

Positionspapier der Niederösterreichischen Umweltschutzanstalt zur Thematik

>Berücksichtigung der Mindestabstände zwischen Windkraftanlagen- Ausweisungen und bedeutsamen Vogellebensräumen<

Stand: 7. Juli 2016

Die *Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten* (LAG VSW – www.vogelschutzwarten.de) gibt seit dem Jahr 2007 „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten“ heraus, das sogenannte „*Helgoländer Papier*“ (die aktuelle Fassung, das sogenannte „*Neue Helgoländer Papier*“, stammt vom April 2015).

Diese Abstandsempfehlungen basieren auf der Annahme, dass Kollisionen vor allem durch eine geeignete Standortwahl vermieden werden können. Dies bedeutet, dass Windkraftanlagen (WKA) nur in einem ausreichenden Abstand zu den bevorzugten Aufenthaltsorten von Vögeln (z. B. Brutplätzen) bzw. häufig frequentierten Flugkorridoren errichtet werden sollen. Dabei basieren die vorgeschlagenen Abstände auf artspezifischen Telemetriestudien bzw. Beobachtungen zum Flugverhalten unter

der Annahme, dass sich mindestens 50 Prozent der Flugaktivitäten außerhalb des Rotorbereichs befinden sollen.

Diese Mindestabstände und Prüfbereiche des Helgoländer Papiers sind in der jeweils aktuellen Fassung auch bei der Ausweisung von Windkraftanlagen im Örtlichen Raumordnungsprogramm zu berücksichtigen, weil aus artenschutzrechtlichen Gründen das Projektverfahren unter Umständen chancenlos sein könnte (trotz „best-case-Prinzip“ als Prüfungsmaßstab, vgl. weiter unten). Innerhalb der Mindestabstände zu Brutplätzen beziehungsweise Brutvorkommen windkraftsensibler Vogelarten ist mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit mit einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko zu rechnen sowie mit einer nicht tolerierbaren und somit verbotenen Schädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten.

Im Zuge der Strategischen Umweltprüfung (SUP) könnte bei der Ermitt-

lung der Auswirkungen auf sensible Vogelarten festgestellt werden, dass die Mindestabstände des Helgoländer Papiers unterschritten würden.

Dann ist jedenfalls durch Raumnutzungsanalysen nachzuweisen, dass sich die besonderen Risiken der Windkraftanlagen-Ausweisungen für die betroffene Vogelart *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* durch die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens einschließlich geplanter *Vermeidungs- oder Minderungs- bzw. funktionserhaltender Maßnahmen (continuous ecological functionality-measures – CEF-Maßnahmen*, manchmal auch irreführenderweise „vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen“ genannt) beherrschen lassen – so dies tatsächlich möglich ist. Das Darstellen von etwaig beabsichtigten Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen hingegen ist hier irrelevant und somit nicht zielführend.

Maßstab für die Beurteilung im Widmungsverfahren ist das sogenannte „*best-case-Prinzip*“: *Eine Widmung ist demnach nur dann nicht konsumierbar, wenn sich keine mit dem Naturschutz verträgliche Planungsvariante finden lässt.* Ist dies der Fall, so dient es auch den Interessen eines (potenziellen) Windparkbetreibers, nicht in ein Pro-

jektverfahren „getrieben“ zu werden, das von Anfang an keine Chance auf Genehmigung und somit Realisierung hat.

Handreichung

Auf den folgenden drei Seiten (entnommen aus *Hansmann, T./Knoll, T./Onz, C.: „Naturschutzrecht in der Praxis“*, S. 12 ff., ARS, Wien 2015) sind die beiden Säulen der Vogelschutzrichtlinie (VS-RL) und der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) dargestellt.

Daraus resultieren zwei Prüfschemata (S. 4: Natura 2000-Gebietsschutz – NVP bzw. S. 5: SaP – Spezielle artenschutzrechtliche Prüfung). Ergibt sich beim Abarbeiten dieser Schemata, dass ein Projektverfahren keinerlei Aussicht auf Genehmigung und also Realisierung hat, wäre es widersinnig und unnötig kostspielig, eine SUP zu einer solchen, nicht genehmigungsfähigen Planung weiterzuführen.

Deshalb sollten die Auswirkungen der Planung auf den Naturschutz (Schutzgüter Fauna, Flora, Biodiversität und natürliche Lebensräume) jedenfalls vor den Auswirkungen auf alle anderen SUP-Schutzgüter ermittelt werden.

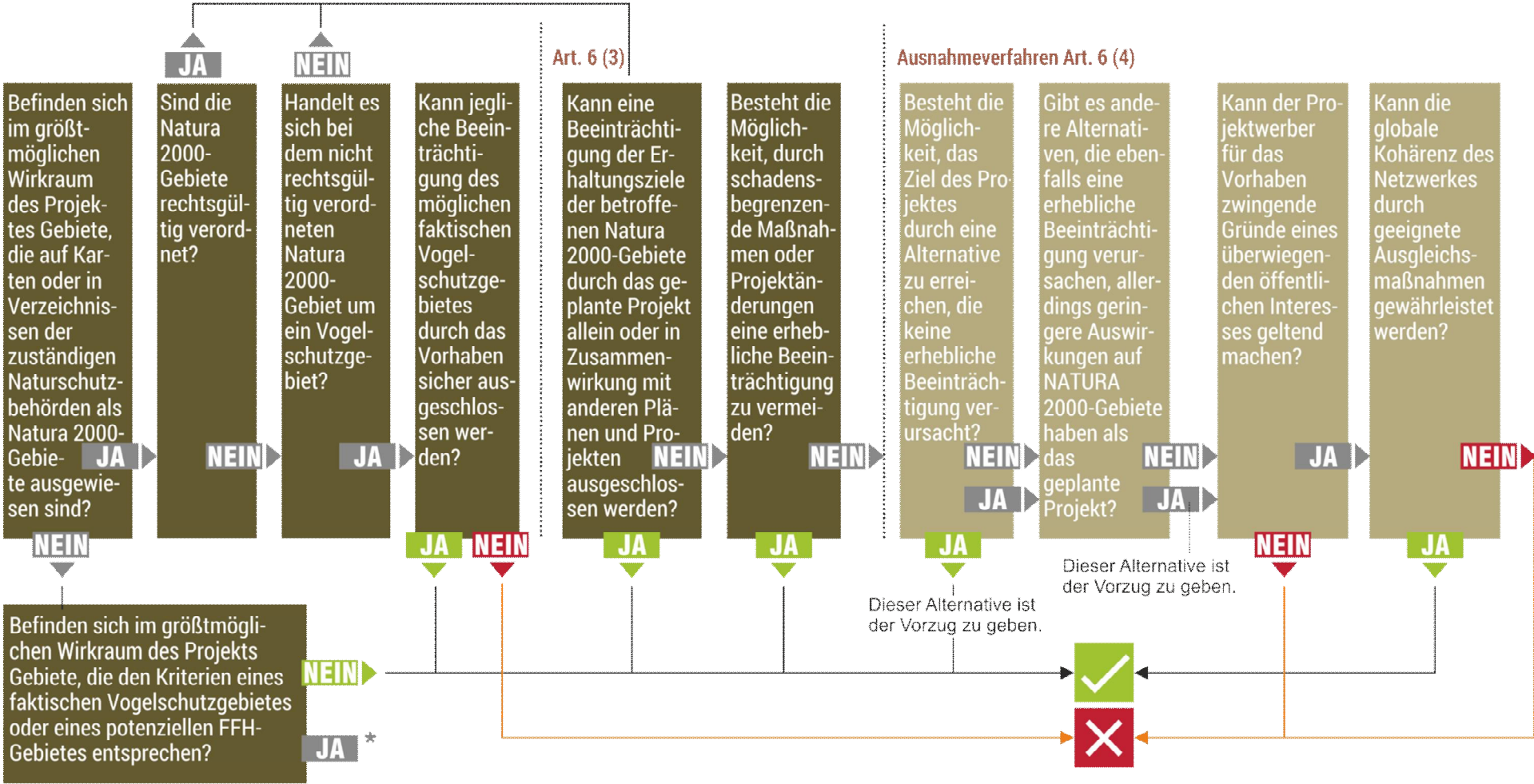
Zwei Säulen der Vogelschutz-Richtlinie und der FFH-Richtlinie

Erhaltung/Wiederherstellung
eines günstigen Erhaltungszustandes
der Lebensräume & Arten von gemeinschaftlichem Interesse

Natura 2000-Gebietsschutz:
FFH- und VS-Gebiete
Artikel 6 (Abs. 3, 4) der FFH-RL:
NVP (vgl. Seite 4)

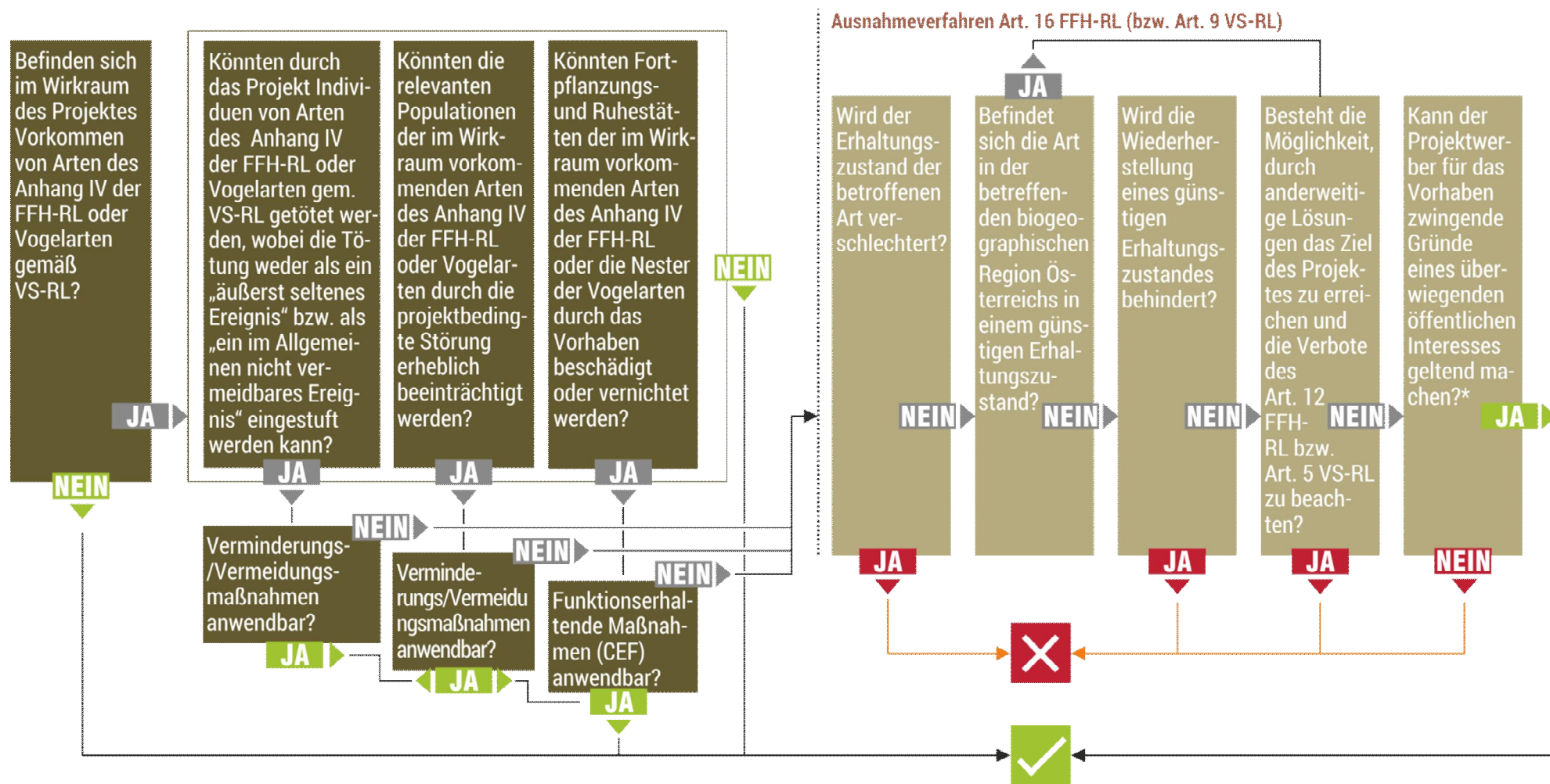
Landesweiter Artenschutz:
Artikel 12, 13, 16 der FFH-RL
und Artikel 5, 9 der VS-RL:
SaP (vgl. Seite 5)

Natura 2000-Gebietsschutz – NVP



* Klären Sie mit der Naturschutzabteilung des Landes die weitere Vorgehensweise ✗ Projekt muss abgelehnt werden. ✓ Projekt kann bewilligt werden.

SaP – Spezielle artenschutzrechtliche Prüfung



* Sonstige Abweichungsgründe Art. 16 Abs. 1 a-e X Projekt muss abgelehnt werden. ✓ Projekt kann bewilligt werden.

Anmerkungen zur SaP:

A) Zum Prüfpunkt „Könnten durch das Projekt Individuen von Arten des Anhangs IV der FFH-RL oder Vogelarten gem. VS-RL getötet werden, wobei die Tötung weder als ein >äußerst seltenes Ereignis< bzw. als >ein im Allgemeinen nicht vermeidbares Ereignis< eingestuft werden kann?“

Im bestehenden Kontext wird also die Frage zu beantworten sein, *ob durch das Projekt Individuen von Vogelarten gem. VS-RL getötet werden könnten. Dabei ist wesentlich, dass das Tötungsverbot individuenbezogen ist.* Dass einzelne Exemplare – etwa durch Kollisionen – zu Schaden kommen, reicht jedoch zur Erfüllung des Tatbestandes nicht aus. Es muss ein signifikant erhöhtes Risiko vorliegen.

Wenn das Helgoländer Papier in der jeweils aktuellen Fassung bezüglich einer betroffenen Vogelart Abstandsempfehlungen vorsieht, so führt ein Unterschreiten derselben zu einem signifikant erhöhten Mortalitätsrisiko, welches von den Bewilligungswerbern jedenfalls in Kauf genommen wird (Eventualvorsatz genügt laut ständiger Judikatur des EuGH, auch wenn sich etwa in § 18 Abs. 4 Z. 2 NÖ

NSchG 2000 idgF der Begriff „absichtlich“ findet).

B) Zum Prüfpunkt „Könnten die relevanten Populationen der im Wirkraum vorkommenden Arten des Anhangs IV der FFH-RL oder Vogelarten durch die projektbedingte Störung erheblich beeinträchtigt werden?“

Ein Verstoß gegen das Störungsverbot setzt eine erhebliche Störung voraus. Eine solche liegt nur vor, wenn sich hierdurch der Erhaltungszustand der lokalen Population verschlechtert (populationsbezogene Bestimmung der Erheblichkeitsschwelle).

C) Zum Prüfpunkt „Könnten Fortpflanzungs- und Ruhestätten der im Wirkraum vorkommenden Arten des Anhangs IV der FFH-RL oder die Nester der Vogelarten durch das Vorhaben beschädigt oder vernichtet werden?“

Das Schädigungsverbot ist individuenbezogen. Es bezieht sich auf bezeichnete Lebensstätten und nicht auf den Lebensraum der geschützten Art insgesamt. Zum Schutzobjekt gehört nicht das gesamte Jagd- oder Nahrungsrevier oder lediglich potenzielle Lebensstätten, die nicht genutzt werden. Geschützt ist der als Ort der Fortpflanzung oder Ruhe

dienende Gegenstand (z. B. Nester). Die Verbotsnorm betrifft primär die Phase der aktuellen Nutzung der Lebensstätten. Der Schutz ist bei Tierarten, die regelmäßig zu derselben Lebensstätte (z.B. einem konkreten Nest) zurückkehren, jedoch auf Abwesenheitszeiten auszuweiten.

D) Zu den *funktionserhaltenden Maßnahmen*: Diese werden auch als continuous ecological functionality-measures (CEF-Maßnahmen), manchmal auch irreführenderweise als „vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen“, bezeichnet, und sind zur Vermeidung des Schädigungsverbotes zulässig.

Ein Verbotstatbestand liegt demnach nicht vor, wenn die ökologische Funktion der vom Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Funktionserhaltende Maßnahmen sollen laut Leitfaden der EU-Kommission vorrangig den Charakter von projektgebundenen schadensbegrenzenden Maßnahmen haben, sie können aber auch Maßnahmen einbeziehen, die aktiv zur Verbesserung oder Erweiterung einer bestimmten Fortpflanzungs- und Ruhestätte beitragen.

Sie müssen jedenfalls zwei Bedingungen erfüllen:

Erste Bedingung: Fachliche Eignung der Maßnahmen: Es müssen dafür die Kriterien „räumlicher Zusammenhang (lokale Population)“, „artspezifisch“ sowie „zeitnahe Funktionserfüllung“ (keine zeitliche Lücke zwischen Erfolg der Maßnahme und Eingriff) gegeben sein.

Zweite Bedingung: Nachweis der Wirksamkeit (erfolgreiche Besiedelung): Wenn die Art die neue Lebensstätte nachweislich angenommen hat oder wenn die zeitnahe Besiedelung der neuen Lebensstätte mit sehr hoher Prognose-sicherheit durch fachgutachterliches Votum attestiert werden kann. *CEF-Maßnahmen müssen eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit ihrer Wirksamkeit aufweisen.* Hinter diesen Anforderungen zurückbleibende Maßnahmen können nur noch bei der Ausnahmeprüfung berücksichtigt werden (als Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes, „FCS-Maßnahmen – favourable conservation status“).

Artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren:

Sobald einer der drei Verbotstatbestände (Tötung, Störung oder Schädigung

von Fortpflanzungs- und Ruhestätten) erfüllt ist und nicht durch Vermeidungs-, Verminderungs- und/oder CEF-Maßnahmen vermieden werden kann, ist der Weg eines artenschutzrechtlichen Ausnahmeverfahrens zu beschreiten.

Folgende Voraussetzungen müssen für eine Ausnahmegenehmigung erfüllt sein:

- Die Art verbleibt im *günstigen Erhaltungszustand* bzw. wird die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert, *und*
- es gibt keine anderweitig zufriedenstellende Lösung (*Alternativenprüfung*), *und*
- es gibt für das Vorhaben *zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses*.

Über die Ergebnisse des Ausnahmeverfahrens muss der Mitgliedsstaat der Europäischen Kommission Bericht erstatten.

Zur Alternativenprüfung: Eine artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung kann nur erteilt werden, wenn es für das geplante Vorhaben keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt, die zu keinen oder geringeren Be-

einträchtigungen der Arten führt. Es muss geprüft werden, ob das Ziel des Vorhabens nicht anderweitig erreicht werden kann, wobei die Alternative dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, das heißt für den Konsenswerber „zumutbar“ sein muss. Alternativen mit schwacher Zielerfüllung werden in der Regel geringere Zumutbarkeiten zugewiesen als Alternativen mit guter Zielerfüllung. Abstriche bei der Zielverwirklichung sind durchaus hinzunehmen. Eine Alternative kann aus Kostengründen ausgeschlossen werden, wenn der finanzielle Mehraufwand in keinem vertretbaren Verhältnis zum naturschutzfachlichen Gewinn steht. Die Rechtspraxis zeigt, dass die Höhe der Zumutbarkeit sehr unterschiedlich ausfallen kann und in der Regel mit der Schwere des Eingriffs steigt.

Bei WKA stellt sich die Situation so dar, als für geplante Vorhaben durchaus anderweitige zufriedenstellende Lösungen existieren, mittels derer das Ziel der Produktion Erneuerbarer Energien erreicht werden kann, und die zu keinen oder geringeren Beeinträchtigungen der Arten führen. An diesem Prüfpunkt wird im gegebenen Kontext die Einräumung einer Ausnahmegenehmigung wohl scheitern müssen.

Zu den zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses: Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hat etwa in seinem Erkenntnis vom 26. 6. 2014 (2011/10/0192) festgehalten, dass hierbei in einem ersten Schritt zu prüfen ist, welches *Gewicht der Beeinträchtigung der Interessen des Naturschutzes* durch das Vorhaben zukommt. Dem sind die *langfristigen öffentlichen Interessen, denen die Verwirklichung des Vorhabens dienen soll*, gegenüber zu stellen.

In einem weiteren Erkenntnis (VwGH 21. 10. 2014 (2012/03/0112) spricht der VwGH davon, dass Voraussetzung für die Durchführung einer Interessenabwägung das *Vorliegen von besonders wichtigen öffentlichen Interessen, welchen durch die Verwirklichung der Maßnahme unmittelbar gedient wird*, ist. Ebendort spricht er auch vom Erfordernis, dass das Vorhaben einem *langfristigen volks- und regionalwirtschaftlichem Interesse* dient.

Schließlich führt der VwGH in seinem Erkenntnis vom 8. 10. 2014 (2011/10/0058) aus, dass Voraussetzung einer aufgrund einer Interessenabwägung erteilten naturschutzrechtlichen Bewilligung ist, dass zur Maßnahme nachweislich keine geeignete, die Naturschutzin-

teressen weniger beeinträchtigende Alternativlösung besteht.

Im gegebenen Zusammenhang wird es auch hinsichtlich des Prüfpunktes „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ jedenfalls zu einer Versagung einer Ausnahmegenehmigung kommen, weil die berücksichtigungswürdigen öffentlichen Interessen gem. Art. 9 Abs. 1 lit. a VS-RL auf Gesundheit und öffentliche Sicherheit, Sicherheit der Luftfahrt, Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigeieten und Gewässern sowie Schutz der Pflanzen- und Tierwelt (vgl. zusätzlich lit. b und c) beschränkt sind.

Somit kann ein langfristiges öffentliches Interesse an der Produktion Erneuerbarer Energie hier nicht erfolgreich ins Treffen geführt werden.

Mag. Thomas Hansmann, MAS
 Leiter der NÖ Umweltschutzbehörde/NÖ Umweltschutz
 Tor zum Landhaus, Stiege B, 5. OG
 Wiener Straße 54
 A- 3109 Sankt Pölten

Tel.: 0043 (0)2742/9005-12972
<mailto:post.lad1ua@noel.gv.at>
www.umweltschutz.gv.at