

**Thorsten Deppner**  
Rechtsanwalt für Umweltrecht



Grolmanstr. 39 ~ 10623 Berlin

Tel: 030/2800950 ~ Fax: 030/28009515

mail@kanzleideppner.de ~ www.kanzleideppner.de

# Gutachten

## **Unionsrechtliche Bedenken gegenüber den deutschen Neuregelungen zum Artenschutz bei Windenergieanlagen an Land (§ 45b BNatSchG)**

im Auftrag des NABU (Naturschutzbund Deutschland) e. V., Charitéstraße 3, 10117 Berlin

Unter Mitarbeit von Dr. Jakob Hohnerlein

22. März 2023

## I. Executive Summary

1. In general, the EU's environmental acquis does not prohibit Member States from standardizing assessments required to verify compliance with EU species protection provisions. However, if such standardization is to be undertaken, it must be based on a scientific methodology.
2. Considering this, the following provisions introduced into the Federal Nature Conservation Act (Bundesnaturschutzgesetz, BNatSchG) by way of the 2022 "Easter Package" (of the Scholz government) are in violation of EU law:
  - a) Setting limited standard distances for a "central assessment range" that is considered for "breeding bird species at risk of collision" in § 45b para. 3 BNatSchG in conjunction with Annex 1, section 1 of this Act.
  - b) Limiting the area of the assessment for "breeding bird species at risk of collision" in an absolute manner in § 45b para. 5 BNatSchG in conjunction with Annex 1, section 1 of this Act.
  - c) The final definition and listing of "breeding bird species at risk of collision" in Annex 1 para. 1 to the BNatSchG.
  - d) Limiting mitigation measures by § 45b para. 6 sentence 2 BNatSchG, based exclusively on losses in wind energy yield.
  - e) Limiting the search area for alternative turbine locations outside of designated wind energy areas in § 45b para. 8 no. 3 BNatSchG in an absolute manner.

## **I. Zusammenfassung der Ergebnisse**

1. Das Unionsrecht steht einer Standardisierung der artenschutzrechtlichen Prüfung nicht prinzipiell entgegen. Die Standardisierung muss aber fachwissenschaftlich fundiert sein.
2. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die folgenden Neuregelungen des Bundesnaturschutzgesetzes durch das „Osterpaket“ als unionsrechtswidrig:
  - a) Die Festlegung der Regelabstände für den „zentralen Prüfbereich“ für kollisionsgefährdete Brutvogelarten durch § 45b Abs. 3 BNatSchG i. V. m. Anlage 1 Abschnitt 1 zu diesem Gesetz,
  - b) die absolute räumliche Begrenzung der Prüfung für kollisionsgefährdete Brutvogelarten durch § 45b Abs. 5 BNatSchG i. V. m. Anlage 1 Abschnitt 1 zu diesem Gesetz,
  - c) die abschließende Listung „kollisionsgefährdeter Brutvogelarten“ in Anlage 1 Abschnitt 1 zum BNatSchG,
  - d) die Begrenzung von Schutzmaßnahmen durch § 45b Abs. 6 Satz 2 BNatSchG, die sich ausschließlich an Einbußen am Windenergieertrag orientiert,
  - e) die absolute räumliche Begrenzung des Suchraums für Standortalternativen außerhalb von Windenergiegebieten durch § 45b Abs. 8 Nr. 3 BNatSchG.

## II. Anlass und Aufgabenstellung

Die Bundesrepublik Deutschland setzt für den Umbau der Stromversorgung von emissionsintensiven fossilen Energieträgern zu emissionsfreien erneuerbaren vor allem auf die Windenergie. Mit Blick auf das klimapolitische Ziel einer möglichst raschen Transformation – das Erneuerbare-Energien-Gesetz schreibt das Ziel einer Steigerung des Anteils des Stroms aus erneuerbaren Energien auf 80 Prozent bis 2030 fest (§ 1 Abs. 2) und sieht dazu mengenmäßige Ausbaupfade u.a. für die Windenergie an Land vor (§ 4 Nr. 1) – werden die Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen (WEA) häufig als zu langwierig angesehen. Mit der Intention Genehmigungsverfahren zu beschleunigen werden bereits seit Jahrzehnten Änderungen am allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht vorgenommen, so auch aktuell mit einer Novelle der Verwaltungsgerichtsordnung.<sup>1</sup> Gerade im Bereich der Planung von WEA gelten aber auch die durch das materielle Artenschutzrecht geforderten Prüfungen, ob mit dem Anlagenbetrieb gegen das Tötungsverbot für geschützte Arten verstoßen wird, als zu schwerfällig. Die nun im Rahmen des sog. „Osterpakets“ vorgenommenen Änderungen des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG)<sup>2</sup> sollen die Prüfungen durch ein standardisiertes Vorgehen erleichtern und beschleunigen. Zwar wird das Anliegen, die Planung von WEA zu beschleunigen, im Grundsatz auch von den Umwelt- und Naturschutzverbänden begrüßt und findet auch im Unionsrecht eine Stütze, sind die Mitgliedsstaaten doch zu ambitionierten Maßnahmen zur Reduktion klimaschädlicher Emissionen verpflichtet (vgl. die VO[EU] 2021/1119). Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass das Unionsrecht die Mitgliedsstaaten auch zu einem ambitionierten Artenschutz verpflichtet. Die Vorgaben des EU-Artenschutzes stehen zwar einer Standardisierung der Prüfung nicht von vornherein entgegen. Mit den vom deutschen Gesetzgeber konkret gewählten Regelungen ist allerdings zu befürchten, dass die hohen ökologischen Standards nicht, wie in der Gesetzesbegründung beteuert,<sup>3</sup> gewahrt, sondern mit einem sehr weitgehend pauschalen Vorgehen bei der Sachverhaltsermittlung ausgehebelt werden.

Vor diesem Hintergrund hat mich der NABU Bundesverband beauftragt, die Änderungen des Bundesnaturschutzgesetzes durch das „Osterpaket“ auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zu überprüfen.

---

<sup>1</sup> Gesetz zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren im Infrastrukturbereich, angenommen durch den Bundestag am 10.02.2023.

<sup>2</sup> Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20.07.2022, BGBl I, S. 1362, berichtigt durch Gesetz vom 10.08.2022, BGBl I, S. 1436.

<sup>3</sup> BT-Drs. 20/2354, S. 1.

### III. Gutachten

#### 1. Artenschutzrechtlicher Ausgangspunkt

Das in der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (RL 92/43/EWG, im Folgenden: FFH-RL) sowie in der Vogelschutz-Richtlinie (RL 2009/147/EG, im Folgenden: VS-RL) geregelte unionsrechtliche Naturschutzrecht enthält insbesondere ein Verbot der absichtlichen Tötung von Exemplaren geschützter Arten. Das Verbot gilt außer für die in der FFH-RL aufgeführten Arten (Art. 12 Abs. 1 lit. a FFH-RL) auch für alle wildlebenden europäischen Vogelarten (Art. 5 lit. a VS-RL) und umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH auch Tötungen, die bei der Verfolgung anderer Zwecke, namentlich im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Vorhaben, in Kauf genommen werden.<sup>4</sup> Art. 16 Abs. 1 FFH-RL und Art. 9 Abs. 1 VS-RL ermöglichen unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den Verboten. Die Mitgliedsstaaten sind verpflichtet, einen vollständigen und wirksamen Rechtsrahmen zu erlassen, der gewährleistet, dass die unionsrechtlichen Vorgaben tatsächlich beachtet werden.<sup>5</sup>

Das deutsche BNatSchG setzt die unionsrechtlichen Verpflichtungen mit der Normierung eines Tötungs- und Verletzungsverbots in § 44 Abs. 1 Nr. 1 und von Anforderungen an die Erteilung von Ausnahmen in § 45 Abs. 7 um. Für wirtschaftliche Vorhaben regelt § 44 Abs. 5 BNatSchG, dass das Verbot in Bezug auf unionsrechtlich geschützte Arten nur greift, wenn das Vorhaben für Exemplare der betroffenen Art das Tötungs- und Verletzungsrisiko signifikant erhöht. Ob Vorhaben gegen den Verbotstatbestand verstoßen, ist im jeweiligen Genehmigungsverfahren zu prüfen.<sup>6</sup> Die Behörden haben dabei den Bestand geschützter Arten im Einwirkungsbereich des Vorhabens zu erfassen und die Auswirkungen des Vorhabens auf der Grundlage fachwissenschaftlicher Erkenntnisse zu prognostizieren.<sup>7</sup> Dabei sind auch Maßnahmen zur Vermeidung von Tötungs- und Verletzungsrisiken zu berücksichtigen, zu denen der Vorhabenträger durch Nebenbestimmungen zur Genehmigung verpflichtet werden kann. Bei WEA zählen hierzu insbesondere temporäre Abschaltungen. In der bisherigen Praxis werden Genehmigungen regelmäßig auf Grundlage der Annahme erteilt, dass durch angeordnete Vermeidungsmaßnahmen eine signifikante Erhöhung des Risikos ausgeschlossen ist.<sup>8</sup> Die Erteilung von Ausnahmen spielte in der Genehmigungspraxis dementsprechend bislang eine untergeordnete Rolle.

---

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 4.3.2021 – C-473/19, C-474/19 *Föreningen Skydda Skogen ua*, Rn. 51 ff.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-441/17 *Kommission/Polen*, Rn. 231, 252; Urt. v. 4.3.2021 – C-473/19, C-474/19 *Föreningen Skydda Skogen ua*, Rn. 35.

<sup>6</sup> Bei WEA mit einer Höhe von über 50 m wird die naturschutzrechtliche Prüfung in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren integriert, vgl. § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. 4. BImSchV Ziff 1.6, §§ 6 Abs. 1 Nr. 2, 10 Abs. 5, 13 BImSchG

<sup>7</sup> Vgl. in Bezug auf Windenergieanlagen etwa OVG Münster, Urt. v. 01.03.2021 – 8 A 1183/18, Rn. 109 ff.

<sup>8</sup> Vgl. OVG Münster a.a.O., Rn. 117 ff.

## 2. Neuregelung für kollisionsgefährdete Brutvogelarten

Das 4. Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes führt für die Prüfung der signifikanten Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos von Brutvogelarten durch den Betrieb von WEA ein standardisiertes, nach Abständen und Vogelarten gestuftes System ein.<sup>9</sup>

### a) Regelungskonzept

§ 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG definiert für die Prüfung des Tötungsrisikos von Brutvögeln durch Kollisionen mit WEA vier Zonen mit je unterschiedlichen Anforderungen in Abhängigkeit von der Entfernung des WEA-Standorts vom jeweiligen Brutplatz. Im *Nahbereich* wird ohne weiteres und unwiderlegbar von einer signifikanten Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos ausgegangen (§ 45b Abs. 2 BNatSchG). Im *zentralen Prüfbereich* bestehen in der Regel Anhaltspunkte für eine signifikante Risikoerhöhung. Es besteht aber die Möglichkeit, diese gesetzliche Vermutung durch Habitatpotential- oder Raumnutzungsanalysen zu widerlegen (§ 45b Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG) oder die Risikoerhöhung durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen hinreichend zu mindern (§ 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG). Im *erweiterten Prüfbereich* wird grundsätzlich von keiner signifikanten Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos ausgegangen. Es kann jedoch dargelegt werden, dass die Aufenthaltswahrscheinlichkeit der Exemplare geschützter Arten aufgrund artspezifischer Habitatnutzung oder funktionaler Beziehungen deutlich erhöht werden. Auch insoweit können Risiken durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle gedrückt werden (§ 45b Abs. 4 BNatSchG). *Außerhalb des erweiterten Prüfbereichs* gilt das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare ohne weiteres und unwiderlegbar als nicht signifikant erhöht (§ 45b Abs. 5 BNatSchG).

Die ebenfalls neu in das BNatSchG eingefügte Anlage 1 Abschnitt 1 legt für 15 „kollisionsgefährdete Brutvogelarten“ die Größe des Nahbereichs, des zentralen Prüfbereichs und des erweiterten Prüfbereichs um den jeweiligen Brutplatz fest. Die kleinsten Bereiche werden für den Baumfalken festgelegt (350 m/450 m/2.000 m), die größten für den Schreiadler (1.500 m/3.000 m/5.000 m). Für nicht gelistete Vogelarten ist eine Prüfung des Kollisionsrisikos zwar nicht schon nach dem Wortlaut ausgeschlossen. Die Gesetzesbegründung weist die Liste aber als abschließend aus.<sup>10</sup> Insofern wird davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber für nicht gelistete Brutvogelarten implizit feststellt, dass generell kein signifikantes Tötungs- und Verletzungsrisiko durch Kollisionen besteht.<sup>11</sup> Auch die Vollzugspraxis legt diese Annahme zugrunde. In einigen Bundesländern haben bereits die Ministeri-

---

<sup>9</sup> Nicht erfasst ist die Tötung und Verletzung von Zugvögeln durch Kollisionen oder die Störung von Brutvögeln (vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/2354, S. 25).

<sup>10</sup> BT-Drs. 20/2354, S. 25

<sup>11</sup> Hiervon geht die „Arbeitshilfe BNatSchG 2022“ des privaten „Windenergie-Handbuchs“ aus, abrufbar unter <https://windenergie-handbuch.de/wp-content/uploads/2022/10/Arbeitshilfe-BNatSchG-WEA-Regelung.pdf>, S. 2.

en den Behörden entsprechende „Hinweise“ gegeben.<sup>12</sup> Soweit in der Literatur teilweise eine unionsrechtskonforme Auslegung dahingehend gefordert wird, dass für nicht gelistete Arten an der Prüfung wie nach der bisherigen Rechtslage festgehalten wird,<sup>13</sup> bleibt unsicher, ob sich die Gerichte dieser Auffassung anschließen werden. Das OVG Münster ist bereits unter Verweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs von einer grundsätzlich abschließenden Liste ausgegangen; etwas anderes soll allenfalls in Betracht kommen, wenn die Einschätzung, eine Vogelart sei nicht kollisionsgefährdet, fachlich unvertretbar sei.<sup>14</sup> Die unionsrechtliche Bewertung muss die Handhabung in der behördlichen und gerichtlichen Praxis und damit eine „abschließende“ Liste zugrunde legen.

#### **b) Unionsrechtliche Maßstäbe für die gesetzliche Standardisierung der artenschutzrechtlichen Prüfung**

Wie eingangs erwähnt, verlangt das Unionsrecht von den Mitgliedsstaaten zu gewährleisten, dass das in Art. 5 VS-RL und Art. 12 FFH-RL normierte Tötungsverbot tatsächlich beachtet wird. Um zu beurteilen, ob mit dem Betrieb einer Windenergieanlage an einem bestimmten Standort die Tötung von Vögeln durch Kollisionsereignisse (in signifikantem Umfang) in Kauf genommen wird, bedarf es einer eingehenden Prüfung auf der Grundlage fachwissenschaftlicher Erkenntnisse. Entsprechend dem Zweck der Verfahrensbeschleunigung sind Teilaspekte der Beurteilung nach den neuen Regelungen nicht mehr im Genehmigungsverfahren für die jeweilige Anlage vorzunehmen, sondern in einer allgemeinen Regelung vorgegeben. Dabei steht die unionsrechtliche Vorgabe nicht schon grundsätzlich einer Standardisierung der Beurteilung entgegen, inwieweit Abstände von Brutplätzen bestimmter Vogelarten dazu geeignet sind, signifikante Tötungsrisiken auszuschließen. Da es hier um allgemeine Eigenschaften bestimmter Vogelarten geht, bietet sich ein einheitliches Vorgehen an; dementsprechend bestanden auch schon bisher verwaltungsinterne Richtlinien, die Schutzabstände festlegten. Die standardisierte Beurteilung muss aber ihrerseits fachwissenschaftlich fundiert sein. Das war nach der bisherigen Rechtslage, wonach die Verwaltung die gesetzlichen Vorgaben des Tötungs- und Verletzungsverbots (im Einzelfall oder generell durch interne Richtlinien) selbst konkretisieren musste, selbstverständlich. Nichts anderes kann aber gelten, wenn das Gesetz nicht nur das Verbot normiert, sondern auch eine standardisierte Beurteilung für die Prüfung, ob WEA dagegen verstoßen, enthält. Über einen Spielraum für politische Bewertungen verfügt der Gesetzgeber hier nicht. Auch wenn dem Gesetzgeber im nationalen Recht unter Bedingungen der Unsicherheit ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zugestanden wird, ist dieser hier unionsrechtlich durch das

---

<sup>12</sup> Vgl. z.B. Bayerisches Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz, 30.01.2023: Hinweise zur Erfassung von Brutplätzen kollisionsgefährdeter Brutvogelarten in immissionsschutzrechtlichen Verfahren, abrufbar unter [https://www.lfu.bayern.de/natur/windenergie\\_artenschutz/vogelschutz/doc/brutplatzkartierung\\_kollisionsgefahrdet.pdf](https://www.lfu.bayern.de/natur/windenergie_artenschutz/vogelschutz/doc/brutplatzkartierung_kollisionsgefahrdet.pdf).

<sup>13</sup> So Gellermann, NuR 2022, 589 (591); Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, 1577 (1581); Frenz, EnWZ 2022, 452 (454).

<sup>14</sup> OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, Rn. 168 ff.

Vorsorgeprinzip und die strengen Anforderungen der FFH- und VS-RL zum Nachweis des Ausschlusses einer signifikanten Risikoerhöhung überformt. Wenn der Gesetzgeber hier für das Verwaltungsverfahren verbindlich tatsächliche Einschätzungen vorgibt, ist er unionsrechtlich zumindest gehalten, diese Einschätzungen an den jeweils aktuellen Erkenntnissen der Fachwissenschaft auszurichten.<sup>15</sup> So wie die Union bei der Richtlinienggebung im Umweltbereich nach Art. 191 Abs. 3, 1. Spiegelstrich AEUV die verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Daten zu berücksichtigen hat, dürfen auch die Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht fachwissenschaftliche Erkenntnisse nicht ignorieren.<sup>16</sup> Zu verlangen ist dabei jedenfalls, dass sich der Gesetzgeber fundiert mit den fachwissenschaftlichen Grundlagen auseinandersetzt, verbleibende Unsicherheiten identifiziert und die Entscheidung unter den Bedingungen der Unsicherheit begründet.

### c) Verstoß gegen die unionsrechtlichen Vorgaben

§ 45b BNatSchG genügt den dargestellten Anforderungen nicht. Ein Verstoß ist zunächst darin zu sehen, dass die Regelabstände des *zentralen Prüfbereichs* unter bewusster Ignorierung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse politisch festgelegt wurden. Als unionsrechtswidrig erweist sich zudem, dass § 45b BNatSchG die Prüfung tatsächlich bestehender Kollisionsrisiken im Genehmigungsverfahren durch entfernungs- und artbezogene unwiderlegliche Vermutungen ausschließt.

#### aa) Festlegung der Regelabstände durch den zentralen Prüfbereich

Nicht hinreichend fachwissenschaftlich fundiert sind zunächst die Grenzen des zentralen Prüfbereichs nach § 45b Abs. 3 BNatSchG, innerhalb dessen regelmäßig von einer signifikanten Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos auszugehen ist, was nur durch eine eingehende Prüfung und ggf. Vermeidungsmaßnahmen ausgeräumt werden kann. Es handelt sich um Regelabstände, wie sie auch ein Beschluss der Umweltministerkonferenz (UMK) vom 11.12.2020 (sog. „Signifikanzpapier“)<sup>17</sup> für zwölf Vogelarten festgelegt hatte. Die Begründung des Gesetzentwurfs bezieht sich auf dieses Papier;<sup>18</sup> die dort genannten Regelabstände werden weitgehend als Grenze des zentralen Prüfbereichs übernommen. Weder im „Signifikanzpapier“ der UMK noch in der Begründung des Gesetzentwurfs werden die festgelegten Abstände fachwissenschaftlich begründet. Demgegenüber hatte das „Helgoländer Papier“ der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten von 2015 auf der Grundlage ornithologischer Studien Mindestabstände empfohlen, mit deren Einhaltung arten-

---

<sup>15</sup> Entsprechende Mindestanforderungen der Rationalität an gesetzgeberische Sachverhaltsannahmen und Prognosen bestehen auch verfassungsrechtlich aus Art. 20a GG, vgl. Gärditz in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 99. EL September 2022, Art. 20a GG Rn. 42.

<sup>16</sup> Zur Bindung der Mitgliedsstaaten an die primärrechtlichen Grundsätze des Art. 191 AEUV Epiney in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 99. EL September 2022, Art. 191 AEUV Rn. 60.

<sup>17</sup> Umweltministerkonferenz (2020), Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen, abrufbar unter [www.umweltministerkonferenz.de/documents/vollzugshilfe\\_signifikanzrahmen\\_11-12-2020\\_1608198177.pdf](http://www.umweltministerkonferenz.de/documents/vollzugshilfe_signifikanzrahmen_11-12-2020_1608198177.pdf).

<sup>18</sup> BT-Drs. 20/2354, S. 31.



schutzrechtliche Konflikte in der Regel vermieden werden können.<sup>19</sup> Diese Abstände waren bislang jedenfalls weitgehend von der Behördenpraxis herangezogen worden<sup>20</sup> und lagen auch dem Methodenvorschlag des Bundesamts für Naturschutz zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA von 2020 zugrunde.<sup>21</sup> Die nun gesetzlich festgelegten Abstandswerte unterschreiten die Empfehlungen des „Helgoländer Papier“ teilweise deutlich. So wurde dort für Rohr-, Korn- und Wiesenweihe jeweils ein Mindestabstand von 1.000 m genannt; das Gesetz begrenzt den zentralen Prüfbereich für die drei Arten auf 500 m. Über die zutreffenden Abstände mag zwar fachwissenschaftlich kein vollkommener Konsens bestehen. Dementsprechend mag man dem Gesetzgeber einen gewissen Einschätzungs- und Prognosespielraum bei der Beurteilung, unter welchen Umständen mit dem Betrieb von WEA (in signifikanter Weise) die Tötung von Vögeln in Kauf genommen wird, zugestehen. Zu erwarten wäre aber zumindest, dass im Gesetzgebungsverfahren begründet wird, warum es aus fachlicher Sicht vertretbar erscheint, die Abstände gegenüber den bislang zugrunde gelegten Werten abzusenken. Die in der Begründung des Gesetzentwurfs fehlenden fachlichen Erwägungen wurden auch nicht im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nachgeholt, obwohl mehrere Stellungnahmen in der öffentlichen Anhörung beim Unterausschuss,<sup>22</sup> wie auch die Oppositionsfraktion der CDU/CSU<sup>23</sup> diesen Punkt moniert hatten. Damit bleibt der Eindruck, dass der gesetzlichen Regelung keine fundierte Auseinandersetzung mit fachwissenschaftlichen Erkenntnissen zugrunde liegt, sondern in ihr eine ergebnisbezogene, genuin politische Entscheidungsfindung zum Ausdruck kommt. Dies verstößt gegen die oben dargestellten unionsrechtlichen Anforderungen an die Umsetzung der Richtlinien.

## **bb) Räumliche Begrenzung der Prüfung**

Für die Einhaltung der unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Beachtung des Tötungsverbots auch tatsächlich sicherzustellen ist es unproblematisch, wenn – fachwissenschaftlich

---

<sup>19</sup> Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten (2015), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogelhabräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015), Ber. Vogelschutz 51(2014), S. 15 (18), abrufbar unter [www.vogelschutzwarten.de/downloads/lagvsw2015\\_abstand.pdf](http://www.vogelschutzwarten.de/downloads/lagvsw2015_abstand.pdf)

<sup>20</sup> Vgl. etwa Landesanstalt für Umwelt Baden-Württemberg (2021), Hinweise zur Erfassung und Bewertung von Vorkommen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, abrufbar unter [www.lubw.baden-wuerttemberg.de/documents/10184/886315/G%C3%9CLTIG+%21+UM+und+LUBW+Hinweispaepiere+V%C3%B6gel+Stand+15.01.2021+%28barrierefrei%29.pdf/8a25e9b1-fddb-431c-979e-ab7558515d59?download=true](http://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/documents/10184/886315/G%C3%9CLTIG+%21+UM+und+LUBW+Hinweispaepiere+V%C3%B6gel+Stand+15.01.2021+%28barrierefrei%29.pdf/8a25e9b1-fddb-431c-979e-ab7558515d59?download=true), S. 21; Abweichungen aber z. B. im Windkrafteerlass des Landes Brandenburg, vgl. Tierökologische Abstandskriterien für die Errichtung von Windenergieanlagen in Brandenburg (TAK) vom 15.09.2018, abrufbar unter [https://mluk.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.3310.de/Windkrafteerlass\\_Anlage1.pdf](https://mluk.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.3310.de/Windkrafteerlass_Anlage1.pdf).

<sup>21</sup> BfN 2020, Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA, abrufbar unter [www.stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2020/04/BfN\\_methodenvorschlag\\_signifikanz\\_bei-voegeln\\_2020.pdf](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2020/04/BfN_methodenvorschlag_signifikanz_bei-voegeln_2020.pdf)

<sup>22</sup> Etwa Stellungnahme des NABU Bundesverbands zum „Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes“, S. 3 f., abrufbar unter [www.nabu.de/imperia/md/content/nabude/energie/wind/20220613\\_stellungnahme\\_nabu\\_batschg.pdf](http://www.nabu.de/imperia/md/content/nabude/energie/wind/20220613_stellungnahme_nabu_batschg.pdf)

<sup>23</sup> Entschließungsantrag der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/2659, S. 3 Ziff. 6.

begründet – ein Bereich festgelegt wird, innerhalb dessen grundsätzlich davon auszugehen ist, dass WEA zu einem Verstoß gegen das Tötungsverbot führen, während bei weiter von Brutplätzen entfernten WEA diese Annahme nicht besteht, besondere Anhaltspunkte aber dafür sprechen können, dass trotz der größeren Entfernung Kollisionsereignisse drohen. § 45b BNatSchG legt nun aber – anders als noch das „Signifikanzpapier“ der UMK<sup>24</sup> – zusätzlich auch eine äußere Grenze des „erweiterten Prüfbereichs“ fest. Jenseits dieser Grenze können Verstöße gegen das Tötungsverbot durch Kollisionen nicht mehr geprüft werden – unabhängig von allen denkbaren Besonderheiten des Einzelfalls. Damit wird letztlich die Anwendung des Art. 5 VS-RL auf WEA räumlich auf die relative Nähe zu Brutplätzen der gelisteten kollisionsgefährdeten Vogelarten begrenzt. Das erscheint wegen der ubiquitären Geltung der Richtlinie schon grundsätzlich problematisch.<sup>25</sup> Jedenfalls ist eine unwiderlegliche Vermutung, dass WEA ab einer gewissen Entfernung von Brutplätzen nicht gegen das Tötungsverbot verstoßen, nur dann mit der unionsrechtlichen Pflicht die tatsächliche Einhaltung des Verbots zu gewährleisten vereinbar, wenn fachwissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse bestehen, dass es dort nicht zu (signifikanten) Kollisionsereignissen kommen kann. Kollisionsereignisse müssten dort also jenseits eines vernünftigen Zweifels ausgeschlossen werden können. Daran bestehen hier schon deshalb Zweifel, weil die im Gesetz festgelegten Grenzen des erweiterten Prüfbereichs die Prüfbereiche, die das „Helgoländer Papier“ 2015 über die Mindestabstände hinaus empfohlen hatte, vielfach deutlich unterschreiten. Besonders deutlich sind die Differenzen etwa für den Baumfalken (3.000 m Prüfbereich im „Helgoländer Papier“ 2015 vs. 2.000 m erweiterter Prüfbereich im Gesetz), den Fischadler (4.000 m/3.000 m), sowie den See- und Steinadler (jeweils 6.000 m/5.000 m). Darüber hinaus bleibt zweifelhaft, ob sich (signifikante) Kollisionsrisiken von Vögeln mit WEA überhaupt bei Einhaltung eines gewissen Abstands zu Brutplätzen wissenschaftlich fundiert ausschließen lassen.

### **cc) Begrenzung der Prüfung auf 15 Vogelarten**

Noch folgenschwerer ist die weitere unwiderlegliche Vermutung, die § 45b BNatSchG nach der Begründung des Gesetzentwurfs und in der Vollzugspraxis entnommen wird: Für andere als die 15 gelisteten Vogelarten soll davon auszugehen sein, dass keine (signifikanten) Kollisionsrisiken mit WEA bestehen. In der ornithologischen Wissenschaft ist zwar anerkannt, dass einige Vogelarten nicht kollisionsempfindlich sind. Daher bestehen nicht schon grundsätzlich Einwände, die Prüfung auf Vogelarten zu beschränken, die generell als WEA-sensibel identifiziert werden.<sup>26</sup> Dann muss die Liste aber auch alle tatsächlich kollisionsgefährdeten Vogelarten umfassen. Dass die nun in das BNatSchG aufgenommene Liste nicht ausreichend ist, zeigt wiederum der Vergleich mit dem „Helgoländer Pa-

---

<sup>24</sup> A.a.O., S. 6.

<sup>25</sup> Gellermann, NuR 2022, 589 (593).

<sup>26</sup> Vgl. zur Identifizierung WEA-sensibler Vogelarten den Methodenvorschlag des BfN, a.a.O., S. 10.

pier“ 2015, das zahlreiche weitere Arten erfasst, namentlich Schwarzstorch, Rohrdommel, Zwergdommel, Kranich, Wachtelkönig, Großtrappe, Goldregenpfeifer, Waldschnepfe, Ziegenmelker, Wiedehopf, Auer-, Birk-, Hasel- und Alpenschneehuhn, Bekassine, Uferschnepfe, Rotschenkel, Großer Brachvogel, Kiebitz und die Artengruppen Reiher, Möwen und Seeschwalben.<sup>27</sup> So war der Schwarzstorch in dem den Gesetzesentwurf vorbereitenden Eckpunktepapier noch enthalten, wobei zur Begründung auf eine hohe Mortalitätsgefährdung für Jungtiere hingewiesen wurde.<sup>28</sup> Hier zeigt sich besonders deutlich, dass das Gesetz eher einen politischen Kompromiss als fachwissenschaftliche Erkenntnisse widerspiegelt. Das „Signifikanzpapier“ der UMK hatte demgegenüber die dort aufgestellte Liste nicht als abschließend verstanden. Es hatte den Ländern ermöglicht, weitere kollisionsgefährdete und planungsrelevante Vogelarten in ihren Prüfkatalog aufzunehmen, um wissenschaftlichen Erkenntnissen Rechnung tragen zu können.<sup>29</sup>

### 3. Neuregelungen in Bezug auf Verbotsausnahmen

Über das System der Prüfbereiche hinaus trifft § 45b BNatSchG auch besondere Regelungen für die Erteilung von Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Nach § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG liegt der Betrieb von WEA im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit. Mit dem Rekurs auf die öffentliche Sicherheit nimmt der Gesetzgeber Bezug auf den einzigen Ausnahmegrund, der nach dem Wortlaut des Art. 9 VS-RL für WEA in Betracht kommt, da dort die in Art. 16 FFH-RL aufgeführten zwingenden Gründe des öffentlichen Interesses einschließlich solchen wirtschaftlicher Art nicht enthalten sind. Ob die öffentliche Sicherheit nach Art. 9 VS-RL tatsächlich die mit dem Zubau von WEA angestrebte Energieversorgungssicherheit umfasst, ist zwar nicht zweifelsfrei. Der deutsche Gesetzgeber kann nicht über die Auslegung des unionsrechtlichen Begriffs entscheiden. Allerdings ist weithin anerkannt, dass Ausnahmen vom Tötungsverbot nach Art. 5 VS-RL für WEA prinzipiell in Betracht kommen. Andernfalls käme es im Vergleich sowohl zur FFH-RL als auch zur Möglichkeit von Ausnahmen vom Tötungsverbot zur Jagd zu Freizeitzielen zu Wertungswidersprüchen.<sup>30</sup> Soweit der Begriff der öffentlichen Sicherheit in Art. 9 VS-RL eng verstanden wird, könnten – etwa mit Blick auf den im EU-Primärrecht verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – über den Katalog des Art. 9 VS-RL hinaus zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses als ungeschriebener Ausnahmegrund anzuerkennen sein.

---

<sup>27</sup> A.a.O., S. 18.

<sup>28</sup> BMUV, Eckpunktepapier Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land, abrufbar unter [https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Artenschutz/eckpunkte\\_windenergie\\_land\\_artenschutz\\_bf.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Artenschutz/eckpunkte_windenergie_land_artenschutz_bf.pdf)

<sup>29</sup> A.a.O., S. 6.

<sup>30</sup> Vgl. insb. OVG Münster, Beschl. v. 12.3.2021 – 7 B 8/21, Rn. 41 ff.; Gellermann in Landmann/Rohmer, UmweltR, 99. EL 09/2022, BNatSchG § 45 Rn. 28; a.A. VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, Rn. 105 ff.

Sind Ausnahmen vom Tötungsverbot für WEA grundsätzlich möglich, bleibt die Frage, wann auf sie zurückgegriffen werden darf. Indem Art. 9 VS-RL und Art. 16 FFH-RL voraussetzen, dass andere zufriedenstellende Lösungen nicht bestehen, ist unionsrechtlich klar, dass die Erteilung einer Ausnahme gegenüber der Vermeidung der Verwirklichung des Verbotstatbestands nachrangig ist. Dieser Vorgabe entsprechen einige der neuen Regelungen nicht.

#### **a) Begrenzung von Schutzmaßnahmen**

Für WEA bedeutet der Vorrang der Vermeidung vor der Erteilung von Ausnahmen, dass fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind, mit denen vermieden wird, dass der Anlagenbetrieb zu (signifikanten) Tötungen von Vögeln durch Kollisionsereignisse führt. Solche Maßnahmen werden nun in Anlage 1 Abschnitt 2 zum BNatSchG aufgezählt und in ihrer Wirksamkeit beurteilt. § 45b Abs. 6 Satz 2 BNatSchG legt allerdings fest, dass Schutzmaßnahmen, die die Abschaltung von WEA betreffen, nur bis zu einer zahlenmäßigen Grenze in Bezug auf die Verringerung des Jahresenergieertrags angeordnet werden dürfen. Für Anlagen an besonders windreichen Standorten liegt diese Grenze bei 8 %, im Übrigen bei 6 % des Jahresenergieertrags. Soweit diese Grenze überschritten ist und auch der Vorhabenträger nicht selbst die Anordnung von – nach der gesetzlichen Wertung unzumutbaren – Schutzmaßnahmen verlangt (§ 45 Abs. 6 Satz 5 BNatSchG), können WEA allein im Wege einer Ausnahme genehmigt werden. Unionsrechtlich ist zwar anerkannt, dass der Vorrang technisch möglicher Vermeidungsmaßnahmen nicht unbegrenzt gilt und solche Maßnahmen aus Verhältnismäßigkeitsgründen nur in gewissen Grenzen der Zumutbarkeit gefordert werden können. Dabei widerspricht es aber der Logik der Verhältnismäßigkeit, wenn die Zumutbarkeit allein unter dem Aspekt der Einbußen am Energieertrag bestimmt wird und es insbesondere keine Rolle spielen soll, ob es um den Schutz besonders gefährdeter Vogelarten geht<sup>31</sup> oder inwieweit das Tötungsrisiko erhöht wird. Warum die gerade noch signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für eine Vogelart, deren Population sich in einem guten Erhaltungszustand befindet, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gleich zu bewerten sein soll wie die beinahe sichere Tötung einer Vielzahl von Exemplaren einer vom Aussterben bedrohten Art ist nicht nachvollziehbar und wird der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu fordernden umfassenden Güterabwägung nicht gerecht. Zwar bleibt es möglich, die Gefährdung der Art oder die Höhe des Tötungsrisikos noch bei der abwägenden Entscheidung über die Ausnahme zu berücksichtigen. Dabei bestehen aber nur die Alternativen, die Ausnahme zu erteilen oder nicht. Auf WEA gänzlich zu verzichten kommt nach dem vom Gesetzgeber festgelegten überragenden Interesse an WEA nur in seltenen Fällen in Betracht. Gerade deshalb ist es problematisch, die Möglichkeiten eines Ausgleichs zwischen dem Interesse an WEA und dem Artenschutz bei der Frage, inwieweit temporäre Abschaltungen zumutbar sind, einseitig

---

<sup>31</sup> Gellermann, NuR 2022, 589 (594).

abzuschneiden, indem lediglich die Einbußen am Energieertrag für maßgeblich erklärt werden. Der Gesetzgeber mag zwar auch hinsichtlich dieses Ausgleichs gewisse Pauschalierungen vornehmen dürfen. Er müsste dann aber weitere Gesichtspunkte als nur den Windenergieertrag einbeziehen.

**b) Begrenzung der räumlichen Alternativenprüfung**

Unionsrechtlich problematisch ist auch die Maßgabe des § 45b Abs. 8 Nr. 3 BNatSchG für die Prüfung räumlicher Standortalternativen. Es fehlt an jeder sachlichen Begründung dafür, außerhalb von Windvorranggebieten Alternativstandorte lediglich in einem Radius von 20 km zu berücksichtigen.<sup>32</sup>



Thorsten Deppner  
Rechtsanwalt



---

<sup>32</sup> Gellermann, NuR 2022, 589 (595).