



Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (NII1-(70301/10-4)) vom 1.12.2016

Berlin, 16.12.2016

Der BWE begrüßt grundsätzlich die geplanten Anpassungen des vorliegenden Gesetzesentwurfes an die aktuelle Rechtsprechung, insbesondere die Klarstellung im § 44 Abs. 5 BNatSchG und zur Ausnahmegvorschrift des § 45 Absatz 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG. Das Abstellen auf eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos im Rahmen des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG wird allerdings insoweit kritisch gesehen, als diese von der Rechtsprechung des BVerwG entwickelte Herangehensweise im Einzelfall schwer handhabbar und überdies nicht erforderlich ist, wenn man mit der EU-Kommission davon ausgeht, dass überhaupt nur absichtliche Tötungen im Rahmen des genehmigungskonformen Betriebs unter das Tötungsverbot fallen.

Erfreulich ist, dass in der Begründung zur Änderung dieser Vorschriften deutlich wird, dass die Energieversorgung aus Windenergie als ein gewichtiger öffentlicher Belang im Rahmen der Zulassung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme zu werten ist. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei der artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung zugunsten von Windenergieanlagen (WEA) aus verschiedenen Gründen letztlich nicht um den „Königsweg“ handeln kann.

Im Folgenden gehen wir auf einzelne Punkte im Detail ein, die zudem kritisch gesehen werden bzw. nach Ansicht des BWE einer weiteren Diskussion bedürfen.

Zu Artikel 1 Nummer 3: §30 Absatz 2:

Wenn Höhlen explizit als gesetzlich geschützte Biotope aufgenommen werden, sollte der Begriff Höhlen näher erläutert werden. Es gibt auch Höhlen, die keine Verbindung zur Außenwelt besitzen und nicht der Beschreibung aus der Begründung zur Änderung der Regelung entsprechen.

Vorschlag: Höhlen mit einer Verbindung zur Außenwelt.

Zu Artikel 1 Nummer 5:

§44 Absatz 5 Satz 1

Die Änderung in Satz 1 (Klarstellung artenschutzrechtlicher Privilegierung) wird grundsätzlich begrüßt.

Allerdings führt die Formulierung in §44 Absatz 5 Satz 1 „Für nach § 17 Absatz 1 oder Absatz 3 zugelassene oder von einer Behörde durchgeführte Eingriffe in Natur und Landschaft nach § 14...“ zu einer tiefgreifenden Änderung. Alle Genehmigungsverfahren von Windenergieprojekten durchlaufen Verfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG), das die Bündelung einzelner Entscheidungen vorschreibt. Eine (zeitliche) Staffelung von Entscheidungen/Teilprozessen ist somit nicht

vorgesehen. Diese wird jedoch durch die Wortwahl („zugelassen“) suggeriert und auch in der Begründung zumindest nicht weiter klargestellt. Bei einem zugelassenen Eingriff handelt es sich immer um einen bereits genehmigten Eingriff und damit wäre diese Regelung nur noch für Vorhaben anzuwenden, welche bereits genehmigt sind.

Eingriffe sind Vorhaben, welche nach der Eingriffsregelung selbst zulässig sind. Das würde auch sinnhaft mit der Begründung sein, dass Vermeidungsmaßnahmen in einem behördlichen Verfahren festgelegt werden können.

Vorschlag: Es sollte die bisherige Begrifflichkeit „zulässiger“ Eingriff, statt „zugelassen“ verwendet werden.

§44 Absatz 5 Satz 1 Nr. 1 (Tötungs- und Verletzungsverbot):

Die Aufnahme des Signifikanzkriteriums als Übernahme der Rechtsprechung des BVerwG ist zu kritisieren. So ist insbesondere unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben davon auszugehen, dass auch im Zusammenhang mit der Genehmigung von Vorhaben allein die absichtliche Tötung von Tieren gegen das Tötungsverbot verstößt. In diesem Zusammenhang möchten wir daher anregen, den Absichtsbegriff bezüglich der artenschutzrechtlichen Verbote neu zu diskutieren. In der Novelle des BNatSchG 2007 war infolge der Entscheidungen EuGH C 98/03, Urteil vom 10.01.2006 – (Vertragsverletzung DE gg. RL 92/43/EWG) und EuGH C 103/00, Urteil vom 30.01.2002 („Caretta Caretta“) der ursprünglich in den Verboten nach Nr. 1 und Nr. 2 verwendete Absichtsbegriff – wie er in Art 12 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG enthalten ist – in den artenschutzrechtlichen Verboten aufgegeben worden. Wir gehen davon aus, dass hierin ein Großteil der Schwierigkeiten begründet liegt, die Verbote in der gegenwärtigen Form bei der Genehmigung von Windenergieanlagen rechtssicher anzuwenden.

Hierzu möchten wir auf Folgendes hinweisen:

Das Guidance Document „Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse“, Februar 2007, setzt sich u. a. mit den Erfordernissen des unabsichtlichen Tötens auseinander. In Punkt II.3.6. werden „Unbeabsichtigter Fang oder unbeabsichtigtes Töten von in Anhang IV Buchstabe a) genannten Arten“ thematisiert und es werden Anforderungen an die Überwachung gemäß Art. 12 Abs. 4 geschildert. Dort heißt es: „Ein weiteres Beispiel ist die Überwachung der Zahl, der durch Windturbinen getöteten Fledermäuse oder der Zahl von überfahrenen Tieren.“ Hier wird deutlich, dass die EU-Kommission das Töten an Windkraftanlagen nicht als absichtlich betrachtet wissen will. Die Verbote nach Abs. 1 sollen demnach hier nicht greifen. Allein die Folgen dieses unabsichtlichen Tötens sollen gemäß Abs. 4 überwacht und deren ggf. signifikante negative Auswirkungen auf die Arten soweit erforderlich mit Erhaltungsmaßnahmen entgegengewirkt werden. Diese Anforderungen würden – 1:1 angewendet – die Rechtsunsicherheiten in den jeweiligen Genehmigungsverfahren vermindern; stattdessen könnten in den Verfahren die zur Erhaltung der Arten erforderlichen populationsstützende Maßnahmen beauftragt werden, die mit dem jetzigen engen Begriff der (vorgezogenen) Vermeidung nicht in Deckung gebracht werden können. Dies wären beispielsweise Maßnahmen, die der jeweiligen Population und nicht dem einzelnen möglicherweise gefährdeten Tier zugutekommen. Ein derartiger Ansatz wäre ökologisch sinnvoller.

Vorschlag:

Für den Fall, dass entgegen der obigen Darstellungen an der Einfügung des Begriffs der „Signifikanz“ in den Gesetzeswortlaut festgehalten werden sollte, regen wir an, hinter das Wort „signifikant“ den Klammerzusatz „(deutlich)“ zu ergänzen. So wird bereits in der Begründung des Gesetzesentwurfs

darauf hingewiesen, dass die aktuelle Rechtsprechung des BVerwG eine entsprechende Erläuterung vorgenommen hat, wonach es sich letztlich um eine „deutliche“ Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos handeln müsse. Durch eine Ergänzung im Gesetzeswortlaut würde damit klargestellt, dass vorliegend gerade nicht der mathematische Begriff der Signifikanz gemeint ist.

Ferner wird angeregt, den Halbsatz „und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist“ zu streichen, um letztlich Missverständnisse zu vermeiden. So verweist Nr. 1 bereits auf die „Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen“, sodass es des letzten Halbsatzes nicht bedarf.

§44 Absatz 5 Satz 1 Nr. 2 (Verbot des Nachstellens und Fangens ...):

Die Klarstellung, dass unvermeidbare Beeinträchtigungen, die im Rahmen von Schutzmaßnahmen vor artenschutzrechtlichen Verboten erfolgen, nicht unter den Verbotstatbestand fallen, ist sehr erfreulich und dringend geboten. In der Praxis wäre anderenfalls annähernd jede Baumaßnahme im Verbreitungsgebiet von Haselmäusen oder Zauneidechsen nur unter Zuhilfenahme von artenschutzrechtlichen Ausnahmen realisierbar, was so vom Gesetzgeber nicht gewünscht sein kann.

Während nunmehr in dem neu gefassten Abs. 5 sowohl für das Tötungs- als auch für das Zerstörungsverbot die erforderliche Berücksichtigung (vorgezogener) Vermeidungsmaßnahmen erwähnt wird, fehlt dies bisher für das Störungsverbot nach §44 Abs. 1 Nr.2. Wir möchten anregen, auch hinsichtlich dieser Vorschrift klarstellend einen Hinweis auf diese Möglichkeit aufzunehmen.

Zu Artikel 1 Nummer 6 §45 Absatz 7 Satz 1

Die Streichung der Formulierung „nach Landesrecht“ deutet darauf hin, dass der Bund beabsichtigt, Ausnahmen zu erlassen. Sollte dies so sein, wird es ausdrücklich begrüßt. Insbesondere im Hinblick auf das Tötungsverbot ist die Schwelle des „signifikant erhöhten“ Risikos kaum fassbar, so dass in den Genehmigungs- und Gerichtsverfahren erhebliche Unsicherheiten verbleiben. Auch nach Jahr(zehnt)en der Forschung bleibt unklar, unter welchen Umständen genau beispielsweise Greifvögel an Windkraftanlagen verunfallen, so dass die tatsächlichen Faktoren, die eine Signifikanz bestimmen, nicht feststehen. Z. Zt. wird meist die Nähe zu Horsten als Indikator eines erhöhten Risikos angesehen, ein direkter Zusammenhang ist jedoch bisher nicht belegt. Gerade bei weit verbreiteten Arten, die häufiger ihren Brutplatz wechseln – wie etwa dem Rotmilan – ist das Tötungsverbot in der Praxis kaum handhabbar. Hier wäre es aus unserer Sicht angezeigt, auf eine Ausnahmeregelung – verbunden mit Populationsstützenden Maßnahmen - abzustellen.

Zur Zusatzfrage zu §45 Absatz 7 Nummer 4 und 5 BNatSchG

Da der Betrieb von Windenergieanlagen als Beitrag zum Klimaschutz im öffentlichen Interesse liegt, wäre die Ausführung eines weiteren Ausnahmegrundes „Klima“ grundsätzlich zu begrüßen.

Allerdings sei in diesem Zusammenhang auf Folgendes hingewiesen.

Zitat: Brandt, E. und Willmann, S.: Zur Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG; Rechtsgutachten, TU Braunschweig, (Entwurf Juli 2016)

„Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, kann die zuständige Behörde im Einzelfall Ausnahmen zulassen. Sie verfügt dabei über ein Ermessen, kann also zwischen verschiedenen in Betracht kommenden Rechtsfolgen wählen. Selbstverständlich muss das Ermessen pflichtgemäß ausgeübt werden; ein „freies“ Ermessen gibt es nicht. Eine weitergehende Einschränkung im Sinne eines „intendierten Ermessens“ sieht § 45 Abs. 7 BNatSchG entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung nicht vor.“

Mit § 45 Abs. 7 BNatSchG steht kein „Königsweg“ zur Verfügung, mit dessen Hilfe die Schwierigkeiten überwunden werden können, die sich im Zusammenhang mit den Verbotstatbeständen des § 44 Abs.

1 BNatSchG aufzun. Gelangt § 45 Abs. 7 BNatSchG zur Anwendung, kommt der argumentativen Unterfütterung eine besondere Bedeutung zu und zwar sowohl auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen als auch der möglichen Rechtsfolgen.“

Wir bitten ferner insoweit um eine Abstimmung mit der EU-Kommission, als derzeit die Europarechtswidrigkeit der bundesdeutschen Ausnahmeregelung für europäische Vogelarten wegen eines möglichen Verstoßes gegen die EU-Vogelschutzrichtlinie diskutiert wird. Gerade bei Windenergievorhaben geht es regelmäßig um mögliche Konflikte mit geschützten Vogelarten, sodass eine erweiterte Ausnahmeregelung zugunsten des Klimaschutzes damit im Ergebnis leerlaufen könnte.

Ansprechpartner:

Sonja Hemke
Rechtsanwältin
Leiterin Fachgremien

Anne Lepinski
Fachreferentin

Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE) / German Wind Energy Association
Neustädtische Kirchstraße 6
10117 Berlin
T +49 (0)30 / 212341-210
F +49 (0)30 / 212341-410