

Artenschutzrechtliches Tötungsverbot und Probabilistik

- Rechtliche Aspekte der Nutzung probabilistischer Verfahren bei der Anwendung des sog. Signifikanzrahmens -

- I. Einleitung und Fragestellung
- II. Das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung als richterrechtlicher Maßstab für die Anwendung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots und seine Operationalisierung mit Hilfe probabilistischer Verfahren
 1. Das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung und seine Vereinbarkeit mit den Vorgaben des EU-Artenschutzrechts
 2. Zur Operationalisierung des Signifikanzrahmens in der Zulassungspraxis der landseitigen Windenergie
 3. Der probabilistische Ansatz zur Operationalisierung des Signifikanzrahmens und seine Anwendungsvoraussetzungen
 - a) Grundlagen der Probabilistik in rechtlicher Perspektive
 - b) Die Probabilistik im Kontext der signifikanten Risikoerhöhung: zur Bedeutung von Grundrisiko und vorhabenbezogenem Zusatzrisiko
- III. Die Konkretisierung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots bei Windenergieprojekten durch die BNatSchG-Novelle vom 20. Juli 2022 – Auswirkungen auf die Operationalisierung durch probabilistische Verfahren
- IV. Schlussfolgerungen

I. Einleitung und Fragestellung

Mit dem Vierten Gesetz zur Änderung des BNatSchG v. 20.7.2022¹ hat der Bundesgesetzgeber das artenschutzrechtliche Tötungsverbot für den Betrieb von Windenergieanlagen an Land grundlegend reformiert und das durch die Rechtsprechung des BVerwG entwickelte Signifikanzkriterium in einem neu eingefügten § 45b BNatSchG und den dazu gehörigen Anlagen 1 und 2 konkretisiert. Damit liegt erstmals ein auf den Vogelschutz bezogenes gesetzliches Gesamtkonzept zur Abarbeitung des unionsrechtlichen artenschutzrechtlichen Tötungsverbots und zur Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahmebestimmungen für den Betrieb von Windenergieanlagen vor. Dies ist zu begrüßen, weil durch die bisher praktizierte rechtliche Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben bestehende Umsetzungsspielräume nur partiell genutzt worden sind und fehlende rechtliche Konkretisierungen die Anwendung der artenschutzrechtlichen Vorschriften erschwert haben.² Daran

¹ Siehe Art. 1 des Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20. Juli 2022, BGBl. I, S. 1362.

² Siehe dazu schon Köck/Bovet, Die Anwendung des Artenschutzrechts bei der Zulassung von Erneuerbare-Energien-Projekte am Beispiel der landseitigen Windenergie, ZUR 2018, 579, 581 ff.

hat auch die gesetzliche Rezeption des Signifikanzkriteriums durch das BNatSchG-Änderungsgesetz vom 15. September 2017³ (gesetzliche Einfügung des Signifikanzkriteriums in § 44 Abs. 5) nichts Grundlegendes geändert. Die nun gegebene Antwort des Gesetzgebers war nötig, um den bestehenden Ausbauproblemen der landseitigen Windenergie besser begegnen zu können.⁴ Schon 2018 hatte das BVerfG in seiner Entscheidung im sog. „Rotmilan“-Fall darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber *„in grundrechtsrelevanten Bereichen der Rechtsanwendung nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen (darf), das weder Verwaltung noch Gerichte selbst auszufüllen vermögen (...). Der Gesetzgeber mag, je nach Grundrechtsbetroffenheit, kurzfristig darauf vertrauen können, dass sich fachliche Wissenslücken durch Erkenntnisfortschritte in Fachkreisen und Wissenschaft schließen. Längerfristig dürfte der Gesetzgeber dem jedoch nicht tatenlos zusehen, weil er sich so seiner inhaltlichen Entscheidungsverantwortung entzieht, privatem Fachwissen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen eröffnet und eine einheitliche Rechtsanwendung nicht gewährleistet ist. Der Gesetzgeber muss dann, sofern die fachlichen Zusammenhänge weiter ungeklärt sind, für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung (...)sorgen oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben“*.⁵

Ebenfalls mit dem Vierten Gesetz zur Änderung des BNatSchG v. 20.7.2022 hat der Gesetzgeber im Rahmen der Übergangsvorschriften des BNatSchG einen Prüfauftrag formuliert; er lautet: Das BMUV prüft gemeinsam mit dem BMWK unter Einbeziehung der maßgeblichen betroffenen Verbände die Einführung einer probabilistischen Methode zur Berechnung der Kollisionswahrscheinlichkeit und legt dem Bundeskabinett hierzu einen Bericht oder einen Gesetzgebungsvorschlag vor (§ 74 Abs. 6 BNatSchG).⁶ Die Gesetzesbegründung erläutert dazu, dass „mit dem Begriff der „Probabilistik“ allgemein der Grundansatz bezeichnet (wird), im Rahmen der Signifikanzprüfung mit Mitteln der Wahrscheinlichkeitsrechnung zu arbeiten, um festzustellen, ob bei Durchführung eines Vorhabens eine signifikante Erhöhung des Tötungs- oder Verletzungsrisikos für Exemplare betroffener Arten mit Blick auf ein sich dadurch ergebendes Kollisionsrisiko anzunehmen ist.“⁷

Vor diesem Hintergrund hat das Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE) den folgenden juristischen Prüfauftrag formuliert: Aus rechtlicher Sicht soll Stellung genommen werden zu der Frage,

- (1) ob und ggf. unter welchen Bedingungen die Probabilistik eine geeignete Methode zur Beurteilung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos von windenergiesensiblen Vogelarten an Windenergieanlagen sein kann.
- (2) Darüber hinaus soll beantwortet werden, ob die neue Rechtslage nach dem Vierten Gesetz zur Änderung des BNatSchG Auswirkungen auf das zuvor gewonnene Beurteilungsergebnis hat. Konkret: Lassen die neuen gesetzlichen Konkretisierungen noch Raum für die Nutzung probabilistischer Methoden bei der Gesetzesanwendung?
- (3) Abschließend soll ein Abgleich der neuen gesetzlichen Lage und den bisherigen Verfahren der Signifikanzbeurteilung unter dem Aspekt des Einsatzes probabilistischer Verfahren erfolgen.

³ BGBl. I, S. 3434.

⁴ Siehe dazu schon SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme Februar 2022, S. 42 ff.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.10. 2018 - Rotmilan, Rn. 24.

⁶ BGBl. I, S. 1362.

⁷ Siehe BT-Drs. 20/2354 v. 21.6. 2022, S. 31.

Damit ergibt sich die folgende Struktur der Untersuchung: In einem ersten Schritt werden das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung in seinem rechtlichen Bedeutungsgehalt und seiner Anwendung in der Rechtspraxis analysiert sowie die Grundelemente der probabilistischen Methode erläutert (siehe unten II.). In einem zweiten Schritt werden die neuen gesetzlichen Konkretisierungen zur Anwendung des Signifikanzrahmens analysiert und danach gefragt, ob auch das neue Gesetzesprogramm offen für probabilistische Verfahren ist und von der Nutzung probabilistischer Verfahren profitieren kann (siehe unten III.) und in einem abschließenden Schritt werden die Untersuchungsergebnisse zusammengefasst (siehe unten IV.).

II. Das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung als richterrechtlicher Maßstab für die Anwendung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots und seine Operationalisierung mit Hilfe probabilistischer Verfahren

1. Das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung und seine Vereinbarkeit mit den Vorgaben des EU-Artenschutzrechts

Der unionsrechtliche Artenschutz normiert Zugriffsverbote für die Anhang IV-Arten der FFH-Richtlinie und für sämtliche wildlebenden europäischen Vogelarten (Art. 5 iVm Art. 1 VSRL). Die Verbote beziehen sich auf das absichtliche Fangen und Töten, auf das absichtliche Stören und auf die absichtliche Zerstörung von Nestern sowie auf die Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten.⁸ Von einer Tötungsabsicht wird nicht erst dann ausgegangen, wenn es das ausdrückliche Ziel ist, geschützte Arten zu töten (wie bei der Jagd), sondern wenn erkennbar ist, dass Exemplare dieser Arten als Begleiterscheinung einer anderen Zielsetzung, z.B. der Windenergieerzeugung, zum Schlagopfer werden. Dies ist vom EuGH in zwei Urteilen zur FFH-RL herausgearbeitet worden⁹ und bestimmt auch die Anwendung der Zugriffsverbote der VSRL.¹⁰ Darüber hinaus ergibt sich aus dem Wortlaut der FFH-Richtlinie, dass bei der Anwendung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot eine exemplarbezogene Betrachtungsweise zugrunde zu legen ist.¹¹ Da Deutschland die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote der FFH-Richtlinie und der VSRL einheitlich in das nationale Recht transformiert hat, gilt die exemplarbezogene Betrachtungsweise auch im Hinblick auf den Vogelschutz.¹² Zudem ist in Deutschland das Tötungsverbot (genauso wie das Störungsverbot) nicht auf absichtliche Zugriffe beschränkt, weil der deutsche Gesetzgeber bei der

⁸ Siehe Art. 5 VSRL; Art. 12 FFH-RL.

⁹ Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 30.1.2002, Rs. C-103/00, Rn. 34 ff. – *Caretta caretta*; EuGH, Urt. v. 18.5.2006, Rs. C-221/04, Rn. 71 – *Lutra lutra*.

¹⁰ Vgl. etwa Hofmann, KNE-Gutachten Artenschutz und Europarecht im Kontext der Energiewende, 2020, S. 14 f. An dieser Übertragung ist schon früh Kritik geübt worden (siehe Sobotta, NuR 2007, 642, 648), die aber bislang nicht durchdringen konnte.

¹¹ Vgl. EU-Kommission, Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC, 2007, Rn. 29.

¹² Siehe dazu auch EuGH, Urt. v. 4.3.2021, Rs. C-473/19, Rn. 46 f. – *Skydda Skogen*. Der EuGH lässt in dieser Entscheidung anklingen, dass das Unionsrecht eine einheitliche Umsetzung von FFH-Recht und Vogelschutzrecht nicht zwingend verlangt, geht aber – mangels Entscheidungserheblichkeit – auf die durch die Generalanwältin Kokott aufgeworfenen weiteren Fragen nicht ein (vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 10.9.2020, Rs. C-473/19, Rn. 75, 80 f. Siehe dazu auch die Urteilsanmerkung von Schmidt/Sailer, ZNER 2021, 154, 155).

Umsetzung subjektive Tatbestandsmerkmale als verwaltungsfremd auf das Ordnungswidrigkeiten- bzw. Strafrecht verwiesen hat.¹³

Da bei den meisten Vorhaben sowohl in der Errichtungsphase als auch in der Betriebsphase die Tötung einzelner Exemplare der geschützten Arten bei lebensnaher Betrachtung nie völlig auszuschließen ist und dies dann nahezu immer zur Folge hätte, dass Vorhaben nur unter Nutzung der gesetzlichen Ausnahmemöglichkeiten gestattet werden könnten, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung das sog. „**Signifikanz-Kriterium**“ entwickelt. Demgemäß ist der Tatbestand des Tötungsverbots erst dann erfüllt, wenn sich das Risiko der Tötung von Individuen geschützter Arten durch das Vorhaben in signifikanter Weise erhöht.¹⁴ Nicht erfüllt ist dieser Verbotstatbestand gemäß der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wenn die den geschützten Tieren drohende Gefahr in einem Bereich verbleibt, der mit dem stets bestehenden Risiko vergleichbar ist, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden.¹⁵ In späteren Entscheidungen ist darauf hingewiesen worden, dass für die Bestimmung des allgemeinen Lebensrisikos bzw. Grundrisikos nicht nur auf das allgemeine Naturgeschehen (neben der vom BVerwG ausdrücklich genannten Prädation wären hier auch Naturkatastrophen bzw. Wetterextreme einzubeziehen) abzustellen ist, sondern auch das allgemeine Risiko mit zu betrachten ist, dem geschützte Arten in menschlich genutzten Räumen stets ausgesetzt sind.¹⁶

Das Signifikanzkriterium ist ein ursprünglich richterrechtlich entwickelter nationaler Maßstab zur Implementation des unionalen artenschutzrechtlichen Tötungsverbot; der 2017 durch den Gesetzgeber explizit in die artenschutzrechtlichen Vorschriften des BNatSchG eingefügt worden ist (§ 44 Abs. 5). Über den dogmatischen Ansatzpunkt für ein solches Verständnis des Tötungsverbots sind unterschiedliche Auffassungen vertreten worden: so ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip genannt worden,¹⁷ aber auch das Element der Absichtlichkeit der Tötungshandlung,¹⁸ das eine Zurechnung von Individuenverlusten geschützter Arten zu Projekten voraussetzt, sowie die fachliche Notwendigkeit artspezifischer Differenzierung bei der Anwendung der Zugriffsverbote.¹⁹ Der Gesetzgeber hatte bei seiner Einfügung des Signifikanzkriteriums in den § 44 Abs. 5 BNatSchG im Jahre 2017²⁰ darauf abgestellt, dass dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden soll und im Übrigen auf die Rechtsprechung verwiesen.²¹

Wenngleich der EuGH zur Vereinbarkeit des Signifikanzkriteriums mit dem unionsrechtlichen Artenschutzrecht noch nicht Stellung genommen hat, ist davon auszugehen, dass das Signifikanzkriterium als solches den Erfordernissen des europäischen Artenschutzrechts genügt. Dies ergibt sich aus rechtlichen Erwägungen, weil das Kriterium benötigt wird, um überhaupt von einer zurechenbaren Inkaufnahme der Tötung im Sinne des unionsrechtlichen Absichtlichkeitserfordernisses

¹³ Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/5100, S. 11.

¹⁴ BVerwG Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07 – BVerwGE 131, 274 Rn. 91; siehe dazu aus der Literatur auch Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346, 347; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, zu § 44 BNatSchG Rn. 9.

¹⁵ BVerwG, Urt.v. 9.7.2008 – 9 A 14/07, Rn. 91.

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 28.4.2016, 9 A 9/15, Rn. 141 – A 20 Nordwestumfahrung Hamburg. Siehe dazu aber auch die Einschränkung durch das OVG Münster, Beschl. v. 6.8.2019 – 8 B 409/18, Rn. 8.

¹⁷ Vgl. Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346, 347.

¹⁸ Siehe Gellermann/Schumacher, NuR 2020, 841, 843 f.

¹⁹ Siehe dazu insbesondere Bernotat, ZUR 2018, 594, 595.

²⁰ Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 15. September 2017, BGBl. I, S. 3434.

²¹ Siehe die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/11939, S. 17.

sprechen zu können und weil sowohl die FFH-Richtlinie wie auch die VSRL betonen, dass den Anforderungen von Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur Rechnung zu tragen ist.²² Dies ergibt sich aber auch aus fachlichen Erwägungen, die auf die unterschiedliche Biologie der geschützten Arten verweisen und daraus Differenzierungen ableiten.²³ Darüber hinaus hat der EuGH in seiner Skydda Skogen-Entscheidung angedeutet, dass für das artenschutzrechtliche Tötungsverbot der VSRL nicht dieselben strengen Maßstäbe gelten, wie für das Tötungsverbot der FFH-Richtlinie,²⁴ so dass sich nötigenfalls auch aus diesem Gesichtspunkt eine eigenständige Rechtfertigung für das Signifikanzkriterium beim Vogelschutz ableiten ließe.

2. Zur Operationalisierung des Signifikanzrahmens in der Zulassungspraxis der landseitigen Windenergie

Die Signifikanzbewertung bewirkt im Ergebnis, dass trotz eines im Kern exemplarbezogenen Tötungsverbots idR nicht stets schon ein einzelnes zurechenbar getötetes Individuum einer geschützten Art ausreicht, um den Tatbestand des Tötungsverbots zu verwirklichen.²⁵ Ob dem Signifikanz-Kriterium genügt wird, prüfen die Zulassungsbehörden allerdings nicht mit Hilfe eines mathematischen Vergleichs von statistischen Daten über allgemeine Lebensrisiken geschützter Arten in von Menschen genutzten Räumen und spezifischen vorhabenbezogenen Mortalitätsstatistiken und -prognosen,²⁶ sondern auf der Grundlage vielfältiger Bewertungskonzepte, die zumeist auf der Landesebene erarbeitet worden sind,²⁷ weil es bis zur Gesetzesreform im Juli 2022 keine einheitlichen verbindlichen Umsetzungsvorgaben des Bundes gegeben hat. Den Konzepten gemeinsam ist, dass mit Sicherheitsabständen zu Nist- und Brutplätzen geschützter Arten gearbeitet wird, dass die sonstige Nutzung des Raumes durch die geschützten Arten berücksichtigt wird (Flugbewegungen durch Nutzung der Nahrungshabitate) und dass Möglichkeiten bestehen, durch weitere Schutzmaßnahmen die Unterschreitung von Sicherheitsabständen kompensieren zu können. Jenseits dessen gibt es aber Unterschiede. So gibt es Länder, die bei der Unterschreitung von Sicherheitsabständen von der Erfüllung des Tötungsverbotes regelmäßig ausgehen, während in anderen Ländern die Unterschreitung lediglich anzeigt, dass vertiefte Prüfungen durchgeführt werden müssen, um eine spezifische Bewertung treffen zu können. Unterschiede bestehen auch bei der Berücksichtigung der Raumnutzung durch die geschützten Vogelarten, weil teilweise die Nutzung lediglich auf der Basis von Habitatpotenzialanalysen modelliert wird, teilweise aber auch weitergehende empirische Raumnutzungsanalysen vorgesehen sind.

Probabilistische Verfahren kommen gegenwärtig für die Signifikanzbewertung in Deutschland – soweit ersichtlich – nicht zum Einsatz. Das Bestreben geht vielmehr dahin, mittels Abstandskonzepten, weitergehenden Einzelprüfungen, der Berücksichtigung des Jagd- und

²² Vgl. Gellermann/Schumacher, NuR 2020, 841, 843 f.; Köck, ZUR 2021, 298, 299; SRU (Fn. 3), Tz. 114 f.; Wulfert/Köstermeyer/Lau, Vögel und Windenergienutzung, BfN-Schriften 634/2022, S. 26; Sailer, Der rechtliche Rahmen für probabilistische Ansätze bei der artenschutzrechtlichen Signifikanzbewertung, erscheint in: NuR 2023, Heft 1 (Manuskript, S. 7 f.).

²³ Bernotat/Dierschke, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 3. Fassung 2016, S. 7; anerkannt durch BVerwG, UrT. v. 27.11.2018, 9 A 8/17, Rn. 100 – Autobahn A 20 Nordwestumfahrung Hamburg.

²⁴ EuGH, UrT. v. 4.3.2021, Rs. C-473/19, Rn. 46 f.

²⁵ Dazu näher Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346 ff.

²⁶ Köck/Bovet, ZUR 2018, 579, 581.

²⁷ Dazu und zum Folgenden näher: Wulfert/Köstermeyer/Lau (Fn. 22), S. 35-52.

Nahrungsverhaltens und nötigenfalls weiterer risikomindernder Maßnahmen (Schutzmaßnahmen) das Risiko für geschützte Vogelarten im Umfeld von WEA klein zu halten.

Die Nutzung unterschiedlicher Fachkonzepte für die behördliche Signifikanzbewertung beruht nicht nur auf der Verwaltungskompetenz der Bundesländer und dem Fehlen bundesrechtlicher Festlegungen, sondern auch auf der Anerkennung eines fachlichen Beurteilungsspielraums durch die Gerichte. Zudem ist die Gewissheit, mit der festgestellt werden muss, dass das festgelegte Risikoniveau nicht überschritten wird, gegenüber der Prüfung im Habitatschutzrecht (Natur 2000-Gebiete: „keine vernünftigen Zweifel“) herabgesetzt.²⁸ Dies eröffnet weitere Handlungsspielräume. In einer frühen Leitentscheidung²⁹ zum Signifikanzrahmen hatte das BVerwG dazu Stellung genommen, welcher Gewissheitsmaßstab zugrunde zu legen ist, um ein signifikantes Tötungsrisiko ausschließen zu können. In Auseinandersetzung mit der insoweit strengen Rechtsprechung zum Habitatschutzrecht weist das Gericht darauf hin, dass das Prüfverfahren des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL auf ganz bestimmte ausgewiesene Schutzgebiete und auf klar formulierte Schutzziele für diese Gebiete gerichtet ist. Deshalb können die Anforderungen an die Ermittlungstiefe im Bereich der Natura 2000-Gebiete auch sehr hoch sein. Im Artenschutzrecht ist der Untersuchungsraum demgegenüber nicht in dieser Weise festgelegt, und ein formalisiertes Prüfverfahren ist nicht vorgeschrieben. Deshalb – so das BVerwG – müsse im Artenschutzrecht nicht nur das Vorsorgeprinzip (das beim Schutz von Natura 2000-Gebieten besonders betont wird), sondern von Anfang an auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip berücksichtigt werden, „dass den Untersuchungsaufwand maßgeblich steuert“.³⁰ Mit anderen Worten: beim Schutz der Natura 2000-Gebiete sind die normativen Entscheidungen durch das Gesetz deutlich klarer vorstrukturiert und durch das Prüfverfahren werden primär kognitive Gewissheitsanforderungen und kognitive Fragen des Umgangs mit Unsicherheit adressiert. Demgegenüber sind die Ermittlungsaufgaben beim Artenschutz weniger klar konturiert, so dass die Ermittlungsaufgabe auch durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip mitbestimmt wird.

Wörtlich heißt es im Urteil des BVerwG:

Die artenschutzrechtliche Prüfung hat - bei der Erfassung wie bei der Bewertung möglicher Betroffenheiten - nach ausschließlich wissenschaftlichen Kriterien zu erfolgen. Dabei erfordern die insoweit maßgeblichen rechtlichen Fragestellungen, z.B. ob eine „erhebliche Störung“ einer Art vorliegt und ob ihre Population in einem „günstigen Erhaltungszustand“ verweilt, ökologische Bewertungen und Einschätzungen, für die nähere normkonkretisierende Maßstäbe fehlen. Anders als in anderen Bereichen des Umweltrechts (...) hat der Normgeber im Bereich des Artenschutzes bislang weder selbst noch durch Einschaltung und Beauftragung fachkundiger Gremien insoweit auch nur annähernd hinreichende Vorgaben für den Rechtsanwender aufgestellt. Dieser ist daher auf - außerrechtliche - Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen. Deren Erkenntnisstand ist aber in weiten Bereichen der Ökologie ebenfalls noch nicht so weit entwickelt, dass sie dem Rechtsanwender verlässliche Antworten liefern können (...). Bei zahlreichen Fragestellungen steht - jeweils vertretbar - naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten.³¹

²⁸ Siehe zum Folgenden: Köck, Der Umgang mit wissenschaftlicher Unsicherheit in der Rechtsprechung zum EU-Naturschutzrecht, ZUR 2022, 259-270.

²⁹ BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumgehung Bad Oeynhausen.

³⁰ BVerwG (siehe vorhergehende Fn.), Rn. 57.

³¹ BVerwG, a.a.O., Rn. 64.

„Dieser Befund hat Bedeutung für alle Ebenen der naturschutzfachlichen Prüfung, die (zumindest auch) Wertungen einschließen, also sowohl bei der ökologischen Bestandsaufnahme als auch bei deren Bewertung, namentlich bei der Quantifizierung möglicher Betroffenheiten und bei der Beurteilung ihrer populationsbezogenen Wirkungen. Es liegt auf der Hand, dass das Ergebnis der als gesetzliches Erfordernis unverzichtbaren Bewertung unterschiedlich ausfallen kann, je nachdem welches methodische Vorgehen und welche Kriterien und Maßstäbe angewandt werden. Wenn und solange die ökologische Wissenschaft sich insoweit nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist, fehlt es den Gerichten an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, eine naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständig beratenen Planfeststellungsbehörde als „falsch“ und „nicht rechens“ zu beanstanden. Deren Annahmen sind daher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Sie sind vom Gericht hinzunehmen, sofern sie im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden. Insoweit steht der (zuständigen Behörde) eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits für verschiedene vergleichbare Fragestellungen anerkannt ist“.³²

Und mit Blick auf die Vertretbarkeitskontrolle stellt das BVerwG fest:

„Von daher ist eine naturschutzfachliche Meinung einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie umfangreichere oder aufwändigere Ermittlungen oder „strengere“ Anforderungen für richtig hält. Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird. Die artenschutzrechtlichen Vorschriften verlangen vom Vorhabenträger bzw. von der Planfeststellungsbehörde nicht, bei wissenschaftlichen Unsicherheiten oder Meinungsverschiedenheiten Forschungsaufträge zu vergeben (...)oder Untersuchungen anzustellen, deren Aufwand und wissenschaftlicher Anspruch letztlich auf solche hinauslaufen. Nehmen sie insoweit einen nach aktuellem Erkenntnisstand fachwissenschaftlich vertretbaren Standpunkt ein, so ist dagegen rechtlich nichts zu erinnern“.³³

Da die Rechtsprechung den Behörden eine Einschätzungsprärogative zuerkannt hat,³⁴ besteht die Aufgabe der Gerichte nur darin, fachlich untaugliche Konzepte auszusortieren. Im Übrigen ist die Kontrolle aber auf eine Vertretbarkeit der Ergebnisse beschränkt. Die Rechtsprechung orientiert sich hier nicht an einem strengen Gewissheitsmaßstab, sondern akzeptiert Unsicherheiten. Dies gilt nicht nur für die deutsche Rechtsprechung, sondern auch für die Rechtsprechung des EuGH.³⁵ Die Grenze der Vertretbarkeit ist erst dann erreicht, wenn sich in der Wissenschaft eine Auffassung klar durchgesetzt hat („allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft“) und andere Auffassungen damit nicht mehr haltbar sind.³⁶

³² BVerwG, a.a.O., Rn. 65.

³³ BVerwG, a.a.O., Rn. 66.

³⁴ BVerwG, 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumgehung Bad Oeynhausen, Rn. 65.

³⁵ Dazu näher Köck, ZUR 2022, 259, 265 f.

³⁶ BVerwG, Urt. v.28.4.2016 – 9 A 9/15 – Nordwestumfahrung Hamburg, Rn. 144.

3. Der probabilistische Ansatz zur Operationalisierung des Signifikanzrahmens und seine Anwendungsvoraussetzungen

a) Grundlagen der Probabilistik in rechtlicher Perspektive

Eine probabilistische Methode ist charakterisiert durch die Ermittlung von Wahrscheinlichkeiten für Schadensereignisse, die regelmäßig nicht in qualitativer (geringes Risiko, mittleres Risiko, etc.), sondern in numerischer Form ausgedrückt werden. Probabilistische Methoden haben ihren traditionellen Einsatzort im Bereich der technischen Sicherheit und können hier auf eine jahrzehntelange Geschichte im Rahmen von Risikoabschätzungen (Risk Assessment) zurückblicken.³⁷ Das Recht der technischen Sicherheit vermeidet es zwar, Schutz- und Vorsorgeerfordernisse explizit in probabilistisch-numerischer Form auszudrücken und verwendet auf der Gesetzesebene weiterhin vertraute Umschreibungen, wie die Schadensvorsorge nach dem Stand von Wissenschaft und Technik im Atom- und Gentechnikrecht, die Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen im anlagebezogenen Immissionsschutzrecht oder die Nichtgefährdung der Sicherheit und Gesundheit von Personen bei der bestimmungsgemäßen Verwendung von Produkten im Produktsicherheitsrecht.³⁸ Je weniger der Sicherheitsmaßstab ausdrücklich auf das Vorsorgeprinzip verweist und je mehr der Sicherheitsmaßstab sich an das klassische polizeirechtliche Konzept der Gefahrenabwehr (wie etwa bei der Schutzpflicht im Immissionsschutzrecht) anlehnt, desto eher kann sich das Recht mit einer relativen Sicherheit zufriedengeben, indem lediglich Schadensereignisse, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten können, ausgeschlossen werden müssen. Eine Null-Risiko-Politik verlangt das Recht aber nicht einmal mehr im Bereich der Reaktorsicherheit, auch wenn die Begründungen für die Anerkennung sog. Restrisiken differieren.³⁹

Die Probabilistik als Teil der Sicherheitswissenschaft mag – wie beschrieben – ihren etablierten Einsatzort im Recht der technischen Sicherheit haben. Dies schließt es aber nicht aus, auch in anderen Rechtsbereichen mit probabilistischen Konzepten zu arbeiten. Und da das Naturschutzrecht mittlerweile ebenfalls Teil der Risikoverwaltung geworden, wie die Rechtsprechung zum Natura 2000-Recht und zum Recht des Artenschutzes gezeigt hat,⁴⁰ sind auch hier probabilistische Methoden nicht ausgeschlossen. Dementsprechend hat die Europäische Kommission in ihrem „Leitfaden zu Windenergieprojekten und den Naturschutzvorschriften der EU“ aus dem Jahre 2020 mathematische Modelle als Bewertungsmethode ausdrücklich erwähnt.⁴¹ Für ein Naturschutzrecht, das die signifikante Risikoerhöhung zu einem Maßstab des Artenschutzes gemacht hat, wie das deutsche BNatSchG, drängen sich deshalb probabilistische Methoden geradezu auf.⁴²

Vor diesem Hintergrund kann es auch nicht überraschen, dass in der fachlichen Diskussion zur methodischen Umsetzung des Signifikanzkriteriums probabilistische Ansätze entwickelt und der

³⁷ Siehe statt Vieler: Köck, Rationale Risikosteuerung als Aufgabe des Rechts - Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes komparativer Risikoanalysen und Kosten-Nutzen-Analysen im Rahmen administrativer Risikobewertungen, in: E. Gawel. (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, Baden-Baden 2001: Nomos, S. 273-304.

³⁸ Dazu näher Köck, ZUR 2022, 259 ff.

³⁹ Köck, Rationale Risikosteuerung, a.aO. (Fn. 37).

⁴⁰ Siehe die Aufarbeitung bei Köck, ZUR 2022, 259-270.

⁴¹ EU-Kommission, C (2020) 7730 final, S. 75 (englischsprachige Fassung).

⁴² Siehe insoweit auch Sailer, NuR 2023, Heft 1 (Ms. S. 4): „An der grundsätzlichen rechtlichen Zulässigkeit solcher Ansätze bei der Signifikanzbewertung bestehen (...) keine Zweifel.“

Praxis angeboten worden sind.⁴³ Resonanz haben sie bisher aber nicht erzeugen können, was möglicherweise auch mit der besonderen Doppelstruktur des Signifikanzkriteriums zusammenhängt.

b) Die Probabilistik im Kontext der signifikanten Risikoerhöhung im Artenschutzrecht: zur Bedeutung von Grundrisiko und vorhabenbezogenem Zusatzrisiko

Das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung beinhaltet seinem Wortsinn nach eine doppelte Risikoabschätzung, nämlich einerseits die Beurteilung des allgemeinen Lebensrisikos für geschützte Arten in vom Menschen genutzten Räumen (auch als „Grundrisiko“ bezeichnet) und andererseits die Beurteilung des spezifischen exemplarbezogenen Tötungsrisikos durch das jeweilige zur Genehmigung gestellte WE-Vorhaben am jeweiligen Standort (projektbezogenes Tötungsrisiko).⁴⁴ Nur wenn das spezifische vorhabenbezogene Risiko das allgemeine Lebensrisiko geschützter Arten in genutzten Räumen deutlich übersteigt, kann von einer signifikanten Risikoerhöhung und damit von einem Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot gesprochen werden.⁴⁵

In der Zulassungspraxis wird allerdings ein echter Vergleich zwischen einem zuvor ermittelten Grundrisiko und dem ermittelten projektbezogenem Risiko nicht durchgeführt, sondern die Bemühungen konzentrieren sich darauf, mittels Abstandskonzepten und erforderlichenfalls darüber hinausgehenden besonderen Gefahrvermeidungsmaßnahmen ein insgesamt akzeptables Risikoniveau am WE-Standort nicht zu überschreiten. Statt also zu ermitteln, wie hoch das Risiko für Exemplare geschützte Vogelarten ist, in den genutzten Naturräumen durch das allgemeine Naturgeschehen und das darüber hinausgehende bestehende Nutzungsgeschehen zu Tode zu kommen, wird im Wesentlichen auf den Standort und seine Umgebung geschaut und darauf geachtet, dass das Zusatzrisiko am Standort so gering ist, dass es nicht zu nennenswerten Verlusten kommt.⁴⁶ Auch die artspezifische Biologie spielt für diese Bewertung eine Rolle.⁴⁷ Die Rechtsprechung hat diese Form der Anwendung des Signifikanzkriteriums akzeptiert und in seinen Entscheidungen keine Ermittlung des jeweiligen Grundrisikos verlangt. Dies vereinfacht die Situation mit Blick auf die Nutzung probabilistischer Methoden, da eine doppelte Risikoabschätzung nicht zwingend benötigt wird.

In diesem Zusammenhang gewinnt die jüngst von Wulfert/Köstermeyer/Lau im Auftrag des BfN erarbeitete Studie „Vögel und Windenergienutzung“ an Bedeutung, die sich eher kritisch zum Einsatz probabilistischer Methoden geäußert hat. Die Autor:innen weisen darauf hin, dass das BVerwG bei der Entwicklung des Signifikanzkriteriums eine mathematisch-schematische Anwendung gerade nicht im Sinn hatte, sondern lediglich eine teleologische Reduktion des Absichtsbegriffs, um zu vermeiden, dass ein letztlich sozialadäquates Verhalten unter das Tötungsverbot subsumiert werden kann.⁴⁸ Letzteres teile ich. Ob die Begründung demgegenüber geeignet ist, den Einsatz probabilistischer Methoden bei der Signifikanzbewertung generell auszuschließen, halte ich für zweifelhaft.

⁴³ Siehe Brand/Langeleh/Männel, Die Signifikanzschwelle nach § 44 (5) Nr. 1 BNatSchG – ein Verfahren zur Bewertung des Tötungsrisikos geschützter Arten im Gefahrenbereich von Windenergieanlagen, in: ZNER 2020, 7-14; siehe auch Wulfert/Köstermeyer/Lau (Fn. 22), S. 66 ff.

⁴⁴ Siehe dazu schon Köck/Bovet, ZUR 2018, 579, 581; Köck, ZUR 2022, 259, 269; Sailer, NuR 2023, Heft 1, (Manuskript, S. 3).

⁴⁵ So ausdrücklich Sailer, NuR 2023, Heft 1 (Ms. S. 8).

⁴⁶ Siehe dazu auch Sailer, NuR 2023, Heft 1 (Ms. S. 6).

⁴⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.11.2018, 9 A 8/17, Rn. 100 – Autobahn A 20 Nordwestumfahrung Hamburg.

⁴⁸ Wulfert/Köstermeyer/Lau (Fn. 22), S. 80.

Zu Recht weisen Wulfert/Köstermeyer/Lau allerdings auf die Schwierigkeiten hin, das Grundrisiko in statistisch fassbarer Weise zu beschreiben.⁴⁹ Denn dies setzt die Verfügbarkeit von Datensätzen voraus, die bislang nicht systematisch erhoben werden. Auch die Habitatpotenzialanalysen oder die Raumnutzungsanalysen, die am Standort von WE-Projekten durchzuführen sind, liefern keine Daten für die Referenzzustandsbestimmung, und der Referenzzustand wiederum differiert, je nach der spezifischen Situation des vom Menschen genutzten Raums. In Räumen, in denen das Grundrisiko schon hoch ist, müsste folglich das aus dem Vorhaben resultierende Zusatzrisiko noch einmal deutlich höher sein, um zu einer Zurechenbarkeit zu kommen. Konsequenterweise weiter gedacht, würde eine solche Bestimmung des Grundrisikos den Artenschutz ad absurdum führen, da intensiv genutzte Räume mit einem vergleichsweise hohen individuellen Tötungsrisiko weiter belastet werden können.⁵⁰ Auch vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob man sich wirklich auf eine Referenzzustandsbeschreibung und deren numerische Festlegung einlassen möchte, um in Relation hierzu signifikante Risikoerhöhungen zu bestimmen, oder ob das Risikomaß nicht besser allein mit Blick auf das Vorhaben festgelegt werden sollte. Dies würde den Einsatz probabilistischer Ansätze deutlich vereinfachen und sie auf den Raum beschränken, für den eine Datenverfügbarkeit tatsächlich gegeben ist (insbes. Flugverhalten windenergiesensibler Vögel im Umgebungsbereich von WEA).

Schaut man auf probabilistische Ansätze, wie etwa den von Brand, Langeleh und Männel entwickelten Ansatz,⁵¹ werden dort zwar Vorschläge gemacht, wie das Grundrisiko bestimmt werden kann, etwa durch die Analyse der endogenen Sterblichkeit des Menschen (Alter, Krankheit) und einen Vergleich der Sterblichkeit des Menschen unter Berücksichtigung technologischer Tatsachen, wie der Teilnahme am Verkehr,⁵² aber die Frage sei erlaubt, ob es eines solchen Vergleiches wirklich bedarf, um ein angemessenes Schutzniveau (oder anders ausgedrückt: ein akzeptables Risikoniveau) bestimmen zu können. Denn: wie sicher sicher genug ist, bzw. wieviel Risiko hinzunehmen ist, ist letztlich eine normative Entscheidung, die unter Bezugnahme auf bestehende Grundrisiken zwar rationalisiert werden kann, aber dadurch nicht zwingend an Überzeugungskraft gewinnt.

Für die Bedürfnisse der artenschutzrechtlichen Prüfung würde es gemäß der Rechtsprechung des BVerwG genügen, nachzuweisen, dass infolge der Standortwahl, des eingehaltenen Abstands zu Nistplätzen, der Berücksichtigung des artspezifischen Verhaltens in den benachbarten Nahrungshabitaten und ggf. weiterer Schutzmaßnahmen das Risiko nicht nennenswert das Status quo-Risiko am Standort übersteigt. Ist dies der Fall, kann eine Zurechnung von Exemplarverlusten geschützter Arten im rechtlichen Sinne nicht erfolgen.⁵³ Hierfür mag ein numerischer Wert festgelegt werden, aber dieser Wert gewinnt nicht an Überzeugungskraft, wenn er in Korrelation gesetzt wird zu Grundrisiken von Arten in der von Menschen genutzten Welt, und er gewinnt erst Recht nicht an Überzeugungskraft, wenn ein Vergleich mit anderen hingenommenen Risiken erfolgt. Die sozialwissenschaftliche Risikoforschung hat gezeigt, dass Risikovergleiche stets problematisch sind

⁴⁹ A.a.O., S. 80 f.

⁵⁰ Dazu instruktiv: BVerwG, Beschl. v. 8.3.2018, 9 B 25.17, Rn. 11: „Das bedeutet nicht, dass gerade in einem Umfeld, in dem bereits aufgrund anderweitiger Vorbelastungen ein erhöhtes Tötungsrisiko besteht, eine umso größere Gefährdung zulässig wäre. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind vielmehr insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen, darüber hinaus gegebenenfalls auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art.

⁵¹ In: ZNER 2020, 7-14.

⁵² Siehe dazu auch die Darstellung bei Wulfert/Köstermeyer/Lau (Fn. 22), S. 66 f.

⁵³ So richtig: Sailer, NuR 2023, Heft 1 (Ms., S. 5 f.).

und zwar nicht nur wegen möglicher Defizite in der Datenverfügbarkeit, sondern insbesondere auch wegen der sozialen Konstruktion von Risiken, die einer rein technokratischen (objektiven) Risikobewertung Grenzen setzen.⁵⁴

III. Die gesetzliche Konkretisierung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots bei Windenergieprojekten durch die BNatSchG-Novelle vom 20. Juli 2022 – Auswirkungen auf die Operationalisierung durch probabilistische Verfahren

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass der Signifikanzrahmen offen ist für die Nutzung probabilistischer Methoden, dass aber das rechtliche Konstrukt des Signifikanzkriteriums und auch die bisherige Rechtspraxis zur Implementation des Signifikanzkriteriums dafür sprechen, probabilistische Methoden eher für die Risikoabschätzung am konkreten WE-Standort zu nutzen und auf Grundrisikoermittlungen und deren numerische Umsetzung zu verzichten.

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob die Gesetzesnovelle vom 20.7.2022 zu weiteren Einschränkungen bzw. Differenzierungen Anlass gibt. Insbesondere ist die Frage zu klären, ob infolge der gesetzlichen Konkretisierungen überhaupt noch ein sinnvoller Anwendungsbereich für probabilistische Methoden verbleibt. Einbezogen wird hierbei auch das im Rahmen der geplanten EU-Novelle zur EE-RL angekündigte Sonderrecht für sog. „Go-to“-Gebiete (RED IV).⁵⁵

Die Reform des BNatSchG vom 20.7.2022 hat zur Einfügung des § 45b in das BNatSchG einschließlich der Anlage 1 geführt. In der Anlage 1 sind für 15 kollisionsgefährdete Vogelarten Abstände von Brutplätzen und dem Mastfuß von WEA festgelegt worden, die einen sog. „Nahbereich“, einen „zentralen Prüfbereich“ und einen „erweiterten Prüfbereich“ bezeichnen.

- Gem. § 45b Abs. 2 ist von einer signifikanten Risikoerhöhung auszugehen, wenn die WEA innerhalb des Nahbereichsabstands errichtet werden soll.
- § 45b Abs. 3 bestimmt, dass Anhaltspunkte für eine signifikante Risikoerhöhung bestehen, wenn die Windenergieanlage zwar nicht innerhalb des Nahbereichs errichtet werden soll, aber doch innerhalb einer Entfernung, die geringer ist, als der zentrale Prüfbereich. Diese Anhaltspunkte können allerdings widerlegt werden durch eine Habitatpotenzialanalyse oder eine Raumnutzungsanalyse; sie können auch widerlegt werden durch die Durchführung bestimmter anerkannter Schutzmaßnahmen (Minderungsmaßnahmen) (§ 45b Abs. 3 Nrn. 1 und 2).
- Bei WEA, die in einer Entfernung errichtet werden, die außerhalb des zentralen Prüfbereichs aber innerhalb des erweiterten Prüfbereichs liegen, gilt eine Regelvermutung, dass keine signifikante Risikoerhöhung vorliegt, es sei denn, es liegen Besonderheiten vor, die in § 45b Abs. 4 Nrn. 1 und 2 genannt sind: deutlich erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit, die nicht durch erweiterte Schutzmaßnahmen kompensiert werden kann.
- § 45b Abs. 5 bestimmt, dass generell kein signifikantes Tötungsrisiko vorliegt, wenn die Anlage außerhalb des erweiterten Prüfbereichs errichtet wird.

§ 45b mit der Anlage 1 bestätigt die bisherige Rechtspraxis insoweit, als die Festlegungen sich auf den Standort von WEA im Umfeld von Brutplätzen kollisionsgefährdeter Brutvogelarten konzentrieren. Es

⁵⁴ Dazu näher: Köck, Rationale Risikosteuerung, a.a.O.

⁵⁵ Siehe COM (2022) 222 final v. 18.5.2022.

werden anhand differenzierter Abstandsfestlegungen (Nahbereich, zentraler Prüfbereich, erweiterter Prüfbereich) gesetzliche Beurteilungen für eine signifikante Risikoerhöhung getroffen. Unvollständig ist die Risikobeurteilung nur für die Fälle, in denen das Gesetz lediglich Anhaltspunkte für eine signifikante Risikoerhöhung regelt und ansonsten auf Widerlegungsmöglichkeiten durch Habitatpotenzialanalysen, Raumnutzungsanalysen und Schutzmaßnahmen verweist. Das Gesetz bestimmt hier zwar, dass in der Regel keine signifikante Risikoerhöhung besteht, wenn bestimmte Schutzmaßnahmen ergriffen werden, lässt aber in besonderen Fällen noch Raum für eine Einzelfallbewertung (§ 45b Abs. 3 Nr. 2).

Damit hat der Gesetzgeber im Wesentlichen Festlegungen getroffen, die in konditionaler Weise („Wenn – Dann“-Regelungen) das Risiko bewerten (§ 45b Abs. 2 und Abs. 5 sowie mit Abstrichen auch Abs. 4). § 45b Abs. 3 enthält demgegenüber zwar keine vollständig konditional bestimmte Bewertung, sondern verweist auf weitergehende Analysen und Maßnahmen, legt aber auch hier Vermutungsregeln fest, so dass die Nutzung probabilistischer Methoden auf einen engen Bereich begrenzt ist, nämlich auf den Bereich des Flugverhaltens im zentralen Prüfbereich und für das Kriterium der deutlich erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeit im erweiterten Prüfbereich (§ 45b Abs. 4 Nr. 1).

Unabhängig davon, könnte es sinnvoll sein, probabilistische Methoden für ein Monitoring des neuen Gesetzeskonzepts zu nutzen. Die Numerik kann zwar aus sich heraus keine Auskunft darüber geben, welche Risikowahrscheinlichkeit hinzunehmen bzw. nicht hinzunehmen ist, sie bietet aber Orientierungen für entsprechende Festlegungen durch den Gesetzgeber.

Ob darüber hinaus probabilistische Ansätze auch dafür genutzt werden sollten, um Grundrisiken zu ermitteln, steht auf einem anderen Blatt. Möglich wäre dies, allerdings nur auf der Grundlage weitergehender Daten, die im Rahmen des Zulassungsverfahrens bislang nicht erhoben werden, und die möglicherweise auch bei öffentlichen Stellen nicht ohne weiteres verfügbar sind. Abzulehnen ist demgegenüber der Vergleich mit anderen Grundrisiken, die nichts mit der Artenschutzproblematik zu tun haben (siehe zu beiden Aspekten die Ausführungen unter II.3.b).

Die EU-Kommission hat vor einigen Monaten einen Vorschlag für die Beschleunigung von EE-Projekten vorgelegt, der auch Modifizierungen des Artenschutzes enthält.⁵⁶ Im Kern geht es um die Auswahl und Ausweisung von „Go-to“-Gebieten für EE-Projekte, um eine ausreichende Flächenverfügbarkeit sicherzustellen. Für die Gebietsauswahl werden im Hinblick auf den Umwelt- und Naturschutz eine Reihe von Vorgaben gemacht.⁵⁷ Für EE-Projekte in den festgelegten „Go-to“-Gebieten gelten unter bestimmten Voraussetzungen (Durchführung notwendiger und geeigneter Minderungsmaßnahmen) gesetzliche Vermutungen der Artenschutzrechtskonformität sowie erweiterte Möglichkeiten einer probeweisen Zulassung unter besonderen artenschutzbezogenen Beobachtungsbedingungen.⁵⁸ Die Kommission greift damit in der Sache auf die Idee des deutschen Windflächenbedarfsgesetzes zurück und erweitert diese Idee, indem entsprechende Ausweisungsaufträge auch für andere EE-Projekte vorgeschlagen werden. Mit den Vermutungsregelungen wird Bezug genommen auf die deutsche Regelungskonzeption der BNatSchG-Reform v. 22.7.2022. Einzig mit den Experimentierregeln wird – soweit ersichtlich - gesetzliches Neuland betreten. Allerdings war in der deutschen Rechtsprechung auch bisher schon anerkannt, dass

⁵⁶ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, in: COM (2022) 222 final.

⁵⁷ Siehe die vorgeschlagene Einfügung des Art. 15c Abs. 1 lit a) EE-RL, in: COM (2022) 222 final, S. 21.

⁵⁸ Art. 15c Abs. 1 lit b) EE-RL, in: COM (2022) 222 final, S. 22.

unter bestimmten Voraussetzungen die Geeignetheit von Minderungsmaßnahmen durch ein begleitendes Monitoring nachgewiesen werden konnte.⁵⁹ Mit Blick auf den möglichen Einsatz von probabilistischen Methoden ergeben sich aus dem Richtlinienvorschlag keine weiteren Besonderheiten.

IV. Schlussfolgerungen

1. Das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung beinhaltet seiner Begründung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung gemäß zwar eine doppelte Risikoabschätzung (Grundrisiko und vorhabenbezogenes Zusatzrisiko), in der Praxis hat man sich aber stets darauf konzentriert, das Risiko eines vorhabenbezogenen Verlustes von Exemplaren streng geschützter Arten am Projektstandort möglichst gering zu halten. Auch das BVerwG hat in seiner Rechtsprechung bislang keine Ermittlungen zum Grundrisiko verlangt, sondern sich auf Risikoabschätzungen für den Umgebungsbereich von Projekten konzentriert. Abstandskonzepte, Ermittlungen des Artverhaltens im Umfeld des Standorts und weitergehende Schutzmaßnahmen sind die maßgeblichen Steuerungsmittel, um eine signifikante Risikoerhöhung mit der nötigen Gewissheit ausschließen zu können. Auf eine numerische Festlegung des akzeptablen Risikoniveaus am Standort des Vorhabens ist verzichtet worden. Gleichwohl können probabilistische Methoden dabei helfen, signifikante Risikoerhöhungen zu erkennen. Dies gilt insbesondere für die Abschätzung des Flugverhaltens windenergiesensibler Vögel im Umfeld der Brutplätze an Windenergiestandorten.
2. Durch die Reform des den Vogelschutz betreffenden Artenschutzrechts bei landseitigen Windenergieprojekten v. 22.7.2022 sind bundesrechtliche Regelungen in Geltung gesetzt worden, die das Kriterium der signifikanten Risikoerhöhung in hohem Maße konkretisieren. So ist rechtlich klargestellt, dass sich die Ermittlung auf 15 als besonders windenergiesensibel identifizierte Vogelarten zu beschränken hat und dass von einer signifikanten Risikoerhöhung zwingend auszugehen ist, wenn der durch den Gesetzgeber festgelegte Nahbereichs-Abstand nicht eingehalten wird (§ 45b Abs. 2). Ebenso ist gesetzlich festgelegt, dass eine signifikante Risikoerhöhung nicht vorliegt, wenn der durch den Gesetzgeber festgelegte erweiterte Prüfbereichsabstand eingehalten worden ist (§ 45b Abs. 5). Bei diesen Abstandsfestlegungen handelt es sich um normative Festlegungen auf der Basis des Standes der Wissenschaft in Ermangelung eines bereits allgemein anerkannten Standes der Wissenschaft. Für probabilistische Verfahren ist hier insoweit kein Raum.
3. Wird die Windenergieanlage in einem Abstand zu Brutplätzen windenergiesensibler Vogelarten errichtet und betrieben, der größer als der festgelegte Nahbereichsabstand, aber kleiner als der festgelegte zentrale Prüfbereichsabstand liegt, sind vertiefende Untersuchungen und ggf. auch weitere Schutzmaßnahmen notwendig, um mit dem erforderlichen Maß an Gewissheit feststellen zu können, dass keine signifikante Risikoerhöhung vorliegt. Hier kommt es auf Habitatpotenzialanalysen und auch auf Raumnutzungsanalysen an und hier dürfte der Einsatz von probabilistischen Methoden auch nach der neuen Rechtslage weiterhin hilfreich sein. Gleiches gilt für Windenergieanlagen, die in einem Abstand zu Brutplätzen windenergiesensibler Vogelarten errichtet werden, der größer als der zentrale Prüfbereich, aber kleiner als der erweiterte Prüfbereich ist. Das Gesetz betont hier zwar die

⁵⁹ Dazu näher Ruß, ZUR 2017, 602-608 und ZUR 2018, 18-23; siehe auch Köck/Bovet, ZUR 2018, 579, 584 f.

Regelvermutung, dass im erweiterten Prüfbereich nicht von einer signifikanten Risikoerhöhung auszugehen ist, nennt aber Besonderheiten als Begrenzungen der Regelvermutung, nämlich u.a. eine deutlich erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit. Die Anwendung dieses Tatbestandselements kann mit Hilfe eines probabilistischen Verfahrens sicherlich erleichtert werden.