



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Rechtsgutachten:

„Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht, das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen anzupassen?“

– Zusammenfassung –

A. Ausgangspunkt und Auftrag

Ausgangspunkt des vorliegenden Gutachtens ist der in den letzten Jahren zu beobachtende stockende Ausbau der Windenergie an Land.¹ Die Energiewende und der Ausbau der erneuerbaren Energien sind unerlässlich, um klimapolitische Ziele zu erreichen und die negativen Folgen des Klimawandels einzuschränken. In der Genehmigungspraxis von Windenergieanlagen nimmt der Artenschutz beziehungsweise das Artenschutzrecht eine prominente Rolle ein und ist nach der mangelnden Flächenbereitstellung laut einer Herstellerumfrage von 2018 einer der Hauptklagegründe gegen Windenergieanlagen.² Auch die Umweltministerkonferenz hat sich im vergangenen Jahr intensiv mit Fragen des Artenschutzrechts auseinandergesetzt, um Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen zu beschleunigen.³

Auftrag des Gutachtens war die juristische Prüfung des bestehenden artenschutzrechtlichen Regelungsrahmens im europäischen und nationalen Artenschutzrecht mit dem Ziel, Handlungsspielräume für Neuregelungen zu identifizieren und einen entsprechenden Regelungsvorschlag zu unterbreiten, um den Zielkonflikt zwischen Klimaschutz und Artenschutz bei der Genehmigung von Windenergieanlagen konstruktiv und in einer Weise aufzulösen, die sowohl den Anliegen des Artenschutzes und des Klimaschutzes gerecht wird. Ausschließlicher Untersuchungsgegenstand

¹ Fachagentur Windenergie an Land (FA Wind) (Hrsg.), Analyse der Ausbausituation der Windenergie an Land im Jahr 2020, Februar 2021, S. 6.

² FA Wind, Vortrag: Ausbau- und Genehmigungssituation der Windenergie an Land, Workshop „Flächen und Akzeptanz für Wind an Land“ am 13. Februar 2019 im BMWi, Folie 20, abrufbar unter: https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Vortragsarchiv/Workshop_BMWi_Vortrag_Quentin_13-02-2019.pdf.

³ Beschluss der Sonder-Umweltministerkonferenz am 11. Dezember 2020 per Videokonferenz, Ziffer 4.

waren dabei die Regelungen zum Tötungsverbot von europäischen Vogelarten. Andere Arten und andere Tatbestände des Artenschutzrechts wurden nicht untersucht.

B. Ergebnisse der Untersuchung

Maßgeblich untersucht das Gutachten zwei Wege zum Abbau artenschutzrechtlicher Hürden: Die Rückübernahme des Absichtsbegriffs und damit eine subjektive Komponente in den Tatbestand des § 44 Absatz 1 BNatSchG (dazu unter 1.) und die Schaffung einer eigenen Regelung für die Genehmigung von Windenergieanlagen im BNatSchG (siehe dazu 2.). Im Ergebnis sprechen gegen eine Rückübernahme des Absichtsbegriffs die bisher nicht eindeutige Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs (EuGH) und die daraus folgende Rechtsunsicherheit, die eine solche Regelung mit sich bringen würde. Im Gegensatz dazu lässt sich eine artenschutzrechtliche Ausnahme für die Genehmigung von Windenergieanlagen in europarechtlich zulässiger Weise ausgestalten. Durch den gesicherten Weg in die Ausnahme erübrigt sich insbesondere die aktuell oftmals langwierige Prüfung der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos für Individuen besonders geschützter Vogelarten durch den Betrieb von Windenergieanlagen.

1. Ergebnisse der Prüfung zur Rückübernahme des Absichtsbegriffs

Anders als im Wortlaut des Artikel 5 der Vogelschutzrichtlinie findet sich im nationalen Recht seit einer Reform des BNatSchG kein subjektiver Tatbestand, der nur absichtliche Tötungen von europäischen Vogelarten verbietet. Eine Rückübernahme des Absichtsbegriffs in das nationale Recht könnte jedoch nur dann die bestehenden Probleme in der aktuellen Genehmigungspraxis beseitigen, wenn die Tötung von Vögeln an Windenergieanlagen nicht vom Tatbestand einer *absichtlichen* Tötung im Sinne des Europarechts umfasst wäre, weil mit ihr offensichtlich ein anderer Zweck als die zielgerichtete Tötung von Individuen verfolgt wird. Eine solche enge Auslegung des Absichtsbegriffs, gekoppelt an die Zwecksetzung, findet sich jedoch nicht in der bisherigen Auslegung des Absichtsbegriffs durch den EuGH. Auch einer von der Generalanwältin *Kokott* jüngst vorgeschlagenen Einschränkung des Absichtsbegriffs für sog. „Allerweltsarten“ wurde vom EuGH nicht aufgegriffen.

2. Vorschlag für den Bereich der gesetzlichen Ausnahme – Schaffung eines Sonder- technologierechts

Das Gutachten kommt zum Ergebnis, dass der Bundesgesetzgeber aus dem Verfassungsrecht befugt ist, im Rahmen eines Sondertechnologierechts das legitime Ziel des Ausbaus der Windenergie an Land zu fördern und so fachrechtlich begünstigende Sonderregeln schaffen kann. Auch das europäische Recht erlaubt Ausnahmen vom Tötungsverbot durch Gesetz, soweit – wie hier vorgesehen – die Voraussetzungen des Artikel 9 Vogelschutzrichtlinie eingehalten werden. Dabei stützt sich die Ausnahmeregelung auf den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit, da durch den weiteren Ausbau der Windenergie neben dem Schutz des Klimas als Belang des öffentlichen Interesses jedenfalls auch die Versorgungssicherheit gewährt wird.

Eine gesetzliche Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot speziell für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen führt nicht dazu, dass das Tötungsrisiko, gerade für windenergiesensible Arten, vollständig außer Acht gelassen wird. Die Bewertung dieses Risikos wird aber durch den Gesetzgeber – im europarechtlich zugelassenen Rahmen – abstrakt-generell vorgenommen und findet nicht mehr auf behördlicher Ebene statt. Die Regelung ist so ausgerichtet, dass sie nicht zu Bestandsrückgängen der betroffenen Vogelarten führt.

Konkret wird vorgeschlagen, eine gesetzlich definierte und damit allgemein geltende Ausnahme vom Tötungsverbot durch einen neu einzuführenden § 45b zu schaffen, wonach Errichtung, Betrieb und Änderung von Windenergieanlagen an Land für zulässig erklärt wird, wenn die Anlagen sich nicht innerhalb des unmittelbaren Nahbereichs einer besetzten Fortpflanzungsstätte (sog. Innerer Schutzabstand) oder so nah an einer Fortpflanzungsstätte (sog. Äußerer Schutzabstand) befinden, dass Errichtung und Betrieb nur bei gleichzeitiger Durchführung von artspezifischen Schutzmaßnahmen naturschutzfachlich vertretbar ist. Ein Schutzabstand muss dann überhaupt nicht gewahrt werden, wenn ein Tötungsrisiko aufgrund der Ausgestaltung der Anlage, ihrer Betriebszeiten oder der artspezifischen Verhaltensweisen überhaupt nicht besteht. Die Inneren und Äußeren Schutzabstände werden auf Grundlage naturschutzfachlicher Erkenntnisse festgelegt und regelmäßig evaluiert und werden verbindlicher Teil der gesetzlichen Regelung. Durch ihre Festlegung entfällt das Erfordernis einer Prüfung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos im Einzelfall, da die Risikobewertung durch Gesetz vorgenommen wird. Es entfällt somit auch die Mög-

lichkeit der individuellen Festlegung von Schutzabständen durch die Länder. Durch die Ausgestaltung der Regelung ist der europarechtliche Rahmen, insbesondere die Voraussetzungen des Art. 9 VRL und des Art. 13 VRL, gewahrt.

Vorteil dieses Vorschlags ist die klare, abschließende gesetzliche Regelung, die sowohl Behörden in der Genehmigung unterstützt und das Genehmigungsverfahren signifikant beschleunigt und dabei gleichzeitig den Vorhabenträgern Rechtssicherheit bietet. Europäisches Recht wird dabei eingehalten und die Zielsetzung der Vogelschutzrichtlinie wird nicht in Frage gestellt.