

Windenergietage 2012

Natur- und Artenschutzrecht - „Ein Schritt vor, zwei Schritte zurück?“

Zur aktuellen Behörden- und Rechtsprechungspraxis

Philipp v. Tettau

Rechtsanwalt / Partner

Dr. Michael Rolshoven

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kanzlei Müller-Wrede & Partner

Leibnizstraße 53, 10629 Berlin

www.mwp-berlin.de

Dr. Michael Rolshoven

Dr. Michael Rolshoven ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Müller-Wrede & Partner. Die Kanzlei ist unter Leitung von Rechtsanwalt Philipp v. Tettau mit sechs Anwaltskollegen auf alle Rechtsfragen der Projektentwicklung und -veräußerung im Bereich der Erneuerbaren Energien spezialisiert.

Herr Dr. Rolshoven selbst berät seit 10 Jahren zahlreiche EEG- Projektierungsunternehmen vornehmlich in Fragen des Anlagenzulassungsrechts, des Umweltrechts und des Bau- und Planungsrechts. Weiterer Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist das Erneuerbaren-Energien-Gesetz (EEG) sowie das Projekterwerbs- und Nutzungsvertragsrecht. Herr Dr. Rolshoven ist Mitglied des Juristischen Beirats des BWE und u.a. auch im BWE-Arbeitskreis Naturschutz tätig (dort Mitglied des Sprecherkreises)

E-Mail: rolshoven@mwp-berlin.de

www.mwp-berlin.de

Gliederung

- I. Ausgangsfälle
- II. Rechtlicher Maßstab: Tötungsverbot, „Signifikanzformel“ und Einschätzungsprärogative
 1. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG
 2. „Signifikanz-Formel“ der Rechtsprechung
 3. „Einschätzungsprärogative“ - ein Aufweichen des rechtlichen Maßstabs?
 4. Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG („Lizenz zum Töten“)
- III. Rotmilan: Aktuelle Rechtsprechung und Behördenpraxis
- IV. Monitoring
- V. Klagen der Naturschutzverbände gegen B-, F- und Regionalpläne zulässig?
- VI. Fazit / zu den Ausgangsfällen

I. Ausgangsfälle

Ausgangsfall /-frage:

- Rotmilanhorst in 700-Meter-Entfernung zum WEA-Standort. Besteht ein Anspruch auf eine WEA-Genehmigung?
- Fledermausvorkommen im WEA-Bereich. Muss die WEA vor allem in den Sommernächsten abgeschaltet werden?
- Wegen Rotmilan und Fledermäusen wird ein Monitoring als Nebenbestimmung beauftragt, zulässig?

II. Rechtlicher Maßstab: Tötungsverbot, „Signifikanzformel“ und Einschätzungsprärogative

1. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG:

„Es ist verboten,

1. wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören,

2. ...“

2. „Signifikanz-Formel“ der Rechtsprechung

z. B. OVG Magdeburg, Urt. v. 26. Okt. 2011 – 2 L 6/09 (nicht rechtskräftig, Entscheidung des BVerwG steht aus):

„Soll das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis werden, ist vielmehr zu fordern, dass sich das Risiko des Erfolgseintritts in signifikanter Weise erhöht, wobei Maßnahmen, mittels derer solche Kollisionen vermieden oder dieses Risiko zumindest minimiert werden soll, einzubeziehen sind. Gemeint ist eine „deutliche“ Steigerung des Tötungsrisikos. Dafür genügt es nicht, dass im Eingriffsbereich überhaupt Tiere der (besonders) geschützten Art angetroffen worden sind; erforderlich sind vielmehr Anhaltspunkte dafür, dass sich das Risiko eines Vogelschlages durch das Vorhaben deutlich und damit signifikant erhöht (BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 - 4 C 12.07 -, NuR 2009, 789 (797), Rd-Nr. 42).“

(Unterstreichungen von uns)

Was heißt „signifikant erhöht“?

- „Erhöhen“ setzt eine zu definierende „Ausgangs-Schlagwahrscheinlichkeit“ voraus
- Diese muss - erstens - „erhöht“; zweitens muss die Erhöhung „signifikant“ sein, also in besonderem Maße erhöht sein.
- Oftmals wird diese Differenzierung übersehen (so Kritik an VG Oldenburg, Beschluss v. 25. Juli 2011 - 5 B 1246/11 im laufenden Amtshaftungsverfahren)
- BVerwG im Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, Rn. 91

„....kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzel-exemplaren verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (z.B. von einem Raubvogel geschlagen werden.“

3. „Einschätzungsprärogative“ - ein Aufweichen des rechtlichen Maßstabs?

z. B. OVG Magdeburg, Urt. v. 26. Okt. 2011 – 2 L 6/09 (nicht rechtskräftig, Entscheidung des BVerwG steht aus)

„Da zur fachgerechten Beurteilung dieser Frage ornithologische Kriterien maßgeblich sind, die zu treffende Entscheidung prognostische Elemente enthält und überdies naturschutzfachlich allgemein anerkannte standardisierte Maßstäbe und rechenhaft handhabbare Verfahren fehlen, muss der zuständigen Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuerkannt werden (vgl. zum Planfeststellungsverfahren BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 - 9 A 5.08 -, BVerwGE 136, 291 (318), Rd-Nr. 113). Die gerichtliche Prüfung ist insoweit grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 — A 3.06 —, NuR 2008, 633).“

(Unterstreichungen von uns)

Stand der Rechtsprechung zur Einschätzungsprärogative:

- teils lässt die Rechtsprechung offen, ob es diese überhaupt gibt: VG Kassel, Urteil v. 15. Juni 2012 - 4 K 749/11.KS)
- wenn die Rechtsprechung von einer Einschätzungsprärogative ausgeht,
 - führt dies teils zur Ablehnung des WEA-Vorhabens (so OVG Magdeburg, Urt. v. 26. Okt. 2011 - 2 L 6/09)
 - und teils zur Genehmigung des Vorhabens (VG Regensburg, Urt. v. 5. Mai 2011 - 7 K 10.881; OVG Lüneburg, Beschluss v. 18.04.2011 - 12 ME 274/10)
- Stand November 2012: Eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, ob es im WEA-Genehmigungsverfahren eine Einschätzungsprärogative gibt, steht weiterhin aus (OVG Magdeburg, a. a. O. ist wegen dieser Frage in Leipzig anhängig).

4. Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG („Lizenz zum Töten“)

➤ § 45 Abs. 7 BNatSchG:

“Die nach Landesrecht für Naturschutz ... zuständigen Behörden ... können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen ...

5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weitergehende Anforderungen enthält. ...“

- sprich: drei Voraussetzungen plus Ermessen
- immerhin: es gibt aktuelle Praxisbeispiele des LUGV, in denen Ausnahmen festgestellt werden (Brandenburg, Hessen, Rheinland-Pfalz)
- Praxishinweis: eine vorsorgliche, sog. „überschießende Ausnahmezulassung“ ist möglich (BVerwG, Urteil v. 9. Juli 2008, Rn 128)

III. Rotmilan: Aktuelle Rechtsprechung und Behördenpraxis

- OVG Magdeburg, Urt. v. 26. Okt. 2011 - 2 L 6/09 (nicht rechtskräftig, Entscheidung des BVerwG steht aus)
- VG Kassel, Urteil v. 15. Juni 2012 - 4 K 749/11.KS (nicht rechtskräftig): 1.000 Meter nicht genug?
- WEA-Erlass-Bayern vom 20. Dez. 2011 (S. 43, S. 58, Anlage 2): 1.000 Meter
- Ganz aktuell: „Anlage 1“ der Tierökologischen Abstandskriterien für die Errichtung von WEA in Brandenburg (Stand 15. Okt. 2012) enthalten Rotmilan (weiterhin) nicht
- Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zugelassen (Behördenpraxis in Bbg., Hessen, Rheinland-Pfalz)

IV. Monitoring

- Anordnung eines Monitorings als Nebenbestimmung zulässig? Gibt es hierzu eine Rechtsgrundlage?
 - „nein“: VG Halle, Urteil v. 23. Nov. 2010 - 4 A 34/10 HAL; VGH München, Urteil v. 19. Febr. 2009 - 22 BV 08.1164, so wohl auch OVG Weimar, Urteil v. 14. Okt. 2009 - 1 KO 372-06
 - „ja“: VG Magdeburg, Urteil v. 14. Nov. 2011 - 1 A 19/10
 - offen gelassen: VG Regensburg, Urteil v. 5. Mai 2011 - 7 K 10.881; zuletzt auch VG Potsdam (mdl. Verhandlung am 8. Nov. 2012, will Berufung zulassen)
- ⇒ Fazit: Rechtslage unklar; fristwahrende(r) Widerspruch/ Klage sinnvoll

Praxisprobleme:

- Monitoring sollte der Vorhabensträger nicht selbst (bzw. allenfalls hilfsweise, „überschießend“) beantragen! (sonst geht Rechtsbehelf ins Leere, Antragsprinzip)
- Brandenburg nach Erlass: LUGV holt vorab Einverständnis ein, ansonsten wird mit Ablehnung gedroht!?
- Sonderproblem: Monitoring im Einzelfall gar insgesamt unzulässig:

siehe dazu: VGH Kassel, Beschluss v. 14. Mai 2012 – 9 B 1918/11

„Die von dem Verwaltungsgericht aufgrund der vorhandenen Datenlage erstellte Prognose, ein signifikant erhöhtes Tötungs- und Verletzungsrisiko der Fledermäuse durch die drei Anlagen sei nicht als gerechtfertigt anzusehen und infolge dessen sei das in dem angegriffenen Bescheid angeordnete Monitoring (Ziff. 5.5 und 5.6, S. 18 des Bescheides vom ...) durch eine kontinuierliche akustische Überwachung der Fledermausaktivität im Rotorbereich ausreichend, begegnet schon deshalb Zweifeln, weil damit entgegen dem artenschutzrechtlichen Verbot das Tötungsrisiko in Kauf genommen wird und Vermeidungsmaßnahmen erst für den Fall vorbehalten bleiben, dass „beim akustischen Monitoring der Fledermäuse an den Windkraftanlagen WEA-1, WEA-3 ... ein relevantes Kollisionsrisiko prognostiziert wird“ (zur Bedenklichkeit eines Monitorings bei drohendem Verstoß gegen das naturschutzrechtliche Tötungsverbot ohne Vermeidungsmaßnahmen oder Schutzkonzept vgl. BVerwG, Urteil vom 17.07.2011 - 9 A 12/10 -, juris Rn. 105 ff.). ...“
(Unterstreichung von uns)

⇒ allerdings: Im zitierten Fall hat das Gericht zwei von drei WEA nicht stillgelegt.

V. Klagen der Naturschutzverbände gegen B-, F- und Regionalpläne zulässig?

- VGH Kassel, Beschluss v. 14. Mai 2012 - 9 B 1918/11:

„Dem Antragsteller kann im Hinblick auf von ihm geltend gemachte Verstöße gegen das Raumordnungsrecht die Antragsbefugnis jedenfalls insoweit nicht versagt werden, als er sich auf unionsrechtliches Umweltrecht und dessen Umsetzung durch die Raumordnungsplanung beruft, die im Genehmigungsverfahren zu beachten ist.“

(Unterstreichungen von uns)

- Kann sich Naturschutzverband auf unwirksamen Regionalplan berufen, soweit Umweltschutz betroffen ist?
- Unklar: Gilt dies gar auch für Bauleitpläne (Flächennutzungs- und Bebauungsplan)?

VI. Fazit / zu den Ausgangsfällen

- a) Rotmilanhorst in 700-Meter-Entfernung zum WEA-Standort. Besteht Anspruch auf WEA-Genehmigung?
- b) Fledermausvorkommen im WEA-Bereich. Muss die WEA vor allem in den Sommernächten abgeschaltet werden?
- c) Wegen Rotmilan und Fledermäusen wird ein Monitoring als Nebenbestimmung beauftragt, zulässig?

Folge der bisherigen, teils unklaren Rechtsprechung:

- a) Rotmilan: Es kommt in der Praxis auf das Bundesland an!?
- b) Fledermäuse und „Einschätzungsprärogative“: Abschaltung variiert je nach Bundesland zwischen Windgeschwindigkeiten ≥ 5 Meter/Sek. und 8 Meter/ Sek.
- c) Monitoring: Rechtslage unklarer als vor einem Jahr (s. o.).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

RA Philipp v. Tettau

(tettau@mwp-berlin.de)

RA Dr. Michael Rolshoven

(rolshoven@mwp-berlin.de)

www.mwp-berlin.de