



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte Postfach 500929 22709 Hamburg

NABU Bundesverband
Präsident Jörg-Andreas Krüger
Charitéstraße 3
10117 Berlin

Sekretariat: Frau Kreipe
Durchwahl: 040/30 62 4-228
Telefax: 040/30 62 4-222
E-Mail: catharina.kreipe@mohrpartner.de

Hamburg, 13.06.2022
Az: 00064/21 6/X/RN
(Az. bitte stets angeben)

Rechtliche Stellungnahme

**zu den artenschutzrechtlichen Regelungen des Entwurfes eines
vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes
im Auftrag des NABU Deutschland e.V.**

Der zu prüfende Entwurf knüpft an das Eckpunktepapier „Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land“ des BMUV vom 04.04.2022 an, das wir in unserer Stellungnahme vom 16.04.2022 ausführlich juristisch kommentiert haben. Wegen der Kürze der zum Gesetzesentwurf eingeräumten Stellungnahmefrist nehmen wir ergänzend auf unsere Stellungnahme vom 16.04.2022 Bezug.

Diese Stellungnahme ergänzt die heutige Stellungnahme des NABU Deutschland und konzentriert sich auf die geplanten Sonderregelungen zum besonderen Artenschutzrecht.

Dr. Precht Fischer ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Rüdiger Nebelsieck, LL.M. ^{1) 2)}
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Oliver Kroll ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Jan Mittelstein, LL.M. ^{1) 3)}
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Elena Wurster
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Carina Blust
Rechtsanwältin

Cora Schnelle
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Peter C. Mohr
- bis zum 31. Dezember 2012 -

¹⁾ Partner im Sinne des PartGG

²⁾ Master in Environmental Law

³⁾ Master of Laws in European Community Law

Max-Brauer-Allee 81
22765 Hamburg-Altona

e-Mail: info@mohrpartner.de
www.mohrpartner.de

Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung
Sitz Hamburg
AG Hamburg PR 550

Commerzbank
IBAN: DE95 2008 0000 0502 9673 00
BIC: DRESDEFF200

Hamburger Sparkasse
IBAN: DE67 2005 0550 1268 1171 71
BIC: HASPDEHHXXX



I. **Konkretisierungen Signifikanzprüfung § 45 b Absätze 1 – 6 BNatSchG-Entwurf**

1. Einschränkungen auf nur 15 zu prüfende Vogelarten

Die Norm soll nur für die in der Anlage 1 aufgeführten 15 Vogelarten gelten und versteht sich ausweislich der Begründung (vgl. S. 27) – mit Ausnahme von Ansammlungen und Vogelzug – für den Betrieb der Windkraftanlagen als abschließend.

Wie bereits in unserer Stellungnahme vom 16.04.2022 zum Eckpunktepapier näher dargelegt, sind unionsrechtlich die Individuen aller europäischer Vogelarten geschützt.

Die geplante Eingrenzung der Prüfung auf nur noch 15 Vogelarten wäre demnach allenfalls dann unionsrechtskonform, wenn mit hinreichender Gewissheit feststünde, dass tatsächlich nur für Individuen dieser Arten signifikante Erhöhungen der Tötungsrisiken durch den Betrieb von Windkraftanlagen drohten.

Das aber wurde schon in der Begründung des Eckpunktepapiers nicht und das wird auch in der Begründung des Gesetzesentwurfes nicht nachvollziehbar dargelegt.

Die Annahme, dass nur für die in der Anlage 1 zum Entwurf benannten 15 Vogelarten signifikant erhöhte Tötungsrisiken drohen, liegt auch in der Sache in Würdigung der dazu vorhandenen bisherigen fachlichen Konventionen fern.

Soweit sich im Eckpunktepapiers zu der dort noch für 16 Arten enthaltenen Tabelle eine Bezugnahme auf Bernotat & Dierschke (2021) findet, kann auch dies die Eingrenzung aus zwei Gründen nicht plausibel begründen:

Zum einen enthalten die Tabellen von Bernotat & Dierschke (2021) eine deutlich höhere Zahl von Arten, deren Individuen als sehr hoch oder hoch schlaggefährdet gelten (vgl. die Aufzählungen in Kap. 12.2, S. 6 des Teils II-3 der Arbeitshilfe, ferner die



aufgeführten 24 Arten der Spalten 1 und 2 der Tabelle 12-1, S. 12/13).).

Zum anderen enthalten selbst die Bewertungen der Schlaggefährdung als sehr hoch bzw. hoch noch populationsbezogene und allgemein naturschutzfachlich wertende Kriterien, die in Art 5 V-RL keine Entsprechung finden und deren Anwendung daher unionsrechtswidrig wäre (vgl. dazu im Einzelnen bereits unsere Stellungnahme vom 16.04.2022, S. 4 ff.).

2. Verringerte Schutzabstände

Die gegenüber verschiedenen Fachpublikationen (und teilweise auch gegenüber dem Eckpunktepapier) verringerten Schutzabstände bzw. Prüfbereiche zwischen Brutplätzen und WKA werden fachlich nicht begründet. Eine normative Konkretisierung und Eingrenzung der unionsrechtlich geregelten Verbotstatbestände bedarf indes einer hinreichend nachvollziehbaren fachlichen Untersetzung, die die hinreichende Gewissheit der Einhaltung des Unionsrechts dokumentiert. Eine solche fehlt bislang.

3. Regelvermutungen in den Prüfbereichen und außerhalb

Das Widerlegen der Regelvermutung soll gem. § 45 b Abs. 3 des Entwurfes selbst in den „zentralen Prüfbereichen“ allein durch eine Habitatpotenzialanalyse möglich sein, während die praktisch derzeit häufigen und zuverlässigeren Raumnutzungsanalysen nur auf Verlangen des Vorhabenträgers zu Anwendung gelangen können. Angesichts der gesetzlichen Regelvermutung in den zentralen Prüfbereichen wäre es hingegen erforderlich, zur Widerlegung dieser Vermutung zumindest in diesen Bereichen eine Raumnutzungsanalyse zu fordern. Dazu verweisen wir im Einzelnen auf unsere Stellungnahme vom 16.04. zum Eckpunktepapier. Gleiches gilt hinsichtlich der geplanten gesetzlichen Vermutung, dass außerhalb der Prüfbereiche niemals signifikante Erhöhungen der Tötungsrisiken vorliegen sollen. Insoweit muss eine einzelfallbezogene Prüfung bei hinreichenden Anhaltspunkten möglich bleiben.



4. Schadensbegrenzungsmaßnahmen

Eine zentrale Rolle nehmen in der Bewertung die fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen ein. § 45 b Abs. 3 Nr. 2 enthält eine gesetzliche Regelvermutung mit dem Inhalt, dass bei Verwendung von Antikollisionssystemen, Abschaltungen bei landwirtschaftlichen Ereignissen, Anlage von attraktiven Ausweich-Nahrungshabitaten oder phänologiebedingten Abschaltungen von einer hinreichenden Risikominderung auszugehen ist. Absatz 6 Satz 1 verweist dann zu den fachlich anerkannten Maßnahmen insbesondere auf die Anlage 1 Abschnitt 2.

Dort heißt es einleitend zwar, es seien „insbesondere“ die nachfolgend aufgeführten Schutzmaßnahmen fachlich anerkannt. Aus der Tabelle ergibt sich dann aber, dass es selbst für sie zahlreiche Unsicherheiten und einzelfallbezogenen Klärungsbedarf gibt. Deren Reichweite steht in nach unserem Eindruck nicht aufzulösenden Spannungslage zur weitgehenden Vermutungsfiktion in § 45 b Abs 3 Nr. 2 des Entwurfes.

Zu den Antikollisionssystemen finden sich Hinweise auf die Geeignetheit (nur) für den Rotmilan, ferner aber unbestimmte Hinweise auf die Möglichkeit, einen Testbetrieb auch für andere Arten anzuordnen. Diese Struktur widerspricht unseres Erachtens der Struktur des § 45 b Abs. 3 Nr. 2 des Entwurfes.

Zur Anlage von „attraktiven“ Ausweich- Nahrungshabitaten finden sich Hinweise auf einzelfallbezogenen Prüfaufwand, die mit der gesetzlichen Regelvermutung ebenfalls im Spannungsverhältnis stehen. Vor allem aber sind derzeit nach den Recherchen des Unterzeichners keine wissenschaftlich belastbaren Belege für die unterstellt positiven Wirkung der „Ablenkflächen“ bekannt. Ohne eine hinreichend belastbare tatsächliche Erkenntnis dazu werden aber die Schadensbegrenzungsmaßnahmen unionsrechtlich nicht tragen.



5. Zumutbarkeit von Schadensbegrenzungsmaßnahmen

Im Grundsatz erscheint eine Abgrenzung zwischen der Zumutbarkeit von Schadensbegrenzungsmaßnahmen, die mit Abschaltungen einhergehen, und den Möglichkeiten populationsstützender artenschutzrechtlicher Kompensationsmaßnahmen aus Sicht des Unterzeichners plausibel, wie wir schon zum Eckpunktepapier dargelegt haben. Allerdings regelt der Entwurf keine Maßgaben für die Anordnung artenschutzrechtlicher Kompensationsmaßnahmen für den Fall, dass die zumutbaren Schadensbegrenzungsmaßnahmen nicht ausreichen und der Vorhabenträger auch weitergehende Maßnahmen nicht gem. § 45 b Abs. 6 S. 5 des Entwurfes beantragt. Insoweit ist es gemäß § 45 d Abs. 2 des Entwurfes möglich, dass eine Ausnahme erteilt wird und dem Vorhabenträger keine Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes der betroffenen Art auferlegt werden, er vielmehr „nur“ eine Zahlung in das Artenhilfsprogramm nach Maßgabe der Anlage 2 Nr. 4 zu leisten hat. Insoweit ist es uns in der Kürze der Stellungnahmefrist leider nicht möglich zu prüfen, ob die Zumutbarkeitsgrenzen zur Schadensbegrenzung in einem kongruenten Verhältnis zu den Zahlungen gem. § 45 d Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 4 stehen.

II. Ausnahmeprüfung und „überragendes“ öffentliches Interesse

§ 45 b Abs. 8 Nr. 1 des Entwurfes übernimmt aus dem EEG und weiteren aktuellen Gesetzen die Begriffe des „überragenden“ öffentlichen Interesses und der „öffentlichen Sicherheit“, um die bislang umstrittene Ausnahmemöglichkeit gem. Art. 9 V-RL abzusichern.

Dazu haben wir bereits in unserer Stellungnahme zum Eckpunktepapier im Einzelnen dargelegt, dass die abstrakte normative Einstufung eines öffentlichen Interesses als „überragend“ einerseits über das Erforderliche hinausgeht und andererseits die unionsrechtswidrige Annahme fördert, der Ausbau der Windkraft überballe das hohe öffentliche Interesse am Artenschutz regelhaft. Tatsächlich kann die Einstufung, ein Interesse „überballe“ das andere, erst das Ergebnis einer Abwägung verschiedener „zwingender Gründe



des überwiegenden öffentlichen Interesses“ (z.B. i.S.d. Art. 16 Abs. 1 c) FFH-RL) sein.

III. Ausnahmeprüfung und räumliche Alternativen

1. Räumliche Alternativen in Vorranggebieten und F-Plan-Eignungsgebieten

§ 45 b Absatz 8 S. 1 Nr. 2 will für WKA in Vorranggebieten bzw. F-Plänen (mit Artenschutzprüfung) räumliche Alternativen außerhalb des jeweiligen Gebiets im Regelfall so lange als unzumutbar einstufen, bis die Flächenbeitragswerte nach dem WaLG erreicht sein werden.

Das erscheint uns nicht plausibel, weil nach dem WaLG die Privilegierung der Windenergie außerhalb der Windeignungsgebiete bis zum Erreichen der Flächenziele weitgehend bestehen bleiben soll. Erst wenn und soweit die Ausschlusswirkung greift, entsteht also das Problem, wie man mit planerisch noch übersehenen Artenschutzkonflikten noch umgehen kann, wenn eine Ausschlusswirkung andere Standorte gerade von Windkraftnutzung freihalten soll. Wenn aber bis dahin diese Ausschlusswirkung nach dem WaLG nicht greift, besteht unseres Erachtens keine Veranlassung, diese Flächen von vornherein als unzumutbar einzustufen.

2. Räumliche Alternativen bei Standorten außerhalb von Vorrang-/Eignungsgebieten

Die Nr. 3 des Entwurfes schließt für WKA außerhalb von Windeignungsgebieten bei Artenschutzkonflikten Alternativen aus, wenn sie mehr als 20 km entfernt liegen. Bereits diese Annahme wird nicht begründet. Sie ist auch aus sich selbst heraus nicht verständlich.

Größere Entfernungen sind bei „sensiblen Gebieten“ denkbar. Deren Definition ist noch



sehr allgemein formuliert und sollte konkretisiert werden, um ansonsten absehbare Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

Zudem halten wir es für unionsrechtswidrig, dass man Standorte außerhalb von Windenergiegebieten, die nach der Definition der „sensiblen Gebiete“ ein hohes Artenschutzpotenzial in sich tragen, überhaupt im Grundsatz als zulassungsfähig einstuft.

IV. Ausnahmeprüfung und Wahrung des Erhaltungszustandes mit artenschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen/Zahlung in Artenhilfsprogramme

1. Erhaltungszustand und Berücksichtigung von Sicherungsmaßnahmen

Soweit § 45 b Abs. 8 Nr. 4 des Entwurfes auf den Zustand lokaler Populationen unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu deren Sicherung abstellt, halten wir das für vertretbar. Anderes gilt hingegen, soweit die Nr. 5 insoweit auf die Populationen der Art in dem betroffenen Bundesland und die Bundesebene abstellt. Für derart große Flächen auch auf das unsichere Funktionieren allgemeiner Artenschutzmaßnahmen abzustellen, erscheint uns als fragwürdig.

2. Zulässigkeit von Abschaltzeiten für andere Arten

§ 45 b Abs. 9 enthält eine ergänzende Regelung für Abschaltungen und deren Grenzen bei Beeinträchtigung anderer kollisionsgefährdeter geschützter Arten. Dazu hatte das Eckpunktepapier noch den Eindruck erweckt, solche seien jenseits der dort für die in der Anlage als kollisionsgefährdet gelisteten Vögel benannten Grenzen unzulässig. Ob die vorgeschlagenen Zumutbarkeitsgrenzen ausreichend bemessen sind, können wir in der Kürze der Stellungnahmefrist nicht prüfen.



V. Sonderregelungen Repowering

1. Systematisch verfehlte Regelung zu Kompensation und Landschaftsbild

§ 45 c Abs. 2 enthält eine Anrechnungsvorschrift für die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes bei der Kompensation. Diese Regelung hat mit dem Kapitel zum Artenschutzrecht, in dem sie steht, nichts zu tun. Sie gehört zu § 15 BNatSchG.

2. Problem nur saldierender Betrachtung von Tötungsrisiken

§ 45 c Abs. 1 enthält eine Sondervorschrift, wonach es nur auf eine „saldierende“ Betrachtung der Vorbelastungen der Altanlage und der neuen WKA ankommt. Bei niedrigeren bzw. gleich hohen Belastungen soll die Signifikanzschwelle in der Regel nicht überschritten sein.

Das beinhaltet unseres Erachtens einige Probleme:

a. Viel spricht für die Annahme, dass eine solche „saldierende“ Betrachtung grundsätzlich unionsrechtswidrig ist. Denn die schlaggefährdeten Individuen der geschützten Arten „gewöhnen“ sich nach unserer Kenntnis gerade nicht an Windkraftanlagen. Zugleich wird durch das „Repowering“ die Betriebsdauer regelhaft verlängert, und in der Rechtsprechung des EuGH ist jedenfalls geklärt, dass auch bloße Betriebszeitenverlängerungen uvp-pflichtig sein können.

b. Unabhängig davon knüpft die Norm an § 16 b BImSchG an, dessen bisheriger Absatz 4 durch diese Novelle aufgehoben und ersetzt werden soll. Weiterhin relevant ist also die Definition von Repowering in § 16 b Absatz 2 BImSchG. Danach geht es um den vollständigen und teilweisen Austausch von Anlagen und Betriebssystemen. Beim vollständigen Austausch darf gem. § 16 b Abs. 2 Nr. 2 BImSchG der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der alten



Anlage betragen. Damit können die Abstände zwischen den alten und den neuen Anlagen durchaus einige hundert Meter betragen. Diese Unterschiede können artenschutzrechtlich im hohen Maße beachtlich sein, wie das System der Anlage 1 des Entwurfes mit den Nah- und Prüfbereichen ja selbst zeigt. Für eine saldierende Berücksichtigung der Vorbelastung ist daher schon im Grundsatz bei § 16 b Abs. 2 Nr. 2 BImSchG kein Raum. Zudem wird nicht nachvollziehbar erläutert, wie die gem. S. 2 zu berücksichtigenden Kriterien bei einem derartigen Vergleich plausibel zu Anwendung gelangen könnten.

c. Die saldierende Betrachtung führt in jedem Fall zur Gefahr, dass gerade artenschutzrechtlich problematische Standorte nicht aufgegeben, sondern wegen der aus Sicht der Vorhabenträger für die Zulassungsfähigkeit der neuen Anlagen sogar eher förderlich hohen Vorbelastung auch zukünftig präferiert werden.

Dieser Gefahr begegnet der Entwurf zwar, aber nur für die in Satz 4 benannten „besonders sensiblen“ Gebiete. Damit wird gegenüber den allgemein adressierten „sensiblen“ Gebieten eine nochmals gesteigerte Kategorie festgesetzt, die unseres Erachtens nicht begründbar erscheint. Denn beim Repowering von Anlagen werden nach unserer praktischen Erfahrung selten vorhandene Infrastrukturen der alten Anlage weiterhin genutzt. Und auch „Gewöhnungseffekte“ der schlaggefährdeten Vögel etc. gibt es nach unserer bisherigen Kenntnis nicht.

Sind mithin die Gründe, die für eine Privilegierung von Repowering sprechen, ohnehin oft eher gering, gewinnt ein weiterer Umstand an Gewicht: Das häufig anzutreffende Argument, bei vorhandenen Windparks sei das Artenschutzrecht immerhin schon einmal geprüft worden, trägt für viele der jetzt anstehenden Repowering-Vorhaben gerade nicht. Denn ihre Zulassungen stammen angesichts der regelhaften Betriebszeiten von ca. 20 Jahren gerade aus einer Zeit, in der das nationale Artenschutzrecht noch nicht vorhabenbezogen verstanden und geprüft worden ist. Das begann erst einige Zeit nach einer Grundsatzentscheidung des EuGH Anfang 2006 („*caretta caretta* 1“). Von daher bedarf



es für jener jetzt zum Repowern anstehender Windparks einer besonders gründlichen Prüfung, um nicht ggf. alte Fehler zu wiederholen.

3. Räumliche Alternativen

§ 45 c Abs. 3 enthält trotzdem auch zur Alternativenprüfung eine weitgehende Einschränkung und erklärt Alternativen pauschal für in der Regel unzumutbar. Das ist unionsrechtlich nicht tragfähig.

Eine Ausnahme gilt wiederum nur für „besonders sensible“ Gebiete.

Für eine Privilegierung von Altstandorten in dieser Reichweite sehen wir unionsrechtlich keine Grundlage, zumal der Gesetzgeber den Außenbereich in den kommenden Jahren weiterreichend als früher und bis zur Erreichung der Flächenbedarfsziele wieder allgemein für WKA öffnen will.

VI. Nisthilfen

Das vorgesehene Verbot für die Errichtung von Nisthilfen über § 45 b Abs. 7 des Entwurfes erscheint uns im Grundsatz aus juristischer Perspektive zwar als vertretbar. Der Standort der Norm ist aber systematisch fragwürdig. Überdies beschränkt sich das Verbot nicht auf die in der Anlage 1 (nur) als kollisionsgefährdet eingestuften Vögel und die dortigen Abstände, sondern betrifft ohne konkrete Beziehung dazu alle kollisionsgefährdeten Vogel- und Fledermausarten mit einem pauschalen Abstand.

Nebelsieck, LL.M

Fachanwalt für Verwaltungsrecht