



Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und der Genehmigung von Windenergieanlagen vom 1. Juli 2015

Stuttgart, 29. September 2015

Wolfgang Kaiser

Referat Biotop- und Artenschutz, Eingriffsregelung



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR LÄNDLICHEN RAUM
UND VERBRAUCHERSCHUTZ



Zusammenwirken der Hinweise zur artenschutzrechtliche Ausnahme des MLR mit den Bewertungshinweisen der LUBW

Bei der Prüfung des Tötungsverbots und von artenschutzrechtlichen Ausnahme werden die rechtlichen Ausführungen des MLR durch die fachlichen Bewertungshinweise der LUBW ergänzt:

- Signifikant erhöhtes Tötungsrisiko: LUBW gibt Bewertungsempfehlungen in Artensteckbriefen (z. B. Auswertung von Artendaten, Mindestabstände)
- Vermeidungsmaßnahmen: LUBW benennt artspezifisch konkrete Maßnahmen
- Ausnahmevoraussetzungen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG):
 - Ausnahmegrund des zwingenden überwiegenden öffentlichen Interesses: LUBW steuert fachliche Kriterien zu den Artenschutzbelangen bei
 - Keine zumutbare Alternative: nur rechtliche Ausführungen des MLR
 - Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands: LUBW gibt konkrete Hinweise (z. B. bei Betroffenheit von Rote-Listen-Arten, Dichtezentren beim Rotmilan)
 - FCS-Maßnahmen: LUBW benennt artspezifisch konkrete Maßnahmen.



Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG)

- Der Tötungstatbestand ist nach der Rechtsprechung erfüllt, wenn sich durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen das Tötungsrisiko für die betroffene Vogelart in signifikanter Weise erhöht.
- Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos bei kollisionsgefährdeten Vogelarten ist regelmäßig in solchen Bereichen gegeben, in denen es im Vergleich zur Umgebung zu deutlich erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten (Zentren der Aktivitätsdichte) kommt. Dies sind nach den Erfassungshinweisen Vögel der LUBW
 - alle Bereiche innerhalb eines artspezifisch festgelegten Radius („Mindestabstand“) um die Fortpflanzungs- und Ruhestätten sowie
 - alle regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore bei Fortpflanzungsstätten außerhalb des Mindestabstands, aber innerhalb des „Prüfbereichs“
- Eine **Raumnutzungsanalyse** (RNA) kann ergeben, dass für die betroffene Art kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht.



Raumnutzungsanalyse (RNA) in der Bauleitplanung (F-Planung)

- Das Tötungsverbot gilt in der Bauleitplanung nicht unmittelbar, die Kommune muss jedoch die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbote prüfen (Erforderlichkeit der Planung).
- Hierzu ist eine Bestandserfassung der windenergieempfindlichen Arten und/oder die Einbeziehung vorhandener Daten (z. B. Milankartierung der LUBW) notwendig.
- Werden Brutplätze von windenergieempfindlichen Arten innerhalb der **Mindestabstände** festgestellt oder ergibt eine fachgutachterliche Einschätzung, dass bei Fortpflanzungsstätten innerhalb des „Prüfbereichs“ von der Planung **regelmäßig frequentierte Nahrungs- bzw. Flugkorridore** betroffen sind, wird eine **Raumnutzungsanalyse (RNA)** empfohlen (Erfassungshinweise der LUBW unter 2.2.1).
- RNA = Ermittlung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore nach Kap. 2.2.2.2 der Erfassungshinweise Vögel der LUBW.



Verzicht auf die RNA in der F-Planung, worst-case-Betrachtung

- Die Hinweise des MLR schaffen die Option, bei der F-Planung anstelle der RNA eine worst-case-Betrachtung (Wahrunterstellung der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos) durchzuführen,
 - wenn der Aufwand für eine RNA hoch wäre und
 - ausreichende Vermeidungsmaßnahmen oder die Voraussetzungen einer Planung in die Ausnahmelage vorliegen.
- Worst-case ist kein Instrument zum Ausschluss von Flächen, denn eine harte Tabuzone erfordert, dass der Realisierung der F-Planung unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen. Dies wird mit einer Wahrunterstellung gerade nicht verifiziert.
- Worst-Case-Betrachtung ersetzt RNA, nicht aber die
 - Erhebung der Fortpflanzungsstätten
 - Fachgutachterliche Einschätzung des Gutachters der Kommunen zu den regelmäßig frequentierten Nahrungshabitaten und Flugwegen im „Prüfungsbereich“



Maßgaben der worst-case-Betrachtung

- Die worst-case-Annahme in der Bauleitplanung muss „auf der sicheren Seite“ liegen, d.h.
 - die als wahr unterstellte Beeinträchtigung muss qualitativ und quantitativ zutreffend bei einer „Planung in die Ausnahmelage“ zu Grunde gelegt werden,
 - bei der Abschätzung der erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen muss die größtmögliche Beeinträchtigung zu Grunde gelegt werden,
 - bei der Abwägungsentscheidung in § 45 Abs. 7 BNatSchG (überwiegende öffentliche Interessen) muss das signifikant erhöhte Tötungsrisiko aller potenziell betroffenen Brutpaare berücksichtigt werden.
- Eine worst-case-Betrachtung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ist nicht zulässig, da der maßgebliche Sachverhalt (einschl. Vermeidungsmaßnahmen) nur durch eine ausreichende Bestandserfassung (einschl. RNA) zuverlässig beurteilt werden kann. Außerdem ist die von der LUBW eingeführte Methodik der RNA den Antragstellern zumutbar.



Vermeidungsmaßnahmen in der Bauleitplanung

- Es liegt kein Verstoß gegen das Tötungsverbot vor, wenn durch Vermeidungsmaßnahmen sicher gestellt wird, dass eine Überschreitung der Signifikanzschwelle ausgeschlossen werden kann.
- Die Bewertungshinweise Vögel der LUBW listen in den Artensteckbriefen artspezifische Vermeidungsmaßnahmen auf.
- Auf der Ebene der **Bauleitplanung** sind die vorgesehenen Vermeidungsmaßnahmen **im Sinne einer Prognose**
 - fachlich zu ermitteln und ihre Eignung und Wirkung zu bewerten
 - sofern möglich im Bauleitplan darzustellen (vgl. z. B. § 5 Abs. 2 Nr. 10 BauGB)
 - deren grundsätzliche Realisierbarkeit (insbesondere Flächenverfügbarkeit, Bereitschaft der Maßnahmenträger) abzuschätzen.



Vermeidungsmaßnahmen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren

Die konkret vorgesehenen Vermeidungsmaßnahmen sind im Hinblick auf die betroffenen Vogelarten

- fachlich zu ermitteln und auf ihre Eignung und Wirkung hin zu bewerten,
- im Genehmigungsbescheid in den Nebenbestimmungen konkret festzulegen und
- rechtlich zu sichern (vgl. § 15 Abs. 3 NatSchG n.F.).

Bei Unsicherheiten über die Wirkungsprognose oder den Erfolg der Vermeidungsmaßnahmen: vorhabensbegleit. Monitoring und Risikomanagement.

Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich, nicht zumutbar oder nicht ausreichend sind:

- Prüfung einer Ausnahme (bzw. bei F-Planung: Prüfung der Planung in die objektive Ausnahmelage)
- Auch wenn eine Ausnahme erteilt wird, sind Vermeidungsmaßnahmen – so weit möglich und zumutbar – auszuschöpfen.



Zwingendes überwiegendes öffentliches Interesse (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG)

Das öffentliche Interesse an der Erzeugung umwelt- und klimafreundlicher Energie durch Windenergieanlagen wird insbesondere unter Hinweis auf die Ziele des Klimaschutzgesetzes (KSG BW) und des Integrierten Energie- und Klimaschutzkonzepts (IEKK) anerkannt.

In einer einzelfallbezogenen Abwägungsentscheidung sind das Gewicht der für das Vorhaben streitenden öffentlichen Interessen (Windenergiebelange) den zu erwartenden Beeinträchtigungen für die artenschutzrechtlichen Belangen gegenüberzustellen. Dabei müssen die zwingenden Gründe des öffentlichen Interesses die Artenschutzbelange überwiegen.



Kriterien bei der Gewichtung der Windenergiebelange

Bei der Gewichtung der **Windenergiebelange** sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- Windhöufigkeit des Planungsstandorts
- Anzahl der möglichen Windenergieanlagen an einem Standort (Konzentration)
- Erschließungssituation (Erforderlichkeit von Neu- und Ausbau von Wegen, Netzanschluss, Bündelung mit Infrastrukturtrassen).



Kriterien bei der Gewichtung der Artenschutzbelange

- Anzahl der betroffenen Arten
- Anzahl der betroffenen Brutpaare
- Anzahl der betroffenen Individuen
- Nationale und internationale Verantwortung für die betroffenen Arten nach der aktuellen Roten Liste der Brutvogelarten des Landes
- Erhaltungszustand der betroffenen Arten in Baden-Württemberg (solange dieser nicht definiert ist, ist der aktuelle Rote-Liste-Status heranzuziehen)
- Seltenheit der betroffenen Arten nach den Kriterien der Roten Liste
- Bedeutung des Vorkommens der betroffenen Arten für die lokale Population und für den Bestand in Baden-Württemberg
- Populationstrend der betroffenen Arten in Baden-Württemberg
- Eingriffssensibilität der Art nach Dierschke & Bernotat 2012.



Keine zumutbare Alternative (§ 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG)

1. Vorliegen einer Standortalternative

Bei einer zu berücksichtigenden Standortalternative muss es sich um einen Standort handeln, der rechtlich zulässig (u. a. Lärmschutz, Richtfunk, militärische Belange), tatsächlich realisierbar (u. a. Eigentum, Kauf oder Pacht) sowie gleichwertig oder zumindest vergleichbar ist im Hinblick auf

- Windhöffigkeit
- die geplante Konzentration der WEA
- die Größe der Konzentrationszone bzw. die Anzahl der WEA bei der Genehmigung und die
- Erschließungssituation.

Ferner muss es sich um eine nach den artenschutzrechtlichen Vorgaben günstigeren Standort handeln.



2. Räumlicher Suchbereich für eine Standortalternative (I)

a) Bauleitplanverfahren (Planung in die Ausnahmelage)

Maßgeblich ist das Gebiet der planenden Kommune, das Plangebiet bei einer Verwaltungsgemeinschaft oder einem Nachbarschaftsverband.

b) Immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren

- Liegt keine Regional- und/oder Bauleitplanung vor oder wurde im Rahmen einer solchen Planung die artenschutzrechtliche Ausnahmelage (einschließlich des Aspekts zumutbare Alternative) nicht geprüft, erstreckt sich der räumliche Suchbereich für Alternativstandorte auf das Gemeindegebiet und auf benachbarte Gemeinden.



Räumlicher Suchbereich (II)

- Bei einer vorliegenden Regional- und/oder Bauleitplanung, in der eine Standortprüfung und -auswahl unter Beachtung der artenschutzrechtlichen Vorschriften und eine Prüfung der Ausnahmelage (einschließlich der Alternativenprüfung) bereits stattgefunden hat, ist das Ergebnis dieser Alternativenprüfung **in der Regel** zu Grunde zu legen.
- Im Ausnahmefall ist jedoch die Prüfung **auf benachbarte Gemeinden auszudehnen**, insbesondere wenn ein Standort an der Gemeindegrenze geplant ist und in unmittelbarer Nähe jenseits der Gemeindegrenze ein Alternativstandort liegt; vor allem wenn ein entsprechend windhöffiger Alternativstandort (gleichwertig) vorliegt, der für den Vorhabenträger (rechtlich und tatsächlich) verfügbar ist und von dem geringere artenschutzrechtliche Auswirkungen zu erwarten sind.



3. Zumutbarkeit

- Die Zumutbarkeitsschwelle ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweils betroffenen Interessen zu ermitteln.
- Die verfolgten Planungs- und Vorhabenziele müssen sich – trotz gegebenenfalls hinnehmbarer Abstriche – auch mit der Alternative erreichen lassen. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich nicht mehr um eine Alternative, sondern um ein anderes Projekt. Beispiele:
 - Der Verzicht auf das Projekt („Nullvariante“) ist keine Alternative.
 - Der Verweis auf eine andere Art zur Erzeugung alternativer Energie (z. B. Photovoltaikanlage) ist ein anderes Projekt.
 - Die theoretische Möglichkeit, das Vorhaben „irgendwo anders“ zu realisieren ist keine zumutbare Alternative.
- Unzumutbar sind Alternativstandorte auch dann, wenn sie zwar rechtlich und tatsächlich möglich sind, jedoch wirtschaftlich nicht realisierbar oder wenn sie aus anderen naturschutzexternen Gründen unverhältnismäßig unter Berücksichtigung des Gewichts der Artenschutzbelange sind.



4. Nachweispflicht und Prüfungstiefe bei der Alternativenprüfung

a) Bauleitplanverfahren

In der Begründung des Bauleitplans muss im Einzelnen dargelegt werden, warum andere Standorte, insbesondere auch solche, die aus Sicht des Artenschutzes günstiger wären, nicht ausgewiesen wurden.

b) Immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren

Der Vorhabenträger hat nachzuweisen, dass zumutbare Alternativen fehlen. Standortalternativen müssen grundsätzlich nicht erschöpfend ausgearbeitet und untersucht werden. Alternativen brauchen nur so weit herausgearbeitet werden, dass sich sicher einschätzen lässt, ob sie artenschutzrechtliches Beeinträchtigungspotential bergen und sich der Artenschutz am Alternativstandort als mindestens ebenso wirksame Zulässigkeitsperre erweisen würde.



Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands (I)

- Die Auswirkungen der geplanten Ausnahme auf die betroffene(n) Population(en) sind zu untersuchen; die maßgebliche Populationsebene ist das natürliche Verbreitungsgebiet (in der Regel Baden-Württemberg).
- Hierbei sind populationsstützende (FCS-) Maßnahmen zu berücksichtigen.
- Das Nettoergebnis einer Ausnahmeregelung sollte für eine Art immer neutral oder positiv sein (EuGH, Urt. vom 14.06.2007, C-342/05, Rn. 29).
- Weitergehende Hinweise zu den einzelnen Arten (einschl. in Betracht kommender FCS-Maßnahmen) werden differenziert nach
 - Rote Liste-Arten
 - Koloniebrütern
 - Rotmilan
 - Sonstigen windenergieempfindliche Vogelarten.



Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands (II)

- Bei der Betroffenheit von Arten der Roten Liste der Kategorien 0, 1, 2, und R sowie der Kategorie 3 mit weniger als 100 BP im Land: in der Regel keine Ausnahme, da Einzelverluste zur Verschlechterung des Erhaltungszustands führen.
- Koloniebrüter: In der Regel keine Ausnahme für WEA
 - innerhalb von 1000m um die Brutkolonien
 - in regelmäßig frequentierten Nahrungshabitaten und Flugkorridoren sofern die Brutkolonien $> 1\%$ des Landesbestandes.
- FCS-Maßnahmen sind für o.g. Fallgruppen in der Praxis zumeist nicht realisierbar.
- Sonstige windenergieempfindliche Vogelarten: keine erhebliche Populationswirkung oder durch FCS-Maßnahmen vermeidbar



Ermessensentscheidung

- Die zuständige Behörde kann Ausnahmen von den Zugriffsverboten im Wege einer Einzelfallentscheidung unter Anwendung ihres pflichtgemäßen Ermessens erteilen (vgl. Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45 Rn. 26).
- § 45 Abs. 7 BNatSchG räumt der Behörde ein sogenanntes intendiertes Ermessen ein. Liegen die Ausnahmevoraussetzungen vor, so ist die Ausnahme im Regelfall zu erteilen, denn wichtige Entscheidungsvoraussetzungen sind bereits in die Ausnahmevoraussetzungen selbst aufgenommen. Die Ermessenseinräumung dient dann lediglich dazu, dass die Behörde die Ausnahme im Einzelfall doch mit sachgerechten Kriterien verweigern kann.



Fallgruppen zum Rotmilan bei Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen

Die Fallgruppen behandeln die denkbaren Konstellationen zur F-Planung und immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bei der Betroffenheit von Rotmilanen unter Berücksichtigung

- des Abstands des Rotmilanhorstes zur WEA
- der Lage innerhalb und außerhalb von Dichtezentren für den Rotmilan (maßgeblich für die Frage, ob eine Verschlechterung des Erhaltungszustands auf Populationsebene vorliegt)
- der Anwendung der Raumnutzungsanalyse oder der worst-case-Betrachtung bei der F-Planung
- von Vermeidungsmaßnahmen.



F-Plan (WEA außerhalb eines Dichteentrums und innerhalb des 1000 m-Mindestabstands)

- **Variante 1:** Gemeinde führt Raumnutzungsanalyse durch:
Kann auf Grund der **Erfassung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore im Planbereich** ein erhöhtes Tötungsrisikos ausgeschlossen werden, so wird das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht erfüllt.
- Andernfalls ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisikos anzunehmen:
 - Vermeidungsmaßnahmen sind im Einzelfall zu prüfen. Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor.
 - Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind:
Da der Planbereich außerhalb eines Dichteentrums liegt, besteht keine Populationsrelevanz. Eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein ist möglich, wenn die übrigen Ausnahmevoraussetzungen vorliegen.



F-Plan (WEA außerhalb eines Dichteentrums und innerhalb des 1000 m-Mindestabstands)

- **Variante 2:** Gemeinde nimmt eine **worst-case-Betrachtung** vor:
 - Es wird als wahr unterstellt, dass regelmäßig frequentierte Nahrungshabitate und Flugkorridore vorliegen. Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ist damit anzunehmen.
 - Vermeidungsmaßnahmen sind zu prüfen. Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor.
 - Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind: Da der Planbereich außerhalb eines Dichteentrums liegt, besteht keine Populationsrelevanz. Eine Planung in die objektive Ausnahmelage hinein ist möglich, wenn die übrigen Ausnahmevoraussetzungen vorliegen. Die angenommene erhöhte Kollisionsgefahr im Rahmen der worst-case-Betrachtung ist in der Abwägung entsprechend zu berücksichtigen.



F-Plan (WEA innerhalb eines Dichte- zentrums, Horst außerhalb des 1000 m- Mindestabstands, innerhalb von 6000m)

Fachgutachterliche Einschätzung der Gemeinde:

- entweder keine regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore betroffen => artenschutzrechtliches Tötungsverbot nicht erfüllt,
- oder im Planbereich befinden sich regelmäßig frequentierte Nahrungshabitate und Flugkorridore

Variante 1: Gemeinde führt zur Verifizierung eine **Raumnutzungsanalyse** durch:

- Falls die RNA das signifikant erhöhte Tötungsrisiko nicht bestätigt (keine regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore betroffen) => artenschutzrechtliches Tötungsverbot nicht erfüllt.
- Falls die RNA das signifikant erhöhte Tötungsrisiko bestätigt
 - Vermeidungsmaßnahmen prüfen, wenn ausreichend => Planung zulässig
 - Reichen Vermeidungsmaßnahmen nicht aus, kommt eine Ausnahme nicht in Betracht (Schutz der Quellpopulation im Dichtezentrum)



F-Plan (WEA innerhalb eines Dichte- zentrums, Horst außerhalb des 1000 m- Mindestabstands, innerhalb von 6000m)

Variante 2: Gemeinde nimmt eine **worst-case-Betrachtung** vor:

Anstelle der RNA (nicht der fachgutachterlichen Einschätzung) wird ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko unterstellt:

- Prüfung der Vermeidungsmaßnahmen
 - Wenn Vermeidungsmaßnahmen möglich und ausreichend sind, um ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko zu vermeiden:
=> Planung artenschutzrechtlich zulässig.
 - Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind, um ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko zu vermeiden:
=> Planung artenschutzrechtlich unzulässig, eine Ausnahme kommt nicht in Betracht (Schutz der Quellpopulation im Dichtezentrum).
- Worst-case kann nicht zur Eliminierung einer Fläche in der F-Planung führen, da nicht verifiziert wird, ob ein unüberwindliches Hindernis (harte Tabuzone) vorliegt.



Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!