

# RdU

## Recht der Umwelt

### Schwerpunkt

## Energiewende

Artenschutzvorgaben bei Genehmigungsverfahren

Florian Berl

EEG/BEG: Betriebs- und Verfügungsgewalt

Dominik Kurzmann, Laura Fertschey

Windkraft und Photovoltaik in Tirol

Mirella Maria Johler

### Leitsatzkartei

Schwerpunkt Abfallwirtschaftsrecht

### Rechtsprechung

EuGH: Keine Staatshaftung für Gesundheitsschäden  
wegen Luftverschmutzung

Lukas Liebenberger

VwGH: Umweltinformation iZm Betriebs- und  
Geschäftsgeheimnissen

Daniel Ennöckl

OGH: PV-Anlage als unzulässige Änderung iSv § 16 WEG

Emanuel Ponholzer

# Artenschutzrechtliche Vorgaben für Genehmigungsverfahren der Energiewende

## Der Beitrag schnell gelesen

Der europäische Artenschutz nimmt in Projektgenehmigungsverfahren (insb in Bezug auf Windparks) eine wesentliche Rolle ein: Zunächst bestimmt er ob seiner Erhebungsfordernisse die Dauer der Projektierungsphase, anschließend stehen die eingereichten Projekte regelmäßig im Verdacht, bei ihrer Umsetzung artenschutzrechtliche Verbotstatbestände auszulösen. IdZ wird der Artenschutz bisweilen auch aus naturschutzfremden Motiven gerade aufgrund seiner wesensimmanenten Unsicherheiten sowie unscharfen rechtlichen Vorgaben vorge-schoben, um Vorhaben zu verhindern. Hier setzt der Beitrag

an, der die rechtlichen Rahmenbedingungen präzisieren und überschießende Forderungen entkräften soll, die den juristischen Vorgaben widersprechen.

## Naturschutzrecht

Art 5, 9 VSch-RL; Art 12, 16 FFH-RL

EuGH 4. 3. 2021, C-473/19 und C-474/19, *Skydda Skogen*;

EuGH 10. 10. 2019, C-674/17, *Tapiola*

RdU 2023/30



Ing. Dr. FLORIAN BERL, Rechtsanwalt ONZ & Partner Rechtsanwälte GmbH.

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Bestandsaufnahme
- C. Die artenschutzrechtliche Prüfung
  1. Anforderungen
  2. Tötungs- und Fangverbot
    - a) Allgemeines
    - b) Tötungsverbot und kollisionsgefährdete Brutvogelarten
    - c) Vermeidungsgebot und Schutzmaßnahmen
    - d) Kumulative (Risiko-)Betrachtung?
  3. Zerstörungs- und Beschädigungsverbot
  4. Störungsverbot
- D. EU-Beschleunigungs-VO
- E. Fazit und Ausblick

## A. Einleitung

Die naturverträgliche Ausgestaltung der Energiewende und damit der massive Ausbau von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen (kurz EEA) – wie bspw und insb Windenergieanlagen (kurz WEA)<sup>1</sup> – ist unbestritten ein zentrales Ziel unserer Zeit. Ein Grund, warum dieses Ziel trotz intensiver Bemühungen nicht erreicht werden könnte, sind Umfang, Komplexität und – insb die der Judikatur des EuGH geschuldete – Unschärfe von **artenschutzrechtlichen Vorgaben** nach der Vogelschutz-RL (kurz VSch-RL<sup>2</sup>) sowie der Fauna-Flora-Habitat-RL (kurz FFH-RL<sup>3</sup>), die nicht auf bestimmte Schutzgebiete begrenzt sind. So nehmen bereits die artenschutzfachlichen Erhebungen bzw Bestandsaufnahmen sowie die anschließende Erstellung der einschlägigen Fachbeiträge mindestens ein Jahr, zT zwei Jahre<sup>4</sup> oder einen noch längeren Zeitraum in Anspruch. Nachdem diese zeit- und kostenintensive<sup>5</sup> Projektierungsphase (endlich) abgeschlossen und der Genehmigungsantrag gemeinsam mit den einschlägigen Fachbeiträgen eingebracht werden kann, sind häufig die ausstehenden Gutachten der Beh und/oder erhobenen Einwendungen ausschlaggebend

dafür, dass die gesetzlichen Entscheidungsfristen nicht eingehalten werden können:<sup>6</sup> Denn bei der Anwendung der artenschutzrechtlichen Bestimmungen zeigen sich – nicht zuletzt aufgrund **fehlender anerkannter wissenschaftlicher Standards**<sup>7</sup> und der daraus resultierenden unüberschaubaren Anzahl sich qualitativ unterscheidender und zT inhaltlich widersprechender Leitfäden, Arbeitshilfen, Merkblätter, Studien und Publikationen<sup>8</sup> – praktische Schwierigkeiten, wenn unbestimmte Rechtsbegriffe und vielschichtige normative Vorgaben auf komplexe sowie dynamische (iSv laufend einer natürlichen Veränderung unterworfenen) Sachverhalte in der Umwelt angewendet werden müssen.<sup>9</sup>

In der Folge werden daher zunächst die Vorgaben präzisiert, die **aus rechtlicher Sicht** an eine ausreichende Bestandsaufnahme zu stellen sind, zumal die Unvollständigkeit der zunehmend aufwendigeren sowie umfangreicheren Einreichunterlagen regel-

<sup>1</sup> Bei der gebotenen Umstellung der Energieerzeugung auf erneuerbare Energie kommt der Windenergie eine besondere Bedeutung zu; statt vieler *Faßbender/Brade*, Die jüngsten Rechtssetzungsaktivitäten auf EU- und Bundesebene zu Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie an Land, NuR 2022, 813 (813).

<sup>2</sup> RL 2009/147/EG des EP und des Rates v 30. 11. 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl L 2010/20, 7 v 26. 1. 2010.

<sup>3</sup> RL 92/43/EWG des Rates v 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl L 1992/206, 7 v 22. 7. 1992.

<sup>4</sup> IdS sieht bspw ein von *BirdLife* im Jahr 2021 publizierter Leitfaden vor, dass „die Erhebung der Brutvögel innerhalb von zwei Brutsaisonen (zwei Jahre) erfolgen [soll].“

<sup>5</sup> Krit dazu *Helms/Herzog/Becker*, *Bahnbetrieb und das Verbot der Tötung geschützter Tiere*, EurUP 2016, 144 (146), die treffend darauf hinweisen, dass ein erheblicher Teil der für den projektbegleitenden Naturschutz bereitgestellten Mittel in die Begutachtung geht und damit dem Naturschutz als solchem gar nicht zu Gute kommt.

<sup>6</sup> Zur insoweit vergleichbaren Situation in Deutschland vgl *Frank/Rolshoven*, *Die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes zur Windenergie an Land – mehr Schatten als Licht?* ZNER 2022, 535 (535).

<sup>7</sup> Zuletzt etwa VGH München 24. 2. 2022, 14 ZB 21.1300; vgl auch (statt vieler) BVerwG 6. 4. 2017, 4 A 16.16.

<sup>8</sup> IdS verweist *Kment*, *Artenschutz im Fokus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung*, NuR 2020, 361 (363), auf eine Vielzahl an wissenschaftlichen Streitfragen.

<sup>9</sup> Treffend *Ratzbor*, *Signifikanzbewertung als naturschutzfachliches Tätigkeitsfeld*, ZNER 2020, 185 (185, 187).

mäßig unter Hinweis auf – naturgemäß niemals zu beseitigende – Unsicherheiten moniert wird.<sup>10</sup> Anschließend werden abermals die Anforderungen an die artenschutzrechtliche Prüfung sowie darauf aufbauend die einzelnen artenschutzrechtlichen Verbotsstatbestände unter Berücksichtigung der einschlägigen Judikatur dargestellt. Schließlich soll herausgearbeitet werden, wie sich die intendierten Erleichterungen nach der EU-Beschleunigungs-VO<sup>11</sup> auf die artenschutzrechtliche Bewertung in Genehmigungsverfahren auswirken.

## B. Bestandsaufnahme

Für die fachliche Prüfung, ob eine WEA auf einzelne (artenschutzrechtliche) Schutzgüter einwirkt bzw. einwirken kann, bedarf es zunächst einer entsprechenden Grundlage in Form einer **Bestandsaufnahme**. Diese umfasst weithin einerseits die Auswertung bereits vorhandener Erkenntnisse bzw. hinreichend aktueller Daten<sup>12</sup> und andererseits regelmäßig eine Bestandserfassung vor Ort. Im Einzelfall können Stichproben ausreichen oder kann von Vor-Ort-Untersuchungen überhaupt Abstand genommen werden, wenn von ihnen keine weitergehenden Erkenntnisse zu erwarten sind, wie etwa die nähere Untersuchung von Fledermausquartieren, die einem ständigen Wechsel unterworfen sind.<sup>13</sup>

### Für die artenschutzfachliche Bestandsaufnahme gibt es keine normativen Vorgaben.

Im Unterschied zum europäischen Gebietsschutz existieren für die artenschutzfachliche Bestandsaufnahme auch keine normativen Vorgaben<sup>14</sup> und haben sich weder für sie noch – wie bereits einleitend ausgeführt wurde – für die Ermittlung des Risikos bzw. die Bewertung bestimmte fachliche Maßstäbe und Methoden durchgesetzt.<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund lag es an den Gerichten klarzustellen, dass eine **am Maßstab praktischer Vernunft ausgerichtete Prüfung** erforderlich, aber auch ausreichend ist.<sup>16</sup> Demnach ist es nicht notwendig, ein lückenloses Arteninventar zu erstellen,<sup>17</sup> die Untersuchungstiefe hängt vielmehr von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab. Lassen bspw. bestimmte Vegetationsstrukturen Rückschlüsse auf die faunistische Ausstattung zu, so kann es mit der gezielten Erhebung der insoweit maßgeblichen repräsentativen Daten sein Bewenden haben.<sup>18</sup>

Ebenfalls zulässig ist es, die **Untersuchung auf planungsrelevante Arten zu beschränken**<sup>19</sup> und kann – insb. bei häufigen bzw. weit verbreiteten Arten – unter Beachtung bestimmter Schadensbegrenzungs- und/oder Vermeidungsmaßnahmen (wie zB Bauzeiten außerhalb der Vegetations- oder Brutperiode oder Abschaltungen von WEA) grundsätzlich ohne Bestandserfassung vor Ort davon ausgegangen werden, dass keine relevanten Betroffenheiten eintreten.<sup>20</sup> Wird nämlich bereits durch konkrete Vermeidungsmaßnahmen hinreichend sicher ausgeschlossen, dass Verbotstatbestände verwirklicht werden, kommt es nach der Judikatur auch auf allfällige Mängel bei der Kartierung nicht an.<sup>21</sup>

Somit ist zusammenfassend festzustellen, dass die Bestandsaufnahme keinesfalls „erschöpfend“ sein müsste (wie in der Praxis häufig überschießend gefordert), sondern „bloß“ so weit gehen muss, als die Intensität und Tragweite der Beeinträchtigung hinreichend erfasst werden können. Den „wahren“ Bestand von Flora und Fauna eines Naturraums vollständig abzubilden, ist ohnehin unmöglich.<sup>22</sup>

## C. Die artenschutzrechtliche Prüfung<sup>23</sup>

### 1. Anforderungen

Wie bereits festgehalten wurde, haben die Beh. und Gerichte auf der Grundlage von tauglichen Gutachten bzw. gutachterlichen Wertungen, ob und wie stark die jeweiligen Schutzgüter von den Auswirkungen des Vorhabens betroffen sind, die **Rechtsfrage** zu entscheiden, ob ein artenschutzrechtlicher Tatbestand erfüllt wird. Dieser einzelfallbezogenen Prognoseentscheidung ist naturgemäß ein bestimmtes Wahrscheinlichkeitskalkül immanent,<sup>24</sup> sodass selbst unter Hinweis auf das – nicht näher bestimmte<sup>25</sup> – „Vorsorgeprinzip“ sowie die Judikatur des EuGH, der für die Feststellung, ob die artenschutzrechtlichen Verbote eingehalten sind, nicht auf dieses Prinzip Bezug nimmt,<sup>26</sup> rechtmäßiger Weise nicht verlangt werden kann, die artenschutzrechtliche Prüfung auf ein „Nullrisiko“ auszurichten oder Forschungsaufträge zu vergeben, um Erkenntnislücken und methodische Unsicherheiten zu beheben.<sup>27</sup> Dies wäre im Gegenteil schon deswegen unzulässig, weil im Artenschutz ein diesbezüglicher wissenschaftlicher Nachweis nie geführt werden könnte.<sup>28</sup>

IdS führt auch der VwGH in seinem Erk v 15. 10. 2020, Ro 2019/04/0021, aus, dass eine „100-prozentige Sicherheit [...] nicht gefordert [wird]“ und demnach eine Forderung, Schutzmaßnahmen müssten für sich genommen mit nahezu hundertprozentiger

<sup>10</sup> Dass die mit der Zeit gestiegenen Ansprüche an die Bestandsaufnahme in Bezug auf die Bewertung zu keiner Verbesserung führen müssen, wird von Ratzbor, Signifikanzbewertung, ZNER 2020, 185 (189), treffend wie folgt umschrieben: „Aus der Rückschau lässt sich heute feststellen, dass die Potenzialeinschätzung, was die räumliche Verteilung angeht, weitgehend vergleichbare Erkenntnisse liefert wie eine Raumnutzungserfassung – auch wenn die räumliche Genauigkeit gering ist und Berechnungen nicht durchgeführt werden können.“

<sup>11</sup> VO (EU) 2022/2577 des Rates v 22. 12. 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energie, ABl L 2022/335, 36 v 29. 12. 2022.

<sup>12</sup> Ökologische Bestandserfassungen sind dem ersten Anschein nach etwa fünf Jahre lang verwertbar, soweit innerhalb des in Rede stehenden Zeitraums kein Nutzungs- und Strukturwandel stattgefunden hat, schaden auch ältere Daten nicht (VGH Hessen 2. 1. 2009, 11 B 368/08.T); vgl. auch Kratsch in Schumacher/Fischer-Hüftle (Hrsg.), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 76 mwN.

<sup>13</sup> Lau in Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 15 mwN.

<sup>14</sup> Ebenso Ratzbor, Signifikanzbewertung, ZNER 2020, 185 (185).

<sup>15</sup> Grundlegend BVerwG 9. 7. 2008, 9 A 14.07. Aus der Literatur Brand/Langeleh/Männel, Die Signifikanzschwelle nach § 44 (5) Nr 1 BNatSchG, ZNER 1/20, 7; Lau in Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 13.

<sup>16</sup> Vgl. etwa OVG Koblenz 1. 9. 2021, 1 A 11152/20.OVG, Rn 49.

<sup>17</sup> BVerwG 9. 6. 2004, 9 A 11.03; 18. 6. 2007, 9 VR 13.06; 9. 7. 2008, 9 A 14.07; 6. 4. 2017, 4 A 16.16.

<sup>18</sup> BVerwG 9. 7. 2008, 9 A 14.07.

<sup>19</sup> Huggins, Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot als abgestuftes Schutzregime, NuR 2021, 73 (79) mwN.

<sup>20</sup> Lau in Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 16 mit dem Hinweis, dass geschützte Tiere auf andere geeignete Flächen ausweichen können.

<sup>21</sup> OVG NRW 2. 7. 2021, 8 B 875/21.

<sup>22</sup> Lau in Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 13.

<sup>23</sup> Die Ausführungen in diesem Kapitel basieren auf Berl/Gaiswinkler, Artenschutzrechtliche Ausnahmen für die Energiewende, RdU-U&T 2021/12.

<sup>24</sup> Treffend bereits BVwG 21. 8. 2017, W143 2017269-2, A 26 Linzer Autobahn; 4. 8. 2020, seither st. Rspr.

<sup>25</sup> Plakativ dazu Frank/Rolshoven, Novelle, ZNER 2022, 535 (539).

<sup>26</sup> Köck, Der Umgang mit wissenschaftlichen Unsicherheiten in der Rechtsprechung zum EU-Naturschutzrecht, ZUR 2022, 259 (265).

<sup>27</sup> Grundlegend BVerwG 17. 1. 2007, 9 A 20.05, Rn 66, seither st. Rspr. Aus der jüngeren Vergangenheit zB BVerwG, 9. 2. 2017, 7 A 2/15, mit dem Hinweis, dass „dies auch und gerade für den Ausbau einer Bundeswasserstraße [gilt], bei der sich der Lebensraum von Tieren in großen Teilen mit dem Verkehrsweg deckt.“

<sup>28</sup> Vgl. dazu OVG Rheinland-Pfalz 31. 10. 2019, 1 A 11643/17 (insb. Rn 34) und BVerwG 28. 4. 2016, 9 A 9.15: „Ein Nullrisiko ist daher nicht zu fordern, wegen der Forderung, die planfestgestellten Schutzmaßnahmen müssten für sich genommen mit nahezu 100%-iger Sicherheit Kollisionen vermeiden, zu weitgehend ist.“

Sicherheit Kollisionen vermeiden, zu weit geht.<sup>29</sup> Insoweit unterscheidet sich die artenschutzrechtliche Prüfung grundlegend von der gebietsbezogenen.<sup>30</sup> Mit anderen und klaren Worten: Das Artenschutzrecht verlangt auch unter Berücksichtigung der strengen Judikatur des EuGH nicht, dass das Vorsorgeprinzip herangezogen werden müsste, um Unsicherheiten Rechnung zu tragen.<sup>31</sup> Gleichfalls kann von Sachverständigen bzw Beh und Gerichten nicht verlangt werden, einen bestimmten Sachverhalt (zB eine Tötung oder eine Störung geschützter Tiere) oder bspw Schlagrisiken für Vögel „auszuschließen“<sup>32</sup> und „können mögliche Zweifel am Vorliegen des signifikant erhöhten Tötungsrisikos durch das Vorhaben für einzelne Exemplare, die weder bestätigt noch ausgeschlossen werden können, nicht wie im Habitatschutzrecht unter Rückgriff auf das Vorsorgeprinzip zulasten des Vorhabenträgers gehen.“<sup>33</sup>

### Das Artenschutzrecht verlangt nicht, dass das Vorsorgeprinzip herangezogen werden müsste, um Unsicherheiten Rechnung zu tragen.

Weiters haben Judikatur und Literatur klargestellt, dass eine naturschutzfachliche Meinung einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder vorzugswürdig ist, weil sie umfangreichere oder aufwendigere Ermittlungen oder „strengere“ Anforderungen für „richtig“ hält.<sup>34</sup> Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese (eine) Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird. Dagegen sind Genehmigungsverfahren kein adäquater Schauplatz zur Austragung wissenschaftlicher Methodenkonkurrenzen.<sup>35</sup> Vielmehr ist entscheidend, dass die E auf einem nach aktuellem Erkenntnisstand fachwissenschaftlich **vertretbaren Standpunkt** beruht (der regelmäßig und naturgemäß von neuesten Forschungsergebnissen und Fachpublikationen abweicht, die in der Wissenschaft noch nicht hinreichend diskutiert werden konnten).

## 2. Tötungs- und Fangverbot

### a) Allgemeines

Das Tötungs- und Fangverbot (Art 12 Abs 1 lit a FFH-RL; Art 5 lit a VSch-RL) verbietet alle absichtlichen Formen des Fangens oder der Tötung von Exemplaren der jeweils geschützten Arten und ist bekanntlich **individuenbezogen** zu verstehen. Aus Verhältnismäßigkeitsgründen und mit Blick auf den Normzweck des besonderen Artenschutzes außerhalb gezielter Zugriffe wird das Tötungsverbot nach der st Rspr<sup>36</sup> allerdings bloß dann verwirklicht, wenn das betreffende Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko der im Vorhabensbereich vorkommenden Individuen im Vergleich zum allgemeinen Lebensrisiko in einem anthropogen gestalteten Naturraum (sog spezifisches **Grundrisiko**, welches grundsätzlich hinzunehmen ist<sup>37</sup>) in signifikanter Weise erhöht. Zur Bestimmung und Beantwortung der maßgeblichen Rechtsfrage, ob eine **signifikante Risikoerhöhung** vorliegt, können

- ▶ artspezifische (bspw Verhaltensweisen, Biologie, Seltenheit und Gefährdung als weitere Indikatoren für das allgemeine Lebensrisiko),
- ▶ raumspezifische (zB Verbreitung der Art, Anzahl der vorkommenden Individuen, Nutzungshäufigkeit von Habitaten im jeweiligen Wirkungsraum)<sup>38</sup> und
- ▶ vorhabenspezifische (bspw Vorhabentyp, Ausgestaltung des Vorhabens, Wirksamkeit von Verminderungs- und Vermeidungsmaßnahmen)

Parameter herangezogen werden.<sup>39</sup>

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben ist eine Verletzung des Tötungsverbots bei einer außergewöhnlichen (signifikanten) Betroffenheit anzunehmen, die sich zugleich deutlich von dem vorab definierten spezifischen Grundrisiko abhebt.<sup>40</sup>

### Der Signifikanzansatz zielt auf eine artbezogene Risikobeurteilung ab.

Mit diesem Abstellen auf eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos wird der **individuenbezogene Schutzansatz nicht aufgegeben**.<sup>41</sup> Vielmehr wird mit der Frage der signifikanten Risikoerhöhung eine Zurechnungsschranke eingezogen, die der Verbotsverwirklichung vorgelagert ist.<sup>42</sup> Der Signifikanzansatz zielt auf eine artbezogene Risikobeurteilung ab, anstatt die Sterblichkeit von Artvertretern anhand der Population zu bewerten.<sup>43</sup> Insoweit ist auch dem VwGH beizupflichten, als er in seiner E v 15. 10. 2020, Ro 2019/04/0021, festgehalten hat, dass eine solche Beurteilung nicht dem Unionsrecht widerspricht und nicht zu erkennen ist, dass die Heranziehung des Signifikanzkriteriums gegen den Äquivalenz- bzw Effektivitätsgrundsatz verstoßen würde.

Damit ist aber auch festzuhalten, dass tatsächliche Schadenseintritte (so sie überhaupt festgestellt werden können), die sich unterhalb des definierten Grundrisikos bewegen, im Genehmigungsverfahren keinen Verbotstatbestand auslösen.<sup>44</sup> Solche Tötungen ohne signifikante Risikoerhöhung fallen vielmehr unter

<sup>29</sup> OVG Koblenz 1. 9. 2021, 1 A 11152/20.OVG.

<sup>30</sup> Zu den gänzlich unterschiedlichen Stoßrichtungen vgl bspw BVerwG 9. 7. 2008, 9 A 14.07, Rn 58.

<sup>31</sup> Anderes gilt iZm artenschutzrechtlichen Ausnahmen nach der FFH-RL vgl zur Wolfsjagd EuGH 10. 10. 2019, C-674/17, *Tapiola*, Rn 69, ebenso *Köck*, Unsicherheiten, ZUR 2022, 259 (266), wonach (bloß) diesbezüglich sicherzustellen ist, dass die betroffene Art im günstigen Erhaltungszustand verbleibt oder sich ein ungünstiger Zustand nicht verschlechtert.

<sup>32</sup> Ebenso *Frank/Rolshoven*, WEA, Vögel und die Bestimmung des Signifikanzbegriffs: Die Quadratur des Kreises? ZNER 2020, 197 (199).

<sup>33</sup> *Karabas*, Probleme der Zulassung von Windenergieanlagen, Wohnumfeld- und Artenschutz als Dauerproblem der Zulassung von Windenergieanlagen, ZUR 2022, 400 (404).

<sup>34</sup> *Kment*, Artenschutz, NuR 2020, 361 (366).

<sup>35</sup> Vgl dazu auch die Anm von *Berghaler*, RdU-U&T 2005/4, zur E des VwGH 27. 6. 2003, 2002/04/0195. Weiterführend ebenfalls *Berghaler*, „Ingenieure versus Juristen“, RdU 2012/24.

<sup>36</sup> Grundlegend VwGH 15. 10. 2020, Ro 2019/04/0021.

<sup>37</sup> BVerwG 28. 4. 2016, 9 A 9/15, Rn 141; 9. 2. 2017, 7 A 2/15, Rn 466; 7. 1. 2020, 4 B 20.19, Rn 5, jeweils mit dem Hinweis, dass nicht die „unberührte Natur“ als Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist.

<sup>38</sup> Vgl dazu *Bernotat*, Naturschutzfachliche Bewertung eingriffsbedingter Individuenverluste, ZUR 2018, 594 (600), wonach „eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos in räumlicher Hinsicht nur dann besteht, wenn es über das Niveau hinausgeht, das überall in Deutschland für diese Planung besteht. Für ubiquitäre Arten, die allgemein häufig und flächendeckend verbreitet sind, kommt es daher durch ein Vorhaben in der Regel räumlich zu keiner signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos, da sie mehr oder weniger überall gleichermaßen betroffen wären und dieses Risiko-Niveau flächendeckend in Deutschland vorhanden ist.“ Unzulässig wäre es, die Beurteilung mit Blick auf anthropogene Risiken aufgrund einer massiven lokalen Vorbelastung (zB einen „Windparkcluster“) zu verwässern. IdS auch *Lau Frenz/Müggenborg* (Hrsg), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 65 mwN.

<sup>39</sup> *Wulfert/Lau/Köstermeyer*, Vögel und Windenergienutzung – Vorgaben zur Signifikanzbewertung und Ausnahme, NuR 2022, 441 (442).

<sup>40</sup> Eine diesbezügliche gesetzliche Klarstellung wäre wünschenswert, da sich die Praxis von in Gesetz und Rspr nicht verankerten Vorsorge- und Besorgnisaspekten leiten lässt; treffend *Frank/Rolshoven*, Bestimmung des Signifikanzkriteriums, ZNER 2020, 197 (199).

<sup>41</sup> Treffend *Köck*, Anm zum U des EuGH v 4. 3. 2021, C-473/19 und C-474/19, *Skydda Skogen*, ZUR 2021, 298 (299).

<sup>42</sup> Vgl dazu *Lau* in *Frenz/Müggenborg* (Hrsg), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 64 mwN.

<sup>43</sup> *Huggins*, Tötungsverbot, NuR 2021, 73 (80).

<sup>44</sup> So auch *Kment*, Artenschutz, NuR 2020, 361 (363).

Art 12 Abs 4 FFH-RL bzw Art 13 VSch-RL und somit letztlich in die Verantwortung des jeweiligen MS.<sup>45</sup>

#### b) Tötungsverbot und kollisionsgefährdete Brutvogelarten

Die st Rspr geht – trotz vereinzelter Gegenstimmen, die eine signifikante Risikoerhöhung gänzlich ausschließen – davon aus, dass der Betrieb von WEA und ein damit verbundenes Schlagrisiko gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot verstoßen kann. Dabei bezieht sie sich auf die in einschlägigen Fachkonventionen bzw Leitfäden zugrunde gelegten **Abstandsbetrachtungen**, die eine schnelle Einschätzung hinsichtlich der Frage ermöglichen, ob in Bezug auf kollisionsgefährdete Vogelarten aufgrund einer definierten Entfernung zwischen WEA einerseits und Brutplatz der betreffenden Vogelart andererseits eine signifikante Risikoerhöhung vorliegt. Weitergehende aufwendige Untersuchungen – insb in Form von Habitatpotentialanalysen (kurz HPA) oder Raumnutzungsanalysen (kurz RNA)<sup>46</sup> – sind nur dann erforderlich, wenn bestimmte Abstände zu Brutplätzen unterschritten werden (zB 2.000 m beim Seeadler, 1.200 m beim Rotmilan und 500 m bei der Kornweihe<sup>47</sup>) und die Aufenthaltswahrscheinlichkeiten innerhalb der Prüfbereiche im Einzelfall bestimmt werden müssen. Dieser Bewertung liegt die – von der hA geteilte<sup>48</sup> – Ausgangsthese zugrunde, dass die Signifikanzschwelle umso eher überschritten ist, je näher sich eine WEA an einem Brutplatz einer kollisionsgefährdenden Art befindet, wobei die empfohlenen Mindestabstände stets unterschritten werden können, wenn im Einzelfall ein signifikantes Tötungsrisiko aufgrund detaillierterer Untersuchungen oder neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse nicht anzunehmen ist.<sup>49</sup>

Der Gesetzgeber in Deutschland hat diese Ansätze aufgegriffen und mit § 45b BNatSchG bundesweit **verbindliche Vorgaben für die fachliche Bewertung** definiert, und zwar

- ▶ in Gestalt einer taxativen Liste der zu prüfenden (bloß) 15 gesetzlich als kollisionsgefährdet eingestuft Brutvogelarten (Schwarzstörche, die im Waldviertel gerne als zwingendes Projekthindernis angesehen werden, fallen bspw nicht darunter),
- ▶ anhand dreier artspezifisch abgestufter Abstandsradialen (Nahbereich, zentraler Prüfbereich und erweiterter Prüfbereich) und
- ▶ unter Heranziehung von sechs fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen.

Dieser Ansatz, der hier im Detail nicht dargestellt werden kann,<sup>50</sup> ist ausdrücklich zu begrüßen.<sup>51</sup> Denn einerseits ermöglicht die – auf einer langen fachlichen Diskussion aufbauende<sup>52</sup> – Abschichtung auf relevante kollisionsgefährdete Vogelarten die fokussierte Betrachtung bestimmter Arten. Andererseits ist die vom Gesetzgeber gewählte Vorgangsweise vor dem Hintergrund der VSch-RL sowie der dargestellten Judikatur zur Signifikanzformel nicht zu beanstanden:<sup>53</sup> Sie beruht nämlich auf fachlichen Grundlagen und der insoweit begründeten Annahme, dass kollisionsbedingte Tötungen für andere Vogelarten zwar nicht ausgeschlossen werden können, diese jedoch nicht über dem Grundrisiko liegen.<sup>54</sup> Gleiches gilt für allfällige Tötungen von kollisionsgefährdeten Vogelarten, die keinen Brutplatz innerhalb der festgelegten Abstände haben.

#### Verbindliche Vorgaben des Gesetzgebers wären dringend erforderlich.

Folglich wäre es wünschenswert (besser: dringend erforderlich<sup>55</sup>), wenn auch der nationale Gesetzgeber verbindliche Vorgaben normieren würde. Ohne gesetzliche Regelungen wird es bei ei-

nem Blick über die Staatsgrenze sowie fachlichen Diskussionen im jeweiligen Genehmigungsverfahren mit den damit verbundenen Verzögerungen sowie Unsicherheiten bleiben.

#### c) Vermeidungsgebot und Schutzmaßnahmen

Naturschutzgesetzliche Vorgaben enthalten in Bezug auf Vorhaben, die erst nach Durchführung einer Interessenabwägung bewilligt werden können, regelmäßig die Pflicht, dass nachteilige Wirkungen des Projekts möglichst gering gehalten werden müssen. Mit diesem Vermeidungsgebot wird nicht bezweckt, dass der Eingriff insgesamt unterbleibt oder an einem anderen Standort durchgeführt wird.<sup>56</sup> Vielmehr ist insb aufgrund des Bezugs zum konkreten „privilegierten“ Vorhaben zu prüfen, ob verhältnismäßige bzw zumutbare Alternativen bestehen, den mit dem Eingriff verfolgten Zweck am gleichen Ort zu erreichen.<sup>57</sup> Das Vermeidungsgebot verlangt damit lediglich, etwaige zur Verwirklichung des jeweiligen Vorhabens unnötige und als solche vermeidbare Belastungen zu unterlassen.<sup>58</sup>

Von solchen Vermeidungsmaßnahmen sind **artenschutzrechtliche Schutzmaßnahmen** wie bspw Abschaltungen von WEA, automatische Abschaltung der Anlagen bei Nutzung eines (dem Stand der Technik entsprechenden) Vogelerkennungssystems und die Herstellung von Ersatzhabitaten mit Ablenkeffekt, zu unterscheiden: Sie vermeiden nämlich keinen faktischen Eingriff, sondern dienen dazu, das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken. Insoweit sind solche artenschutzrechtlichen Maßnahmen rechtlich nur dann zulässig, wenn ohne ihren Einsatz eine Verletzung des Tötungsrisikos vorliegen würde; sie können nicht etwa vorsorglich festgelegt werden.<sup>59</sup>

#### d) Kumulative (Risiko-)Betrachtung?

Wie das BVwG in seiner E v 12. 4. 2021, W104 2223378-1, festgehalten hat, „[ist] eine **kumulative Betrachtung der Auswirkung**“

<sup>45</sup> Vgl dazu *Lau* in *Frenz/Müggenborg* (Hrsg), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 64.

<sup>46</sup> Zu den Grenzen der RNA vgl *Ratzbor*, Raumnutzungsanalyse – Ausweg aus dem Dilemma „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“? in *Thiele/Brandt* (Hrsg), Aktuelle Herausforderungen der Windenergie (2016) 113. IdZ weisen *Wulfert/Lau/Köstermeyer*, Vorgaben, NuR 2022, 441 (443) darauf hin, dass auch eine RNA stets „nur eine aktuelle Momentaufnahme der aktuellen Situation [darstellt], auf deren Ergebnisse allein eine belastbare Prognose und Beurteilung der Signifikanzschwelle nur schwer möglich ist.“

<sup>47</sup> Vgl dazu den „zentralen Prüfbereich“ nach Anlage 1 BNatSchG, wobei der dort angesprochene Nahbereich keine Tabuzone darstellt. *Frank/Rolshoven*, Novelle, ZNER 2022, 535 (537).

<sup>48</sup> Weiterführend *Frank/Rolshoven*, Novelle, ZNER 2022, 535 (536f); krit dagegen *Ratzbor*, Signifikanzbewertung, ZNER 2020, 185 (192).

<sup>49</sup> Vgl dazu bspw OVG Mecklenburg-Vorpommern 5. 10. 2021, 1 M 245/21 OVG.

<sup>50</sup> Weiterführend vgl *Frank/Rolshoven*, Novelle, ZNER 2022, 535.

<sup>51</sup> Ebenso *Frank/Rolshoven*, Novelle, ZNER 2022, 535 (537); krit dagegen *Gellermann*, Das Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, NuR 2022, 489.

<sup>52</sup> *Frank/Rolshoven*, Novelle, ZNER 2022, 535 (536).

<sup>53</sup> IdS auch *Frank/Rolshoven*, Novelle, ZNER 2022, 535 (536f).

<sup>54</sup> *Wulfert/Lau/Köstermeyer*, Vorgaben, NuR 2022, 441 (442).

<sup>55</sup> Die Fachwissenschaft ist nicht der Adressat, eine noch zulässige Gefährdungslinie zu definieren; dies ist vielmehr der Gesetzgeber; *Frank/Rolshoven*, Novelle, ZNER 2022, 535 (538); *Kment*, Faktische Grenzen judikativer Kontrolle und eingeforderte Maßstabsbildung in der (Nicht-)Wissensgesellschaft, EurUP 3/2020, 317 (328).

<sup>56</sup> Der Begriff „vermeidbar“ kann insoweit nicht in einem faktischen, rein naturwissenschaftlichen Sinn gemeint sein, da sich jeder Eingriff in die Natur dadurch vermeiden lässt, indem von der Realisierung des Vorhabens Abstand genommen wird.

<sup>57</sup> Vgl bereits *Bernotat*, Bewertung, ZUR 2018, 594 (595).

<sup>58</sup> Zur Rechtslage nach § 15 Abs 1 dt BNatSchG siehe *Scheidler*, Naturschutz- und artenschutzrechtliche Vorgaben für die immissionschutzrechtliche Genehmigung, NuR 2022, 395 (396), wonach bspw an die Einschränkung der Grundfläche eines Bauwerks zu denken ist.

<sup>59</sup> Ebenso *Frank/Rolshoven*, Bestimmung des Signifikanzbegriffs, ZNER 2020, 197 (200).

gen mit den Auswirkungen anderer Vorhaben – im Gegensatz zum Gebietschutz nach Art 6 FFH-RL – im Artenschutz nicht vorgesehen.“<sup>60</sup> Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen, als sie die Beantwortung der Frage betrifft, ob überhaupt ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand erfüllt wird: In diesem **ersten Prüfschritt** sehen nämlich weder die unionsrechtlichen Vorgaben nach der FFH-RL sowie der VSch-RL noch die einschlägigen Leitfäden der EK eine Berücksichtigung kumulativer Wirkungen im Rahmen der vom Gebietschutz losgelösten besonderen artenschutzrechtlichen Prüfung vor.<sup>61</sup> Im Übrigen erscheint – jedenfalls im Hinblick auf das Tötungsverbot – ein „Zusammenwirken“ ausgeschlossen, da das geschützte Individuum naturgemäß nur an bzw. von **einer** WEA getötet werden kann.<sup>62</sup>

Soll allerdings – gleichsam in einem **zweiten Prüfschritt** – eine **artenschutzrechtliche Ausnahme** erteilt werden, ist sicherzustellen, dass

- ▶ die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem **günstigen Erhaltungszustand** verweilen oder ein
- ▶ **ungünstiger Erhaltungszustand** der Populationen nicht verschlechtert oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindert wird (Verschlechterungsverbot), wobei eine Verschlechterung ggf. über populationsstützende Maßnahmen (sog. FCS-Maßnahmen<sup>63</sup>) kompensiert werden kann. Eine Ausnahme wäre in einem solchen Fall für die betreffende Art neutral.<sup>64</sup> Dafür darf das Verlustrisiko nicht höher sein als die Verluste, die eine Population noch kompensieren kann. Diese Kompensationsschwelle ist mit der Fachliteratur<sup>65</sup> populationsabhängig und kann höher sein als das individuelle Tötungsrisiko oder das 1%-ORNIS-Kriterium, welches additive Verluste auf Populationsebene berücksichtigt.<sup>66</sup> Stabile, anderweitig unbeeinträchtigte Populationen können nämlich größere Verluste kompensieren als bereits durch andere Einflüsse gefährdete Populationen.

Hier, also im Rahmen der Ausnahmeprüfung, ist mit Blick auf den Erhaltungszustand sowie die Judikatur des EuGH<sup>67</sup> eine **kumulative Betrachtung erforderlich**, die sich allerdings bloß auf jene Vorhaben erstreckt, für die auch eine Ausnahme erteilt wurde.

### 3. Zerstörungs- und Beschädigungsverbot

Das Zerstörungs- und Beschädigungsverbot verbietet jede Beschädigung oder Vernichtung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten (Art 12 Abs 1 lit d FFH-RL) bzw. die absichtliche Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern (Art 5 lit b VSch-RL). Insoweit bezieht sich der Schutz des Beschädigungs- und Zerstörungsverbots nicht auf den Lebensraum der geschützten Arten insgesamt, sondern nur **selektiv auf die ausdrücklich bezeichneten Lebensstätten**. Demnach sind potentielle (dh. nicht genutzte, sondern lediglich zur Nutzung geeignete) Lebensstätten (die von Stätten zu unterscheiden sind, die mit hoher Wahrscheinlichkeit wieder genutzt werden) mangels Individuenbezug ebenso wenig vom Schutzregime erfasst wie Nahrungs- und Jagdreviere<sup>68</sup> sowie Wanderkorridore.<sup>69</sup> Daher müssen potentielle Lebensstätten auch nicht kartiert werden.<sup>70</sup>

Als **Fortpflanzungsstätten** sind jene Bereiche anzusehen, die einzeln oder zusammen mit anderen Bereichen eine erfolgreiche Reproduktion ermöglichen (einbezogen sind bspw. Balzplätze und Aufzuchtstätten, an denen der Nachwuchs betreut wird). Unter dem tendenziell eng<sup>71</sup> auszulegenden Begriff der **Ruhestätten** versteht man Bereiche, die für ein Tier bzw. eine Gruppe von Tieren während der nicht aktiven Phase erforderlich sind. Sie

dienen bspw. der Rast, dem Schlaf oder der Erholung bzw. als Versteck oder als Unterschlupf für die Überwinterung,<sup>72</sup> wobei es sich um einen abgrenzbaren und für die betroffene Art besonders wichtigen Ruhebereich handeln muss, der einen nicht nur vorübergehenden, den artspezifischen Ansprüchen genügenden störungsfreien Aufenthalt ermöglicht.<sup>73</sup>

In Bezug auf geschützte Lebensstätten ist die Beschädigung bzw. Zerstörung verboten. Dies setzt eine physische oder chemische Einwirkung auf die Lebensstätte voraus, weshalb bspw. eine „Verlärmung“ nicht unter dieses Verbot fällt.<sup>74</sup> Dabei führt die Zerstörung zu einem gänzlichen, die Beschädigung zu einem partiellen Funktionsverlust der Lebensstätte, wobei sich das Verbot zwar auf konkrete Stätten bezieht, die jedoch durch ihre Funktion bestimmt sind. Schutzzweck ist somit die **Aufrechterhaltung der ökologischen Funktion**. Sind daher mehrere geschützte Stätten vorhanden, die weiterhin zur Verfügung stehen, wird mit einer allfälligen Zerstörung einer dieser Stätten deren Funktion nicht vernichtet, wenn die Funktion von anderen (bereits vorhandenen oder – ohne zeitlichen Bruch – mittels CEF-Maßnahmen<sup>75</sup> zu schaffenden) Stätten wahrgenommen wird.<sup>76</sup> Dazu ist nicht erforderlich, dass der verloren gehende oder beeinträchtigte Lebensraum 1:1 gewahrt wird, etwa die Anzahl der Tagesquartiere von Fledermäusen konstant bleibt; entscheidend ist allein, ob der verbleibende und/oder neu geschaffene Lebensraum die beeinträchtigten Funktionen für die betroffene Tiere auffängt. Es darf zu keiner Minderung des Fortpflanzungs- oder Ruherfolgs für die betroffenen Individuen kommen.<sup>77</sup>

<sup>60</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>61</sup> Freilich findet auch hier die allgemeine Empfindlichkeit bzw. Resilienz der Arten Eingang in die Beurteilung der Signifikanz: Je geringer sie gegenüber anthropogener Mortalität ist, desto höher können die noch akzeptablen einzelfallspezifischen Mortalitätsrisiken sein; *Lau in Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), *BNatSchG*<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 67.

<sup>62</sup> Ebenso *Rolshoven/Ratzbor*, Windparkerweiterung: Erhöhte Anforderungen an die UVP wegen „kumulierender Auswirkungen“? *ZNER* 2018, 505 (509).

<sup>63</sup> Aufgrund des Populationsbezugs kann bei diesen FCS-Maßnahmen (favorable conservation status) der räumliche Bezug weitaus größer ausfallen und zwar bis hin zum gesamten natürlichen Verbreitungsgebiet der betreffenden Art in Österreich; *Lau in Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), *BNatSchG*<sup>3</sup> (2021) § 45 Rn 39.

<sup>64</sup> Zur Wolfsjagd *EuGH* 10. 10. 2019, C-674/17, *Tapiola*.

<sup>65</sup> *Bellebaum*, Biologische Maßstäbe für das artenschutzrechtliche Tötungsverbot, *NuL* 2020, 24 (29).

<sup>66</sup> Danach soll die Zunahme der jährlichen Mortalität der ganzen Population nur 1% betragen.

<sup>67</sup> Jedenfalls zur Wolfsjagd *EuGH* 10. 10. 2019, C-674/17, *Tapiola*, Rn 62.

<sup>68</sup> Statt vieler *BVerwG* 9. 7. 2009, 4 C 12.07.

<sup>69</sup> *Kment*, Artenschutz, *NuR* 2020, 361 (368) mwN.

<sup>70</sup> Vgl. dazu *BVerwG* 9. 7. 2008, 9 A 14.07: „Die diesbezügliche Forderung der Kläger beruht auf der Annahme, dass solche Baumhöhlen potenzielle Quartiere der Bechsteinfledermaus oder anderer Fledermausarten seien. Es erscheint indes überzogen, im Untersuchungsraum eines Planvorhabens jede zB von Spechten geschlagene Baumhöhle, jede kleine Faulstelle oder abgeplatzte Rindenstücke zu erfassen, nur weil dahinter ein Fledermausquartier nicht auszuschließen ist. Dies liefe dem oben erwähnten Maßstab praktischer Vernunft zuwider und ist rechtlich nicht geboten.“

<sup>71</sup> *BVerwG* 28. 4. 2016, 9 A 9.15, Rn 151.

<sup>72</sup> Vgl. zu diesen Begriffen bspw. *Louis*, 20 Jahre FFH-Richtlinie. Teil 2 – Artenschutzrechtliche Regelungen, *NuR* 2012, 467 (471).

<sup>73</sup> *Lau in Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), *BNatSchG*<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 34.

<sup>74</sup> *Louis*, 20 Jahre FFH-Richtlinie, *NuR* 2012, 467 (470f).

<sup>75</sup> Darunter versteht man „vorgezogene“ Ausgleichsmaßnahmen („continuous ecological functionality-measures“).

<sup>76</sup> Grundlegend *VwGH* 15. 10. 2020, Ro 2019/04/0021, Rn 512. Nachdem die ökologische Funktion der geschützten Stätten (unabhängig vom Erhaltungszustand der betroffenen Arten) kontinuierlich beibehalten werden muss, damit der Verbotstatbestand nicht erfüllt wird, liegt darin auch kein Widerspruch zum U des *EuGH* v 4. 3. 2021, C-473/19 und C-474/19, *Skydda Skogen*.

<sup>77</sup> *Lau in Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), *BNatSchG*<sup>3</sup> (2021) § 44 Rn 77.

#### 4. Störungsverbot

Das Störungsverbot verbietet jede absichtliche Störung der nach Anh IV lit a FFH-RL geschützten Arten, insb während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten (Art 12 Abs 1 lit b FFH-RL) bzw das absichtliche Stören, insb während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser RL erheblich auswirkt (Art 5 lit d VSch-RL). Eine Störung ist jedenfalls jede unmittelbare Einwirkung auf Tiere, die eine Verhaltensänderung des Tieres bewirkt. Sie kann durch jede Form der Vergrämung (bspw durch Schall, Licht und Wärme), aber durchaus auch durch vorhabensbedingte Zerschneidungs- und Trennwirkungen oder die wesentliche Verkleinerung des Jagdhabitats<sup>78</sup> ausgelöst werden.<sup>79</sup>

Geschützt wird zunächst auch hier jedes Exemplar, allerdings wird man aus den bereits oben zum Tötungs- und Fangverbot genannten Gründen sowie unter Hinweis auf Art 5 lit d VSch-RL davon ausgehen müssen, dass auch dem Störungsverbot eine **Erheblichkeits- bzw Signifikanzschwelle** inhärent ist.<sup>80</sup> Mit Blick auf § 44 Abs 1 Z 2 dt BNatSchG wird diese Schwelle überschritten, wenn sich der Erhaltungszustand der **lokalen Population** durch die Störung verschlechtert.

Keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes tritt demnach ein, wenn sich die Anzahl der eine Fortpflanzungsgemeinschaft bildenden Individuen nicht in einer populationsrelevanten Weise verringert. Es kommt mithin auf die Überlebenschancen, den Bruterfolg bzw die Reproduktionsfähigkeit der lokalen Population an. Ausgangspunkt der Betrachtung ist der jeweilige Ist-Zustand, egal ob dieser gut oder schlecht ist. Kann die lokale Population bestimmte nachteilige Einwirkungen im Wege der Eigenkompensation und/oder der Schadensbegrenzungsmaßnahmen in absehbarer Zeit auffangen, liegt keine erhebliche Störung vor. Gleiches gilt, wenn die betroffene lokale Population bei Vergrämung auf andere Habitate ausweichen kann.<sup>81</sup>

Diese Sichtweise widerspricht nicht dem U des EuGH v 4. 3. 2021, C-473/19 und C-474/19, *Skydda Skogen*, da die im Anlassfall vom GH zu beurteilende Bestimmung des schwedischen Rechts auf den Erhaltungszustand der betreffenden Art in ganz Schweden abgestellt hat. Lediglich diesem Ansatz hat der GH eine Absage erteilt; zur Differenzierung zwischen den einzelnen Populationsebenen hat sich der EuGH hinsichtlich des Störungsverbots dagegen nicht geäußert.<sup>82</sup>

Der insoweit tragende Begriff der lokalen Population wird allerdings weder im dt BNatSchG noch in der VSch-RL oder der FFH-RL legal definiert und wird letztlich aus fachlicher Sicht im jeweiligen Einzelfall bestimmt werden müssen. Die einschlägige Kommentarliteratur<sup>83</sup> geht jedenfalls davon aus, dass „es sich bei dem Begriff der lokalen Population lediglich um eine Chiffre für eine Gesamtheit von Individuen einer Art [handelt], die – unabhängig vom Bestehen einer Fortpflanzungsgemeinschaft – während bestimmter Phasen des jährlichen Zyklus in einem anhand ihrer Habitatansprüche abgrenzbaren Raum vorkommen.“ Im Ergebnis wird es wesentlich sein, dass die fachlichen Festlegungen im jeweiligen Einzelfall zu keiner Umgehung des Verbotstatbestands führen und sich demnach nicht negativ auf den Erhaltungszustand der lokalen Population<sup>84</sup> auswirken dürfen.

#### D. EU-Beschleunigungs-VO

Die EU-Beschleunigungs-VO wird vereinzelt als Grund dafür genannt, dass es in Zukunft „in dubio pro Projekt“ heißen soll. Dabei wird suggeriert, dass der „strenge“ besondere Artenschutz in Genehmigungsverfahren keine große Rolle mehr spielen wür-

de und dessen Anforderungen durch Ausgleichsmaßnahmen jedenfalls erfüllt werden könnten. Ein Blick in die VO, konkret auf Art 3 Abs 2 EU-Beschleunigungs-VO, zeigt ein anderes bzw differenziertes Bild.

Danach „[stellen] die MS zumindest bei Projekten, die als Projekte von überwiegendem öffentlichen Interesse anerkannt wurden, sicher, dass im Verfahren zur Planung und Genehmigungserteilung der Bau und Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen [...] bei der fallweisen Abwägung der Rechtsinteressen Priorität erhalten. In Bezug auf den Artenschutz findet der vorstehende Satz nur Anwendung, wenn und soweit geeignete Artenschutzmaßnahmen, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen der Art beitragen, ergriffen werden und für diesen Zweck ausreichende Finanzmittel und Flächen bereitgestellt werden.“

#### Nach der EU-Beschleunigungs-VO wäre es unzulässig, den individuenbezogenen Schutz aufzugeben.

Nach dem klaren Wortlaut sowie dem 9. ErwG der VO soll der zweite Satz der Bestimmung nämlich zunächst **keine Erleichterungen** für den ersten Prüfschritt der artenschutzrechtlichen Prüfung bewirken, **ob ein Verbotstatbestand verwirklicht** wird. Hier bleibt es bei den oben im Detail dargestellten Vorgaben und wäre es insb unzulässig, den **individuenbezogenen Schutz** aufzugeben.

Erst auf der Ebene einer (allfälligen) Erteilung einer **Ausnahme von den Verbotstatbeständen** wirkt sich die EU-Beschleunigungs-VO aus:

- ▶ Einerseits wird in Bezug auf den Artenschutz der VSch-RL klargestellt, dass sich die Errichtung und der Betrieb von EEA auf den Ausnahmetatbestand der Interessen am **Gesundheitsschutz** bzw an der **öffentlichen Sicherheit** (Art 9 Abs 1 lit a SpStr 1 VSch-RL) stützen können. Diese Auffassung wurde allerdings auch schon in der Vergangenheit vertreten<sup>85</sup> und bspw vom BVerfG in seiner E v 23. 3. 2022, 1 BvR 1187/17, bestätigt.<sup>86</sup>
- ▶ Andererseits müssen **Artenschutzmaßnahmen** ergriffen werden, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen der Art beitragen.

<sup>78</sup> So jedenfalls *Scheidler*, Vorgaben, NuR 2022, 395 (400).

<sup>79</sup> *Lau in Frenz/Müggenborg* (Hrsg), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rz 29 mwN.

<sup>80</sup> IdS hält *Lau*, Du sollst nicht stören! NuR 2021, 462 (464), treffend fest, dass der Vorsorgegrundsatz keinen Maximalschutz anstrebt, sondern immer auch um Verhältnismäßigkeit bemüht ist. Weiters geht auch die EK in ihrem Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-RL 92/43/EWG (2007) 42, davon aus, dass gelegentliche Störungen ohne voraussichtliche negative Auswirkungen auf die betreffende Art nicht als Störung iSd unionsrechtlichen Vorschriften anzusehen sind. Treffend idZ auch *Leisner-Egensperger*, Artenschutzrechtliche Ausnahmen für Windenergieanlagen, NVwZ 2022, 745 (749).

<sup>81</sup> Weiterführend *Lau in Frenz/Müggenborg* (Hrsg), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rz 30 mwN; vgl auch VGH Kassel 5. 1. 2023, 9 B 234/22.

<sup>82</sup> Treffend *Lau*, Du sollst nicht stören! NuR 2021, 462 (463).

<sup>83</sup> *Lau in Frenz/Müggenborg* (Hrsg), BNatSchG<sup>3</sup> (2021) § 44 Rz 32 mwN.

<sup>84</sup> Bei selten vorkommenden Arten kann dies im Einzelfall bereits ein einzelnes Brutpaar sein; *Kment*, Artenschutz, NuR 2020, 361 (367).

<sup>85</sup> Weiterführend *Berl/Gaiswinkler*, Ausnahme, RdU-U&T 2021/12 (46f).

<sup>86</sup> Nach dem dritten und vierten Leitsatz der Entscheidung „[dient] der Ausbau erneuerbarer Energien zugleich dem Gemeinwohlziel der Sicherung der Stromversorgung [...] und „[kann] der für die Abwägung mit gegenläufigen grundrechtlich geschützten Interessen maßgeblichen Bedeutung einzelner Maßnahmen zum Ausbau erneuerbarer Energien [...] nicht entgegeng gehalten werden, dass die einzelne Maßnahme für sich genommen im Vergleich zur global emittierten Gesamtmenge von CO<sub>2</sub> geringfügig ist.“

Folglich soll offenbar nicht mehr genügen, dass sich ein Vorhaben „neutral“ verhält.<sup>87</sup> Vielmehr soll über FCS-Maßnahmen in jedem Fall eine Verbesserung sichergestellt werden (insoweit führt die EU-Beschleunigungs-VO zu einer Stärkung des Artenschutzes), wobei offen bleibt, wie viel die einzelnen Maßnahmen beizutragen haben und ob sie mit einer Genehmigung verknüpft werden müssen. In ihrem Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-RL v 12. 10. 2021, C (2021) 7301 fin, geht die EK jedenfalls davon aus, dass FCS-Maßnahmen zunächst unabhängig von dem in den Bestand eingreifenden Vorhaben sind und entsprechende **nationale Artenschutzpläne** dazu beitragen können, dass Ausnahmen im Einklang mit den Zielen der FFH-RL gewährt werden. Ohne solche Pläne bleibt es bei der vorhabenbezogenen Beurteilung im jeweiligen Genehmigungsverfahren. Denkbar – unter Berücksichtigung der ohnehin bestehenden staatlichen Verantwortung für die Implementation der Vorgaben des europäischen Naturschutzrechts<sup>88</sup> – vorzugswürdig erscheint allerdings, den Nachweis über ein an den Artenhilfsprogramm gekoppeltes Informationssystem zu führen und/oder über Regelungen zur Finanzierungsverantwortung für die notwendige Verknüpfung zu sorgen.<sup>89</sup>

Im Ergebnis führt die EU-Beschleunigungs-VO daher kaum zu einer Vereinfachung, vielmehr wurden bloß vorgezeichnete Wege, die schon bisher mit entsprechender Begründung besprochen werden konnten, verrechtlich.

### E. Fazit und Ausblick

Die artenschutzfachlichen und -rechtlichen Anforderungen sind streng, sie stellen aber kein unüberwindbares Hindernis dar. Richtet man die artenschutzrechtliche Prüfung – der Judikatur folgend – am Maßstab der praktischen Vernunft aus und lässt

man sich nicht (mehr) von weder im Gesetz noch in der Rspr verankerten Vorsorge- und Besorgnisaspekten leiten, werden auch in Zukunft Genehmigungsverfahren für WEA mit vertretbarem Zeit- und Kostenaufwand erfolgreich abgeschlossen werden können. Gewarnt sei auch an dieser Stelle vor Stimmen, die den Artenschutz unter Hinweis auf die Energiekrise stiefmütterlich behandeln und/oder die EU-Beschleunigungs-VO als wesentliche Erleichterung für den Ausbau Erneuerbarer sehen. Und schließlich darf ein weiteres Mal an den bzw die Gesetzgeber appelliert werden, normative Vorgaben in Bezug auf die artenschutzrechtliche Prüfung und allenfalls Artenschutzpläne bzw -hilfsprogramme zu erlassen, die die Verfahren erleichtern und dem Naturschutz dienen könnten.

### Plus

#### ÜBER DEN AUTOR

Ing. Dr. Florian Berl ist Rechtsanwalt und geschäftsführender Gesellschafter der ONZ & Partner Rechtsanwälte GmbH, Wien.  
Kontaktadresse: ONZ & Partner Rechtsanwälte GmbH, Schwarzenbergplatz 16 (3. Stock), 1010 Wien  
Tel: +43 (0)1 715 60 24-12  
E-Mail: florian.berl@onz.at  
Internet: www.onz.at

<sup>87</sup> So noch zu Wolfsjagd EuGH 10. 10. 2019, C-674/17, *Tapiola*; vgl auch oben unter C.2.d.

<sup>88</sup> Zu den möglichen Folgen eines fehlenden nationalen Artenschutz-Monitorings vgl *Ennöckl*, *Dead as a dodo* – wie das Recht die Artenvielfalt schützt, ÖJZ 2023/28 (147).

<sup>89</sup> Vgl dazu bereits *Köck/Rheinschmitt/Verheyen*, Die artenschutzrechtlichen Ausnahmemöglichkeiten bei der landseitigen Windenergie – ein Regelungsvorschlag, ZUR 2021, 259 (263). Einen Lösungsansatz stellt idZ auch die Abgrenzung von Dichtezentren dar; *Wulfert/Lau/Köstermeyer*, Vorgaben, NuR 2022, 441 (448).