

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIV
------------------------------------	------------

Literaturverzeichnis	XVI
-----------------------------------	------------

Teil 1: Einleitung und Arbeitshypothesen	1
---	----------

A. Einleitung	1
----------------------------	----------

B. Arbeitshypothesen	6
-----------------------------------	----------

Teil 2: Regelungsbedürftigkeit des Artenschutzrechts ..	8
--	----------

A. Entwicklung des Artenschutzrechts	8
---	----------

I. Einführung in das Regelungsgefüge des Artenschutzrechts	9
1. Verbotstatbestände des besonderen Artenschutzrechts	10
a. Europarechtliche Rahmenbedingungen	10
b. Nationale Rahmenbedingungen	12
2. Vorgaben für die Rechtsanwendung	14
a. Länderebene	14
b. Bundesebene	15
c. Einschlägige Handreichungen	17
d. Wirkungen der Arbeitspapiere	18
e. Vorgaben in anderen Bereichen des Umweltrechts	20
f. Stellungnahme	21
II. Regelungsebenen des Artenschutzrechts	21
1. Völkerrecht	21
a. Völkerrechtliche Übereinkommen	22
b. Rechtswirkungen	24
2. Gemeinschaftsrecht	25
a. Vogelschutzrichtlinie	25

I

b. FFH-Richtlinie.	27
c. Artenschutzverordnung.	29
d. Europäischer Gerichtshof	30
e. Rechtswirkungen	31
f. Zusammenfassung	33
3. Nationales Recht	33
4. Fazit.	35
III. Entstehung des BNatSchG und Entwicklung bis heute.	36
1. Anfänge.	36
2. Bundesnaturschutzgesetz	37
3. Erste Artenschutznovelle	38
4. Zweite Artenschutznovelle.	39
5. Novellierung.	39
6. Das Jahr 2006 und seine Folgejahre.	40
a. EuGH-Urteil gegenüber Deutschland	40
aa. Caretta-Entscheidung 2002	40
(1.) Absicht im unionsrechtlichen Sinn.	41
(2.) Absicht nach deutschem Recht	42
(3.) Bedeutung für die Vorhabenzulassung.	43
bb. Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage.	43
b. Föderalismusreform.	44
c. Umweltgesetzbuch	45
d. Zwischenergebnis.	46
7. „Kleine Novelle“.	46
a. Tötungsverbot.	47
aa. Streichung des § 43 Abs. 4 BNatSchG a. F.	47
bb. Reaktion der Rechtsprechung	47
b. Störungsverbot	48
c. Schädigungsverbot	49
d. Zwischenergebnis.	49
8. Erneute Novellierung	49
9. Artenschutznovelle 2017	50
a. Signifikanzbegriff	50
b. Erneuerbare-Energien-Klausel	51
c. Zwischenergebnis	52
10. Ausblick	52
IV. Zusammenfassung	53

**B. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom
23.10.2018 54**

I. Ausgangslage	55
II. Sachverhalt und Entscheidung	56
1. Sachverhalt	56
2. Wesentliche Erwägungen des Senats	58
3. Kontrollumfang der Gerichte	59
4. Zusammenfassung	60
III. Übertragung auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot	60
1. Erkenntnismangel im Artenschutzrecht	60
2. Keine normativen Konkretisierungen	63
3. Tötungsverbot als Genehmigungshindernis	63
IV. Gesetzgebungsauftrag	64

C. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative 65

I. Entwicklung	65
II. Gegenstand der Einschätzungsprärogative	66
III. Normative Ermächtigung in § 44 Abs. 1 BNatSchG	66
IV. Obsoleszenz	67
V. Zusammenfassung	69

D. Fazit 70

Teil 3: Technische Anleitung 71

**A. Geeignetheit einer Technischen Anleitung zur Regelung des
Artenschutzrechts 72**

I. Technische Anleitung im Spektrum der Verwaltungsvorschriften	72
1. Allgemeine Anforderungen an Verwaltungsvorschriften	72
a. Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften	73
b. Abgrenzung zu normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften	74
c. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften im Umwelt- und Technikrecht	75
aa. Entwicklung	75

(1.) Antizipierte Sachverständigengutachten	75
(2.) Whyl-Entscheidung	76
(3.) Zwischenergebnis	79
bb. Unbestimmte Rechtsbegriffe	79
cc. Rechtsnatur	81
2. TA Luft und TA Lärm	82
a. Entstehungsgeschichte von TA Luft und TA Lärm	82
aa. TA Luft	83
bb. TA Lärm	84
cc. Zwischenergebnis	85
b. Unbestimmte Rechtsbegriffe der TA Luft und TA Lärm	86
3. Außen- bzw. Bindungswirkung von Technischen Anleitungen	87
a. Außenwirkung gegenüber Bürger:innen	87
b. Bindungswirkung gegenüber Gerichten	88
c. Grenzen der Außen- bzw. Bindungswirkung	88
d. Rechtsschutz gegen normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	89
e. Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage	90
4. Verfassungsrechtliche Anforderungen	92
a. Wesentlichkeitstheorie im Allgemeinen	92
b. Wesentlichkeitstheorie im Umweltrecht	93
c. Abgrenzung zu Rechtsverordnungen	94
d. Zwischenergebnis	96
5. Ergebnis	96
II. Technische Anleitung zur Regelung des Artenschutzrechts	97
1. Unbestimmte Rechtsbegriffe im BNatSchG	97
2. Vergleich zur Entstehungsgeschichte von TA Luft und TA Lärm	99
a. Sukzessive Erarbeitung	99
b. Notwendigkeit einer Technischen Anleitung	100
c. Politische Umsetzbarkeit	101
3. Einhaltung der verfassungsrechtlichen Anforderungen	102
a. Vereinbarkeit mit der Wesentlichkeitstheorie	102
b. Kritik	103
c. Stellungnahme	104
4. Europarechtliche Anforderungen	104
5. Gesetzliche Ermächtigung	107
a. Gesetzgebungskompetenz	107
aa. Rechtliche Sicht	107
bb. Naturschutzfachliche Sicht	107

cc. Zwischenergebnis	108
b. Gesetzliche Ermächtigung	108
c. Ergebnis	110
d. Regelungsvorschlag	110
6. Fazit	111
III. Zusammenfassung	111

B. Zustandekommen einer Technischen Anleitung 112

I. Rechtliche und wissenschaftliche Anforderungen	112
1. Wissenschaftliche Kriterien	113
2. Umweltstandards	114
3. Normsetzungsverfahren	115
a. Fachkundiges Gremium	115
b. Besetzung	116
c. Beteiligung betroffener Kreise	117
d. Entscheidungsfindung	119
e. Bekanntmachung	120
f. Zwischenergebnis	121
4. Umgang mit Erkenntnisfortschritten	121
5. Ergebnis	123
II. Einordnung der vorhandenen Handreichungen	123
1. Helgoländer Papier	123
a. Keine demokratische Legitimation	124
b. Kritik am Zustandekommen	125
c. Rezeption in der Rechtsprechung	125
d. Rechtliche Einordnung	126
e. Ergebnis	127
2. Mortalitäts-Gefährdungs-Index	127
3. Methodenstandards nach Südbeck et al. (2005)	128
4. Artenschutzleitfäden der Länder	129
a. Arbeitshilfe Vogelschutz Bayern 2021	129
b. Artenschutzlerlass Rheinland-Pfalz 2020	130
c. LUBW-Hinweise 2021	130
d. Runderlass Naturschutz Hessen 2020	130
e. Bindungswirkung	131
f. Ergebnis	132
5. Sonstige außerrechtliche Erkenntnisse	133

6. Private Fachgutachten	133
7. Stellungnahme	134
III. Fazit	134

C. Zusammenfassung 135

Teil 4: Problemdarstellung der in der TA Artenschutz/Wind zu regelnden Inhalte 137

A. Bestandserfassung 139

I. Artenspektrum	139
1. Kategorisierungen	140
2. Konkrete Einstufung	142
3. Beispiel: Mäusebussard	143
4. Zwischenergebnis	146
II. Umfang der Artenschutzprüfung	147
1. Anforderungen im Genehmigungsverfahren	147
2. Ursprung der Artenschutzprüfung	149
a. Nationale Ebene	149
b. Europäische Ebene	150
3. Art-für-Art-Betrachtung	151
III. Sachverhaltsermittlung	152
1. Methodik der Bestandserfassung	152
2. Beweisführung	155
3. Schranken der Sachverhaltsermittlung	157
4. Dynamik des Artenschutzrechts	158
5. Worst-case-Betrachtungen	159
6. Datenaktualität	161
7. Repowering	164
IV. Ergebnis	165

B. Risikobewertung 166

I. Tötungsverbot: Signifikanzbegriff	166
1. Standardisierung	167
a. Entstehung	167

b. Erfordernis des Signifikanzansatzes	169
aa. Erforderlichkeit aus rechtlicher Sicht	170
bb. Erforderlichkeit aus naturschutzfachlicher Sicht	172
cc. Zwischenergebnis	172
c. Auslegung	172
aa. Historische Auslegung	173
bb. Grammatikalische Auslegung	173
cc. Auslegung in der Rechtsprechung	174
dd. Teleologische Auslegung	175
ee. Zwischenergebnis	176
d. Begrifflichkeiten	176
aa. Grundrisiko	176
(1.) Vorbelastung	177
(2.) Repowering	178
bb. Kollisionsrisiko	179
cc. Wertende Betrachtung	180
e. Individuenbezogener Schutzansatz	181
aa. Individuenbezug versus Populationsbezug	181
(1.) Individuenbezogene Betrachtung	182
(2.) Populationsbezogene Betrachtung	183
(3.) Judikatur des Europäischen Gerichtshofs	184
(4.) Unterscheidung zwischen FFH- und Vogelschutzrichtlinie	188
(5.) Stellungnahme und Regelungsvorschlag	190
bb. Vereinbarkeit von Signifikanz und Individuenbezug	192
(1.) Keine Aufgabe des Individuenbezugs	192
(2.) Exkurs: Dichtezentren	193
cc. Zwischenergebnis	195
f. Signifikanz als Äquivalent zum Absichtsbegriff?	195
aa. Europarechtlicher Absichtsbegriff	195
bb. Europarechtskonformität des Signifikanzansatzes	197
(1.) Historische und grammatikalische Auslegung	197
(2.) Rechtsvergleich	199
(3.) Richtlinienkonforme Auslegung	199
(4.) Vereinbarkeit von Absichts- und Signifikanzbegriff	201
cc. Übererfüllung der europäischen Vorgaben	202
dd. Zwischenergebnis	203
g. Fazit	203
2. Operationalisierung	205

a. Maßstab der Eintrittswahrscheinlichkeit	206
b. Technische Abschaltvorrichtungen	208
aa. Entwicklungsstand	209
bb. Technische Ansätze zur Risikoverringerung	210
cc. Tatbestandsausschließende Wirkung	211
dd. Ergebnis und Stellungnahme	214
c. Abstandskonzepte	215
aa. Entstehung	215
bb. Einfluss auf das Kollisionsrisiko	216
(1.) Abstandsempfehlung für die Art Uhu	217
(2.) Abstandsempfehlung für die Art Rotmilan	218
(3.) Zwischenergebnis	218
cc. Rechtliche Einordnung	219
dd. Ergebnis und Stellungnahme	220
d. Regelvermutungen	220
aa. Widerlegliche Vermutungen	221
bb. Beweisführung	223
cc. Ergebnis	224
e. Signifikanzrahmen der UMK	224
aa. Indikation	225
bb. Abstandsbetrachtung	227
cc. Habitatpotenzialanalyse	227
dd. Raumnutzungsanalyse	229
ee. Ergebnis	231
f. Mortalitäts-Gefährdungs-Index (MGI)	231
aa. MGI-Methodik	232
bb. Weiterentwicklung durch Sprötge et al. (2018)	234
cc. Zwischenfazit	236
dd. Schwellenwerte	236
ee. Probabilistik	240
ff. Ergebnis	242
g. Alternativer Flächenansatz	242
aa. Anknüpfungspunkt	243
bb. Rechtliche Umsetzbarkeit	244
cc. Ergebnis	247
h. Stellungnahme	248
3. Zusammenfassung	249
II. Störungs- und Schädigungsverbot	251

1. Störungsverbot	251
a. Geschützte Zeiträume	252
aa. Frühere Regelung des Störungsverbots	252
bb. Europarechtskonformität der Zeiträume	253
b. Erhebliche Störung	254
aa. Begriff der Störung	255
bb. Erheblichkeit der Störung	255
(1.) Populationsbezug	256
(2.) Begriff der lokalen Population	258
(3.) Begriff der Erheblichkeit	259
(4.) Begriff der Verschlechterung	260
c. Tatbestandsausschließende Wirkung vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen	260
d. Konkretisierungsauftrag im Rahmen der TA Artenschutz/Wind	261
2. Schädigungsverbot	261
a. Begriff der Lebensstätten	262
b. Erfasste Handlungen	263
aa. Unmittelbare Handlungen	264
bb. Mittelbare Handlungen	265
cc. Zwischenergebnis	265
c. Grenzen des Lebensstättenschutzes	266
aa. Zeitliche Grenze	266
bb. Räumliche Grenze	267
d. Tatbestandsausschließende Wirkung vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen	268
aa. Europarechtskonformität der Privilegierung	269
bb. Anforderung an CEF-Maßnahmen	270
e. Konkretisierungsauftrag im Rahmen der TA Artenschutz/Wind	272
3. Fazit	272
III. Fledermäuse	273
1. Bestandserfassung	274
2. Risikobewertung	276
a. Fledermäuse und Windenergie im Wald	276
b. Signifikanz	277
aa. Schwellenwerte	277
bb. Europarechtskonformität absoluter Schwellenwerte	279
3. Schutzmaßnahmen	280
a. Gondelmonitoring	280

b. Ursprung der Abschaltungen	281
c. Parameter der Abschaltungen	283
d. Wirksamkeit von Abschaltungen	284
4. Stellungnahme	285
IV. Schutzmaßnahmen	287
1. Allgemeine Anforderungen an Schutzmaßnahmen	288
a. Konkrete Schutzmaßnahmen	288
b. Kodifizierung	289
c. Verortung der Schutzmaßnahmen	290
2. Verhältnismäßigkeitsprüfung	292
a. Geeignetheit	293
b. Erforderlichkeit	294
c. Angemessenheit	294
d. Anwendung auf ausgewählte Schutzmaßnahmen	296
aa. Gestaltung der Mastfußumgebung	296
(1.) Geeignetheit	296
(2.) Erforderlichkeit	297
(3.) Angemessenheit	299
(4.) Ergebnis	299
bb. Kranich-Abschaltung	300
e. Monitoring	301
f. Stetiger Erkenntnisgewinn	303
aa. Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse	303
bb. Schwarze Rotorblätter in Norwegen	304
3. Zeitliche Dauer der Maßnahmen	305
a. CEF-Maßnahmen	306
b. FCS-Maßnahmen	307
c. Ergebnis	307
4. Zusammenfassung	308
V. Ausnahmegenehmigung	309
1. Ausnahmegründe	310
a. Kodifizierung	310
b. Interesse der öffentlichen Sicherheit	311
aa. Begriffsbestimmung	311
bb. Windenergie als Teil der öffentlichen Sicherheit	312
cc. Zwischenergebnis	315
b. Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses	316
aa. Anwendbarkeit auf europäische Vogelarten	316

(1.) Streitstand	316
(2.) Unterscheidung von FFH- und Vogelschutzrichtlinie	318
bb. Überwiegendes öffentliches Interesse	319
cc. Zwischenergebnis und Stellungnahme	321
2. Alternativenprüfung	321
a. Ausführungsalternativen	321
b. Standortalternativen	322
aa. Suchbereich bei planerischen Vorentscheidungen	323
bb. Suchbereich ohne planerische Vorentscheidung	323
cc. Zumutbarkeit	324
dd. Zwischenergebnis	325
3. Bewahrung des Erhaltungszustandes	325
a. Erhaltungszustand	326
aa. Räumlicher Bezug	326
bb. Verschlechterungsverbot	326
b. FCS-Maßnahmen	328
c. Ausnahme innerhalb eines Dichtezentrums	329
d. Zwischenergebnis	331
4. Rechtsfolge	331
5. Antragserfordernis	332
6. Zusammenfassung	333
VI. Nachträgliche Anordnungen	335
1. Handlungsrahmen	336
2. Generalklausel des § 3 Abs. 2 BNatSchG	336
a. Verhältnis zu landesrechtlichen Regelungen	338
b. Tatbestandsvoraussetzungen	339
c. Rechtsfolge	340
aa. Entschließungsermessen	340
bb. Auswahlermessen	341
(1.) Adressierte Person	341
(2.) Entschädigung für Maßnahme § 3 Abs. 2 BNatSchG	343
d. Gedeckte Anordnungen	344
aa. Maßstab der nachträglichen Anordnungen	344
(1.) Reichweite der Legalisierungswirkung	344
(2.) Dauerhaftigkeit von Abschaltungen	346
bb. Konkrete Anordnungen	348
(1.) Monitoring	349
(2.) Raumnutzungsanalyse	349

(3.) Nachträgliche Rechtsänderungen	350
(4.) Feststellung einer Art nach Genehmigungserteilung bzw. Inbetriebnahme	350
(5.) Nachträgliche Ansiedlung geschützter Arten	352
(6.) Nachträgliche Ausnahmegenehmigung	353
e. Ergebnis	354
3. Ermächtigungsgrundlagen aus dem BImSchG	354
a. Auflagenvorbehalt nach § 12 Abs. 2a BImSchG	354
b. Nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG	355
c. (Teil-)Widerruf nach § 21 BImSchG	356
aa. Widerrufsgrund	356
bb. Widerrufsfrist	357
cc. Ermessensausübung	358
4. Fazit	360

Teil 5: Ergebnisse 361

A. Überprüfung der Arbeitshypothesen 361

B. Ergebnis 365

Selbstständigkeitserklärung 370