berücksichtigung von artenschutzfachlichen Erkenntnissen. Die politisch Verantwortlichen auf Bundes- und Landesebene müssen mit dem klaren Bekenntnis zur Energiewende **einen Paradigmenwechsel mittels konkreter Maßnahmen einleiten, um die Hemmnisse abzubauen**.

Maßgeblich ist die Anerkennung wissenschaftlicher Erkenntnisse: Bei Vogelkollisionen an Windenergieanlagen handelt es sich um seltene Ereignisse.[6] Im Vergleich mit anderen Todesursachen sind Windenergieanlagen nachrangige Verlustursachen.[7] Insofern ist davon auszugehen, dass Windenergieprojekte im Einklang mit den artenschutzrechtlichen Anforderungen realisierbar und **Konflikte die Ausnahme, nicht die Regel** sind.

Das Bundesamt für Naturschutz (BfN) hat unter Mitarbeit des Kompetenzzentrums für Naturschutz und Energiewende (KNE) jüngst drei Papiere zur artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung und der Signifikanzfrage erstellt. Diese können jedoch nicht die Grundlage für die dringend benötigten schnellen und rechtssicheren Genehmigungen sein und erfüllen den Auftrag des Bundesverfassungsgerichts und auch der UMK nicht. Im Kern drehen sich diese um Detailänderungen oder gar Verschärfungen im bestehenden System. **Wirklich verbindliche, praktikable und realitätsnahe Änderungen müssen der deutsche und europäische Gesetzgeber herbeiführen,** etwa indem klargestellt wird, dass das Töten im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG auf absichtliche Handlungen beschränkt ist.[8] Ob darüber hinaus bei WEA überhaupt eine Absichtlichkeit im Sinne des europäischen Rechts unterstellt werden kann, ist auf EU-Ebene zu klären. Der

---

[6] Vgl. Grünkorn, T. et al. (2016): Ermittlung der Kollisionsraten von (Greif)Vögeln und Schaffung planungsbezogener Grundlagen für die Prognose und Bewertung des Kollisionsrisikos durch Windenergieanlagen (PROGRESS). Schlussbericht, vom BMWi gefördertes Verbundvorhaben.
[7] Ursachen Vogelsterben, BUND (LINK, zuletzt abgerufen am 11.06.2020)
[8] Vgl. Frank, O./Rolshoven, M. (2020): Die Bestimmung des Signifikanzbegriffs: Die Quadratur des Kreises? – Ein Diskussionsbeitrag zum Entwurf des BfN-Methodenvorschlags zum signifikant erhöhten Tötungsrisiko von Vögeln durch Windenergieanlagen, in: ZNER 03/2020, S. 205. Sowie: Brandt, E. (2020): Entscheidungsverantwortung des Gesetzgebers und die Folgen: der BfN-Methodenvorschlag aus verfassungsrechtlicher und wissenschaftstheoretischer Sicht, in: ZNER 03/2020, S. 182.

hier vorliegende Vorschlag zielt zunächst auf eine sachgerechte Anwendung des im bundesdeutschen Recht verankerten Signifikanzbegriffs ab, da dies als Aufgabe durch die Umweltministerkonferenz gesetzt ist.

## 2 Liste der windenergiesensiblen Vogelarten auf Grundlage aktueller Daten und wissenschaftlicher Erkenntnisse erstellen

Im Folgenden wird dargestellt, welche Anforderungen an eine Liste der windenergiesensiblen Vogelarten existieren, welche Datengrundlage für deren Erstellung erforderlich ist und nach welchen Kriterien die Betrachtung und Bewertung einer Art erfolgen sollte.

Aktuell fehlen für die Windkraftrelevanz zahlreicher in den Länderleitfäden aufgeführten Arten wissenschaftliche Belege.[9] **Für die Benennung eines „windkraftsensiblen" Artenspektrums sind jedoch nur wissenschaftlich fundierte Forschungs- und Studienergebnisse sowie aktuelle Bestandszahlen und -entwicklungen zu Grunde zu legen.**

Für die Konkretisierung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Individuen sind auf der Liste windenergiesensibler Vogelarten nur die Arten zu führen, welche aufgrund ihrer wissenschaftlich nachgewiesenen erhöhten Kollisionsgefährdung vom Tötungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG betroffen sein könnten. Es geht hierbei ausdrücklich nicht um die Abwägung nach dem Vorsorgeansatz (§ 15 BNatSchG). Neben den artenschutzrechtlichen Vorschriften stehen im bundesdeutschen Recht u. a. mit der Eingriffsregelung sowie dem Schutzgebietssystem Instrumente zur Verfügung, um Arten und Populationen wirksam zu schützen.

Wird die Liste anhand der unter Kapitel 2.2 aufgeführten Kriterien erstellt, ist eine deutliche Reduzierung der aufgeführten Arten zu erwarten. Dies alleine würde bereits zu einer fachlich gehobenen Diskussion über wesentliche Inhalte führen, mit direkten Auswirkungen auf den zeitlichen Verlauf von Genehmigungsverfahren und mehr Flächen für die Windenergienutzung zugänglich machen.

### 2.1 Datengrundlage

Die Liste windkraftrelevanter Vogelarten im Sinne des §44 Abst. 1 Nr. 1 BNatschG erfordert eine solide Datengrundlage, um mit aktuellen und verlässlichen Bestandsdaten zu Verbreitung und Populationsentwicklung die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote bewerten zu können. Diese liegen über öffentlich geförderte Datenerfassungsprogramme, artspezifische Studien sowie Forschungs- und Entwicklungsvorhaben vor. Dazu gehören auch Monitoringprogramme der Bundesländer, beispielweise zeigte das Rotmilan-Monitoring in Baden-Württemberg eine Bestandszunahme zwischen 2011/2014 und 2019 um 46 %.[10] Weiterhin existieren mittlerweile zahlreiche Studien, welche Raumnutzung und Flugverhalten einzelner als windenergiesensibel eingestufter Arten analysieren. Diese wissenschaftlichen artspezifischen Erkenntnisse sind bei der Einschätzung der Kollisionsgefährdung einer Art zu berücksichtigen. Daten, wie etwa die GPS-basierten Telemetriestudien des LIFE-Projekts Eurokite für Rotmilane, müssen ausgewertet und herangezogen werden. Auch für Uhu und Schwarzstorch liegen umfangreiche Forschungsergebnisse vor.

[10] Untersuchungen des Rotmilanbestandes in Baden-Württemberg, Vortrag der Landesanstalt für Umwelt Baden-Württemberg im Rahmen der 13. Sitzung des Arbeitskreises "Windenergie in Baden-Württemberg" am 13.01.2020.

Dennoch beruhen Regelungen in den Leitfäden/Erlassen und behördliche Entscheidungen dagegen auf nicht aktuellen und teilweise nicht validen Daten zu Bestandsentwicklungen der als „windkraftsensibel“ geltenden Arten. Diese Erkenntnislücke ist durch einen transparenten Umgang mit den vorliegenden Daten dringend zu schließen. Dies sollte durch Bereitstellung einer bundesweiten Plattform erfolgen, auf der auch Vorhabenträger ihre erhobenen Daten zur Verfügung stellen können. Der BWE setzt sich in seiner Mitgliedschaft dafür ein, dass die Vorhabenträger dieses Vorgehen unterstützen.

Der BWE begrüßt daher ausdrücklich das Vorhaben der Bundesregierung, ein Artenschutzportal einzurichten, das als bundesweite Plattform transparent aufgebaut und auswertbar sein muss. Der Dateneingang muss so geprüft werden, dass belastbare Daten für darauf aufsetzende Analysen zur Verfügung stehen.

Damit das Artenschutzportal auch zum Abbau der Genehmigungshemmnisse bei Windenergieanlagen an Land beitragen kann, sollte es zusätzlich den aktuellen Wissenstand über die Vogelarten speziell in Bezug auf die Windenergienutzung bereitstellen und folgende Informationen zu den Arten enthalten: Flugverhalten, Flughöhe, Raumnutzung und Aktionsraum; außerdem Gefährdungen, insbesondere solche mit Todesfolgen samt deren Quantifizierung sowohl in Bezug auf WEA als auch andere Gefährdungen stofflicher und nichtstofflicher Art.

Die an WEA kollidierten Vögel müssen gesondert berücksichtigt werden. Die Aussagekraft der derzeit genutzten „Dokumentation Vögel und Windenergienutzung“[11], in der u.a. die Zahlen der bundesweit geführten Totfundliste[12] ausgewertet werden, ist gering, da sie größtenteils auf Zufallsfunden beruht und damit für eine wissenschaftliche Analyse nicht ausreicht. Außerdem gibt die Liste wenig Aufschluss darüber, unter welchen Umständen ein Vogel Schaden genommen hat. Hierfür müssten am Fundort z.B. Art der Bewirtschaftung und maßgebliche landschaftliche Besonderheiten erfasst sowie die Entfernung zum nächstgelegenen Horst der betreffenden Art ermittelt werden, um Rückschlüsse auf einen Zusammenhang zwischen Horstnähe und Kollisionsgefahr ziehen zu können. So könnten zukünftig Kollisionen zielgerichtet minimiert werden. Hier plädiert der BWE für eine transparent geführte Fundkartei mit den oben beschriebenen Angaben, um mittels einer validen und aussagekräftigen Analyse eine Vogelart als windenergiesensibel einstufen zu können.

Das Artenschutzportal soll dazu beitragen, für jede Art wissenschaftlich fundiert beurteilen zu können, ob sie im Sinne der artenschutzrechtlichen Beachtung des Tötungsverbots gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG als relevant einzustufen und damit auf der Liste windenergiesensibler Vogelarten zu führen ist. Das Artenschutzportal unterstützt die sachgerechte Anwendung der artenschutzrechtlichen Vorgaben, um das allgemeine Grundrisiko einer Art zu ermitteln. Artspezifische Studien (Brut- und Überwinterungsgebiete, Zugwege, Telemetriestudien, Flugverhalten und Raumnutzung in Windfeldern, Erkenntnisse bei nachträglicher Ansiedlung von Individuen, etc.) liegen im breit bearbeiteten Feld der Ornithologie teilweise seit Jahrzehnten vor und sind dahingehend auszuwerten.[13]

[11] Landesamt für Umwelt Brandenburg, Staatliche Vogelschutzwarte, laufende Fortschreibung.
[12] Daten aus der zentralen Fundkartei der Staatlichen Vogelschutzwarte im Landesamt für Umwelt Brandenburg, zusammengestellt von Tobias Dürr. (LINK, zuletzt aufgerufen am 29.06.2020)
[13] Vgl. Ratzbor, G. (2020): Signifikanzbewertung als naturschutzfachliches Tätigkeitsfeld. Ein Diskussionsbeitrag zum BfN-Methodenvorschlag aus artenschutzfachlicher Sicht, in: ZNER 03/2020, S. 196. Siehe dazu auch Kapitel 2.2.

## 2.2 Kriterien für die Aufnahme einer Art auf die Liste windenergiesensibler Vogelarten

Aktuell fehlen in den Leitfäden/Erlassen der Länder konkretisierende Kriterien und ein übergeordneter Bewertungsrahmen, die eine objektive, vergleichbare, nachvollziehbare und sachgerechte Beurteilung des relevanten Artenspektrums ermöglichen.[14] Für eine fachgerechte Ermittlung des Schutzgegenstands ist dies jedoch unerlässlich. Daher schlägt der BWE Kriterien vor, anhand derer die Betrachtung und Bewertung einer Art erfolgen sollte.

### Bestand in Relation zu Totfunden

Bekannt ist, dass sich die Bestände etlicher Arten parallel zum Ausbau der Windenergie positiv entwickeln bzw. Bestandsveränderungen unabhängig von WEA-Einflüssen sind[15]. Für die Betrachtung des Tötungsrisikos einzelner Individuen ist zunächst das allgemeine Lebensrisiko (Grundrisiko) in anthropogen überformten Lebensräumen zugrunde zu legen. Bei der Bewertung der Signifikanz ist die Relation wissenschaftlich erhobener, geprüfter Schlagopferzahlen zu den Beständen zu Grunde zu legen. So ist z.B. trotz eventuell sogar hoher absoluter Totfundzahlen bei einzelnen bestandsstarken Vogelarten eine Kollision mit WEA als seltenes Ereignis einzustufen. Damit wäre diese Art als nicht windkraftsensibel einzustufen und an keinem Standort von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko auszugehen.

Setzt man die jährlichen Fundzahlen mit der Populationsgröße ins Verhältnis, ergibt sich, dass nur ein kleiner Anteil des Bestandes an WEA verunglückt. Die entsprechenden Relationen sind für Waldschnepfe 0,001 %, Lachmöwe 0,003%, für Kranich 0,006 %, für Wespenbussard und Schwarzstorch 0,012 %, für Rohrweihe, Uhu, Mäusebussard 0,013% bis 0,018%, für Rotmilan 0,09% und für den Seeadler 0,529%.[16]

Damit ist – auch unter Berücksichtigung der Dunkelziffer – bei solch seltenen Ereignissen das individuelle Risiko an WEA zu verunfallen sehr gering. Ausgehend von den genannten Relationen sind artspezifische Schwellenwerte festzulegen, anhand derer die Aufnahme in die Liste windenergiesensibler Vogelarten transparent entschieden werden kann. Die Schwellenwerte sollten in einem interdisziplinär zusammengesetzten Gremium erarbeitet werden und bundesweit gültig sein.

### Vergleich der anthropogenen Verlustursachen

Laut BUND sind Kollisionen an WEA nachrangige Verlustursachen: „Über die 100.000 bis 200.000 von Windrädern getöteten Vögel wird interessengeleitet viel diskutiert […]. Die wesentlich höheren Zahlen, ausgelöst durch Insektensterben, Agrargifte, Lebensraumverlust, Glasscheiben, Freileitungen, Straßen, Katzen, Bahnstrecken und durch Vogelfang spielen in der veröffentlichten Meinung fast keine Rolle.“[17]

---

[14] Vgl. Ratzbor (2020), S. 188.
[15] Vgl. Bundesamt für Naturschutz: Nationaler Vogelschutzbericht 2019 gemäß Art. 12 Vogelschutz-Richtlinie (LINK, zuletzt abgerufen 12.06.2020), dazu: BWE-Pressemitteilung, 19.12.2020 (LINK, zuletzt abgerufen 12.06.2020).
[16] Vgl. Ratzbor (2020), S. 188. Die sog. Dürr-Liste der jährlichen Kollisionsopfer ist, wie in Kapitel 2.1 dargestellt, nicht als seriöse wissenschaftliche Quelle zu werten; allerdings ist sie die umfassendste verfügbare Zusammenstellung dieser Art. Die genannten Zahlen sind ungenau, da z.B. nicht alle Kollisionsopfer gefunden werden. Die Tendenz dürfte im Wesentlichen jedoch stimmen.
[17] Ursachen Vogelsterben, BUND (LINK, zuletzt abgerufen am 11.06.2020).

In einer artspezifischen Betrachtung ist zu ermitteln, wie hoch die Verluste durch WEA einer Art im Vergleich mit anderen anthropogenen Verlustursachen sind. Anschließend sind auch für dieses Kriterium Schwellenwerte zur Bewertung einer Art von einem interdisziplinären Gremium zu bilden.

**Artspezifisches Verhalten**

Zahlreiche Studien geben mittlerweile Aufschluss über das Flugverhalten und die Raumnutzung einer Art. Für die Beurteilung der Kollisionsgefährdung einer Art sollten unter anderem Faktoren wie die Flughöhe, Ausweichverhalten, Jagdstrategien, bevorzugte Nahrungshabitate, etc. herangezogen werden.

Ergebnisse zum Flugverhalten in Windparks aus der PROGRESS-Studie[18] zeigen, dass Kollisionen insgesamt seltene Ereignisse sind. Die Vögel zeigen ein Ausweichverhalten im Flug, auch diejenigen Arten, bei denen vergleichsweise häufig Kollisionsopfer gefunden werden. In diesem Zusammenhang muss z. B. klargestellt werden, dass u. a. Vogelarten wie Kranich oder Uhu nicht bzw. nur unter besonderen Umständen kollisionsgefährdet sind. So steht z.B. aufgrund aktueller Untersuchungen fest, dass das Kollisionsrisiko des Uhus an WEA aufgrund der allgemein geringen Flugaktivität sowie der bodennahen Flugweise als sehr gering einzustufen ist. Bei Anlagen mit unterem Rotordurchgang > 50 Meter ist ein Kollisionsrisiko nahezu ausgeschlossen.[19] Diese Erkenntnisse haben in Nordrhein-Westfalen bereits dazu geführt, dass bei Uhu-Bruten im Umkreis von 1.000 Meter kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben ist, sofern die geplante WEA einen rotorfreien Raum von mindestens 60 Metern aufweist und im nordrhein-westfälischen Tiefland errichtet werden soll. Auch zum Flugverhalten des Rotmilans sind aktuelle Erkenntnisse zu berücksichtigen.

### 2.3 Anforderungen an Qualität und Aktualisierung einer Liste windkraftsensibler Vogelarten

Für die Erstellung der landesspezifischen Listen windkraftsensibler Vogelarten ist ein bundesweiter Qualitätsmaßstab zu bilden, der bei der Auswahl der zur Verfügung stehenden Quellen angewendet wird (peer-reviewed/wissenschaftliche Arbeitsweise). Die Listen windkraftsensibler Vogelarten sollten einer laufenden Aktualisierung unterzogen werden. Die Listen auf Ebene der Bundesländer müssen abschließend sein.

## 3 Abstandsempfehlungen als Prüfbereiche anwenden

Abstände sind als Prüfbereiche zur Ermittlung eines Konfliktpotenzials zu sehen, das dann in Untersuchungen im Rahmen von Genehmigungsverfahren überprüft und bewertet wird. Pauschale Tabubereiche lehnt der BWE ab. Für die bisherige Praxis, wonach die Kollisionswahrscheinlichkeit als Regelannahme aus dem Abstand zwischen Brutplatz und WEA abgeleitet wird, gibt es keine wissenschaftlichen Belege. Studien zu

[18] Vgl. Grünkorn et al. (2016), S. 104 ff.
[19] Vgl. Grünkorn, T./Welcker, J. (2019): Erhebung von Grundlagendaten zur Abschätzung des Kollisionsrisikos von Uhus an Windenergieanlagen im nördlichen Schleswig-Holstein. Im Auftrag des Landesverbandes Eulen-Schutz Schleswig-Holstein e. V. und des Ministeriums für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung (MELUND), Schleswig-Holstein. Sowie Miosga, O./Bäumer, S./Gerdes, S. et al. (2019): Telemetriestudien am Uhu, in: Natur in NRW 1/2019, S. 36-40.

Kollisionsursachen[20], stellen fest, dass Kollisionen Zufallsereignisse sind. Der aktuelle Wissensstand zeigt, dass

- es keinen Zusammenhang zwischen der Entfernung vom Brutplatz zu WEA und der Häufigkeit oder Wahrscheinlichkeit von Kollisionen gibt;
- allgemeine, auf durchschnittlichen Werten beruhende Erkenntnisse zur Aktivitätsverteilung in Abhängigkeit von der Entfernung zum Horst den Einzelfall überwiegend unzutreffend abbilden;
- es keinen Zusammenhang zwischen der Aktivität von Tieren bestimmter Arten und der Häufigkeit oder Wahrscheinlichkeit von Kollisionen gibt.[21]

Daher können die Abstandsempfehlungen lediglich die Erfassungs- und Untersuchungsmethoden definieren.

Dabei ist zwischen Prüfbereich und erweitertem Prüfbereich zu unterscheiden, die Prüfungen mit unterschiedlicher Prüftiefe und -aufwand erfordern. Aufwändige Methoden, wie z.B. eine Raumnutzungsanalyse, sollten – wenn überhaupt – nur im Prüfbereich durchgeführt werden. Im erweiterten Prüfbereich werden dann essentielle Nahrungshabitate ermittelt, die regelmäßige Flugwege erfordern. Nur wenn Vögel regelmäßig beim Weg von Brutplätzen zu Nahrungshabitaten oder umgekehrt über den WEA-Standort fliegen, kann überhaupt ein maßgebliches Kollisionsrisiko bestehen.

## 4 Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos an Vorgaben der Rechtsprechung ausrichten

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darf bereits jetzt die Auslegung der Zugriffsverbote, insbesondere in Hinsicht auf das Verletzungs-/Tötungsverbot, zu keinem unüberwindbaren Zulassungshindernis werden.[22] Deshalb kommt eine Verletzung dieses Verbots nur bei signifikanter Erhöhung des Kollisionsrisikos in Betracht. Dies hat der Gesetzgeber mittlerweile auch so in § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG geregelt.

Ebenfalls ausdrücklich hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass ein gewisser Umfang von Verletzungen/Tötungen von Tieren einer Art hinzunehmen ist. Ein Nullrisiko ist ausdrücklich nicht Voraussetzung einer artenschutzrechtlichen Unbedenklichkeit[23].

---

[20] Vgl. Grünkorn et al. (2016). Sowie Hötker, H./Krone, O./Nehls, G. (2013): Greifvögel und Windkraftanlagen: Problemanalyse und Lösungsvorschläge. Schlussbericht für das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit. Michael-Otto-Institut im NABU, Leibniz-Institut für Zoo- und Wildtierforschung, BioConsult SH.

[21] Vgl. Ratzbor (2020), S. 195.

[22] u.a. BVerwG, Urteil vom 09.07.2009, 4 12.07, Rn. 42: „Der Verbotstatbestand ist zwar individuenbezogen. Dass einzelne Exemplare etwa durch Kollisionen zu Schaden kommen, reicht aber nicht aus. Soll das Tötungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis werden, ist vielmehr zu fordern, dass sich das Risiko des Erfolgseintritts in signifikanter Weise erhöht (Urteile vom 12. März 2008 a.a.O. Rn. 219 und vom 9. Juli 2008 a.a.O. Rn. 91). Gemeint ist damit eine „deutliche“ Steigerung des Tötungsrisikos. Dafür genügt es nicht, dass im Eingriffsbereich überhaupt Fledermäuse angetroffen worden sind. Erforderlich wären vielmehr Anhaltspunkte dafür, dass sich das Risiko eines Fledermausschlages durch das Vorhaben deutlich und damit signifikant erhöht.“

[23] st. Rspr., u.a. BVerwG, Beschluss vom 08.03.2018, 9 B 25.17 Rn. 11: „Das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Denn tierisches Leben existiert nicht in einer unberührten, sondern in einer vom Menschen gestalteten Landschaft. Nur innerhalb dieses Rahmens greift der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.“

Die signifikante Erhöhung des Verletzungs- oder Tötungsrisikos muss sich gerade gegenüber dem allgemeinen Risiko einer Art ergeben, in einem durch den Menschen infrastrukturell genutzten und deshalb mit Verkehrswegen und Windenergieanlagen ausgestatteten Naturraum verletzt zu werden oder zu Tode zu kommen (vorhabenunabhängiges Grundrisiko).[24]

Eine Prüfung des Verletzungs-/Tötungsverbots im Zusammenhang mit Windenergievorhaben erfordert deshalb nach dem Gesetzeswortlaut und der bestehenden Rechtsprechung bereits zwingend:

**Auf der Sachverhaltsebene:**

(1) die Ermittlung der **vorhabenspezifischen** Wahrscheinlichkeit für wildlebende Tiere der besonders geschützten Arten, durch das Vorhaben verletzt oder getötet zu werden; dies bereitet die **spätere Bewertung** vor, ob eine erhebliche Wahrscheinlichkeit einer Kollision gegeben ist;

(2) die Ermittlung der **vorhabenunabhängigen** Wahrscheinlichkeit für wildlebende Tiere der besonders geschützten Arten, in einem infrastrukturell veränderten Naturraum verletzt oder getötet zu werden; dies bereitet die **spätere Bewertung** vor, ob eine signifikante Erhöhung der Wahrscheinlichkeit einer Kollision gegeben ist;

(3) den Vergleich dieser beiden Wahrscheinlichkeiten zur Ermittlung, **ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine vorhabenspezifische Erhöhung** der Wahrscheinlichkeit einer Verletzung oder Tötung gegenüber dem vorhabenunabhängigen Grundrisiko gegeben ist; auch dies bereitet die **spätere Bewertung** vor, ob eine erhebliche Wahrscheinlichkeit einer Kollision gegeben ist.

Zudem ist zu prüfen, ob eine etwaige Verletzung oder Tötung von Tieren einer Art durch das Vorhaben als **seltenes Ereignis** einzustufen ist. Dies ergibt sich aus der Forderung der Rechtsprechung und des Gesetzgebers nach einer Wahrscheinlichkeitsbetrachtung als Grundlage der Bewertung eines signifikant erhöhten Verletzungs- oder Tötungsrisikos. Steigt dieses Risiko unter anderem angesichts des Verhältnisses der eventuell betroffenen Tiere zum Gesamtbestand nicht über die Schwelle eines seltenen Ereignisses hinaus, ist das ermittelte Risiko nicht erheblich.

---

Dazu auch BVerwG, Urteil vom 9.2.2017 – 7 A 2.15 („Elbvertiefung“), Rn. 466: „Das Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren muss einen Risikobereich übersteigen, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist. Dies folgt aus der Überlegung, dass es sich bei den Lebensräumen der gefährdeten Tierarten nicht um "unberührte Natur" handelt, sondern um von Menschenhand gestaltete Naturräume, die aufgrund ihrer Nutzung durch den Menschen ein spezifisches Grundrisiko bergen. Bei der Frage, ob sich für das einzelne Individuum das Risiko, Opfer einer Kollision durch einen neuen Verkehrsweg zu werden, signifikant erhöht, darf daher nicht außer Acht gelassen werden, dass Verkehrswege zur Ausstattung des natürlichen Lebensraums der Tiere gehören und deshalb besondere Umstände hinzutreten müssen, damit von einer signifikanten Gefahr durch einen neu hinzukommenden Verkehrsweg gesprochen werden kann; ein Nullrisiko ist nicht zu fordern.“ (BVerwG, Urteile vom 28. April 2016 - 9 A 9.15 - BVerwGE 155, 91 Rn. 141 und vom 10. November 2016 - 9 A 18.15 - Rn. 83)

[24] Siehe vorige Fn.; siehe auch BVerwG, Urteil vom 28.4.2016, 9 A 10.15 („Elbquerung“), Rn. 141, wonach zum Grundrisiko eines durch Menschen infrastrukturell veränderten Naturraums u.a. Verkehrswege, Windparks und Hochspannungsleitungen gehören.

Auf der Bewertungsebene:

(1) zu bewerten, ob die gegebenenfalls ermittelte Erhöhung der Wahrscheinlichkeit signifikant, also deutlich, ist. [25]

In zukünftigen Regelwerken sollte ein verbindlicher Rahmen für die Prüfung der Tatbestände durch die Behörden festlegt werden. Dieser Rahmen wäre je nach zu prüfender Artengruppe und Wirkfaktoren des Vorhabens zu füllen. Auf Ebene der Sachverhaltsermittlung soll dies in Bezug auf kollisionsgefährdete Vogelarten an Windenergieanlagen durch die Auswertung aktueller und solider wissenschaftlicher Quellen über das Verhalten der Tiere, ergänzt durch projektspezifisch erhobene Daten wie Raumnutzungserfassungen und Habitatpotenzialanalysen, geschehen. Je nach Erkenntnislage sind die Vorgaben sowohl was die Anerkennung neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse über die Empfindlichkeit einzelner Arten als auch geänderte Erfassungsmethoden oder -umfänge jederzeit einer Ergänzung zugänglich. So wird aktuell etwa der Einsatz probabilistischer Methoden in der Fachliteratur diskutiert und in der Praxis bereits angewendet.[26] Die „Probabilistik“ als Teil der mathematischen Disziplin „Stochastik“ (Lehre der Häufigkeit und Wahrscheinlichkeit) hat zum Ziel, den wahrscheinlichen Eintritt künftiger Ereignisse als Ergebnis mathematischer Rechenvorgänge vorherzusagen. Sie ist in der Wirtschaft als Teil der Risikoermittlung und des Risikomanagements verbreitet. Im Fall der Windenergie geht es darum, auf der Grundlage eines vorab definierten allgemeinen (= natürlichen + zivilisatorischen) Grundrisikos die Eintrittswahrscheinlichkeit für eine Vogelkollision mit geplanten WEA in transparenter, nachvollziehbarer Art und Weise zu ermitteln. Der BWE setzt sich für die weiterführende Befassung mit zweckmäßigen Prüf- und Bewertungsmethoden ein, anhand derer die oben beschriebenen Prüf- und Bewertungsschritte erfolgen können.

## 5 Klare Vorgaben für Inhalt und Verhältnismäßigkeit von Schutzmaßnahmen definieren

Derzeit werden in der aktuellen Planungs- und Genehmigungspraxis häufig die Begrifflichkeiten „Vermeidungsmaßnahme“, „Maßnahme zur Schadensbegrenzung“, „Verminderungsmaßnahme“, „FCS-Maßnahme“, „CEF-Maßnahme“ und „vorgezogene Maßnahme“ unterschiedlich genutzt und definiert. Die Maßnahmentypen „Schutzmaßnahme“ (§44 Abs. 1 BNatSchG) und „Vermeidungs-/ Verminderungsmaßnahme“ (§15 BNatSchG) sind klar zu trennen.

Vermeidungsmaßnahmen gemäß der Eingriffsregelung (§ 15 BNatSchG) müssen in jedem Projekt umgesetzt werden. Fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen nach §44 Abs. 1 BNatSchG kommen nur dann zum Einsatz, wenn andernfalls das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG verletzt wird. Sie dienen dazu, eine vorab festgestellte Verletzung des Tötungsverbots unter die Signifikanzschwelle zu senken. Schutzmaßnahmen dürfen in den Betrieb der Anlage eingreifen. Dazu ist zum einen klarzustellen, dass Schutzmaßnahmen stets nur dann rechtlich zulässig sind, wenn ohne ihren Einsatz tatsächlich eine Verletzung des Tötungsverbots vorläge; sie können nicht etwa vorsorglich festgelegt werden. Zum anderen ist auch hier, im Sinne einer Operationalisierung, eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzugeben: Nur geeignete und erforderliche („mildestes Mittel“) Schutzmaßnahmen sind zulässig. Dies dürfte z. B. dazu führen, dass etwaig erforderliche

[25] So ausdrücklich BVerwG vom 9.7.2009, 4 C 12/07, Rn. 42.
[26] Vgl. Brand, C./Langeleh, D./Männel, T.: Die Signifikanzschwelle nach § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG - ein Verfahren zur Bewertung des Tötungsrisikos geschützter Arten im Gefahrenbereich von Windenergieanlagen, in: ZNER 1/2020, S. 7-14.

Lenkungs- und Vergrämungsmaßnahmen regelmäßig einer Abschaltung der Windkraftanlagen vorzuziehen sind.[27]

## 6 Vorteile des Repowerings für den Artenschutz im Zulassungsrecht abbilden

Das Repowering zahlreicher Altanlagen ist zwingend geboten, um die Ausbauziele des Bundes zu erreichen. Gleichzeitig erschweren die genehmigungsrechtlichen Rahmenbedingungen bereits aktuell die Umsetzung, v.a. mangels für Repowering angepasster Richtlinien zum Umgang mit dem Artenschutzrecht. Analog zu Vorgaben für Neuvorhaben werden die artenschutzrechtlichen Auswirkungen von Repoweringvorhaben regelmäßig auf Basis einer fiktiven green-field-Planung bewertet, obwohl im Vorhabenraum bereits eine bestehende und dauerhaft genehmigte Nutzung der Windenergie existiert.

Repowering-Vorhaben müssen aufgrund der positiven Auswirkungen für den Artenschutz deutlich schlankere Genehmigungsverfahren durchlaufen können. Eine Genehmigung darf nicht verweigert werden, sofern sich die Auswirkungen auf die Vogelarten vor Ort nicht verschlechtern. Die Artenschutzprüfung sollte lediglich aus einer Vorprüfung (Abfrage bei den Naturschutzbehörden) und ggf. einer Brutvogelkartierung im Prüfbereich bestehen, sofern Konfliktpotential mit dem Artenschutz bereits bekannt ist oder durch die Neuplanung angenommen werden muss.

Moderne Windenergieanlagen haben mittlerweile insbesondere im Binnenland große Nabenhöhen (>150 m und mehr) und weisen so selbst bei großen Rotoren (140-170 m) oft eine deutlich größere Rotordurchgangshöhe (Höhe zwischen Boden und Unterkante Rotorspitze) als ältere Anlagen auf. Dies wirkt sich auf die Kollisionsgefährdung vieler windenergiesensibler Vogelarten positiv aus. Auf die aktuellen Erkenntnisse hinsichtlich des Flugverhaltens des Uhus wurde bereits hingewiesen. Des Weiteren findet beispielsweise auch der Nahrungssuchflug von Weihen in geringen Höhen statt. Nur die Transferflüge und Flugbewegungen in Brutplatznähe erreichen Höhen über 30 m[28] und bleiben immer noch im rotorfreien Bereich moderner Anlagen.

Ferner werden moderne Anlagen aufgrund der Rotorgröße mit deutlich größerem Abstand zueinander errichtet. Durchgeführte Repowering-Projekte belegen, dass sich die Anzahl der neuen WEA – bezogen auf die gleiche Grundfläche – deutlich reduziert. Daraus ergibt sich nicht nur ein geringeres Gefahrenpotenzial durch die deutlich geringere Anlagenanzahl, sondern auch bessere Ausweichmöglichkeiten der Vögel bedingt durch die größeren Abstände der Windanlagen untereinander. Weiterhin reduziert sich eine mögliche Barrierewirkung aufgrund vergrößerter Abstände der WEA untereinander.

[27] Vgl. Rolshoven/Frank (2020), S. 200.

[28] FA Wind (2016): Darstellung und Diskussion der Monitoringergebnisse der Jahre 2015 und 2016 (1. und 2. Monitoringjahr) im Rahmen des 3. Runden Tisches Vermeidungsmaßnahmen am 14.06.2016, Beispiel Rohrweihe. (LINK, zuletzt abgerufen 15.06.2020), siehe auch: Planungsbüro Dr. Loske & Ecoda (2012): Modellhafte Untersuchungen zu den Auswirkungen des Repowerings von Windenergieanlagen auf verschiedene Vogelarten am Beispiel der Hellwegbörde (94% aller Flüge < 60 m, 87% < 30 m), sowie: Schaub, T. (2017): Potential collision risk of harriers Circus spp. with wind turbines during breeding season derived from GPS tracking. Masterarbeit Universität Potsdam/Groningen (bei GPS-Tracking dreier Rohrweihen 95% aller Flugbewegungen < 45 m Höhe).

## 7 „Überschießen“ des deutschen Artenschutzes gegenüber den europäischen Anforderungen beheben

Nach den EU-rechtlichen Vorschriften in Art. 12 der FFH-Richtlinie (92/43/EWG) und Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie (2009-147-EG) ist nur das absichtliche Töten der nach diesen Richtlinien geschützten Arten durch die Mitgliedstaaten zu verbieten. Demgegenüber hat der bundesdeutsche Gesetzgeber den Absichtsbegriff mit der BNatSchG-Novelle in 2007 zunächst vollständig aus dem Gesetz entfernt und schließlich nach entsprechender Interpretation durch die Rechtsprechung mit dem Begriff des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ untersetzt. Damit schießt der bundesdeutsche Gesetzgeber über den Willen der EU hinaus, wonach eine Absichtlichkeit allenfalls dann zu unterstellen wäre, wenn der Erfolgseintritt „höchstwahrscheinlich“ ist.[29] Es kann nicht gewollt sein, dass das Bundesrecht hier so massiv von den europarechtlichen Vorgaben abweicht und § 44 BNatSchG damit zu einem großen Planungshindernis wird. Es muss hier eine Anpassung an die europarechtlichen Vorgaben erfolgen.

Das Guidance-Document aus 2007 legt dabei sogar nahe, dass Kollisionen an WEA (grundsätzlich) dem unabsichtlichen Töten nach Art. 12 Abs. 4 FFH-RL (92/43/EWG) zuzuordnen wären und nicht dem absichtlichen Töten nach Abs. 1a). Aufgabe der Mitgliedstaaten wäre es demnach (nur) die Auswirkungen auf die betroffenen Populationen zu überwachen und dafür zu sorgen, dass „der unbeabsichtigte Fang oder das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten haben.“ [30] Selbst wenn in Erwägung gezogen werden sollte, das beiläufige Töten an WEA EU-rechtlich unter den Absichtsbegriff zu subsummieren, so geht doch die Eintrittsschwelle des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ weit über den Absichtsbegriff hinaus. Neben einer Anpassung des BNatschG wäre eine Klarstellung von Seiten der EU hinsichtlich der Frage, ob Kollisionen an Windenergieanlagen unter den Begriff des absichtlichen Tötens fallen, erforderlich.

## 8 Signifikanzbegriff europarechtskonform auslegen und BNatSchG ergänzen

Es sollte entsprechend einer europarechtskonformen Auslegung zum Signifikanzbegriff in § 44 Absatz 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG zumindest gesetzlich klargestellt werden, dass das Tötungsverbot erst erfüllt ist, wenn eine Kollision „höchstwahrscheinlich“ ist. Ob bei beiläufigem Töten als weitere Voraussetzung negative Auswirkungen auf die Population hinzukommen müssen, ist Gegenstand einer Anfrage, die ein schwedisches Gericht der EU zur Entscheidung vorgelegt hat[31].

Unter Anwendung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und der europäischen Vorgaben[32] kann zumindest erst dann von einem Verstoß gegen das europäische Artenschutzrecht ausgegangen werden, *„wenn eine Person, die nicht die Absicht haben mag, ein Tier* (…) *zu töten, aber hinreichend informiert und*

[29] Vgl. Backes, Chris W.: Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz?, in: ZUR 11/2018, S. 588.
[30] Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/ECC, Final version, Feb. 2007 (Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, endgültige Fassung, Feb. 2007), Hinweis in Nr. II.3.6, S. 55. (LINK, zuletzt abgerufen am 29.06.2020).
[31] Beim EuGH ist z. Zt. ein Vorabentscheidungsersuchen eines schwedischen Gerichts vom 18.06.2019 – C 473/19 – anhängig, in dem es um die Auslegung des Begriffs „absichtliches Töten“ nach der EU-Vogelschutzrichtlinie und die Zulässigkeit einer innerstaatlichen Praxis geht, wonach ein Verstoß gegen das Tötungsverbot bei beiläufigem Töten nur vorliegt, sofern ein Risiko besteht, dass sich die Maßnahme negativ auf den Erhaltungszustand der Arten auswirkt.
[32] Vgl. Guidance document (2007).

*sich der Folgen bewusst ist, die ihre Handlung höchstwahrscheinlich haben wird, unter grobfahrlässiger Missachtung der bekannten Verbote (bedingter Vorsatz) die Handlung dennoch begeht, die (…) zur Tötung von Tieren führt."*[33]

Gerade das ist bei Windenergieanlagen aber nachweislich nicht der Fall. Es ist beispielsweise nicht prognostizierbar, dass ein in der Nähe einer Windenergieanlage brütender Vogel höchstwahrscheinlich an der Windenergieanlage kollidiert, auch wenn etwa die Flugaktivität in seinem unmittelbaren Horstbereich naturgemäß höher ist. Wie in Kapitel 3 ausgeführt, gibt es keinen wissenschaftlich belegten Zusammenhang zwischen der Aktivität von Tieren bestimmter Arten und der Häufigkeit oder Wahrscheinlichkeit von Kollisionen.

Die Regelung in § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG ist daher wie folgt zu ergänzen. Dabei ist auch die Bestandsrelation einzubeziehen:

*„Sind (...) Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung (...) aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen*

1. *das Tötungs-und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs-und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht oder diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann; eine signifikante Erhöhung des Tötungs-und Verletzungsrisikos in diesem Sinne liegt nur dann vor, wenn anhand von gesicherten Erkenntnissen zu einer Art die Tötung eine höchstwahrscheinliche Folge des Eingriffs darstellt. Darüber hinaus muss positiv festzustellen sein, dass das Tötungsrisiko durch den Eingriff oder das Vorhaben deutlich über das allgemeine Lebensrisiko für Exemplare dieser Art in ihrem anthropogen veränderten Lebensraum erhöht würde, das mit Eingriffen oder Vorhaben dieser Art immer verbunden ist."*

Während also bereits feststeht, dass der Verbotseintritt nach europäischem Verständnis mit einer Absichtlichkeit einhergeht und diese sich am höchstwahrscheinlichen Erfolgseintritt orientiert, sind weitere Fragen zur Auslegung des Tötungsbegriffs noch ungeklärt, insbesondere, ob das beiläufige Töten an WEA überhaupt dem Absichtsbegriff unterliegt und (wenn ja), ob bei der Beurteilung einer entsprechenden Absicht auch ein Populationsbezug zulässig ist. Der BWE begrüßt daher, dass Handlungsmöglichkeiten auf europäischer Ebene von der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 17. Juni 2020 in Berlin eröffnet wurden: „Bund und Länder setzen sich mit dem Ziel der Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren gemeinsam dafür ein, diesbezüglich Verbesserungen anzustoßen, auch im Rahmen der deutschen EU-Ratspräsidentschaft, darunter in der FFH-Richtlinie (92/43/EWG) und der Vogelschutzrichtlinie (2009/147/EG)."[34]

[33] Vgl. ebd., S. 40, II.3.1, Rn. 33.
[34] Vgl. Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 17. Juni 2020 in Berlin, vorläufiges Ergebnisprotokoll.

## 9 Harmonisierung der Ausnahmegründe der FFH- und Vogelschutzrichtlinie

In diesem Zusammenhang sei auf einen weiteren Regelungsbedarf auf europäischer Ebene die artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung betreffend hingewiesen. Ausnahmegenehmigungen sind aufgrund der aktuellen gesetzlichen Vorgaben mit großen Rechtsunsicherheiten für die Vorhabenträger verbunden und halten daher der gerichtlichen Überprüfung oftmals nicht stand. Rechtliche Vorbehalte drehen sich um mindestens zwei Fragestellungen: Welcher Ausnahmegrund gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG für Windenergieanlagen herangezogen werden kann und ob sich diese Regelungen überhaupt in Einklang mit Artikel 9 der Europäischen Vogelschutzrichtlinie befinden.[35] So hob das VG Gießen mit Urteil vom 22.01.2020 die Genehmigung für drei Windenergieanlagen u.a. mit der Begründung auf, dass der Ausnahmetatbestand nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG in Bezug auf europäische Vogelarten nicht anwendbar sei, da sonst ein Verstoß gegen die Europäische Vogelschutzrichtlinie vorläge.[36] Bereits 2012 hatte der EuGH hinsichtlich einer wörtlich übereinstimmenden Regelung des polnischen Rechts die mangelnde Europarechtskonformität festgestellt.[37]

Für eine rechtssicherere Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung ist auf europäischer Ebene eine Angleichung der Ausnahmeregime der FFH- und der Vogelschutzrichtlinie bzw. eine dahingehende Klarstellung zu prüfen. So könnte der Ausnahmegrund der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt“ nach dem Vorbild von Art. 16 Abs. 1 lit c FFH-Richtlinie in die Vogelschutzrichtlinie aufgenommen werden bzw. über eine entsprechende Anfrage (analog dem Verfahren C-473/19) klargestellt werden, dass die in der FFH-Richtlinie aufgeführten Gründe auch für Vogelarten anwendbar sind. Dass die Nutzung der erneuerbaren Energien im Interesse des Umwelt- und Klimaschutzes im öffentlichen Interesse liegt, hat der EuGH in seiner Entscheidung „Schwarze Sulm“[38] bereits bestätigt. Alternativ könnte die Nutzung der erneuerbaren Energien direkt als Ausnahmegrund –ggf. in beide Richtlinien –aufgenommen werden.[39]

[35] Vgl. Sailer, F. (2020): Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, 49/2020, S. 4. (LINK, zuletzt abgerufen am 12.06.2020).
[36] VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI.
[37] EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012 – C-192/11.
[38] EuGH, Urteil vom 04. Mai 2016, C – 346/14.
[39] Vgl. Sailer (2020), S. 6.