

Probabilistik zur Bestimmung der Einhaltung oder Überschreitung der Signifikanzschwelle nach § 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG

**Christoph Brand, Rechtsanwalt,
Berghaus, Duin & Kollegen Rechtsanwälte Partnerschaft mbB**

**Fachanwalt für Verwaltungsrecht und zugleich
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**

(Rechtsanwälte Berghaus, Duin & Kollegen (Aurich))

Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG

(1) Es ist verboten,

1. wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten

§ 7 Abs. 1 Nr. 13 BNatSchG definiert u. a. als

besonders geschützte Arten

.....

bb) europäische Vogelarten

Artenschutzrechtliche Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG

(7) Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden ... können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen

1. zur Abwendung erheblicher wirtschaftlicher Schäden,
2. zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt,
3. für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung
4. im Interesse der Gesundheit des Menschen ...oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder
5. **aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses** einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

Problem

Kann im Falle der nicht auszuschließenden Tötung einzelner Exemplare der besonders geschützten europäischen Vogelarten - z.B. der Wiesenweihe - vom Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr.1 BNatSchG durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen eine Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG zugelassen werden, also die Erlaubnis zum Betreiben und damit zum Töten? Nur dann greift das Verbot nicht und die Genehmigung kann erteilt werden.

Töten in diesem Sinne ist nach bisheriger Rechtsprechung nämlich auch die unabsichtliche Tötung durch die Inkaufnahme von Schlagereignissen.

EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012 –

C 192/11

Die Republik Polen hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 1, 5 und 9 I und II der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten verstoßen, dass sie nicht alle im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten heimischen wildlebenden Vogelarten, deren Schutz in dieser Richtlinie vorgesehen ist, unter Schutz gestellt **und die Bedingungen für die Schaffung von Ausnahmen von den in dieser Richtlinie vorgesehenen Verboten nicht ordnungsgemäß definiert hat.**

(LSK 2013, 450590, beck-online)

Die Regelung ist mit der deutschen Ausnahmeregelung vergleichbar.

VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI (nicht rechtskräftig)

Leitsätze

- 1) Der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG ist wegen der abschließenden Aufzählung der Ausnahmegründe in Art. 9 Abs. 1 V-RL **auf europäische Vogelarten nicht anwendbar.**
- 2) Eine für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen erteilte Ausnahme vom Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG lässt sich nicht auf das in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG genannte Merkmal "öffentliche Sicherheit" stützen.

Zwischenfazit

Die Artenschutzrechtliche Ausnahme ist bislang keine sichere rechtliche Grundlage für die Schaffung der Genehmigungsfähigkeit von Windenergieanlagen. Die Voraussetzungen der Ausnahme sind nur schwer nachweisbar und die Ausnahmeerteilung ist jedenfalls bei der Genehmigung von Windkraftanlagen möglicherweise mit EU-Recht nicht vereinbar.

Es besteht daher das Dilemma, dass das Tötungsverbot nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte sehr schnell verwirklicht ist, gleichzeitig aber eine Ausnahme nicht möglich scheint.

Lösungsansätze

Änderung der Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG im Hinblick auf das Tötungsverbot und/oder bei der Ausnahme

Tätigkeit der EU, des Bundes und der Bundesländer

- Änderung des Art. 9 VRL, (Schaffung neuer Ausnahmegründe)
 - Änderung von § 44 Abs. 1 Nr. BNatSchG (nur noch Absicht genügt)
 - Änderung von § 45 Abs. 7 BNatSchG (Klimaschutz als Ausnahmegrund)
- Verordnungen und Erlasse der Länder über generelle Ausnahmen.

Problem: Änderungen alleine im deutschen Recht möglicherweise europarechtswidrig.

Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 10.09.2020, C-473/19,

Somit setzen die Verbote des Tötens und des Zerstörens nach Art. 5 Buchst. a und b der Vogelschutzrichtlinie im Prinzip nicht das Risiko voraus, dass sich die fragliche Maßnahme negativ auf den Erhaltungszustand der jeweiligen Tierarten auswirkt. Auch ein günstiger Erhaltungszustand der betroffenen Art schließt die Anwendung dieser Verbote nicht aus. **Wenn die Beeinträchtigung von Vögeln nicht bezweckt, sondern nur in Kauf genommen wird, gelten die Verbote nach Art. 5 Buchst. a und b der Vogelschutzrichtlinie allerdings nur, soweit dies notwendig ist, um diese Arten im Sinne von Art. 2 auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, und dabei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung trägt.**

Mögliche Entscheidung des EuGH

Sofern der EuGH den Schlussanträgen der Generalanwältin folgen sollte, wäre nach europäischem Recht die unbeabsichtigte Tötung (von Vögeln) schon nicht mehr tatbestandsmäßig, wenn die Population der Art insgesamt auf einem guten Stand ist.

Auf die Frage der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos käme es nicht mehr an. Das Tötungsverbot wäre schon nicht einschlägig. Eine Ausnahme vom Tötungsverbot wäre nicht mehr notwendig.

Die Bewertung der Verwirklichung des bisher alleine auf das Individuum abstellenden Tötungsverbots würde durch einen Populationsbezug erweitert.

derzeitige rechtliche Situation: § 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG

(5) Für Eingriffe in Natur und Landschaft,liegt ein Verstoß gegen

1. das **Tötungs- und Verletzungsverbot** nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten **nicht signifikant erhöht** und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann,

BVerwG, Urteil vom 28. April 2016 – 9 A 9/15 – „Grundrisiko“

Dies folgt aus der Überlegung, dass es sich bei den Lebensräumen der gefährdeten Tierarten nicht um "unberührte Natur" handelt, sondern um von Menschenhand gestaltete Naturräume, die aufgrund ihrer Nutzung durch den Menschen ein **spezifisches Grundrisiko** bergen, das nicht nur mit dem Bau neuer Verkehrswege, sondern z. B. auch mit dem Bau von **Windkraftanlagen, Windparks und Hochspannungsleitungen** verbunden ist.

BVerwG, Urteil vom 28. April 2016

– 9 A 9/15 – „Signifikanz“

Es ist daher bei der Frage, ob sich für das einzelne Individuum das Risiko **signifikant** erhöht, Opfer einer Kollision durch einen neuen Verkehrsweg zu werden, nicht außer Acht zu lassen, dass Verkehrswege zur Ausstattung des natürlichen Lebensraums der Tiere gehören und daher **besondere Umstände** hinzutreten müssen, damit von einer **signifikanten Gefährdung** durch einen neu hinzukommenden Verkehrsweg gesprochen werden kann. **Ein Nullrisiko ist daher nicht zu fordern,...**

Signifikanzbewertung (bisher)

Hierbei handelt es sich um eine in die Zukunft gerichtete Gefahren- und Risikoprognose, der gewisse Unsicherheiten immanent sind.

Bisher häufig alleine verbal argumentativ, durch Rückgriff auf vermeintliche Fachkonventionen wie das „Helgoländer Papier“ oder Ländererlasse unter Anwendung von Tabu- oder Prüfradien, ggfls. nach Durchführung von Raumnutzungsanalysen.

Ergebnis: Das Tötungsverbot wird regelmäßig als verwirklicht angenommen.
Der weitere Ausbau der Windkraft scheitert am Artenschutz.

Zukünftig?

Berechnung der Wahrscheinlichkeit der Tötung und Abgleich mit akzeptierten Werten

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.

Auf Basis des Rechenergebnisses muss und kann durch die Behörden anhand von festzulegenden Werten dann entschieden werden, ob das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist, oder nur geringfügig das allgemeine Lebensrisiko. Hiernach bestimmt sich, ob das Tötungsverbot greift oder nicht.

Sonder-Umweltministerkonferenz am 11. Dezember 2020

Die UMK beauftragt... mit der vordringlichen Bearbeitung folgender Arbeitspakete:

- Analyse fachlicher und rechtlicher Voraussetzungen sowie Möglichkeiten für die **Nutzung probabilistischer Verfahren** für die Signifikanzbestimmung in Genehmigungsverfahren. Dies umfasst eine theoretische und praktische Erprobung probabilistischer Verfahren und Methoden u. a. im Rahmen von Pilotprojekten in den Ländern. Ziel ist es, die Entwicklung konsistenter und bundesweit übertragbarer Verfahren sicherzustellen.
- Herleitung von **artspezifischen Schwellenwerten auch für die Signifikanzbewertung** im Hinblick auf die vorhabenbedingte Erhöhung gegenüber dem all-gemeinen Lebensrisiko.

Fazit

Erforderlich sind solide naturschutzfachliche Ausgangsdaten und eine hierauf basierende Berechnung der Eintrittswahrscheinlichkeit des Tötungsrisikos für die festgestellten Arten unter Berücksichtigung der geplanten Konfiguration. Einer artenschutzrechtlichen Ausnahme bedarf es nicht mehr. Sobald genügend Gutachten aus verschiedenen Bundesländern hinsichtlich verschiedener Vogelarten vorliegen, wird sich zeigen, dass das Tötungsrisiko bislang massiv überschätzt wurde. In der Folge werden Tabuabstände vermutlich erheblich verkleinert oder sogar aufgegeben.



... vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Berghaus, Duin und Kollegen Rechtsanwälte

Partnerschaft mbB

Julianenburger Straße 31

26603 Aurich

Tel 04941 92366-0

Fax 04941 92366-30

c.brand@recht-aurich.de