

Protokoll zum Fachgespräch „Artenhilfsprogramme und Ausnahmeerteilung nach § 45 Absatz 7 BNatSchG“ am 24.01.2020 in Berlin

– Kurzfassung –

Am 24. Januar 2020 trafen sich insgesamt 37 Vertreterinnen und Vertreter von Landesfachbehörden und Vogelschutzwarten, Naturschutzorganisationen und Energieverbänden, vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, vom Bundesamt für Naturschutz, weiteren Landesministerien und Behörden sowie der Rechtswissenschaft zu einem Fachgespräch in Berlin. Ziel war es

- einen Ein- und Überblick über Artenhilfsprogramme zu geben (welche gibt es, für welche Arten, in welchen Bundesländern) und Chancen und Hemmnisse für deren Umsetzung zu verdeutlichen,
- die rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmen zu klären und letztlich
- zu diskutieren, auf welche Weise die Anforderung, dass sich der Erhaltungszustand einer Art nicht verschlechtern darf, umgesetzt werden kann.

Grundlage für die Diskussion waren zwei Konzepte:

- a) der vom NABU vorgeschlagene Ansatz, die Erteilung von Ausnahmen an die Durchführung von Artenhilfsprogrammen zu knüpfen und
- b) Überlegungen in Schleswig-Holstein, Ausnahmeerteilungen in rechtskräftigen Windeignungsgebieten zu ermöglichen und die Nicht-Verschlechterung des Erhaltungszustands über die Beauftragung von FCS-Maßnahmen sicherzustellen.

In den Vorträgen und Diskussionen wurden die kritischen Punkte hervorgehoben, die weiter ausdifferenziert werden müssten, um die vorgeschlagenen Konzepte operabel zu machen. Aus naturschutzfachlicher Sicht ist insbesondere zu klären, welche Arten für Artenhilfsprogramme in Betracht kämen. Zudem müssten die Erfordernisse an Artenhilfsprogramme und deren finanzielle und personelle Ausstattung geklärt und gesichert werden.

Aus rechtlicher Perspektive müsste insbesondere das Merkmal des sich „nicht verschlechternden Erhaltungszustandes“ untersetzt werden, um das Instrument Ausnahme rechtssicher anwendbar zu machen. Außerdem besteht Klärungsbedarf bezüglich des Umfangs und des Inhalts der Alternativenprüfung.

Bei der Kopplung von Artenhilfsprogrammen und Ausnahme kommt es entscheidend darauf an, an welcher Stelle die fachlichen Programme rechtlich andocken könnten. Hier böte sich ebenfalls das Merkmal des nicht verschlechternden Erhaltungszustandes an, weshalb dessen Ausdifferenzierung für die weitere Diskussion zentral sein wird.

Entsprechend blieben in den Diskussionen auch Fragen offen: Bezüglich des Erhaltungszustandes müsse grundsätzlich geklärt werden, wie die zu betrachtende Population abzugrenzen ist, und welche Rolle Bestandstrends spielten. Ebenfalls geklärt werden müsse, wer für die Erhebung und Vorhaltung dieser Daten zuständig sein solle. Offen blieb zudem, wie mit der zeitlich verzögerten Wirkung von Artenhilfsprogrammen umzugehen sei.

1. Fragestellung und Ziel Veranstaltung

Der Windenergieausbau ist ins Stocken geraten. Derzeit werden unterschiedliche Ansätze diskutiert, wie Ausbauhemmnisse reduziert werden können. Die Untersetzung der Signifikanzbestimmung durch klare Bewertungsmaßstäbe steht zurecht im Mittelpunkt der Überlegungen, wie bei der Umsetzung des Artenschutzes mehr Planungs- und Rechtssicherheit erlangt werden könnte. Daneben gibt es aber auch Überlegungen, ob und unter welchen Voraussetzungen man im Wege einer Ausnahmeerteilung zu rechtssicheren Genehmigungen kommen könne. Insbesondere dort, wo auf regionaler Ebene abschließende Gebietsausweisungen erfolgen, stellt sich die Frage, ob die Ausnahme von den Verboten des besonderen Artenschutzes eine Möglichkeit darstellt, die für die Windenergienutzung ausgewiesenen Flächen auch tatsächlich nutzbar zu machen.

Um die Voraussetzungen und Potenziale einer Ausnahmeerteilung ergebnisoffen zu diskutieren, lud das Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE) unter der Überschrift „Artenhilfsprogramme und Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG“ zu einem Fachgespräch ein. Der Titel spiegelt einen Vorschlag wider, mit dem der NABU am 5. September 2019 erstmals an die Öffentlichkeit getreten war. Daneben sollten aber auch Überlegungen, die derzeit unter anderem im Kontext der Leitfadenfortschreibung in einzelnen Bundesländern angestellt werden, zur Sprache kommen.

Für das KNE stand im Vordergrund, die Potenziale der Ausnahmeerteilung ergebnisoffen zu diskutieren, da die fachliche und rechtliche Meinungsbildung hierzu noch nicht abgeschlossen ist. Es nahmen 37 Personen an der Veranstaltung teil.

2. Artenhilfsprogramme

2.1 Einführung und Überblick über Artenhilfsprogramme und diesbezügliche Aktivitäten von Bund und Ländern (Dr. Elke Bruns, KNE)

Die Einführung von Dr. Elke Bruns gab einen Überblick über Artenhilfs- bzw. Artenschutzprogramme für den Bestandserhalt von Greif- und Großvögeln. Eine Säule bilden die beiden einschlägigen Projekte zum Rotmilanschutz aus dem Bundesprogramm Biologische Vielfalt. Die andere Säule bilden Konzepte oder Projekte in der Zuständigkeit der Länder. Nach einer Begriffsklärung – was zeichnet Konzepte, Projekte und Programme jeweils aus? – zeigte der Länderüberblick, dass die Umsetzung des jeweiligen Maßnahmenkonzeptes nur in wenigen Fällen (Bayern, Schleswig-Holstein) aus Landesmitteln finanziert wird/wurde. Überwiegend sind die Naturschutzfachbehörden und Vogelschutzwarten auf ehrenamtliche Unterstützung und/oder die Umsetzung der Maßnahmen im Rahmen anderer Förderprogramme angewiesen.

Rückfragen und Diskussion

Einzelne Teilnehmer würdigten die Klarstellung, dass das Vorliegen von Konzepten noch keine Umsetzung bedeute. Wenn die Bundesprojekte ausgelaufen seien und Bundesländer wie Bayern und Schleswig-Holstein bisherige Projekte einstellten, blieben nur wenige staatlich unterstützte Aktivitäten übrig.

Im weiteren Verlauf stellte sich die Frage, ob Ersatzgelder zur Kompensation von Landschaftsbildbeeinträchtigungen für Greifvogelschutzmaßnahmen genutzt werden könnten. Dies wurde für die Länder Schleswig-Holstein, Baden-Württemberg und Brandenburg bejaht: Mittel aus dem jeweiligen Landesfonds können „zweckbezogen“ für Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege eingesetzt werden. Artenschutzmaßnahmen seien davon umfasst.

2.2 Das Artenhilfsprogramm Rotmilan des Landes Sachsen-Anhalt (Ubbö Mammen)

In Sachsen-Anhalt wurden (Stand 2013) 2.000 Rotmilan-Brutpaare festgestellt. Eine Populationsgefährdungsanalyse kam zu dem Ergebnis, dass sich der Bestand bei unveränderten Bedingungen in 50 Jahren

halbieren würde. Wenn anstatt von 78 Prozent hingegen 81 Prozent der Brutpaare erfolgreich brüteten, würde der Bestand stabil bleiben. Das Beispiel zeigt, dass die Stellschrauben „Reproduktion erhöhen/Bruterfolg sichern und Sterblichkeit verringern“ viel bewirken könnten. Kleine Veränderungen an „Stellschrauben“ können große Auswirkungen haben.

Das Maßnahmenkonzept sieht großräumige Maßnahmen („rotmilanfreundliche“ Bewirtschaftung) zur Verbesserung des Nahrungsangebots vor. Hierbei sei man auf eine Finanzierung und auf die Mitwirkung der Landwirtschaft angewiesen. „Prädatorenschutz“ (Baummanschetten gegen Nesträumer) und die Verringerung der Mortalität an Freileitungen und Straßen seien weitere Maßnahmen. An Windenergieanlagen seien Lenkungsmaßnahmen zur Senkung der Mortalität vorgesehen.

Im Anschluss an die Erläuterung des Maßnahmenkonzeptes hob Herr Mammen das Dichtezentrenkonzept des Landes Sachsen-Anhalt hervor. Als Beitrag zur Bestandssicherung sollen Dichtezentren in der Planung von Windenergieanlagen freigehalten werden. Abschließend empfahl Herr Mammen, die Todesursachenforschung fortzuführen.

2.3 Stand der Umsetzung und Erfolgsbedingungen (Martin Kolbe)

Das Rotmilanzentrum des Landes Sachsen-Anhalt mit Sitz in Halberstadt ist über Projektmittel des Landes Sachsen-Anhalt finanziert, also keine dauerhafte Einrichtung. Es soll die Umsetzung des Artenhilfsprogramms unterstützen, u. a. durch die Beratung von Landwirten, von Windenergieanlagenbetreibern und –projektierern sowie durch Öffentlichkeitsarbeit und Umweltbildung. Soweit Grundlagenforschung (hier: Telemetrierung) am Rotmilanzentrum betrieben werde, sei dies ebenfalls nur über Projektmittel möglich.

Herr Kolbe berichtete, dass Maßnahmen des Artenhilfsprogramms nur in sehr begrenztem Umfang umgesetzt würden: so gebe es keine spezifischen Maßnahmen (z. B. Schonstreifen) für den Rotmilan. Bewirtschaftungsmaßnahmen zur Weglockung fänden nur vereinzelt und im Land verstreut statt. Herr Kolbe hob hervor, dass Erhaltung und Pflege von Nistplatzstrukturen (Pappelreihen) in der ansonsten ausgeräumten Agrarlandschaft sehr wichtig seien. Es gebe zwar ein Förderprogramm für Landwirte, dieses werde aber kaum nachgefragt. Wenn Pappelreihen neu gepflanzt würden, erfolge dies vor allem aufgrund von Kompensationspflichten nach der Eingriffsregelung.

Das Prädationsmanagement (hier: Horstschutz durch Baummanschetten) habe bisher nur einen geringen Effekt gezeigt. An Schienen und Straßen passiere zu wenig. Die Mortalitätsrate dort liege weiterhin bei zirka 20 Prozent. Eine Verpflichtung der Betreiber, Aas umgehend zu entfernen, um die Mortalität zu senken, sei nachträglich nicht möglich. Zur Mortalität an Windenergieanlagen verweist Herr Kolbe auf den Artenschutzrechtlichen Leitfaden des Landes Sachsen-Anhalt.

In Sachsen-Anhalt seien im Vergleich zu anderen Bundesländern bzw. Nachbarstaaten nur wenige Fälle illegaler Greifvogelverfolgung bekannt. Vor allem Vergiftungen seien in anderen EU-Mitgliedsstaaten häufiger als hier.

Herr Kolbe berichtete, dass in Sachsen-Anhalt an zwei Stellen Futterplätze zur Ablenkung von Windenergieanlagen oder als „bestandsstützende Maßnahme“ eingerichtet wurden. Diese Fütterung sei aber sehr strittig, es gebe noch viele Unsicherheiten, unter anderem bezüglich der räumlichen Reichweite der Attraktionswirkung.

2.4 Anforderungen an Artenhilfsprogramme aus Sicht des NABU (Statement, Lars Lachmann)

Lars Lachmann würdigte bereits bestehende Konzepte und die Aufbereitung der Erfahrungen aus der Umsetzung von Artenhilfsprojekten. Er wies darauf hin, dass aus seiner Sicht das Erfolgsmonitoring einen wesentlichen Baustein, der vom NABU geforderten Artenhilfsprogramme darstelle. Nur ein solches Monitoring könnte belegen, ob die Maßnahmen das erwünschte Ziel – die Gewährleistung des Bestandes – auch tatsächlich erreichen. Aus Sicht von Herrn Lachmann ist die Gewährleistung des Bestandes eine zentrale Vorbedingung dafür, dass Ausnahmen erteilt werden könnten.

Rückfragen und Diskussion zu Block 1

Im Folgenden werden die Diskussionsinhalte von Block 1 nach Themen zusammengefasst wiedergegeben.

Für welche Arten müsste es Artenhilfsprogramme geben?

Aus dem Publikum wurde die Frage gestellt, für welche Arten der NABU Artenhilfsprogramme für erforderlich hält. Es müsse im Kontext der Windenergie um mehr Arten als nur den Rotmilan gehen. Herr Lachmann verwies auf die **Artenliste** im NABU-Papier. Sie enthalte die Arten, die ein Populationsproblem haben bzw. solche, die bei Windenergieanlagen (WEA)-Planungen problematisch seien.

Erteilung von Ausnahmen – müssen sie begrenzt werden?

Ein Teilnehmer fragte, **wie viele Ausnahmen** es denn überhaupt geben dürfe, wenn es jetzt schon Tendenzen für eine abnehmende Population gebe. Herr Lachmann bestätigte, dass zu überlegen sei, wie eine Obergrenze für die durch Ausnahmen (ggf. auch kumulativ) verursachten Verluste bestimmt werden könnte.

Ein anderer Teilnehmer stellte hingegen fest, dass sich für ihn die Frage anders stelle: Es ginge nicht darum, wie viele Ausnahmen – und damit potenzielle Verluste – hinnehmbar seien. Vielmehr sei die Frage, wie viele Brutpaare mindestens benötigt würden, um eine überlebensfähige Population zu sichern: Sind es 1.500 oder 4.000?

Erfordernis von Artenhilfsprogrammen

Bisher sind Artenhilfsprogramme in den Ländern freiwillig. Ein Landesvertreter wies darauf hin, dass man Artenhilfsprogramme oder Artenhilfsmaßnahmen nur dann finanziert bekäme, wenn diese auch tatsächlich notwendig seien. Bei guten Erhaltungszuständen oder positiven Bestandstrends sei diese Notwendigkeit aber gar nicht gegeben. Bei Vorhabensgenehmigungen drohe hier auch keine „Verschlechterung“ des Erhaltungszustandes im Sinne des § 45 Abs. 7 S. 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG).

Es stelle sich die Frage, ob man unter dieser Voraussetzung Artenhilfsprogramme und Ausnahmeerteilung tatsächlich verknüpfen könne – zumal, wenn im konkreten (hypothetischen) Fall keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes drohe.

Benötigte personelle und finanzielle Ressourcen

Ein Teilnehmer merkte an, dass mit der Umsetzung des NABU-Vorschlages große Herausforderungen verbunden seien. So würden „echte“ Programme erhebliche personelle und finanzielle Ressourcen benötigen, insbesondere für das Monitoring. Wie könne man die Länder dazu motivieren, diese Leistungen zu erbringen? Außerdem wurde angemerkt, dass es wohl schwierig sei, die Forderung von Artenhilfsprogrammen als Voraussetzung von Ausnahmegenehmigungen allein mit einem Bezug auf die Windenergie zu begründen. Müsste diese Forderung nicht gleichermaßen für andere Vorhabentypen erhoben werden?

Restriktionen für den Maßnahmenerfolg

Die erfolgreiche Umsetzung von Maßnahmen aus Artenhilfsprogrammen (siehe Bericht aus Sachsen-Anhalt) sei offenbar nicht ganz einfach, da man bei großflächigen Bewirtschaftungsmaßnahmen immer auf die Kooperation von Landwirten oder der Forstwirtschaft angewiesen sei. Welche Schlussfolgerungen könnten daraus gezogen werden, dass die Erfolgsaussichten dadurch offenbar begrenzt seien?

Konzentration von Artenhilfsprogramme auf bestimmte Räume?

Es wurde die Frage aufgeworfen, auf welche Räume die Maßnahmen vorzugsweise gelenkt werden sollten. Wenn dies über das Land verteilte Schwerpunkträume oder Dichtezentren seien, was passiere dann in den Vogelschutzgebieten? Ein weiterer Diskussionsbeitrag relativierte, dass die Konzentration von Maßnahmen auf Dichtezentren sinnvoll sei. So sei bekannt, dass der Bruterfolg in Schwerpunkträumen aufgrund hoher Konkurrenz unter den Revierpaaren durchaus geringer sei als außerhalb. Es sei daher zu überlegen, ob es nicht sinnvoller wäre, Maßnahmen vorzugsweise außerhalb von Schwerpunkträumen umzusetzen.

Ein Teilnehmer fragt Herrn Mammen, ob die Schwerpunkträume möglicherweise ausreichen, um die Rotmilan-Population von rund 2.000 Brutpaaren im Land zu erhalten, bzw. welche Auswirkungen die Schwerpunkträume auf die präsentierte Modellierung der Populationsentwicklung hätten. Herr Mammen antwortet, dass die von ihm dargestellte Modellierung auf das ganze Land Sachsen-Anhalt bezogen war. Im Rahmen der Modellierung sei nicht separat betrachtet worden, welche Auswirkungen die Schwerpunkträume auf die Population hätten. Eine ausschließliche Nachkartierung der Schwerpunkträume mache aus seiner Sicht auch keinen Sinn.

3. Ausnahme von artenschutzrechtlichen Verboten

Frau Dr. Christiansen (KNE) führte in den zweiten Themenblock ein. Hier ging es um die rechtlichen Aspekte der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Es wurden die Voraussetzungen der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG dargestellt, die rechtlichen Hürden identifiziert, die es auf dem Weg zu einer Genehmigung zu bewältigen gelte und es wurde der Frage nachgegangen, ob man die Ausnahme bereits auf Ebene der Planung berücksichtigen könne.

3.1 Voraussetzungen der Ausnahme und europarechtliche Vorgaben (Frank Sailer)

Herr Sailer legte den Fokus auf die Darstellung der Ausnahmevoraussetzung und die Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben. Er stellte zunächst klar, dass die Ausnahme grundsätzlich auch für Windenergievorhaben in Betracht käme. Sodann erläuterte er, dass – abseits des in Deutschland üblicherweise genutzten Ausnahmegrundes des „überwiegenden öffentlichen Interesses“ gemäß § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG – auch andere Ausnahmegründe in Betracht gezogen werden könnten, und europäische Mitgliedstaaten auch andere Ausnahmegründe nutzten. Auf die Situation in Deutschland bezogen zeigte er auf, dass die Vogelschutzrichtlinie den Ausnahmegrund des „überwiegenden öffentlichen Interesses“ im Gegensatz zur jüngeren Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie nicht kenne. Herr Sailer sah aber keine

zwingende Verengung auf den Ausnahmegrund des „überwiegenden öffentlichen Interesses“, sondern stellte den Rückgriff auf ein „Begründungsbündel“ zusammengesetzt aus Aspekten der verschiedenen Ausnahmegründe in den Raum.

Bezüglich der zweiten Ausnahmevoraussetzung, der Alternativenprüfung wies er auf die noch nicht abschließend geklärte Frage des Suchraumumfanges und die Frage der Zumutbarkeit hin. Die dritte Voraussetzung der Ausnahme, den sich nicht verschlechternden Erhaltungszustand, stellte er mit Verweis auf den folgenden Beitrag von Rechtsanwalt Dirk Teßmer nur knapp dar. Herr Sailer schloss damit, dass die Ausnahme in Zukunft an Bedeutung gewinnen könnte. Zwar sei dieses Instrument in der Behörden- und Gerichtspraxis angekommen, dennoch bestünden seitens der Behörden weiterhin Unsicherheiten bezüglich einer rechtskonformen Ausnahmeerteilung, weshalb Herr Sailer eine Untersetzung der Ausnahme als sinnvoll erachtete.

Rückfragen und Diskussion

Die Teilnehmer diskutierten die Ausführungen zur Alternativenprüfung und die Frage, inwieweit eine etwaige Festlegung klimapolitischer Ziele relevant für die Ausnahmeprüfung sein könnten.

Alternativenprüfung

Im Hinblick auf die Alternativenprüfung erläuterte der Referent, dass das Projekt an sich erhalten werden müsse. Es könne bei der Prüfung von Alternativen aber nur um Projekt-Varianten gehen. Anstelle einer Windenergieanlage käme zum Beispiel keine Photovoltaik-Anlage in Betracht – das wäre ein anderes Projekt und keine Alternative für die Windenergieanlage.

Es wurde angemerkt, dass sich bei der Alternativenprüfung stets auch Eigentumsfragen stellten. Wie sei damit umzugehen? Hier verwies der Referent auf den Leitfaden von Baden-Württemberg, der bei der Alternativenprüfung eine rechtliche und tatsächliche Zugriffsmöglichkeit des Vorhabenträgers voraussetze.

Klimaschutzziele

Im Anschluss wurde diskutiert, ob es für die Voraussetzung der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses und der Alternativenprüfung hilfreich wäre, wenn jedes Bundesland eigene Klimaschutzziele formulierte, diese rechtlich verankerte und sie planerisch auf die regionale Ebene herunterbrechen würde. Diese Idee wurde von einigen als hilfreich angesehen, da man in den Ländern mit formulierten Klimaschutzziele, Landesentwicklungsprogrammen (LEPs) und Regionalplänen (RPs) sowohl im Hinblick auf die Alternativenprüfung als auch im Hinblick auf die Frage des zwingenden öffentlichen Interesses deutlich besser aufgestellt sei.

Mit Verweis auf andere europäische Staaten erklärte der Referent, dass es jedoch nicht unbedingt notwendig sei, Klimaschutzziele zu definieren und Konzentrationszonen auszuweisen, um die Voraussetzungen der Ausnahme zu erfüllen. In anderen Mitgliedsstaaten, in denen es keine derartige regionalplanerische Steuerung bzw. Konzentrationszonenplanung für die Windenergie gebe, wären diese Voraussetzungen per se nicht erfüllbar.

Ob die Festlegung von Klimaschutzziele durch die Länder hilfreich wäre, wurde unterschiedlich beurteilt. Eine kritische Stimme bemerkte, dass der Bund zwar Zielvorgaben setze und zudem marktwirtschaftliche Regelungen vorsehe, auf deren Grundlage der Ausbau der erneuerbaren Energien erfolge, es aber nicht Sache der Länder sei, die energiepolitischen Ziele des Bundes herunterzubringen.

3.2 Anforderungen an den Erhaltungszustand (Dirk Teßmer)

Rechtsanwalt Dirk Teßmer ging in seinem Vortrag speziell auf die Ausnahmenvoraussetzung nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG ein. Darin geht es um den sich „nicht verschlechternden Erhaltungszustand“. Hier stellte er zunächst klar, dass er die Diskrepanz zwischen der deutschen Formulierung (keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes) und der europäischen Anforderung (günstiger Erhaltungszustand) aus der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie nicht als relevant ansehe.

Sodann stellte Herr Teßmer die Voraussetzungen dar, unter denen eine Prognose über den Erhaltungszustand gestellt werden kann, die eine Ausnahme zuließe. Maßgeblich sei zunächst das Gebiet des jeweiligen Mitgliedsstaates. Der Erhaltungszustand werde als günstig betrachtet, solange diese Art „ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes“, dem sie angehört, bilde und langfristig weiterhin bilden werde, das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art nicht abnehme und genügend Lebensraum vorhanden sei, um langfristig ein Überleben der Population zu sichern.

Rückfragen und Diskussion

Im Anschluss wurden Details bezüglich des Erhaltungszustandes sowie insbesondere die Frage einer Meldepflicht für Ausnahmen und der Möglichkeit einer Ausnahmeverordnung diskutiert.

Meldepflicht von Ausnahmen

In der Diskussion wurde die Sorge geäußert, dass Ausnahmeerteilungen kumulativ dazu führen könnten, dass sich der Erhaltungszustand verschlechtert. Zunächst wurde darauf verwiesen, dass bereits eine europäische Meldepflicht von Ausnahmen nach Art. 16 Abs. 2 Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie bestehe. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer waren sich darüber einig, dass keine Klarheit darüber bestehe, wer für die Meldung verantwortlich sei (Behörde, Land oder Bund), und welche Daten weitergegeben werden dürften, da diese häufig in privaten Projekten erhoben würden. So könnten Konflikte mit Eigentumsrechten und dem Datenschutz entstehen. Zudem wurde angemerkt, dass das Sammeln von Daten in der behördlichen Praxis nicht gut funktioniere, weshalb die Verantwortung hierfür auf der übergeordneten Ebene liegen sollte.

Wäre eine Ausnahmeverordnung sinnvoll?

Zur Entlastung der Einzelverfahren wurde von verschiedenen Seiten die Idee, eine Ausnahmeverordnung zu schaffen, eingebracht. Dies wurde allerdings auch kritisch beurteilt, weil bereits bestehenden Verordnungen, die auf der Grundlage von § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG erlassen wurden, wie beispielsweise die Biberabschussverordnung von einigen Teilnehmern für rechtswidrig gehalten wurden. Die Rechtmäßigkeit sei bei dieser und anderen Ausnahmeverordnungen lediglich nicht gerichtlich überprüft worden.

Detailfragen zum Erhaltungszustand

Im Hinblick auf das Merkmal des Erhaltungszustandes kamen bereits anwendungsspezifische Fragen auf. Was beispielsweise geboten sei, wenn sich eine Vogelart zwar in einem günstigen Erhaltungszustand befinde, dieser sich aber durch die Erteilung einer Ausnahme verschlechtern würde. Dies wurde als immer noch vereinbar mit den europarechtlichen Vorgaben erachtet. Aus Sicht des Artenschutzes seien solche Entscheidungen unbefriedigend, fügten andere Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Diskussion zu. Es erscheine ungerecht, dass Individuen einer Art getötet werden dürften, gerade weil der Artenschutz erfolgreiche (teils ehrenamtliche) Arbeit geleistet habe.

Unklarheit herrschte auch darüber, auf welche Population bei der Betrachtung des Erhaltungszustandes abzustellen sei. Könnte hier beispielsweise auf gute Bestände in anderen Bundesländern verwiesen werden oder müsste die Betrachtung auf das jeweilige Bundesland beschränkt sein? Diese Frage konnte nicht abschließend juristisch beantwortet werden, vielmehr wurde angeführt, dass der Verweis auf einen günstigen Erhaltungszustand in einem anderen Bundesland zumindest nicht dauerhaft als Argument herhalten dürfe. Die Verantwortung für den Erhaltungszustand der Population trage letztlich jedes Bundesland selbst. In diesem Zusammenhang wurde noch angemerkt, dass daher auch die Erfassung des Erhaltungszustandes Aufgabe des Landes sei und nicht dem einzelnen Vorhabenträger auferlegt werden könne.

3.3 Artenschutzrechtliche Ausnahme auf Ebene der Raumordnung (Dr. Andreas Weiss)

Nach der Mittagspause referierte Dr. Andreas Weiss von Ohms Rechtsanwälte zu der Frage, inwieweit die Ausnahme bereits auf Ebene der Raumordnung berücksichtigt werden kann. Zunächst stellte Herr Dr. Weiss die unterschiedlichen Betrachtungsebenen von Raumordnung, als zusammenfassende, übergeordnete Planung, die eine Typisierung zulässt und der Ebene des Genehmigungsverfahrens dar, wo es um die Genehmigung von Einzelvorhaben gehe.

Herr Dr. Weiss stellte fest, dass auf Ebene der Raumordnung eine spezielle artenschutzrechtliche Prüfung grundsätzlich nicht erforderlich sei. Dies sei nur ausnahmsweise geboten, wenn bereits auf dieser Ebene konkrete Anhaltspunkte bestünden, dass besonders geschützte raumbedeutsame Arten ein späteres Genehmigungshindernis darstellten, oder wenn weitergehende Zielaussagen zum Artenschutz auf dieser Ebene getroffen werden sollen. Zu letzteren gehören dann Aussagen zur Ausnahme.

Es sei allerdings fraglich, ob die Ausnahme als Ziel oder Grundsatz in der Raumordnung zu verankern sei. Ziele der Raumordnung seien abschließend abzuwägen. Die Möglichkeit, eine abschließende Abwägung im Hinblick auf die Ausnahmevoraussetzung vorzunehmen, dürfte zumindest im Kontext der Alternativenprüfung herausfordernd sein. Lediglich von abschließend abgewogenen Belangen kann eine Bindungswirkung von der Ebene der Raumordnung ausgehen. Inwiefern diese Bindungswirkung auf die Bewertung artenschutzrechtlicher Zugriffsverbote (§ 44 Abs. 1 BNatSchG) übertragen werden kann, sei rechtsdogmatisch anspruchsvoll, wobei Ansätze bestünden. Eine andere Möglichkeit wäre es, die Ausnahme als einen Grundsatz der Raumordnung aufzunehmen. Dieser könnte allerdings auf nachfolgender Ebene weggewogen werden, wenngleich er das Abwägungsmaterial für § 45 Abs. 7 BNatSchG anreichert.

Als Alternativen zur Verankerung der Ausnahme auf Raumordnungsebene stellte Herr Dr. Weiss in den Raum, eine Ausnahmeverordnung zu erlassen. Außerdem riss er die Idee an, die Ausnahmeverordnung im BNatSchG dahingehend zu ändern, dass es eine Regelvermutung für das überwiegende öffentliche Interesse und die Alternativlosigkeit gäbe, wenn Vorrangs-/Eignungsgebiete bzw. Konzentrationszonen in einem rechtsgültigen Raumordnungsplan bzw. Flächennutzungsplan festgelegt seien. Dieser Ansatz sei zwar rechtlich noch zu prüfen, würde aber die Einzelfallprüfung entlasten und dennoch auf Genehmigungsebene erfolgen.

Rückfragen und Diskussion

Nach dem dritten rechtlichen Input diskutierten die Teilnehmenden, inwieweit eine **regelmäßige Erteilung der Ausnahme rechtmäßig** sei. Hierzu erläuterte der Referent, dass die Ausnahme dann (auch regelmäßig) erteilt werden könne, wenn die Voraussetzungen hierfür vorlägen. Dies sei unabhängig von der Begrifflichkeit „Ausnahme“. Als Korrektiv gebe es die Voraussetzung des Erhaltungszustandes, an dessen Zustand bestimmte europarechtliche Anforderungen zu stellen seien. Sich dem anschließend merkte ein Teilnehmer an, dass in Konzentrationszonen die Ausnahme stets anwendbar sein müsse, aber in Dichtezentren dafür niemals. Zumindest mit verbreiteten Arten sei in dieser Weise zu verfahren. Außerdem könne der Populationsbezug nur auf Landesebene hergestellt werden. Im Hinblick auf die

Dichtezentren bzw. Schwerpunktorkommen reiche es nicht aus, diese räumlich zu definieren, wurde angemerkt. Vielmehr müssten tatsächlich Maßnahmen umgesetzt werden und im besten Fall flächenscharfe Festlegungen getroffen werden.

Räumlicher Umfang der Alternativenprüfung

Der Referent stellte auf Nachfrage klar, dass im Rahmen der Alternativenprüfung nicht auf andere Konzentrationszonen verwiesen werden könne.

Ergänzend wurde darauf hingewiesen, dass eine Vorprägung der Ausnahme auf Ebene der Raumordnung das Genehmigungsverfahren nicht obsolet machen würde. Dieses müssten Vorhabenträger weiterhin durchlaufen. Hierzu wurde angemerkt, dass eine Vorprägung das Genehmigungsverfahren aber beschleunigen würde.

4. Kopplung Artenhilfsprogramme und Ausnahme

4.1 Kopplung der Ausnahmeerteilung an Artenhilfsprogramme (Lars Lachmann)

Herr Lachmann legte eingangs dar, dass seiner Meinung nach dem Rückgang von Arten durch die Windenergie entweder durch strengere Maßstäbe im Regelgenehmigungsverfahren begegnet werden könnte oder durch die Sicherstellung einer gesunden Population. Populationsstützende Maßnahmen seien rechtlich aber nur im Regime der Ausnahme vorgesehen. Den Ausbau der Windenergie an populationsstützende Maßnahmen zu knüpfen, unterstütze der NABU in seinem Positionspapier zur Windenergie. Hier betrachte der NABU Artenschutzprogramme als Voraussetzung für Ausnahmegenehmigungen bei Windenergieanlagen. Der NABU würde die Erteilung der Ausnahme an die Voraussetzungen knüpfen, dass sich der Erhaltungszustand nicht verschlechtere, dass Artenschutzprogramme vorhanden seien und ein Monitoring die Nichtverschlechterung des Erhaltungszustandes beweise. Diese Herangehensweise berge gewisse Vorteile. Insbesondere würde der Schutz der besonders gefährdeten Arten gewährleistet und gleichzeitig der Ausbau der Windenergie vorangetrieben. Die vorgeschlagene Vorgehensweise sei zudem im gegenwärtigen Rechtsregime durchführbar. Etwaige Nachteile des Ansatzes seien die weiterhin bestehenden Rechtsunsicherheiten bezüglich der Ausnahmeveraussetzungen und Probleme der praktischen Umsetzung.

Die Artenhilfsprogramme müssten im Rahmen dieses Ansatzes ihr Ziel erreichen, andernfalls sei keine Ausnahmeerteilung möglich. Inhaltlich ließen sich windenergiebezogene Maßnahmen, wie das Freihalten von Dichtezentren und Maßnahmen, die auf die Reduktion anderer Todesursachen zielten, unterscheiden.

Rückfragen und Diskussion

Kritisch wurde angemerkt, dass bereits jetzt Artenschutzmaßnahmen in umfangreichem Maße im Zuge von Windenergie-Vorhaben umgesetzt würden. Einer weitergehenden „Kopplung“ bedürfe es daher nicht. Allerdings könnte die Verknüpfung von Maßnahmenanforderungen mit Artenhilfsprogrammen Möglichkeiten einer Flexibilisierung bei der Maßnahmenumsetzung bieten. Zudem seien die Abstände aus dem Helgoländer Papier mit Vorsorge gesetzt worden.

Hierauf entgegnete der Referent, dass es bei dem NABU-Ansatz speziell um die windenergiesensiblen Arten ginge, bei denen die Abstände des Helgoländer Papiers offenbar nicht ausreichten. Ergänzend wies er darauf hin, dass die Ausnahme nicht nur im Zusammenhang mit Vorhaben der Windenergie, sondern auch bei anderen Vorhabentypen zum Einsatz käme. Alle Vorhabenträger müssten gleichermaßen in die Artenhilfsprogramme einzahlen.

4.2 Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windkraftsensiblen Vogelarten in Schleswig-Holstein (Johannes Fischer)

Herr Fischer stellte einen Ansatz aus Schleswig-Holstein vor. Zunächst gehe man in Schleswig-Holstein grundsätzlich davon aus, dass in Bezug auf den Ausbau der Windenergie „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ vorlägen. Begründet wird dies insbesondere damit, dass Windenergieanlagen zukünftig nur noch in Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung zulässig seien. Dies würde im Regionalplan festgelegt, weshalb auch keine räumlichen Alternativen in Betracht kämen. Technisch seien weiterhin Alternativen gegeben, beispielsweise in der Anlagenkonfiguration und durch Schutz- und Vermeidungsmaßnahmen. Die Beurteilung des Erhaltungszustandes des Seeadlers sei in Schleswig-Holstein aufgrund einer „hervorragenden Datenlage“ möglich. Seeadler und Rotmilan (hier sei die Datenlage, nur bis 2014 allerdings unzureichend) befänden sich in Schleswig-Holstein in einem günstigen Erhaltungszustand. Als FCS-Maßnahme seien beispielhaft für den Rotmilan im Verschlechterungsfall 25 Hektar pro Brutpaar vorgesehen. Die Maßnahmenflächen sollten in Räumen, die weitgehend frei von anthropogenen Gefährdungsquellen sind, liegen. Für die Implementierung werde über zwei Möglichkeiten nachgedacht: Die Maßnahmen könnten entweder in der Einzelgenehmigung beauftragt werden oder in ein landesweites verursacherfinanziertes Artenhilfsprogramm in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages eingebunden werden. In beiden Fällen bliebe die Verantwortung für bestandsstützende Maßnahmen beim Verursacher.

Rückfragen und Diskussion

Auf Nachfrage erläuterte der Referent, dass die geforderte Zahl von 25 Hektar Fläche pro Brutpaar unter anderem auf eine Publikation von Gottschalk et al. (2015)¹ zurückginge. In diesem Umfang seien Flächen aufzuwerten. Die räumliche Kulisse, in der die Maßnahmen umgesetzt werden sollten, ergäbe sich durch Ausschluss der in den Regionalplänen vorgesehenen Vorranggebiete für Windenergienutzung zuzüglich eines artspezifischen Sicherheitsabstandes gemäß Helgoländer Papier. Diese würden momentan aufgestellt. Der Referent erklärte ferner, dass vorgesehen sei, auch im Ausnahmeregime zumutbare Vermeidungsmaßnahmen, wie die Abschaltung bei Bodenbearbeitungs-Ereignissen, für den Rotmilan zu beauftragen.

5. Übergreifende Abschlussdiskussion

In der übergreifenden Abschlussdiskussion kamen einzelne Beiträge darauf zurück, dass die Windenergie nur einer von mehreren Gefährdungsfaktoren für die betrachteten Arten darstelle. Es bliebe unklar, ob und wie die anderen Gefährdungsursachen für die Finanzierung der Artenhilfsprogramme heranzuziehen seien. Allerdings sei eine Fokussierung auf den Bereich der Windenergie vorerst sinnvoll – weitere Schritte müssten aber folgen.

¹ Gottschalk, E., N. Wasmund, B. Sauer & R. Bayoh (2015): Nahrungsmangel beim Rotmilan *Milvus milvus*? Was können zusätzliche Mahdflächen zur Nahrungsverfügbarkeit beitragen? Abh. Ber. Mus. Heineanum 10 / Sonderband: 17-32.

In diesem Zusammenhang wurde auf das Verursacherprinzip verwiesen; man könne niemanden für etwas verantwortlich machen, wofür er nicht verantwortlich sei. Da sich Populationsauswirkungen erst in der Summierung herausstellten, könne eine Betrachtung der Ausnahmefähigkeit nur auf Landesebene erfolgen. Der Vollzug des Ansatzes, wie er in Schleswig-Holstein in Entwicklung sei, könne nicht durch die einzelnen Genehmigungsbehörden erfolgen. Eine Lösung per Verordnung würde die Behörden bei der Beurteilung von Einzelvorhaben entlasten. Die Forderung nach einer Maßnahmenfläche von 25 Hektar pro Brutpaar sei für Schleswig-Holstein „umsetzbar“. In anderen Bundesländern (wie Nordrhein-Westfalen) seien Flächen in diesen Größenordnungen wohl nicht verfügbar. Hinsichtlich der Flächen zur Maßnahmenumsetzung könne man auf den Flächenpool der landeseigenen Stiftung zurückgreifen. In Schleswig-Holstein solle überdies eine Personalstelle eingerichtet werden, die die Umsetzung der FCS-Maßnahmen überwache.²

Bedenken wurden dahingehend geäußert, dass der Ansatz von einer rechtskräftigen Regionalplanung abhängt, momentan aber viele Pläne gerichtlich angefochten würden.

Es wurde angemerkt, dass es bisher nicht geklärt sei, wie mit negativen Effekten auf die Population umzugehen sei. Dem wurde entgegnet, dass es eine frühzeitige Abschätzung darüber, wie viele Ausnahmen erteilt werden dürften, geben müsse. Die müsse sich an Populationsmodellen bemessen. Aktuell stehe nicht fest, ob es um fünf, 50 oder 5.000 Ausnahmen gehe. Die Alternative zu einer solchen Abschätzung wäre aus der Sicht des NABU, fünf Jahre gar nichts zu genehmigen, und zunächst die Monitoringergebnisse abzuwarten. Dies wolle man aber den Betreibern eigentlich nicht zumuten. Hierauf wurden zu bedenken gegeben, dass dies schwerlich umzusetzen sei, und Populationsmodelle sehr große Prognoseunsicherheiten bergen würden.

Abschließend wurde noch einmal daran erinnert, dass der Ansatz grundsätzlich nur zum Tragen komme, wenn ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben sei. Dies müsse zunächst zweifelsfrei geklärt sein. Erst dann käme die Ausnahme (und die damit verknüpften Forderungen) ins Spiel.

Fraglich sei, ob und wie eine Kopplung rechtlich umzusetzen sei. Es gäbe kein Ausnahmekriterium „Artenhilfsprogramm vorhanden“, auf das man sich rechtlich stützen könne. Im bestehenden rechtlichen Ausnahmeregime sei einerseits das Prüfungsmerkmal „Erhaltungszustand“ und andererseits bei der Abwägung (Überwiegen) die Gefährdung einer Art ausschlaggebend. Eine darüberhinausgehende Kopplung sei im derzeitigen Rechtsregime des § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht möglich. Insbesondere könne der Erfolg von Artenhilfsprogrammen nicht an die Ausnahmegenehmigung gekoppelt werden.

Als grundsätzlich problematisch wurde angemerkt, dass mit der Diskussion über Artenhilfsprogramme und Ausnahme der zweite Schritt vor dem ersten gemacht werde, da zunächst die Maßstabsbildung zum signifikant erhöhten Tötungsrisiko vorangetrieben werden müsse. Der diskutierte Ansatz würde nur einen kleinen Rest an Vorhaben betreffen.

6. Offene Fragen und Ausblick

Zum Abschluss der Diskussion fasste Dr. Elke Bruns noch einmal die offenen Fragen zusammen und stellte in Aussicht, dass das KNE bei Bedarf einen weiteren Austausch zu diesem Themenkomplex organisieren würde. So sei es vorstellbar, sich vertiefend mit dem Thema „Bemessung und Umsetzung von FCS-Maßnahmen“ zu befassen. Ein weiteres Thema für einen Fachaustausch sei darüber hinaus die Frage, ob und wie Schutzmaßnahmen zur Verminderung von Kollisionsrisiken mit Auflagen zur Durchführung von FCS-Maßnahmen kombiniert werden könnten.

² Ergänzender Nachtrag aus Schleswig-Holstein: Das Land hat bereits Ende 2018 eine Stelle zur Kontrolle artenschutzrechtlicher Genehmigungsaufgaben besetzt. Aktuell ist im Gespräch, dass diese Stelle dann auch die ggf. umzusetzenden FCS Maßnahmen kontrollieren könnte.

7. Meinungsbild als Abschlussrunde³

In der Abschlussrunde wurden die Teilnehmenden gebeten, per Abfrage und Handzeichen ein Meinungsbild zum Thema Ausnahme und Bestandssicherung abzugeben. Dazu wurden drei Fragen mit vorgegebenen Antwortoptionen gestellt.

1. **Wie beurteilen Sie die potenzielle Wirksamkeit von Artenhilfsprogrammen?**

Eine deutlich überwiegende Zahl der Teilnehmenden sah Artenhilfsprogramme – auch angesichts der im Fachgespräch genannten Einschränkungen für die Umsetzung bzw. die Wirksamkeit umsetzbarer Maßnahmen – als „potenziell wirksam“ an.

Hoch: 25, niedrig: 0, weiß nicht: 2-3.

2. **Erscheint Ihnen die Ausnahmeerteilung, verbunden mit Maßnahmen der Bestandssicherung, als ein gangbarer Weg?**

Ebenfalls einer deutlichen Mehrheit erscheint die Ausnahmeerteilung, verbunden mit Maßnahmen der Bestandssicherung, als ein gangbarer Weg.

Ja: 22, nein: 4, weiß nicht: 2-3.

3. **Welches der beiden Konzepte würden Sie favorisieren?**

Auf die Frage, **welches der beiden Konzepte die Teilnehmenden favorisieren, antwortete eine Mehrheit der Teilnehmenden**, dass sie verpflichtende, staatliche Artenhilfsprogramme bevorzugen würde. Nur ein kleinerer Anteil favorisierte „FCS-Maßnahmen in Verantwortung der Verursacher“. Die Option, Artenhilfsprogramme und FCS- Maßnahmen zu kombinieren, erhielt die meisten Stimmen.

- a) verpflichtende, staatliche Artenhilfsprogramme: 18.
- b) FCS-Maßnahmen in Verantwortung der Verursacher: 6.
- c) keins von beiden: 3.

Zusätzliche Abfrage:

- c) sowohl staatliche als auch FCS-Maßnahmen: > 20.

³ Da die Zusammensetzung der Teilnehmer nicht repräsentativ war, bieten die Zahlen und Mehrheiten nur begrenzte Interpretationsmöglichkeiten und gehen über ein Stimmungsbild nicht hinaus.