

### Schwerpunkt Windenergierecht

#### Aus dem Inhalt:

#### Dipl. Juristin Julia Maria Hilkenbach und Christian Falke, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

„Isolierte Positivplanung“ nach § 249 Abs. 1 BauGB als flexibles Planungsinstrument zur Darstellung von Flächen für die Windenergienutzung

#### Rechtsanwalt Christoph Brand LL. M., und Dominik Langeleh und Tobias Männel B.Eng.

Die Signifikanzschwelle nach § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG – ein Verfahren zur Bewertung des Tötungsrisikos geschützter Arten im Gefahrenbereich von Windenergieanlagen

#### Prof. Dr. Edmund Brandt

Unbestimmte Rechtsbegriffe – Richterrecht – Konsequenzen für die Praxis

#### BGH

Mieter als Erklärungsempfänger einer Realofferte für Stromlieferung in Mehrparteienhaus

#### BGH

Bindung an Restwerte und Abschreibungsdauern aus früheren Regulierungsperioden/ Kostenkorrektur im Vergleich zum Netzbetreiber als Anlageneigentümer/ Keine Berücksichtigung als Personalzusatzkosten bei Dienstleistungsverträgen

#### BGH

Formerfordernis für Verzicht auf gesetzlichen Förderanspruch im EEG

#### BGH

Verhältnis der StromNEV zur Strombinnenmarkttrichtlinie

#### BVerwG

Berücksichtigung artenschutzfachlicher Belange bei der standortbezogenen Vorprüfung nach dem UVPG

#### OVG Koblenz

Kranichzug, Windenergieanlagen und Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) mit Anmerkung von Dr. Michael Rolshoven

#### Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Gabriele Britz  
Heinz-Peter Dicks  
Prof. Dr. Martin Eifert  
Peter Franke  
Anne-Christin Frister  
Dr. Stephan Gatz  
Prof. em. Dr. Reinhard Hendler  
Prof. Dr. Georg Hermes  
Dr. Volker Hoppenbrock  
Prof. Dr. Lorenz Jarass  
Prof. Dr. Claudia Kemfert  
Dr. Wolfgang Kirchhoff  
Prof. Dr. H.-J. Koch  
Prof. Dr. Silke R. Laskowski  
Prof. Dr. Uwe Leprich  
Prof. Dr. Kurt Markert  
Prof. Dr. Bernhard Nagel  
Prof. Dr. Alexander Roßnagel  
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker  
Prof. Dr. Sabine Schlacke  
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski  
Prof. Dr. Joachim Wieland

#### Redaktion

RA Dr. Peter Becker (Schriftleiter)  
RA Dr. Martin Altmann  
Prof. Dr. Edmund Brandt  
RA Dr. Hartwig von Bredow  
RA Dr. Wieland Lehnert  
Dr. Volker Oschmann  
RAin Dr. Heidrun Schalle  
Dr. Nina Scheer, MdB  
RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 24 · Nr. 1  
Februar 2020 · S. 1 – 68  
ISSN: 1434-3339

## Editorial

*Franz-Josef Tigges*

IV

## Aufsätze

„Isolierte Positivplanung“ nach § 249 Abs. 1 BauGB als flexibles Planinstrument zur Darstellung von Flächen für die Windenergienutzung

*Julia Maria Hilkenbach / Christian Falke*

1

Die Signifikanzschwelle nach § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG – ein Verfahren zur Bewertung des Tötungsrisikos geschützter Arten im Gefahrenbereich von Windenergieanlagen

*Christoph Brand / Dominik Langeleh / Tobias Männel*

7

Unbestimmte Rechtsbegriffe – Richterrecht – Konsequenzen für die Praxis. Anmerkungen zur aktuellen windenergie-rechtlichen Situation

*Prof. Dr. Edmund Brandt*

14

## Rechtsprechung

1. BGH, U. v. 27.11.2019 – VIII ZR 165/18 – Mieter als Erklärungsempfänger einer Realofferte für Stromlieferung in Mehrparteienhaus

17

2. BGH, B. v. 12.11.2019 – EnVR 109/18 – Bindung an Restwerte und Abschreibungsdauern aus früheren Regulierungsperioden/ Kostenkorrektur im Vergleich zum Netzbetreiber als Anlageneigentümer/ Keine Berücksichtigung als Personalzusatzkosten bei Dienstleistungsverträgen

19

3. BGH, B. v. 12.11.2019 – EnVR 108/18 – Formerfordernis für Verzicht auf gesetzlichen Förderanspruch im EEG 23

4. BGH, B. v. 08.10.2019 – EnVR 58/18 – Verhältnis der StromNEV zur Strombinnenmarkttrichtlinie

25

5. OLG Düsseldorf, B. v. 27.11.2019 – VI-3 Kart 868/18 (V) – Befreiung von Netzentgelten gem. § 19 Abs. 2 StromNEV auch nach EU-Recht rechtswidrig; Netzentgelte sind nachzuzahlen und nach der Methode des physikalischen Pfades zu berechnen [Nur Leitsätze]

29

6. OLG Düsseldorf, B. v. 13.11.2019 – VI-3 Kart 801/18 (V) – Kein Recht des Netzbetreibers, bei Zahlungsverzug eines Stromkunden gegenüber Lieferant die Entnahmestelle zu sperren [Nur Leitsätze]

30

7. OLG Düsseldorf, B. v. 11.09.2019 – VI-3 Kart 804/18 (V) – Ein Kraftwerk, das an Netze für Verteilung und Übertragung angeschlossen ist, ist keine dezentrale Erzeugungsanlage gemäß § 3 Nr. 11 EnWG [nur Leitsätze]

30

8. OLG Düsseldorf, B. v. 11.09.2019 – VI-3 Kart 486/18 (V) – Die Änderungsfestlegung der BNetzA vom 29.11.2017 zu §§ 19 Abs. 2 und 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV ist rechtswidrig [nur Leitsätze]

31

9. OLG Schleswig, U. v. 04.12.2019 – 9 U 152/18 – Zivilrechtlicher Abwehranspruch gegen Windenergieanlage [nur Leitsätze]

31

10. BFH, B. (EuGH-Vorlage) v. 13.03.2019 – I R 18/19 – Vorlagebeschluss an den EuGH zur beihilferechtlichen Zulässigkeit des sog. steuerlichen Querverbunds

31

11. BVerwG, U. v. 26.09.2019 – BVerwG 7 C 1.18 – Informationszugang zu urheberrechtlich geschützten Antragsunterlagen in einem vereinfachten immissions-schutzrechtlichen Genehmigungsverfahren

37

12. BVerwG, U. v. 26.09.2019 – BVerwG 7 C 5.18 – Berücksichtigung artenschutzfachlicher Belange bei der standortbezogenen Vorprüfung nach dem UVPG

43

13. OVG Bautzen, B. v. 18.03.2019 – 4 B 397/18 – Europäische Gas-Anbindungsleitung (EUGAL) [nur Leitsatz]

47

14. OVG Koblenz, U. v. 31.10.2019 – 1 A 11643/16 – Abschaltauflage bei Kranichzug unzulässig; mit Anmerkung von Dr. Michael Rolshoven

48

15. OVG Koblenz, B. v. 16.08.2019 – 1 B 10539.19. OVG – Artenschutzrechtliches Zugriffsverbot: WEA und Rotmilan

52

16. OVG Lüneburg, U. v. 13.11.2019 – 12 KN 26/18 – Veränderungssperre für einen „Repowering“-Bebauungsplan gemäß § 249 Abs. 2 BauGB

55

17. OVG Lüneburg, B. v. 19.12.2019 – 12 ME 168/19 – Änderung des Vorhabens trotz laufendem Widerspruchsverfahren gegen Ursprungsgenehmigung [nur Leitsatz]

58

18. OVG Lüneburg, U. v. 13.11.2019 – 12 LB 123/19 – Immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Windenergieanlagen im Tieffluggkorridor [nur Leitsatz]

62

19. VGH Mannheim, B. v. 17.12.2019 – 10 S 566/19 – Waldumwandlungsgenehmigung als konzentrierte Entscheidung i. S. d. § 13 BImSchG

62

20. OVG Münster, B. v. 02.10.2019 – 2 A 1846/19 – Befreiung von Anforderungen zum Wärmeschutz bei Gebäuden [nur Leitsätze]

62

21. OVG Münster, U. v. 12.09.2019 – 8 A 4775/18 – Luftreinhalteplan für die Stadt Köln [nur Leitsätze]

66

---

**Autoren**


---

 67

---

**Folgende Entscheidungen sind ausführlich**

 unter [www.ruw.de](http://www.ruw.de) zu finden:
 

---

OLG Düsseldorf, B. v. 27.11.2019 – VI-3 Kart 868/18 (V) – Befreiung von Netzentgelten gem. § 19 Abs. 2 StromNEV auch nach EU-Recht rechtswidrig; Netzent- gelte sind nachzuzahlen und nach der Methode des physikalischen Pfades zu berechnen [Nur Leitsätze]	29
OLG Düsseldorf, B. v. 13.11.2019 – VI-3 Kart 801/18 (V) – Kein Recht des Netzbetreibers, bei Zahlungsverzug eines Stromkunden gegenüber Lieferant die Entnahme- stelle zu sperren [Nur Leitsätze]	30
OLG Düsseldorf, B. v. 11.09.2019 – VI-3 Kart 804/18 (V) – Ein Kraftwerk, das an Netze für Verteilung und Übertragung angeschlossen ist, ist keine dezentrale Er- zeugungsanlage gemäß § 3 Nr. 11 EnWG [nur Leitsätze]	30
OLG Düsseldorf, B. v. 11.09.2019 – VI-3 Kart 486/18 (V) – Die Änderungsfestlegung der BNetzA vom 29.11. 2017 zu §§ 19 Abs. 2 und 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV ist rechtswidrig [nur Leitsätze]	31
OLG Schleswig, U. v. 04.12.2019 – 9 U 152/18 – Zivil- rechtlicher Abwehranspruch gegen Windenergieanlage [nur Leitsätze]	31
OVG Bautzen, B. v. 18.03.2019 – 4 B 397/18 – Euro- päische Gas-Anbindungsleitung (EUGAL) [nur Leitsatz]	47
OVG Lüneburg, B. v. 19.12.2019 – 12 ME 168/19 – Änderung des Vorhabens trotz laufendem Wider- spruchsverfahren gegen Ursprungsgenehmigung [nur Leitsatz]	58
OVG Lüneburg, U. v. 13.11.2019 – 12 LB 123/19 – Im- missionsschutzrechtliche Genehmigung für Windener- gieanlagen im Tieffluggkorridor [nur Leitsatz]	62
OVG Münster, B. v. 02.10.2019 – 2 A 1846/19 – Befrei- ung von Anforderungen zum Wärmeschutz bei Gebäu- den [nur Leitsätze]	62
OVG Münster, U. v. 12.09.2019 – 8 A 4775/18 – Luft- reinhalteplan für die Stadt Köln [nur Leitsätze]	62

## Zeitschrift für neues Energierecht

Zitierweise: ZNER

ISSN 1434-3339  
24. Jahrgang

## HERAUSGEBER

Hermann Albers Bundesverband WindEnergie e. V., (Präsident), Berlin  
 RA Matthias Albrecht, München  
 Gert Apfelstedt, Ministerialrat a. D., Wiesbaden  
 Dr. Dieter Attig, Stadtwerksdirektor a. D.  
 Johannes van Bergen, Stadtwerksdirektor, Schwäbisch-Hall  
 RA Jann Berghaus, Aurich  
 RAin Dr. Christina Böning, Kerpen  
 Dr. Ing. Eh. Fritz Brickwedde, Bundesverband Erneuerbare Energie e. V. (Präsident), Berlin  
 Dr. Dagmar Everding, Ministerialrätin, Nürnberg  
 Dipl.-Ing. Wolf von Fabeck, Aachen  
 RAin Dr. Dörte Fouquet, Brüssel  
 RA Dr. Hartmut Gaßner, Berlin  
 Dr. Wolfgang von Geldern, Parl. Staatssekretär a.D., Cuxhaven  
 Prof. Dr. Arnulf von Heyl, Stuttgart  
 RA Dr. Andreas Hinsch, Bremen  
 Dipl.-Ing. Ulrich Jochimsen, Potsdam  
 Prof. Dr. Siegfried Klau, Freie Universität Berlin  
 RA Jörg Kuhbier, Senator a. D., Hamburg  
 Dipl.-Ing. Johannes Lackmann, Paderborn  
 Dr. Klaus Meier, Bremen  
 Heino Mengers, Ministerialrat a. D., Kiel  
 Prof. Dr. Edda Müller, Staatsministerin a.D., Berlin  
 RA Dr. Jörg Niedersberg, Kiel  
 RA Dr. Reinhard Nierer, Berlin  
 Dr. Aribert Peters, Rheinbreitbach  
 Prof. Dr. Günter Püttner, Tübingen  
 Dr. Peter Ramsauer MdB, Bundesminister a. D., Berlin  
 Dr. Alfred Rest, Akad. Dir. i.R., Köln  
 Dr. Michael Ritzau, Aachen  
 RA Philipp von Tettau, Berlin  
 RA Dr. Jan Tönnies, † Kiel  
 Prof. Dr. Klaus Traube, † Oberursel  
 Dr. h.c. Dipl.-Ing. Aloys Wobben, Aurich  
**Österreichkorrespondenz**  
 RA Dr. Reinhard Schanda, Wien

## WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Gabriele Britz, Justus-Liebig-Universität Gießen  
 Heinz-Peter Dicks, OLG Düsseldorf  
 Prof. Dr. Martin Eifert, Humboldt-Universität zu Berlin  
 Peter Franke, Bundesnetzagentur, Bonn  
 Anne-Christin Frister, OLG Düsseldorf  
 Dr. Stephan Gatz, Bundesverwaltungsgericht  
 Prof. em. Dr. Reinhard Hender, Andernach  
 Prof. Dr. Georg Hermes, Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt/Main  
 Dr. Volker Hoppenbrock, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
 Prof. Dr. Lorenz Jarass, Hochschule Rhein-Main, Wiesbaden  
 Prof. Dr. Claudia Kemfert Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Berlin  
 Dr. Wolfgang Kirchhoff, Bundesgerichtshof Karlsruhe  
 Prof. Dr. H.-J. Koch, Universität Hamburg  
 Prof. Dr. Silke R. Laskowski, Universität Kassel  
 Prof. Dr. Uwe Leprich, Hochschule für Technik und Wirtschaft des Saarlandes  
 Prof. Dr. Kurt Markert, Freie Universität Berlin  
 Prof. Dr. Bernhard Nagel, Kassel  
 Prof. Dr. Alexander Roßnagel, Universität Kassel  
 Prof. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker, Freie Universität Berlin  
 Prof. Dr. Sabine Schlacke, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster  
 Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski Berlin  
 Prof. Dr. Joachim Wieland, Deutsche Hochschule für Verwaltungsrecht Speyer

## REDAKTION

RA Dr. Peter Becker, Lohfelden (Schriftleiter)  
 RA Dr. Martin Altmann, Berlin  
 Prof. Dr. Edmund Brandt, Braunschweig  
 RA Dr. Hartwig von Bredow, Berlin  
 Dr. Heidrun Schalle, Berlin  
 Dr. Nina Scheer MdB, Berlin  
 Dr. Volker Oschmann MDG, Berlin  
 Dr. Wieland Lehnert, Berlin  
 RA Franz-Josef Tigges, Lippstadt

## dfv Mediengruppe

Verlag: Deutscher Fachverlag GmbH  
 Gründer: *Wilhelm Lorch* †  
 Geschäftsführung: *Peter Esser (Sprecher), Sönke Reimers (Sprecher), Markus Gotta, Peter Kley, Holger Knapp*  
 Aufsichtsrat: *Andreas Lorch, Catrin Lorch, Peter Ruß, Angela Wisken*  
 Mainzer Landstraße 251 | 60326 Frankfurt am Main  
 Postadresse: 60264 Frankfurt am Main  
**Gesamtverlagsleitung Fachmedien Recht und Wirtschaft:**  
 Rechtsanwalt *Torsten Kutschke*

Telefon: 069/7595-1151  
 Telefax: 069/7595-1150  
 E-Mail: [torsten.kutschke@dfv.de](mailto:torsten.kutschke@dfv.de)  
 Homepage Deutscher Fachverlag: [www.dfv.de](http://www.dfv.de)

**Zuständigkeiten in der Redaktion:** Dr. Peter Becker, (Schriftleiter und Aufsätze, [peter.becker@rechtsanwalt-peterbecker.de](mailto:peter.becker@rechtsanwalt-peterbecker.de)); Dr. Martin Altmann (Aufsätze); Michael Hock (Rechtsprechung allgemeines Energierecht); Franz-Josef Tigges und Andreas Schäfermeier (Rechtsprechung Erneuerbare Energien). Anschrift: siehe Verlag

**Anzeigen:** *Eva Triantafillidou*, Tel. 069/7595-2713

Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 24 vom 01.01.2020

**Bereichsleitung Finanzen und Medienservices:**

*Thomas Berner*, Tel. 069/7595-1147

**Leitung Produktion:** *Hans Dreier*, Tel. 069/7595-2463

**Leitung Logistik:** *Ilja Sauer*, Tel. 069/7595-2201

**Kundenservice:** Tel. 069/7595-2788 | Fax 069/7595-2760

**Erscheinungsweise:** zweimonatlich. Nicht eingegangene Exemplare können nur bis 10 Tage nach Erscheinen des nachfolgenden Heftes kostenlos reklamiert werden.

**Bezugspreis:** Jahresvorzugspreis: Deutschland: € 134,90 (inkl. Versandkosten und MwSt.). Ermäßigter Jahresbezugspreis für Studenten bei Vorlage der Studienbescheinigung: € 49,90. Einzelpreis des Heftes: € 29,-, Einbanddecke € 18,90. Die Abonnementsgebühren sind im Voraus zahlbar. Abbestellungskündigung nur mit dreimonatiger Frist zum Ende des jeweiligen Berechnungszeitraumes möglich.

**Bankverbindungen:** Frankfurter Sparkasse Frankfurt am Main | Konto-Nr. 34 926, BLZ 500 502 01

IBAN DE56 5005 0201 0000 0349 26, SWIFT BIC HELADEF1822

Alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Ohne Genehmigung des Verlages ist eine Verwertung strafbar. Dies gilt auch für die Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken und für die Vervielfältigung auf CD-ROM.

Die Wiedergabe von Warenbezeichnungen, Handelsnamen und sonstigen Kennzeichen in dieser Zeitschrift berechtigt nicht zu der Annahme, diese dürften von jedermann frei benutzt werden. Dabei handelt es sich häufig um eingetragene Marken oder sonstige, gesetzlich geschützte Kennzeichen, auch wenn diese nicht als solche bezeichnet sind.

Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechteübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM oder andere Verfahren) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen.

In der dfv Mediengruppe, Fachmedien Recht und Wirtschaft, erscheinen außerdem folgende Fachzeitschriften: Betriebs-Berater (BB), Compliance Berater (CB), Datenschutz-Berater (DSB), Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (InTeR), Kommunikation & Recht (K&R), Netzwirtschaften & Recht (N&R), Recht der Finanzinstrumente (RdF), Recht der Zahlungsdienste (RdZ), Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), Sanierungs-Berater (SanB), Der Steuerberater (StB), Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht (ZfU), Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG), Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR), Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR), Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVgRWiss).

Gemäß § 5 Abs. 2 ff. des Hessischen Gesetzes über Freiheit und Recht der Presse wird mitgeteilt: Gesellschafter der Deutscher Fachverlag GmbH sind Herr Andreas Lorch, Heidelberg (42,1908 %); Frau Catrin Lorch, Königswinter (10,9358 %); Frau Anette Lorch, Büdingen (10,9367 %); Frau Britta Lorch, Berlin (10,9367 %) sowie die Deutscher Fachverlag GmbH, Frankfurt am Main (25 %).

© 2020 Deutscher Fachverlag GmbH

Satz: DFV – inhouse production

Druck: medienhaus Plump GmbH | Rolandsecker Weg 33 | 53619 Rheinbreitbach

Gedruckt auf umweltfreundlich-chlorfreiem Papier.

eines Antrags gegen eine Flächennutzungsplanänderung im Sinne des § 249 Abs. 1 BauGB zu bejahen, die nach ihrem planerischen Willen überhaupt keine eigene Ausschlusswirkung entfalten sollte, ist jedoch nicht von der vorgestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 BauGB auf Flächennutzungspläne gedeckt. Denn diese fordert explizit den planerischen Willen, mit dem Flächennutzungsplan eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeizuführen.<sup>44</sup>

Davon zu unterscheiden sind selbstverständlich die Möglichkeiten der inzidenten Überprüfung der Flächennutzungsplanänderung beispielsweise im Rahmen einer Verpflichtungsklage zur Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Aber auch hier gelten für die „isolierte“ Positivplanung die Rügefristen des § 215 BauGB.

### III. Fazit

Die Darstellung von Flächen für die Windenergienutzung durch die ergänzende Änderung des Flächennutzungsplans bietet sich insbesondere für kommunale Planungsträger an, die bereits einen Teilflächennutzungsplan für die Ausweisung von Konzentrationszonen aufgestellt haben, dem ein schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liegt.

Die „isolierte“ Ausweisung einer Eignungsfläche für die Windenergienutzung zusätzlich und in Ergänzung des bereits bestehenden Flächennutzungsplans stellt dabei eine Änderung des geltenden Flächennutzungsplans dar, sodass die Vorschriften über die Aufstellung eines Flächennutzungsplans auch auf die „isolierte“ Positivplanung Anwendung finden, § 1 Abs. 8 BauGB. Zur Ausweisung der Fläche ist damit ein klassisches Bauleitplanverfahren durchzuführen.

Sollte Bedarf an der Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergienutzung besteht, können durch eine solche Änderung des Flächennutzungsplans „isoliert“ weitere Flächen ausgewiesen werden, die mittelbar an der Konzentrationswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB teilnehmen und die Errich-

tung von Windenergieanlagen innerhalb der isoliert ausgewiesenen Fläche nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zulässig und nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht ausgeschlossen ist. Der Vorteil für die kommunalen Planungsträger besteht darin, es sich bei der „isolierten“ Positivplanung um die Überplanung einzelner Flächen von geringem Umfang handelt. Es wird dabei im Bauleitplanverfahren isoliert die konkrete Fläche in den Blick genommen, sodass die Bauleitplanung nicht so planungs- und kostenintensiv wie eine Gesamtkonzentrationsflächenplanung ist.

Neben der Frage, ob Voraussetzung für eine „isolierte“ Positivplanung ein fehlerfreies, gesamträumliches Planungskonzept sein muss, ist auch die Frage, ob durch die zusätzliche Ausweisung von Flächen ein gesamträumliches Planungskonzept möglicherweise geheilt werden könnte, weiterhin offen. Festzuhalten ist allerdings, dass jedenfalls nach der überzeugenden Rechtsprechung des OVG Münster kein neues, gesamträumliches Planungskonzept erforderlich ist, um zusätzliche Flächen für die Windenergienutzung im Wege der „isolierten“ Positivplanung auszuweisen.

Die kommunalen Planungsträger können sich im Rahmen der „isolierten“ Positivplanung zudem nach diesseitiger Auffassung über das eigene Planungskonzept hinwegsetzen und weitere Flächen im Widerspruch zum früheren Planungskonzept ausweisen. Die „Losgelöstheit“ der „isolierten“ Positivplanung vom alten Flächennutzungsplan führt somit dazu, dass auf veränderte (rechtliche und tatsächliche) Umstände im Plangebiet adäquat und kurzfristig reagiert werden kann. Die kommunalen Planungsträger können dem Zweck des § 249 Abs. 1 BauGB, die Förderung des Klimaschutzes, durch die Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergienutzung, ohne großen Planungsaufwand gerecht werden. Die „isolierte“ Positivplanung im Sinne des § 249 Abs. 1 BauGB stellt damit ein geeignetes Instrument zum „schlanken Flächennutzungsplan“ dar.

<sup>44</sup> BVerwG, Urteil v. 26.04.2007 (4 CN 2/06).

Rechtsanwalt *Christoph Brand* LL.M., und *Dominik Langeleh* und *Tobias Männel* B.Eng.

## Die Signifikanzschwelle nach § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG – ein Verfahren zur Bewertung des Tötungsrisikos geschützter Arten im Gefahrenbereich von Windenergieanlagen

### A Einleitung

Das Signifikanzkriterium nach § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG ist weiterhin Gegenstand vieler Gerichtsentscheidungen. Es fehlt an einem Werkzeug, welches die Höhe der Signifikanzschwelle bestimmt und die Unter- bzw. Überschreitung für jeden fachkundigen Dritten eindeutig misst. Zwar wurde im Rahmen der Novelle des BNatSchG in 2017 die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kodifiziert, nach der der Tötungstatbestand nicht als erfüllt gilt, wenn sich das Tötungsrisiko der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht. Leider hat es der Gesetzgeber bei der Novelle des BNatSchG aber versäumt, die Signifikanzschwelle näher zu definieren. Der Wunsch der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW) ist es, der Signifikanzschwelle mit pauschalen

Mindestabständen zu Vogellebensräumen, Brutplätzen und Nahrungshabitaten zu begegnen. Diese Abstandsempfehlungen wurden erstmalig 2007 im sogenannten „Helgoländer Papier“ zusammengefasst, welches 2015 novelliert wurde. Bei den Empfehlungen der LAG VSW handelt es sich zum einen um Mindestabstände (also „harte“ Abstände), die von 500 m bis zu 6.000 m reichen. Darüber hinaus werden Prüfradien bei einzelnen Arten von ebenfalls bis zu 6.000 m<sup>1</sup> genannt. Diese Abstände sind in die meisten Artenschutzleitfäden und Erlasse der Bundesländer unterschiedlich eingegangen, allerdings im Wesentlichen nicht als „harte“ Mindestabstände, sondern wie z. B. in Niedersachsen als Prüfradien für die nähere Einzelbetrachtung am jeweiligen Standort der Windenergieanlagen

<sup>1</sup> Berichte zum Vogelschutz, Bd. 51/ 2014, S. 15.

(WEA). Auch in der überwiegenden Rechtsprechung wurden die Abstandsempfehlungen der LAG VSW nicht als verbindliches Recht angenommen, sondern haben sich bisher lediglich als Indiz für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko durchgesetzt, welches eine nähere Einzelbetrachtung notwendig macht. Einzelne Gerichte haben jedoch die Abstandsempfehlungen der LAG VSW für einen allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft gehalten, welcher sich durchgesetzt habe.<sup>2</sup> Die wissenschaftlichen Grundlagen für die Abstandsempfehlungen der LAG VSW sind derzeit nicht öffentlich bekannt und evtl. im Detail nicht vorhanden. Dementsprechend handelt es sich bei diesen Empfehlungen um pauschale Abstände, die das artspezifische Verhalten der jeweiligen Art nicht berücksichtigen. Beim Uhu hat sich zum Beispiel mittlerweile durch Telemetriestudien<sup>3</sup> herausgestellt, dass der Uhu – vor allem im Flachland – regelmäßig nicht höher als 50 m fliegt. Dies belegt auch die Liste der bundesweiten Totschläge von Vögeln an WEA der Vogelschutzwerke Brandenburg (sog. „Dürr-Liste“). 14 von 17 belegte Totfunde von Uhus erfolgten unter WEA mit niedrigen Rotorunterkanten. Mit Ausnahme eines Totfundes erfolgten alle Totfunde in Regionen der deutschen Mittelgebirge, hiervon 3 in Windparks mit Rotorunterkanten größer als 50 m. Bei diesen 3 Totfunden herrschten besondere Umstände im jeweiligen Einzelfall vor (WEA mit Gittermasten sowie Windparks, die aus WEA mit niedrigeren und höheren Rotorunterkanten bestehen). Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass aufgrund der Telemetrie-Studien und der Dürr-Liste für den Uhu bei WEA Rotorunterkanten von über 50 m auf empirisch wissenschaftlicher Basis kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ermittelt werden kann. Auch wenn man unterstellt, dass die Dürr-Liste nur Zufallsfunde protokolliert, so müssten sich bei insgesamt ca. 1.600 Zufallsfunden von Uhus an Stromleitungen sowie im Schienen- und Straßenverkehr<sup>4</sup> auch Zufallsfunde unter WEA mit hohen Rotorunterkanten ohne besondere Umstände des Einzelfalles ergeben haben. Das Beispiel des Uhus zeigt, dass pauschale Mindestabstände nicht zielführend sind. Auch andere europäische Arten wie z. B. die Wiesen-, Korn- und Rohrweihen weisen ein Flugverhalten auf, welches pauschale Abstände nicht rechtfertigen. Hierbei ist ebenfalls zu beachten, dass viele Arten keine Brutplatztreue aufweisen.

Auch der Rotmilan hat laut einer 3-jährigen Telemetrie-Untersuchung im Auftrag des hessischen Umweltministeriums eine Flugaktivität von 72% unterhalb einer Höhe von 75 m. Bei über 800.000 Ortungspunkten im Untersuchungszeitraum wurden nur 28 Flüge im Nahbereich der Rotoren (Rotorradius + 10 m Puffer) erfasst. Ebenfalls stellt der Abschlussbericht fest: „Unter Berücksichtigung der Flughöhen und der Flugrichtung zu den WEA-Rotoren (z. B. Parallelflug) wurden im gesamten Untersuchungszeitraum keine besenderten Tiere im unmittelbaren Gefahrenbereich der WEA (Durchflug durch drehenden Rotor) festgestellt.“ Andererseits sind 3 der insgesamt 6 besenderten Rotmilane während des Untersuchungszeitraums durch Prädation, Vergiftung und im Straßenverkehr zu Tode gekommen.<sup>5</sup> Dies veranschaulicht beispielhaft das

Verhältnis des Tötungsrisikos durch WEA zum allgemeinen Lebensrisiko der Vögel. Allein durch Prädation sterben in Deutschland jährlich mehrere Millionen Vögel<sup>6</sup>, darunter auch ein erheblicher Anteil von Greifvögeln. So wurden in 2008 bis 2012 1.063 Rupfungen des anthropogen in Deutschland wieder angesiedelten Uhus in einem Landkreis in Schleswig-Holstein untersucht: Der Mäusebussard war mit über 91 Rupfungen an dritter Stelle unter den Todesopfern des Uhus.<sup>7</sup>

Die Energiewende steht als Jahrhundertprojekt im zentralen öffentlichen Interesse. Durch die Energiewende wird die Energieversorgung in Zukunft und für alle weiteren Generationen ohne Kohlendioxid-Emissionen möglich sein. Die Windenergie ist ein zentraler Bestandteil der Energiewende und dementsprechend nachhaltiger Natur- und Artenschutz. Es muss Ziel aller Beteiligten und der Rechtsprechung sein, die Verhältnismäßig- und Vereinbarkeit von Windenergie und Artenschutz zu gewährleisten. Die Anwendung von pauschalen Abständen als Maßstab für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko führen aufgrund der weiten Verbreitung vieler Vogelarten – vor allem unter Einbezug weiterer europäischer Arten wie z. B. des Mäusebussards – in der Konsequenz zu einer Verhinderung des Ausbaus der Windenergie und damit der Energiewende analog der 10-H-Regelung in Bayern. Gerade durch die Einführung des Signifikanzkriteriums im BNatSchG wollte der Gesetzgeber einer Pauschalbetrachtung entgegenzutreten und eine Vereinbarkeit mit entsprechenden Vorhaben wie der Windenergienutzung ermöglichen. Das Bundesverwaltungsgericht hat ebenfalls mit seinem Urteil vom 28.04.2016<sup>8</sup> eine für die Zukunft wegweisende Entscheidung zur Elbquerung gegen eine Pauschalbetrachtung getroffen, indem es definiert hat, dass der Tötungstatbestand nach § 44 (1) Nr. 1 BNatSchG erst dann erfüllt ist, wenn die kollisionsbedingten Verluste von Exemplaren einen Risikobereich übersteigen, der mit dem Vorhaben im Naturraum immer verbunden ist, wobei der Naturraum von **Menschenhand gestaltete Lebensräume** darstellt, die aufgrund ihrer Nutzung durch den Menschen ein spezifisches Grundrisiko bergen, das nicht nur mit dem Bau von Verkehrswegen, sondern auch z. B. mit dem Bau von Windkraftanlagen, Windparks oder Stromleitungen verbunden ist. Laut dem Urteil müssen besondere Umstände hinzutreten, damit von einer signifikanten Gefährdung durch ein neu hinzukommendes Vorhaben gesprochen werden kann.<sup>9</sup>

Die weiterhin offene Frage der Bemessung der Signifikanzschwelle und die richtigerweise fehlende Judizierung der Pauschalabstände der LAG VSW durch die Rechtsprechung führt zu unterschiedlichen Anwendungsmodellen in der Praxis.

Auf der einen Seite gibt es die Verfechter der von der LAG VSW entwickelten Mindestabstände. Verfahren wie die „Abschaltzeiten für WEA zur Vermeidung und Verminderung von Vogelkollisionen“ von Dr. Matthias Schreiber<sup>10</sup> fixieren bei Unterschreitung der Mindestabstände entgegen der Rechtsprechung (sh. auch Rechtsgutachten Dr. Edmund Brandt, TU Braunschweig<sup>11</sup>) ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko und treiben die Antragsteller für Genehmigungsanträge nach Bundesimmissionsschutzgesetz trotz hoher Abschaltkontingente regelmäßig in die Ausnahme nach § 45 (7) BNatSchG. Die

2 Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 27. Mai 2016 – 22 BV 15.1959 –, juris.

3 Grünkorn/ Welcker, Erhebung von Grundlagendaten zur Abschätzung des Kollisionsrisikos von Uhus an Windenergieanlagen im nördlichen Schleswig-Holstein, Endbericht 2019, *Miosga et. al.*, Natur in NRW 1/2019, S. 36 ff.

4 Breuer, Stromtod von Uhus – Beitrag zu einem Kongress des Landesbundes für Vogelschutz in Bayern und des Naturschutzbundes Deutschland „Stromtod von Vögeln“ vom 31.03.2006 – 02.04.2006.

5 NABU Landesverband Hessen u. a. im Auftrag des hessischen Umweltministeriums, Untersuchung des Flugverhaltens von Rotmilanen in Abhängigkeit von Wetter und Landnutzung unter besonderer Berücksichtigung vorhandener Windenergieanlagen im Vogelschutzgebiet Vogelsberg, 23.09.2019.

6 Vgl. BUND Regionalverband Südlicher Oberrhein <http://www.bund-rvso.de/windenergie-windraeder-voegel-fledermaeuse.html> (letzter Zugriff 25.11.2019).

7 Lange, *Corax* 2014 (22), S. 479–492.

8 BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 18/15 Rn. 141.

9 BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 18/15, Rn. 73 ff.

10 Schreiber, Abschaltzeiten für Windkraftanlagen zur Vermeidung und Verminderung von Vogelkollisionen, Handlungsempfehlungen für das Artenspektrum in Osnabrück, vgl. Naturschutz und Landschaftsplanung, 03/2017.

11 *Brandt*, Kurzgutachten zum sog. Schreiber/Gellermann-Papier, Oktober 2016.

Ausnahme wird mit diesem Verfahren zur Regel. Die Frage der Zulässigkeit und der Notwendigkeit der Ausnahmen wird umgangen. Der Antragsteller verwirft seine Möglichkeit zur Prüfung der Signifikanzschwelle und der Genehmigung nach § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG, auch in der Folge für Rechtsstreitverfahren. Das vorgenannte Verfahren wird zwar selten angewandt, findet aber Eingang in die unteren Naturschutzbehörden einzelner Landkreise.

Auf der anderen Seite wird in der heutigen, gängigen Genehmigungspraxis üblicherweise entsprechend der Artenschutzleitfäden vorgegangen und anhand von vertiefenden Untersuchungen (Raumnutzungsanalysen, Telemetriestudien, Literatur etc.) in den Genehmigungsanträgen argumentiert, dass eine Unterschreitung der Signifikanzschwelle sichergestellt ist. Dieser allgemein üblichen Vorgehensweise fehlt es leider an einem klaren, objektiven Maßstab für die Bemessung der Signifikanzschwelle und der dadurch messbaren Einordnung in den § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG.

Der Beitrag greift die juristische Einordnung der Bedeutung des Signifikanzkriteriums auf, bespricht einzelne Aspekte jüngerer Entscheidungen und zeigt den Mangel eines geeigneten Verfahrens zur Bewertung der Signifikanzschwelle auf. Zur Behebung dieses Mangels wird in dem Beitrag ein Verfahren dargestellt, welches die spezifischen, biologischen Eigenschaften der jeweiligen Art aus den Untersuchungen am Standort, aus Studien und aus der Literatur mit Methoden und Normen aus der Probabilistik verbindet, wie sie im Bereich von Bahnanwendungen, im Pipelinebau oder im Offshore-Bau für das Tötungsrisiko von Menschen angewendet werden.

## B Juristische Einordnung und Aufzeigen der Bedeutung der Signifikanzschwelle für die Genehmigung von Windenergieanlagen

Mit der normativen Erfassung des Signifikanzkriteriums durch die Novelle des BNatSchG 2017<sup>12</sup> wurde immerhin der Relevanz der Signifikanzprüfung, durch Stützung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Rechnung getragen. Leider sind die Instanzgerichte bisher in dieser Frage sehr zurückhaltend. Denn während den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten zunächst wenig Einfluss auf die fachplanerische Zulassung von bestimmten Vorhaben zugemessen wurde, handelt es sich mittlerweile um wesentliche Bestandteile der materiell-rechtlichen Zulassungsanforderungen an konkrete Vorhaben.<sup>13</sup> Geeignete Räume für den geplanten Ausbau erneuerbarer Energien werden dabei durch das Spannungsfeld mit artenschutz-, naturschutz- und wohnumfeldschutzrechtlichen Belangen knapper.<sup>14</sup> Gebiete und Flächen, die durch Errichtung und Betrieb von WEA beansprucht werden, können durch teilweise fehlendes arttypisches Meideverhalten zu Kollisionstodesfällen führen und die Umwelt durch ausgehende Immissionen (Schall, Schattenwurf, optische Wirkung) beeinträchtigen.<sup>15</sup> Grundsätzlich ist ein landseitiges Windenergievorhaben nur dann zulässig, wenn es den planungsrechtlichen Anforderungen des § 35 BauGB und bei über 50 m Gesamthöhe den immissionsschutzrechtlichen Voraussetzungen aus § 6 I Nr. 2 BImSchG standhält.<sup>16</sup> Entsprechend beider Vor-

schriften dürften dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Entgegenstehende artenschutzrechtliche Belange sind gemäß § 44 BNatSchG und § 35 III 1 Nr. 5 BauGB zu berücksichtigen und bieten das Einfalltor für den Artenschutz in das Genehmigungsverfahren für WEA. Insbesondere das Tötungsverbot aus § 44 I 1 Nr. 1 BNatSchG kann sich als Hindernis erweisen, sofern es verwirklicht ist. Nach Auffassung des BVerwG<sup>17</sup> unterfällt es als Belang des Naturschutzes sowohl dem Prüfprogramm des § 6 I Nr. 2 BImSchG als auch § 35 III 1 Nr. 5 BauGB, der die bauplanungsrechtlichen Anforderungen in Bezug auf den Naturschutz deckungsgleich mit den naturschutzrechtlichen Anforderungen gestalten soll.

Die Sonderstellung der Gerichte bezüglich der Ausfüllung des Tötungsverbotens zeigt sich gerade aus rechtshistorischer Sicht, da das oftmals streitentscheidende Merkmal der signifikanten Risikoerhöhung vom BVerwG in einschränkender Auslegung entwickelt und durch ständige Rechtsprechung bestätigt wurde.<sup>18</sup> Die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung des ansonsten ausufernden Tötungsverbotens geht einher mit den Wertungen des Gesetzgebers, der in § 35 I Nr. 5 BauGB den Bau von WEA im Außenbereich als privilegierte Vorhaben wertschätzt und ihnen gleichzeitig in § 1 III Nr. 4 BNatSchG als erneuerbare Energie eine für den Naturschutz relevante Rolle zuweist.

Trotz der mittlerweile normativen Niederlegung in § 44 V 1 Nr. 1 BNatSchG vermag es die Signifikanzschwelle bislang nicht, für eine erhöhte Rechtssicherheit im Rahmen von vorhabenbezogenen Genehmigungsverfahren zu sorgen.<sup>19</sup> Dies liegt zum einen an der ihr immanenten Unbestimmtheit, deren Konkretisierung durch ständige Gerichtspraxis zwar versucht wird, bisher jedoch nicht vollends überzeugen kann. Auf der anderen Seite liegt dies an den Grenzen der gerichtlichen Überprüfbarkeit einer behördlichen Entscheidung und der damit zusammenhängenden Abhängigkeit von ökologischer Wissenschaft und Praxis.

### I. Tötungsverbot

Grundsätzlich verbietet § 44 I 1 Nr. 1 BNatSchG die Tötung wild lebender Tiere der besonders geschützten Art. Es handelt sich um eine gebundene Entscheidung der Behörde, sofern die Voraussetzungen des Verbots erfüllt sind. Eine nachvollziehende Abwägung könne beim Vorliegen der Voraussetzungen nicht erfolgen, denn zwingende gesetzliche Verbote seien miteinander abzuwägenden Wertungen nicht zugänglich.<sup>20</sup>

Dabei begründet die Systematik des Tötungsverbotens einen Individuenschutz für betroffene Tiere, der keine Reduzierung auf populationsbezogene Beeinträchtigungen zulässt.<sup>21</sup> Abweichend von den Regelungen in Art. 12 I a) FFH-RL<sup>22</sup> und Art. 5 a) VRL<sup>23</sup>, dem europarechtlichen Hintergrund der Schaffung des nationalen Tötungsverbotens im BNatSchG, findet sich in der nationalen Regelung kein Hinweis auf die Absichtlichkeit der Tötung. Der EuGH<sup>24</sup> hat dabei schon 2002 und 2006 festgestellt, dass die dem Handelnden nachzuweisende Absichtlichkeit erfüllt ist, sofern er die Tötung eines Exemplars einer

12 BGBl. I, S. 3434 ff.

13 Vgl. BeckOK Umweltrecht Giesberts/Reinhardt/Gläb, BNatSchG, 52. Edition, § 44 Rn. 7.

14 Köck/Bovet, ZuR 2018, 579; siehe auch: Studie des Umweltbundesamtes, Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen, März 2019, [https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2019-03-20\\_pp\\_m\\_indestabstaende-windenergieanlagen.pdf](https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2019-03-20_pp_m_indestabstaende-windenergieanlagen.pdf) (letzter Zugriff 15.11.2019), S. 21.

15 Maslaton/Kupke, Windenergieanlagen, 2. Auflage 2018, Kap. 1 III, S. 39 Rn. 142 ff.

16 Vgl. Rectanus, NVwZ 2009, 871, 873.

17 BVerwG, Urte. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12, Rn. 6., ZNER 2013, 532.

18 BVerwG, Urte. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, Rn. 91.

19 Maslaton, NVwZ 2019, 1081, 1082;

20 Maslaton/Kupke, Windenergieanlagen, 2. Auflage 2018, Kap. 1 III, S. 39 Rn. 146.

21 BVerwG, Urte. v. 21.06.2006, NVwZ 2006, 1161, 1163f.

22 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992, ABl. L 206/7-50 vom 22.07.1992.

23 Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments vom 30.11.2009, ABl. L 20/7-25 vom 26.01.2010.

24 EuGH, Urte. v. 30.01.2002, Rs. C-103/00 („Carretta-carretta“); EuGH Urte. v. 18.05.2006, Rs. C-221/04, Rn. 35 ff.

geschützten Art gewollt oder zumindest in Kauf genommen habe.<sup>25</sup> Das umfasst sogar solche Tötungen, die sich als unvermeidliche Konsequenz eines ansonsten rechtmäßigen Verwaltungshandelns darstellen.<sup>26</sup> Solange diese europäische Rechtsprechung bestand hat und die deutschen Verwaltungsgerichte dieser Ansicht folgen, ist das Tötungsverbot – vom Wortlaut des § 44 (1) Nr. 1 BNatSchG abweichend – schon sehr früh verwirklicht. Möglicherweise ändert der Europäische Gerichtshof hier seine bisherige Rechtsprechung aufgrund eines derzeit anhängigen Vorabentscheidungsersuchens aus Schweden.<sup>27</sup>

Eine strengere Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben in nationales Recht kann nicht als per se europarechtswidrig angesehen werden. Vielmehr ist eine den unionsrechtlichen Wortlaut überschreitende Umsetzung richtlinienkonform, soweit die EU-Richtlinien lediglich als Mindestschutzstandard im Bereich des Artenschutzes dienen sollen.<sup>28</sup> An der Vereinbarkeit des nationalen Tötungsverbots mit seiner unionsrechtlichen Grundlage bestünden insoweit keine rechtlichen Bedenken. Allerdings könnten die unterschiedlichen Anforderungen zu einem Auseinanderfallen der Beurteilung des Vorliegens eines Verstoßes gegen das Tötungsverbot führen, je nachdem, ob nach nationalem deutschem Recht oder auf unionsrechtlicher Ebene eine Verletzung des Verbots zu prüfen ist.<sup>29</sup>

Ein komplettes Loslösen des Tötungsverbot von absichtlichen Handlungen des Vorhabenträgers auf nationaler Ebene hätte die grenzenlose Ausuferung des Verbotes und die fehlende Genehmigungsfähigkeit von Eingriffsvorhaben zur Folge. Es bedurfte daher zwingend einer sachgerechten Einschränkung, sodass im Rahmen von Eingriffsvorhaben, wie beispielsweise dem Bau von WEA, der Tatbestand des Tötungsverbot nicht ohnehin erfüllt sei, wenn eine oftmals sicher vorhersehbare und trotz aller Anstrengungen nicht völlig zu verhindernde Tötung geschützter Individuen vorliege.<sup>30</sup> Gemäß ständiger Rechtsprechung erfülle ein konkretes Vorhaben den Verbotstatbestand einer Tötung eines Individuums der besonders geschützten Art nur, wenn sich das Risiko einer solchen Tötung in signifikanter Weise gegenüber dem status quo erhöhe.<sup>31</sup>

## II. Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung

Wie bereits erörtert, entstand das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung der Tötung eines wild lebenden Tieres der besonders geschützten Art aus rechtshistorischer Sicht durch die ständige Rechtsprechung und hat sich normativ in § 44 V 1 Nr. 1 BNatSchG etabliert. Doch auch die normative Verankerung hinterlässt mit der Anknüpfung an den Begriff der Signifikanz einen unbestimmten Bewertungsspielraum für die Rechtsprechung. Denn der Begriff der Signifikanz bedarf als unbestimmter Rechtsbegriff der juristischen Auslegung, wobei sich das Verständnis der Signifikanz konkret an dem Kontext des § 44 BNatSchG zu orientieren hat.<sup>32</sup> Zur Feststellung, ob ein Vorhaben das Tötungsrisiko für ein spezifisches Individuum einer besonders geschützten Art in signifikanter Weise erhöht, ist eine Berücksichtigung verschiedener projekt- und artbezogenen Kriterien sowie weiterer naturschutzfachlicher Parameter notwendig, sodass eine Einzelfallbetrachtung geboten ist.<sup>33</sup> Es handelt sich dabei jeweils um eine in die Zukunft gerichtete Gefahren- und Risikoprognose, der gewisse Unsicherheiten immanent sind.<sup>34</sup>

Bereits aus dem Wortlaut des § 44 V 1 Nr. 1 BNatSchG, dass kein Verstoß gegen das Tötungsverbot vorliege, wenn das Vorhaben das Risiko „nicht signifikant erhöht“, ergibt sich, dass ein zuvor vorliegendes, oben benanntes spezifisches Grundrisiko der Tötung eines geschützten Individuums nicht zur Tatbestandserfüllung ausreichen kann. Es sei also keinesfalls ein Nullrisiko für ein neues Vorhaben zu fordern, denn menschengemachte Vorhaben seien Teil der Ausstattung des natürlichen Lebensraumes der Tiere und es bedürfe besonderer Umstände, die eine Signifikanz begründen.<sup>35</sup> Die Auslegung der Signifikanz müsse sich am Maßstab der praktischen Vernunft und am Maßstab der Sozialadäquanz orientieren.<sup>36</sup> Ausgehend davon könne eine einheitliche, pauschalisierte Bagatellgrenze nicht zur Bewertung der signifikanten Risikoerhöhung ausreichen, sondern verlangt stattdessen eine artspezifische Untersuchung.<sup>37</sup> Diese erfordere die Feststellung, dass die Tierart in artenschutzrechtlich relevantem Umfang im Bereich des Vorhabens vorkomme und häufig den Gefährdungsbereich des Vorhabens schneide, ohne dass durch Vermeidungs- und Schutzmaßnahmen, wie die kontrollierte Abschaltung, wirksam Zusammenstöße verhindert werden können.<sup>38</sup> Ein Monitoring kann als Schutzmaßnahme dienen, ist aber nicht zur Behebung von behebbaren Erkenntnislücken und Ermittlungsdefiziten der Behörde zulässig.<sup>39</sup>

Zwar ist grundsätzlich auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des Tötungsverbot die Genehmigungsfähigkeit gegeben, wenn eine weitere Ausnahme zu den Verboten nach § 45 VII Nr. 4, 5 BNatSchG zugelassen wird. Allerdings darf diese Ausnahmeregelung nicht zur ständigen Genehmigungspraxis werden, ansonsten widerspräche die Anwendung dem Regelungszweck und -ziel.<sup>40</sup> Zwar hat der Gesetzgeber seit Novellierung des BNatSchG klargestellt, dass es grundsätzlich auch privaten Vorhabenträgern gestattet sei, eine Zulassung einer Ausnahme nach § 45 BNatSchG zu erhalten, allerdings sind daran hohe Anforderungen zu knüpfen, um keine „billige Flucht in die Ausnahme“ zu ermöglichen.<sup>41</sup> Zudem ist die Frage der Europarechtskonformität der artenschutzrechtlichen Ausnahme bei Vorhaben der Windenergienutzung mindestens offen.

Zwar ist grundsätzlich auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des Tötungsverbot die Genehmigungsfähigkeit gegeben, wenn eine weitere Ausnahme zu den Verboten nach § 45 VII Nr. 4, 5 BNatSchG zugelassen wird. Allerdings darf diese Ausnahmeregelung nicht zur ständigen Genehmigungspraxis werden, ansonsten widerspräche die Anwendung dem Regelungszweck und -ziel.<sup>40</sup> Zwar hat der Gesetzgeber seit Novellierung des BNatSchG klargestellt, dass es grundsätzlich auch privaten Vorhabenträgern gestattet sei, eine Zulassung einer Ausnahme nach § 45 BNatSchG zu erhalten, allerdings sind daran hohe Anforderungen zu knüpfen, um keine „billige Flucht in die Ausnahme“ zu ermöglichen.<sup>41</sup> Zudem ist die Frage der Europarechtskonformität der artenschutzrechtlichen Ausnahme bei Vorhaben der Windenergienutzung mindestens offen.

## III. Einschränkung gerichtlicher Kontrolle

Den Planfeststellungsbehörden, wie auch den zuständigen Behörden in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren<sup>42</sup>, war für die fachliche Beurteilung eine Einschätzungsprärogative zuerkannt worden<sup>43</sup>, die wiederum ihre Grenzen dort findet, wo sich ein fachlich anerkannter Stand der Wissenschaft herauskristallisiert hat. Ein solcher fehlt bislang in

25 Für eine genauere Definition durch die Europäische Kommission: Leitfaden zu 92/43/EWG, endgültige Version Februar 2007, S. 40, II. 3.1, Rn. 33.

26 Siehe dazu auch: BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, NVwZ 2009, 302, 311.

27 Rechtssache C-473/19: Vorabentscheidungsersuchen des Vänersborgs tingsrätt, mark- och miljöödomstolen (Schweden), eingereicht am 18. Juni 2019 – Föreningen Skydda Skogen.

28 Landmann/Rohmer/Gellermann, Umweltrecht, BNatSchG, § 44 Rn. 6.

29 Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft Vögel Artenschutz, S. 21 f.

30 Landmann/Rohmer/Gellermann, Umweltrecht, BNatSchG, § 44 Rn. 9.

31 BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, NVwZ 2009, 302, 311; Urt. v. 18.09.2009, NVwZ 2010, 44, 49f; Urt. v. 14.07.2011, ZuR 2011, 95, 99.

32 Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft Vögel Artenschutz, S. 30 ff.

33 So in der Gesetzesbegründung: BReg-Drs. 168/17 S. 14f.

34 Ruß, ZuR 2017, 602, 603.

35 Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.02.2017 – 7 A 2/15, Rn. 466(m.w.N.).

36 Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft Vögel Artenschutz, S. 32, unter Verweis auf: BVerwG 08.01.2014 – 9 A 4/13.

37 BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 – 4 A 5.14, Rn. 78 ff., ZNER 2016., 254.

38 BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, Rn. 46; Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12.10, Rn. 99.

39 Ruß, ZuR 2017, 602, 605.

40 Vgl. Landmann/Rohmer/Gellermann, Umweltrecht, BNatSchG, § 44 Rn. 51.

41 Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft Vögel Artenschutz, S. 89 ff.

42 BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12 –, Rn. 3 ff., ZNER 2013, 532, Rn. 3 ff.

43 St. Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12.10, Rn. 99; Urt. v. 06.04.2017 – 4 A 16/16, Rn. 75f.



der Methodik der Bestimmung der Signifikanz des Tötungsrisikos, sodass die gerichtliche Kontrolle behördlicher Entscheidungen stark eingeschränkt wird und der Einschätzungsprärogative der Behörde erhebliche Bedeutung zuwächst. Auf die damit verbundene Problematik eines erheblichen Mangels an Rechtssicherheit weist das BVerfG mit Beschluss vom 23. Oktober 2018 hin und erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung vorzunehmen, um nicht dauerhaft Entscheidungen, die auf einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ beruhen, dulden zu müssen.<sup>44</sup> Eine Einschätzungsprärogative als solche besteht jedenfalls in immissionsschutzrechtlichen Verfahren nunmehr nicht mehr, wenn auch die nach wie vor notwendigen Bewertungen im Ergebnis häufig noch auf das gleiche hinauslaufen. Zwar ergebe sich grundsätzlich aus Art. 19 IV GG und der daraus zu entnehmenden Garantie des effektiven Rechtsschutzes eine Verpflichtung für die Gerichte, behördliche Verwaltungsakte in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig zu überprüfen. Eine solche Überprüfungspflicht stoße jedoch dort an ihre Grenzen und wandle sich zu einer bloßen Plausibilitätskontrolle der behördlichen Entscheidung, wo es bei außerrechtlichen naturschutzfachlichen Kriterien weder konkretisierende normative Vorgaben gebe noch sich eine allgemeine, fachlich anerkannte Methode herausgebildet habe. In einem solchen Fall sei dem Gericht auch keine weitere Ermittlungspflicht und insbesondere keine Pflicht zur Erteilung von Forschungsaufträgen auferlegt, sondern es habe, da keine objektiv abschließende Entscheidung der Richtigkeit der fachlichen Beurteilung möglich ist, die behördliche Einschätzung der fachlichen Frage zu folgen, solange sie plausibel erscheint.<sup>45</sup> Wegen einer fehlenden Nachbesserungsmöglichkeit einer versagten Genehmigung gewinnt die Plausibilitätskontrolle an erhöhter Bedeutung.<sup>46</sup> Ob sich für die Überlassung eines solchen Beurteilungsspielraumes an die Behörde eine hinreichend bestimmte Anknüpfung in § 44 BNatSchG findet, wird zwar in der Literatur bezweifelt, lässt das BVerfG in seiner Entscheidung unbeantwortet.<sup>47</sup>

Mit dieser Entscheidung weist das BVerfG also maßgeblich auf das bestehende Problem im Rahmen des Tötungsverbots hin. Eine Maßstabsbildung wurde schon durch das „Helgoländer Papier“, dem Mortalitäts-Gefährdungs-Index und auch den pauschalen Abstandsforderungen, versucht, allerdings ohne, dass eine zumindest untergesetzliche Gewichtung dieser Maßstäbe erfolgt wäre. Bereits nach momentan herrschender Auffassung in der Rechtsprechung machen pauschale Abstandsempfehlungen eine einzelfallbezogene Prüfung der Verletzung des Tötungsverbots nicht entbehrlich.<sup>48</sup> Es fehlt solchen Leitlinien die juristische Bindungswirkung und die bundeseinheitliche Anwendung, die für eine einheitliche Genehmigungspraxis notwendig wäre, sodass sie lediglich Indizwirkung bei der Bewertung der Signifikanz entfalten.<sup>49</sup>

#### IV. Probabilistik in der Rechtspraxis

Zur Erreichung einer einheitlichen Genehmigungspraxis erscheint eine Beurteilung des Tötungsrisikos und insbesondere seiner Signifikanz anhand von probabilistischen Gutachten sinnvoll. In anderen baurechtlich mit Tötungsrisiken behafteten

Bereichen erfolgt eine solche Anknüpfung an die Probabilistik seit langem. Die Schaffung klarer Schwellenwerte ermöglicht nämlich eine nachvollziehbare positive oder negative Entscheidung im Genehmigungsverfahren und kann damit der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit dienen.

Die Probabilistik beschreibt eine Risikoanalyse anhand von Wahrscheinlichkeitsrechnungen, die durch die quantitative Abschätzung und Berechnung von Wahrscheinlichkeiten eine Beherrschbarkeit von Störfällen vorhersagt.<sup>50</sup> Im Rahmen der Atomenergie hat das BVerfG<sup>51</sup> schon 1978 entschieden, dass für eine notwendige Risikoanalyse eine Ermittlung aller entsprechenden Faktoren verlangt werde und selbst dann ein Maß an Unbestimmtheit verbleibe, was in der Natur des menschlichen Erfahrungswissens begründet sei. Für eine in die Zukunft gerichtete Risikoprognose sei der Gesetzgeber auf Erfahrungswerte angewiesen. Sofern es an einer hinreichenden Erfahrungsgrundlage fehle, müsse er sich auf Schlüsse aus simulierten Verläufen (sog. Annäherungswissen) beschränken.<sup>52</sup> Durch diesen Beschluss eröffnete das BVerfG bereits damals die Möglichkeit für probabilistische Argumentationen im Rahmen von Gefahrenprognosen, insbesondere bezüglich Eintrittswahrscheinlichkeiten, juristische Bindungswirkung zu entfalten und das, obwohl im Atomrecht eine Gefährdung ganz ausgeschlossen werden musste.<sup>53</sup> Im Bereich der Bewertung konkreter sicherheitsrelevanter Fragestellungen bezüglich der Errichtung und des Betriebs von Kernkraftanlagen wurde im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheitsüberprüfung und außerhalb derer auf probabilistische Sicherheitsanalysen zurückgegriffen.<sup>54</sup> Dagegen ist bezüglich des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots lediglich eine Bewertung zu treffen, ob sich das Risiko der Tötung eines Individuums der betroffenen Art signifikant durch das Vorhaben erhöht.

Auch in der Literatur wird das Fehlen rechenhaft handhabbarer, naturschutzfachlicher Verfahren für eine bundeseinheitliche, verfahrensbeschleunigende Genehmigungspraxis bemängelt.<sup>55</sup> Durch die angeregte Gestaltung einer TA Artenschutz<sup>56</sup> soll versucht werden einheitliche Bewertungsmaßstäbe zu schaffen, die für eine untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen sollen und das monierte Erkenntnisvakuum bei den zuständigen Behörden beseitigen sollen. Laut des Vorschlags soll dabei der Populationsansatz verankert werden, sodass eine Beurteilung des Mortalitätsrisikos der konkreten Population im Bereich des Vorhabens in Bezug zur Gesamtpopulation der Art in Frage käme.<sup>57</sup> Zur Ausfüllung des konkreten Inhalts<sup>58</sup> und zur Umsetzung der Schwellenwerte, die die zukünftige TA Artenschutz vorgeben könnte, wäre ebenfalls ein Rückgriff auf probabilistische Gutachten betreffend der Bestimmung der Schwellenwerte auf Basis der einzelnen artspezifischen Kriterien einer bestimmten Art möglich.

50 Tettinger, NVwZ 1987, 966.

51 BVerfG, B. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359, 362 f.

52 BVerfG, B. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359, 364.

53 Vgl. Tettinger, NVwZ 1987, 966.

54 Vgl. BfE, Methoden und Beispiele für die probabilistische Bewertung sicherheitsrelevanter Fragestellungen außerhalb der SÜ, Januar 2018, abrufbar unter: [https://doris.bfs.de/jspui/bitstream/urn:nbn:de:0221-2018013014519/3/BfE-SCHR-03-18\\_FAK%20PSA.pdf](https://doris.bfs.de/jspui/bitstream/urn:nbn:de:0221-2018013014519/3/BfE-SCHR-03-18_FAK%20PSA.pdf) (letzter Zugriff: 16.11.2019).

55 Maslaton, NVwZ 2019, 1081, 1082; vgl. auch Köck/Bovet, ZuR 2018, 579, 581.

56 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, 07.10.2019, abrufbar unter: [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/staerkung-des-ausbauender-windenergie-an-land.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&tv=12](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/staerkung-des-ausbauender-windenergie-an-land.pdf?__blob=publicationFile&tv=12) (letzter Aufruf, 16.11.2019).

57 Unter Verweis auf eine ähnliche Regelung in Belgien: Maslaton, NVwZ 2019, 1081, 1082.

58 Generell zu möglichem und konkretem Inhalt einer TA Artenschutz: Maslaton, NVwZ 2019, 1081, 1082.

44 BVerfG, B. v. 23.10.2018, Rn. 24.

45 BVerfG, B. v. 23.10.2018, Rn. 17 ff.

46 Vgl. Seibert, NVwZ 2018, 97, 101.

47 Maslaton, NVwZ 2019, 1081, 1082.

48 Maslaton/Kupke, Windenergieanlagen, 2. Auflage 2018, Kap. 1 III, S. 40 Rn. 148 m. w. N.

49 Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft Vögel Artenschutz, S. 66 ff.; Köck/Bovet, ZuR 2018, 579, 581 f.

## C Technische Umsetzung der Ermittlung des Tötungsrisikos für betroffene Arten und Abgleich mit Grenzwerten aus vergleichbaren Vorschriften

Damit ein Vergleich mit dem Grenzwert für das Tötungsrisiko möglich ist, muss zunächst der Ist-Zustand ermittelt werden. In verschiedenen Bereichen der Technik hat sich für statistisch verteilte Problemstellungen, wie sie hier vorliegt, der probabilistische Ansatz bewährt. Als Beispiel dafür lässt sich das vom Deutschen Verein des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW) anerkannte Verfahren zur Ermittlung von Mindestabständen für WEA<sup>59</sup> nennen. Wird ein sog. Schutzobjekt (also ein zu schützendes Objekt; z. B. eine Pipeline oder ein Gebäude) in der Nähe einer WEA errichtet oder wird eine WEA in der Nähe eines bereits bestehenden Schutzobjektes errichtet, muss ein nötiger Abstand ermittelt werden, sodass die durch die WEA ausgehende Gefährdung für das Schutzobjekt hinreichend gering ist. Im Falle des probabilistischen Ansatzes der Ermittlung von Mindestabständen von WEA zum Schutzobjekt werden für verschiedene Fehlermechanismen (Eisabfall, Abwurf von Teilen eines Rotorblattes etc.) diverse statistisch verteilte Parameter, sowie technische Daten der Anlage verwendet, um die Wahrscheinlichkeit zu berechnen, mit der das betrachtete Schutzobjekt im Falle eines der o. g. Vorkommnisse vom Anlagenteil oder Eisbrocken getroffen wird. Für jede Kombination von Anlagendaten (Höhe, Rotordurchmesser, Drehgeschwindigkeit usw.), sowie der Umgebungsbedingungen (Windrichtung, und -geschwindigkeit etc.) ergeben sich in Abhängigkeit der Entfernung andere Trefferwahrscheinlichkeiten. Der Mindestabstand bezeichnet dann denjenigen Abstand vom Schutzobjekt zur WEA, bei der die akzeptierte Eintrittswahrscheinlichkeit für einen Treffer gerade nicht mehr überschritten wird. Damit also eine Bestimmung eines Mindestabstandes möglich ist, müssen sowohl eine Methodik zur Wahrscheinlichkeitsbestimmung, als auch ein sog. Akzeptanzniveau vorhanden sein. Das Akzeptanzniveau definiert den Grenzwert für die Eintretenswahrscheinlichkeit und sollte in Gesetzen, Normen u. ä. festgelegt werden. Im Falle der oben genannten Gasleitungen in der Nähe von WEA liefert die DIN EN ISO 16708<sup>60</sup> einen Grenzwert.

Während dieses Vorgehen auch in anderen technischen Bereichen üblich ist (z. B. Durchführung von Risikoabwägungen beim Vergleich von verschiedenen Bauverfahren), gibt es für die Einflussnahme von WEA auf Vögel bisher weder Grenzwerte, noch ein einheitliches Verfahren zur Wahrscheinlichkeitsermittlung.

Als Vorschlag für ein Verfahren zur Ermittlung des Tötungsrisikos von Vögeln an WEA, wird eine Berechnungsmethode vorgeschlagen, welche in Analogie zum oben beschriebenen Verfahren funktioniert. Jede Greifvogelart zeigt spezifische Verhaltensweisen, die von einem sachkundigen Ornithologen beschrieben werden können. In einer solchen Artbeschreibung wird u. a. das charakteristische Flugverhalten detailliert erläutert. Diese Informationen können als Basis für ein Berechnungsmodell genutzt werden. Es werden also die Anwesenheit der Art (z. B. Tage pro Jahr), das Flugverhalten bei diversen Wetterbedingungen (z. B. Niederschlag, Windgeschwindigkeiten) und ähnliche artspezifische Verhaltensweisen im Berechnungsmodell berücksichtigt.

Weitere wichtige Eingangsparameter für die Berechnung zum Flugverhalten der Art können durch bestehende wissenschaftliche Erkenntnisse aus vorliegenden Studien, Telemetrie-Stu-

dien, Raumnutzungsanalysen und Beobachtungen gesammelt werden. Die Beobachtungen des genauen Aufenthaltsortes um die Brutstätte sowie zur Flughöhe in dem betrachteten Gebiet lassen sich mathematisch in statistischen Verteilungen beschreiben. So kann ermittelt werden, welche klimatischen und zeitlichen Bedingungen vorliegen müssen, damit die entsprechende Art sich überhaupt im betrachteten Gebiet aufhält und sich im Flug befindet. Die Auswertung von Wetteraufzeichnungen und Windanalysen für den Standort erlaubt das Feststellen der tatsächlichen Situation. Durch den Vergleich von notwendigen Bedingungen, dass eine Art sich im Bereich der betrachteten WEA aufhält und sich aufgrund der Tageszeit, Wetter- und Windbedingungen überhaupt im Flug befinden kann, lässt sich eine Wahrscheinlichkeit ermitteln, welche das Zusammentreffen von Bedingungen und tatsächlichen Gegebenheiten beschreibt.

Die technischen Daten und Beschränkungen der WEA liefern weitere Werte zur Konkretisierung der Wahrscheinlichkeit. Damit überhaupt eine Kollision und damit die Tötung eines Vogels geschehen kann, muss der Vogel sich im Gefahrenbereich der Anlage aufhalten und die Anlage in Betrieb sein. Da wegen technischer Einschränkungen eine WEA nicht bei allen Wetterbedingungen (insbesondere Windgeschwindigkeiten) betrieben werden kann, führt auch hier ein Abgleich der Windanalyse des Standortes mit den technisch möglichen Betriebsweisen der Anlage zu einer Wahrscheinlichkeit. Nun ist jedoch der Fall denkbar, dass die Anlage sich in Betrieb befindet und der Vogel sich im Gefahrenbereich befindet und dennoch keine Kollision stattfindet. Eine WEA besitzt in der Regel drei Rotorblätter, welche je nach Windgeschwindigkeit und Einspeisemöglichkeit ins Netz mit einer bestimmten Geschwindigkeit rotieren. Es ist also ohne weiteres möglich, dass ein Vogel, ohne Schaden zu nehmen, zwischen den rotierenden Rotorblättern hindurchfliegt. Die Wahrscheinlichkeit für eine Kollision kann ermittelt werden, indem eine Betrachtung der nötigen Durchflugzeit des Vogel mit seiner charakteristischen Flugeschwindigkeit in Kombination mit einem Abgleich der Fläche der Rotorblätter und der möglichen Trefferfläche des Vogels durchgeführt wird.

Durch die Kombination der verschiedenen ermittelten Wahrscheinlichkeiten

- dass der Vogel sich im Flug und im Gefährdungsbereich aufhält
- dass die WEA in Betrieb ist
- dass eine Kollision stattfindet

lässt sich die Kollisionswahrscheinlichkeit für ein Individuum berechnen. Um die Risikobewertung auf der sicheren Seite liegend durchzuführen, wird angenommen, dass die Konsequenz einer rechnerisch möglichen Kollision immer der Tod des Tieres ist. Daher kann die Kollisionswahrscheinlichkeit auch als Tötungsrisiko umschrieben werden.

Die Bestimmung von Wahrscheinlichkeiten und der Abgleich der ermittelten Wahrscheinlichkeiten ist in der Technik ein bereits erprobtes Bewertungswerkzeug. Verschiedene Vorschriften liefern diverse Grenzwerte für Schadensszenarien zur Risikobewertung.

Die DIN EN 50126<sup>61</sup> „Bahnanwendungen: Spezifikation und Nachweis der Zuverlässigkeit, Verfügbarkeit, Instandhaltbarkeit und Sicherheit“ beschreibt zur Grenzwertfindung unter anderem das „Prinzip der minimalen endogenen Sterblichkeit“. Der Tod eines Menschen kann verschiedenste Ursachen haben. Eine Gruppe von Ursachen wird „*technologische Tatsachen*“ genannt und beinhaltet z. B. den Tod durch Verkehr, Maschi-

59 DVGW, „Schlussbericht – Windenergieanlagen in Nähe von Schutzobjekten, Bestimmung von Mindestabständen“, Revision 1, Ausgabe 2014 i. V. m. DVGW Rundschriften G 07/15.

60 DIN EN ISO 16708, „Erdöl- und Erdgasindustrie – Rohrleitungstransportsysteme – Zuverlässigkeitsanalysen“, Ausgabe 2006.

61 DIN EN 50126-2, „Bahnanwendungen – Spezifikation und Nachweis von Zuverlässigkeit, Verfügbarkeit, Instandhaltbarkeit und Sicherheit“, Ausgabe 2018.

nen etc. Der Tod durch eine Krankheit o. Ä. ist also nicht in dieser Ursachengruppe enthalten. Der entsprechende Anteil wird „endogene Sterblichkeit“ genannt. Für die Betrachtung werden die Menschen in Abhängigkeit ihres Alters ebenfalls in Gruppen aufgeteilt. Um eine konservative Betrachtung zu erreichen wird die Gruppe mit der niedrigsten Sterberate durch die Ursachengruppe „*technologische Tatsachen*“ gewählt (entspricht der Gruppe der 5- bis 15jährigen). Die endogene Sterblichkeit der Gruppe mit der geringsten Sterberate wird „*minimale endogene Sterblichkeit*“ genannt. Diese beträgt 0,0002 (=  $2,0 \cdot 10^{-4}$ ) Todesfälle pro Person und Jahr. Als Grundsatz gilt, dass „*Gefahren, die auf ein neues Verkehrssystem zurückzuführen sind, keine nennenswerte Erhöhung der [minimalen endogenen Sterblichkeit] verursachen*“. Als nicht „*nennenswerte Erhöhung*“ der Sterberate der Personen wird ein Wert von 0,00001 (=  $1,0 \cdot 10^{-5}$ ) Todesfällen pro Person und Jahr angesehen. Wenn ein neues Verkehrssystem einen solche Erhöhung herbeiführt, ist diese also als nicht signifikant einzustufen und daher zulässig.

Ein weiteres Beispiel aus der Technik liefert der „Standard Konstruktion“ des Bundesamtes für Seeschifffahrt und Hydrographie<sup>62</sup>, welcher die konstruktive Ausführung von Offshore-Bauwerken beschreibt. In der Praxis kommt es zu Unfällen, bei denen z. B. ein Schiff mit einem Offshore-Bauwerk kollidiert. Daher wird für solche Bauwerke auch eine Risikoanalyse durchgeführt. Um Grenzwerte festzulegen, werden zunächst mögliche Konsequenzen definiert. Die Zerstörung einer Offshore-WEA, ein Leck in der inneren Schiffshülle, ein Leck in den Ladetanks, Schwerverletzte oder „*wenige Tote*“ werden als „*schwerwiegende Konsequenz*“ bezeichnet. In der Risikobewertung wird festgelegt, dass eine schwerwiegende Konsequenz „*äußerst selten*“ eintreten darf. Dies wird mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit von 0,001 (=  $1,0 \cdot 10^{-3}$ ) Ereignissen pro Jahr beziffert. Für geringere Umwelteinflüsse oder wenige Verletzte ist der Grenzwert etwas weniger streng, sodass 0,01 Ereignisse pro Jahr als zulässig betrachtet werden.

Mangels einer Festlegung eines Grenzwertes für die „signifikante Erhöhung“ des Tötungsrisikos, liegt es nahe die rechnerisch ermittelten individuellen Tötungsrisiken für Greifvögel mit bereits anerkannten und angewandten Grenzwerten aus der Technik zu vergleichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die oben genannten Grenzwerte des Bundesamtes für Seeschifffahrt und Hydrographie und der DIN EN 50126 auf den Tod eines Menschen beziehen. Wir schlagen vor, einen Grenzwert in Analogie zur DIN EN 50126 für die Bewertung des Tötungsrisikos von Vögeln abzuleiten. Dadurch entstünde ein Grenzwert je Vogelart, welcher zehnfach geringer ist, als die minimale endogene Sterblichkeit der Vogelart. Wenn beispielsweise die minimale endogene Sterblichkeit einer Vogelart 0,84% (=  $8,4 \cdot 10^{-3}$ ) beträgt, betrüge der mittels Analogieschluss gebildete Grenzwert 0,084% (=  $8,4 \cdot 10^{-4}$ ). Wenn in der Gesellschaft für die Nutzung eines Verkehrssystems ein individuelles Risiko von 0,0002 Todesfällen pro Jahr als Akzeptanzniveau für Menschen gewählt wurde, sollte dies für Greifvögel mehr als ausreichend sein.

Es ist daher davon auszugehen, dass eine signifikante Erhöhung bei der Einhaltung dieses individuell gebildeten Grenzwertes nicht vorliegt.

Sollte der Grenzwert an einzelnen Anlagen oder im Windpark nicht eingehalten werden, sind verschiedene Maßnahmen denkbar, um die Kollisionswahrscheinlichkeit und damit das Tötungsrisiko zu minimieren. Die WEA, welche zu einer signifikanten Erhöhung des Risikos führen, können z. B. bei be-

stimmten Windgeschwindigkeiten, Tageszeiten oder bedarfsgerecht über technische Systeme zur Vogeldetektion abgeschaltet oder „gedrosselt“ werden. So lässt sich abhängig von der betroffenen Vogelart und ihrem Verhalten ein Katalog mit gezielten Maßnahmen entwickeln, der für den notwendigen Schutz der Art sorgt und gleichzeitig den Anlagenbetrieb nicht mehr als nötig beeinträchtigt.

## D Fazit

Die inhaltliche Ausfüllung der Unbestimmtheit der Signifikanzschwelle ist eine der dringlich zu beseitigenden Problematiken im Rahmen von Genehmigungsverfahren für WEA. Eine strikte räumliche Trennung von Artenschutz und WEA kann sich nur als Möglichkeit in für den Artenschutz besonders bedeutsamen Räumen erweisen.<sup>63</sup> Das bedeutet, dass sich das Spannungsfeld zwischen Artenschutz und der Windenergie insbesondere durch den geplanten Zubau weiterer Anlagen noch weiter verdichten wird. Einerseits ist somit der Gesetzgeber gefordert, der für die Steuerung des Konflikts zwischen Artenschutz und Ausbau erneuerbarer Energien zuständig ist. Er muss den Behörden eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung anhand der bisher bekannten Methoden zur Bewertung des Signifikanzkriteriums an die Hand geben.

Auf der anderen Seite wird auch von der ökologischen Wissenschaft und Praxis erwartet, die Rolle als nicht eindeutiger Erkenntnisgeber<sup>64</sup> aufzugeben und sich auf eine Methodik zu einigen, die die Signifikanz des zu erwartenden Tötungsrisikos mit größtmöglicher Wahrscheinlichkeit zu bestimmen vermag. Dadurch würde die gerichtliche Kontrolle sich nicht auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken und der erteilten Einschätzungsprerogative der Behörde wären vertretbare Grenzen gesetzt.

Andernfalls wäre durch die bloße normative Erfassung des Signifikanzkriteriums die Rechtssicherheit nicht in erwünschtem Maße gesteigert worden. Um ein geeignetes Maß an Rechtssicherheit gewährleisten zu können, müsste sich der fachliche Stand auf eine Berechnung des Mortalitätsrisikos anhand von vorhabenabhängigen Probabilitätsgutachten fußen, in denen sich die einzelnen artspezifischen Kriterien und das allgemeine Lebensrisiko als Variablen der Wahrscheinlichkeitsberechnung wiederfinden und die bundeseinheitliche Anerkennung finden. Ein Anknüpfen an die so konkret berechneten Signifikanzschwellenwerte würde den Vorhabenträgern und den Entscheidungsträgern der Behörde Planungssicherheit geben, denn bei einer Über- bzw. Unterschreitung der Schwellenwerte ließe sich eindeutig die Einschlägigkeit des Tötungsverbots feststellen. Sofern das Verbot bezüglich des geplanten Vorhabens einschlägig wäre, könnte der Vorhabenträger letztlich noch die Ausnahmeregelung aus § 45 VII Nr. 5 BNatSchG bemühen und, falls die Voraussetzungen vorliegen, so eine Genehmigung erlangen, wodurch der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift gewahrt würde. Gleichzeitig stellt sich die Anwendung dieser Methodik als die vom Gesetzgeber geforderte „Weiterentwicklung erarbeiteter Konzepte zur Bewertung der Mortalität wild lebender Tiere“<sup>65</sup> dar.

Als ein positiver Schritt des Gesetzgebers ist das Strategiepapier zu werten, in dem die Entstehung einer TA Artenschutz mit Verankerung eines Populationsansatzes, der Abbau von Genehmigungshindernissen, eine Verkürzung des Instanzenzuges bezüglich immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren und eine Beschleunigung solcher Genehmigungsverfahren an sich mittels einer zentralen Genehmigungsbehö-

62 Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, „Standard Konstruktion – Mindestanforderungen an die konstruktive Ausführung von Offshore-Bauwerken in der AWZ“, Ausgabe 2015.

63 Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft Vögel Artenschutz, S. 15.  
64 Maslaton/Kupke, Windenergieanlagen, 2. Auflage 2018, Kap. 1 III. S. 41 Rn. 151.

65 So in der Gesetzesbegründung: BReg-Drs. 168/17 S. 15.

de pro Bundesland, sowie eine Weiterentwicklung vom BNatSchG festgeschrieben sind.<sup>66</sup> Somit scheint sich der Gesetzgeber dem vom BVerfG aufgeworfenen Problem letztlich anzunehmen und insbesondere die notwendigen Ziele der Verfahrensbeschleunigung und der erhöhten Rechtssicherheit aufzugreifen. Gemeinsam mit der TA Artenschutz könnten probabilistische Gutachten für eine zwingend notwendige

Ausfüllung des fachwissenschaftlichen Erkenntnisvakuums sorgen.

66 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, 07.10.2019, abrufbar unter: [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/staerkung-des-ausbaus-der-windenergie-an-land.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/staerkung-des-ausbaus-der-windenergie-an-land.pdf?__blob=publicationFile&v=12) (letzter Aufruf, 16.11.2019).

Prof. Dr. *Edmund Brandt*

## Unbestimmte Rechtsbegriffe – Richterrecht – Konsequenzen für die Praxis

### Anmerkungen zur aktuellen windenergierechtlichen Situation\*

#### I. Ausgangslage

Wie nicht anders zu erwarten, ist die Ausgangslage komplex, geprägt durch eine Reihe von Einflussfaktoren und Facetten. Im hier interessierenden Zusammenhang mögen einige wenige Anstriche genügen und dürfte es ausreichen, einige zentrale Aspekte hervorzuheben, damit eine Grundlage für die sich anschließenden Überlegungen vorhanden ist.

Auffällig ist zunächst die rasante Zunahme von Gerichtsentscheidungen, die die Windenergie zum Gegenstand haben.<sup>1</sup> Ursachen für die Häufung von Gerichtsverfahren sind bekanntlich:

- unzureichende Normprogramme,
- eine geringe Folgebereitschaft, was behördliche Entscheidungen betrifft,
- eine günstige Prognose in Bezug auf Korrekturchancen

sowie umgekehrt

- die „Verzweiflung“ über behördliches Handeln bzw. auch Nicht-Handeln.<sup>2</sup>

Die klassische Implementationsforschung richtet ihr Augenmerk üblicherweise auf Vollzugshindernisse, die etwa in – wodurch auch immer hervorgerufenen – unzureichenden Implementationsinstanzen zu finden sind oder auch im Widerstand der Normadressaten. Gerade im Zusammenwirken von Genehmigungs- und Fachbehörden würde der Windenergiesektor insoweit ein ohne Zweifel unendlich reiches Betätigungsfeld bieten. Umso bedauerlicher ist, dass – soweit ersichtlich – es bisher an einschlägigen Untersuchungen dazu fehlt.

Inzwischen gehört indes ebenfalls zu den grundlegenden Erkenntnissen der Implementationsforschung, dass Vollzugsde-

fizite auch(!) – manchmal sogar vorrangig – im politischen Programm begründet liegen können.<sup>3</sup> Der Begriff „Politisches Programm“ ist in dem Zusammenhang selbstverständlich weit zu verstehen und umfasst nicht nur Gesetze im formellen Sinne,<sup>4</sup> sondern auch politische Verlautbarungen, denen eine handlungsleitende Funktion zugeschrieben wird.<sup>5</sup>

Ohne die Bedeutung anderer rechtlicher Handlungsfelder – erwähnt seien das Nachbar- oder das Denkmalschutzrecht – schmälern zu wollen, stehen im Windenergierecht vier neu-ralgische Bereiche ins Auge:

- das Planungsrecht,
- das Artenschutzrecht,
- das Luftverkehrsrecht

sowie

- der Stellenwert von Handlungsempfehlungen.

Vieles deutet nun darauf hin, dass die unübersehbaren, teilweise geradezu dramatischen Vollzugsdefizite ihren Ursprung in der Tat in Defiziten des Normprogramms haben. Im weiteren Verlauf wird darauf etwas näher eingegangen. Die Befunde, die dabei erzielt werden, geben Veranlassung, die Rolle der Rechtsprechung besonders zu würdigen.

#### II. Planungsrechtliche Anforderungen

Das Normprogramm besteht im Kern aus zwei Bestimmungen, § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG sowie § 1 Abs. 7 BauGB.

§ 7 Abs. 2 Satz 1 ROG lautet:

„... bei der Aufstellung der Raumordnungspläne sind die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen. ...“

\* Prof. Dr. Edmund Brandt ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Rechtswissenschaften der TU Braunschweig. Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den er im Forum Energierecht der 28. Windenergetage am 05.11.2019 in Potsdam gehalten hat.

1 Siehe den Überblick bei *Gawron*, Windenergie vor Gericht – Rechtssoziologisch betrachtet, in: Jahrbuch Windenergierecht 2018. Hrsg. Brandt, Berlin 2019, S. 191 ff., sowie nunmehr umfassend Bibliographie Windenergierecht, Hrsg. Brandt, Berlin 2020 (im Erscheinen).

2 Bei der Kategorisierung und Typisierung wird insoweit der klassische Implementationsansatz zugrunde gelegt, wie er insbesondere von *Mayntz* und *Scharpf* entwickelt und nach und nach verfeinert worden ist. Nach wie vor aktuell Implementation politischer Programme. Hrsg. Mayntz, Hanstein, 1980. Instrukтив auch Implementation politischer Programme, Bd. II: Ansätze zur Theoriebildung, Hrsg. Mayntz, Opladen 1983.

3 Zusammenfassend dazu bereits *Hucke/Wollmann*, Vollzug des Umweltrechts, in: Handwörterbuch des Umweltrechts, Band II, Hrsg. Kimminich u.a., Berlin 1994, Sp. 2694 ff. (2696). Siehe dazu auch *Brandt/Röckseisen*, Konzeption für ein Stoffstromrecht, Berlin 2000, S. 104 ff.

4 Zu den Abgrenzungen innerhalb der geschriebenen Rechtsquellen des deutschen Rechts und der dortigen Verortung des formellen Gesetzes siehe *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2017, S. 76 ff., m. w. N.

5 Als Beispiel aus der jüngsten Zeit sei das Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, BT-Drs. 19/13900, genannt.