

19. Windenergietage

Forum 1 - Neue Flächen für die Windenergie / 04.11.2010

Windkraftanlagen im Wald – trotz oder wegen neuer Artenschutz-Rechtsprechung zulässig?

Dr. Michael Rolshoven

Rechtsanwalt
FA für Verwaltungsrecht

Kanzlei MWP

Leibnizstraße 53, 10629 Berlin

www.mwp-berlin.de

Gliederung:

- I. Einführung
- II. Exkurs: Planungsrechtliche Fragen (Havelland-Fläming)
- III. Artenschutz / Zugriffsverboten / Tötungsverbot
 1. Entwicklung der Rechtsprechung
 2. Stand der Rechtsprechung (neueste Rspr. Rotmilan, Fledermäuse)
- IV. Fazit

I. Einführung (Beispiel Brandenburg)

Einige Zahlen der Landesregierung Brandenburg:

- Um die Ziele der Energiestrategie 2020 für das Land Brandenburg zu erreichen, benötigt das Land etwa 555 Quadratkilometer Fläche für die Nutzung von Windkraft (entspricht 1,9 Prozent des Landesgebiet).
 - Rund eine Million Hektar Forst gibt es in Brandenburg (1/3 Landesbesitz). Vorteil: Mit Verpachtung von Landeswald für die Windnutzung könnten militärischen Altlasten beräumt werden (betrifft 80 000 Hektar)
 - Weitere Vorteile: vielfach großer Abstand zu Siedlungsgebieten; geringer Eingriff in das Landschaftsbild / Verschattung durch umgebenden Wald
- ⇒ Sicher: Künftig werden Regionalpläne in Bbg. Eignungsgebiete in Wald- und Forstflächen als sog. Ziel der Raumordnung ausweisen (so heute schon in anderen Bundesländern)

II. Planungsrechtliche Fragen / 1

Bauplanungsrecht (Baugesetzbuch, Raumordnungsgesetz) grundsätzlich unproblematisch,

- weil § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (sog. planungsrechtliche Privilegierung der Windkraft) auch Wald- und Forstflächen umfasst, und
- wenn Regionalplan als Ziel der Raumordnung Waldfläche als Eignungsgebiet darstellt

Am Beispiel von zwei Problemfällen:

II. Planungsrechtliche Fragen / 2

1. **Beispiel Region Lausitz-Spreewald:** Standort im Waldgebiet liegt außerhalb / innerhalb eines Eignungsraums des Entwurfs. Anspruch auf Genehmigung?
 - Regionalplan unwirksam (OVG Bln-Bbg, U. v. 21.09.2007 - 10 A 9.05)
 - zzt. in Neu-Aufstellung
 - Aktuell: Genehmigungsfähigkeit bestimmt sich aus Sicht des LUGV (ehemals LUA) nach „**Sicherung der Verwirklichung von in Aufstellung befindlichen Zielen der Raumordnung zur Steuerung der Windenergienutzung**“, Gemeinsames Rundschreiben von MIL und MUGV v. 23.4.2010
 - Praxis: Genehmigungsanträge außerhalb von im Entwurf vorgesehenen Eignungsräume werden verzögert, innerhalb von Entwurfsgebiete genehmigt.
⇒ Rundschreiben und Praxis rechtlich zweifelhaft.

II. Planungsrechtliche Zulässigkeit / 3

2. Beispiel Region Havelland-Fläming: Fallkonstellation wie 1.

Exkurs: Regionalplan Havelland-Fläming - Sachlicher Teilplan „Windenergienutzung“ vom 2. September 2004 – ist unwirksam (OVG Bln-Bbg, Urt. v. 14.09.2010 - OVG 2 A 1.10):

Entscheidungsgründe liegen seit gestern vor, Reg-Plan ist danach wegen zwei sog. Abwägungsfehler unwirksam:

➤ **„kein hinreichendes Flächenpotenzial“** für die Windnutzung:

⇒ „systemwidrige planerische Zurückhaltung“, weil Spielraum der Gemeinden bei der „Feinsteuerung“ unklar

II. Planungsrechtliche Zulässigkeit / 4

- **„Kein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept“:**
 - ⇒ „Der Antragsgegnerin war es jedoch verwehrt, von den fachlich ausführlich begründeten Tabu- und Restriktionskriterien des herangezogenen Gutachtens abzuweichen, ohne ihre eigenen Entscheidungsgrundlagen nachvollziehbar zu begründen und zu dokumentieren.“
 - ⇒ „So erweist sich die pauschale Herausnahme potentieller Windeignungsgebiete, die einen Abstand von 5 km zu anderen Windeignungsgebieten nicht wahren ..., im Ergebnis als willkürlich, da Kriterien für die Zusammenfassung mehrerer Flächen zu einem Windeignungsgebiet fehlen.“
 - ⇒ offen gelassen: Windkraft innerhalb von FFH-Gebieten zulässig

II. Planungsrechtliche Zulässigkeit / 3

2. Region Havelland-Fläming: Fallkonstellation wie 1.

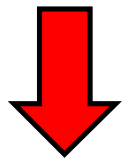
- Erstes Fazit aus OVG Berlin-Brandenburg U. v. 14.09.2010 - 2 A 1.10:
 - Regionalplan muss insgesamt neu aufgestellt werden
 - zzt. keine „in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung“ als entgegenstehender Belang
 - „befristete Untersagung“ zulässig, zzt. wohl (-)
 - Erfahrungen z.B. betreffend Regionalplan Halle zeigen: Es wird etliche Monate dauern, bis Belange der Raumordnung einem aktuellen Genehmigungsantrag entgegengehalten werden können Entwurf kein „entgegenstehender Belang“ i. S. von § 35 BauGB.

III. Hauptproblem: Artenschutz / Zugriffsverbote / Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)

Ausgangsfall: Waldstandort befindet sich in 500 bzw. 800 Meter Entfernung zu Rotmilanhorst; Wiesenweihenvorkommen; Fledermausvorkommen

1. Entwicklung der Rechtsprechung / „3 Phasen“ / 1

a) Früher: „Nur“ Eingriffsregelung geprüft



Beispiel: Tötungsrisiko für Rotmilan oder Fledermaus vielfach keine „erhebliche Beeinträchtigung“ des Naturhaushaltes, jedenfalls aber kompensierbar ⇒ WEA zulässig

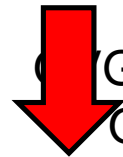
III. Hauptproblem: Artenschutz / Zugriffsverbote / Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)

1. Entwicklung der Rechtsprechung / „3 Phasen“ / 2

b) ca. 2005-2007: Prüfung von „Artenschutzbelangen“ bei § 35 BauGB
(„nachvollziehende Abwägung“)

Beispiele:

- Rotmilanhorst in 1.000 m-Entfernung zum WEA-Standort sei
„entgegenstehender Naturschutzbelang“:



VG Weimar, Urt. v. 29. Juli 2007 - 1 KO 1054-03 [Rotmilan];

OVG Koblenz, Urt. v. 16 März 2006 - 1 A 10884-05.OVG [Rotmilan])

- Fledermausvorkommen rechtfertige gar Ablehnung:

VG Gera, Urt. v. 28. April 2005 - 4 K 1071/02 GE

⇒ WEA unzulässig (?)

III. Hauptproblem: Artenschutz / Zugriffsverbote / Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)

1. Entwicklung der Rechtsprechung / „Phasen“ / 3

- c) Aktuell: Prüfung des ArtenschutzR als Spezialgesetz (anstelle von § 35 BauGB)

Beispiel: Im Einzelfall sind sog. Zugriffsverbote, also vor allem „Töten“ oder „Stören“ i. S. von § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BNatSchG (2010) zu prüfen

VG Berlin, Urt. v. 04. April 2008 - 10 A 15.08;

VG Halle, Urt. v. 25. November 2008 - 2 A 4/07;

VG Minden, 10. März 2010 - 11 K 53/09

⇒ WEA zulässig

III. Hauptproblem: Artenschutz / Zugriffsverbote / Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)

2. Heutiger Stand der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis / 1

a) Fragestellungen:

- Rechtsgrundlage unklar: Eingriffsregelung (§ 14 BNatSchG) und / oder Zugriffsverbot (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)?
- Ablehnung, „nur“ Abschaltung, „nur“ Vermeidungsmaßnahme / CEF-Maßnahme oder uneingeschränkte Genehmigung?
- „Lokale Population“ bei Tötungsverbot relevant?
- CEF-Maßnahme („Horstumsiedlung“)
- Vermeidungsmaßnahme (Quartiermanagement)

III. Hauptproblem: Artenschutz / Zugriffsverbote / Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)

2. Heutiger Stand der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis / 2

b) Beispiel: Fledermausvorkommen, Abschaltung zulässig und geboten?

- ⇒ Überziehen / Grenze der Untersuchungspflichten (vgl. OVG Münster, U. v. 30. Juli 2009 - 8 A 2358/08)
- ⇒ LUGV prüft Eingriffsregelung bei Fledermäusen!?, richtig wohl: Zugriffsverbot einschlägig
- ⇒ Fledermäuse rechtfertigen keine Ablehnung (OVG Weimar, U. v. 14.10.2009 - 1 KO 372.06; anders noch VG Gera, a. a. O)
- ⇒ Abschaltzeiten: VG Halle, U. v. 1. Juli 2010 - 4 A 2/10, nicht rechtskräftig
- ⇒ steht aus: VG Cottbus-Entscheidung Az. 4 L 341/09/ Eilverfahren (aufschiebende Wirkung des Bauherrenwiderspruchs)

III. Hauptproblem: Artenschutz / Zugriffsverbote / Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)

2. Heutiger Stand der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis / 3

c) Beispiel: Rotmilanhorst in 500-Meter Nähe, Genehmigungsab- lehnung zulässig?

Rotmilanhorste in ca. 500 m- und 800 m-Entfernung zu WEA-Standort
Fledermausvorkommen (durch Horchboxen) belegt

⇒ VG Minden, Urt. v. 10. März 2010 - 11 K 53/09: sehr lesenswert!

⇒ Erörterung des Tötungsverbots

⇒ Fachliche Darstellung (Höttker, BMU-Studie etc.) rezipiert

Fazit: VG Minden hebt sich von bisheriger Rechtsprechung zum Arten-
schutz erfreulich ab, weil es nicht pauschal argumentiert, sondern sich im
Einzelnen mit den rechtlichen und naturschutzfachlichen Fragen auseinan-
dersetzt. >> richtige Richtung >>

IV. Fazit: Windkraft im Wald aus rechtlicher Sicht

- Privilegierung greift (+)
- Regionalplanung darf nicht entgegenstehen (genau hinsehen bei in Aufstellung / Fortschreibung befindlichem Regionalplan)
- Problem: Artenschutzrecht, Zugriffsverbote / Tötungsverbot. Immerhin: Aktuelle Rechtsprechung ist fachlich und rechtlich schärfer, weniger restriktiv – „alles fließt“
- Appell: Sammeln von Studien und Gutachten zum Konflikt Windkraft - besonders geschützte Arten. Gerade für künftige Planungen in Waldgebieten relevant!
- Einladung zur Mitarbeit im BWE-Arbeitskreis Naturschutz

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Michael Rolshoven,

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

rolshoven@mwp-berlin.de