

24. Windenergietage
12. bis 13. November 2014 in Potsdam

Artenschutzrecht und Praxisbeispiele:

**Trotz Rotmilan, Seeadler, Uhu und Fledermaus
zur WEA-Genehmigung**

Dr. Michael Rolshoven,

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kanzlei Müller-Wrede & Partner - Rechtsanwälte

Leibnizstraße 53, 10629 Berlin

030 399 250 0
www.mwpa-berlin.de



© Thomas Rosenthal

Dr. Michael Rolshoven

Dr. Michael Rolshoven ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Müller-Wrede & Partner. Die Kanzlei ist unter Leitung von RA Philipp v. Tettau seit über 15 Jahren derzeit mit sieben Anwaltskollegen auf alle Rechtsfragen der Projektentwicklung und -veräußerung im Bereich der Erneuerbaren Energien spezialisiert.

Herr Dr. Rolshoven berät seit über 10 Jahren zahlreiche EEG- Projektierungsunternehmen vornehmlich auch in Fragen des Anlagenzulassungsrechts, des Umweltrechts und des Bau- und Planungsrechts. Herr Dr. Rolshoven ist Mitglied des Juristischen Beirats des BWE und u.a. auch im BWE-Arbeitskreis Naturschutz tätig (Mitglied des Sprecherkreises).

**E-Mail: rolshoven@mwp-berlin.de
www.mwp-berlin.de**

Gliederung

- I. Rechtsgrundlagen
- II. Überblick: Praktische Relevanz im Windkraftbereich
 1. Greifvögel
 2. Fledermäuse
- III. Aktuelle Rechtsprechung zu Greifvögeln
- IV. Aktuelle Rechtsprechung zu Fledermausabschaltung /-monitoring
- V. Lösungsansätze aus aktueller Behördenpraxis
- VI. Weitere Lösungsansätze: Bauleitplanung / Regionalplanung / Rspr.

I. Rechtsgrundlage

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG:

„(1) Es ist verboten,

1. wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten **nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten ...**,“ (Herv. von uns)

§ 45 Abs. 7 BNatSchG:

„(7) Die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden ... können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen

1. ...
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**,
....“

(Herv. von uns)

II. Überblick: Praktische Relevanz im Windkraftbereich

1. Welche Greifvögel gelten als schlaggefährdet?

- Rotmilan (z. B. BVerwG, Urteil v. 21. November 2013 – 7 C 40.11 und BVerwG, Urteil v. 27. Juni 2013 – 4 C 1.12)
- Seeadler
- Uhu ?
- Wiesenweihe ?(OVG Lüneburg, Beschluss v. 25. Juli 2011 – 4 ME 186/11)
- Kranich ? (VG Koblenz, Urteil v. 27. Oktober 2011 – 7 K 78/11)
- Mäusebussard ?
- **nicht:** Schwarzstorch (so: OVG Magdeburg, Beschl. v. 21. März 2013 – 2 M 154/12; VG Hannover, Urt. v. 22. Nov. 2012 – 12 A 2305/11: Tötungsverbot nicht einschlägig)



Die meisten Greifvögel sind nicht schlaggefährdet!

II. Überblick: Praktische Relevanz im Windkraftbereich

2. Welche Fledermausarten gelten als schlaggefährdet?

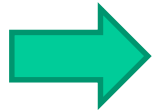
Oft übersehen / vermengt:

- **nicht** die Säugetiergruppe „**Fledermäuse**“ (**Microchiroptera**) ist nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG geschützt, die der Ordnung der Fledertiere (Chiroptera) zugehören, ...
- sondern die **einzelne Art** (§ 7 Abs. 2 Nr. 13 b) aa) und 14 b) BNatSchG i.V.m. Anhang IV a) der Richtlinie 92/43EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen) ist geschützt.
- Daher ist die Frage, ob eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos vorliegt, für die jeweils geschützte einzelne Art zu beurteilen (klarstellend: **VG Halle, Urt. v. 15. Mai 2014 - 4 A 36/11 HAL**).

II. Überblick: Praktische Relevanz im Windkraftbereich

➤ Welche Fledermausarten gelten als schlaggefährdet?

- Großer Abendsegler (726)
- Rauhautfledermaus (564)
- Zweifarbfledermaus (439)
- Kleiner Abendsegler (110)
- Mückenfledermaus (45)



Auch hier: Die meisten Fledermausarten sind nicht schlaggefährdet

vgl. TAK Brandenburg, Anlage 3 „Handlungsempfehlung zum Umgang mit Fledermäusen bei der Planung und Genehmigung von WEA in Brandenburg; Leitfaden „Rahmenbedingungen für WEA auf Waldflächen in Nordrhein-Westfalen“

Schlagopferdatei /Stand 4 April 2014:

<http://www.lugv.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.312579.de>

III. Aktuelle Rechtsprechung zu Greifvögeln

1. BVerwG, Urteil v. 27. Juni 2013 – 4 C 1.12 (Rotmilan)

- Bauplanungsrechtliche und naturschutzrechtliche Zulässigkeit sind nicht „generell unabhängig voneinander zu prüfen“ (anders teils noch: BVerwG, Urteil v. 13. Dezember 2001 – 4 C 3.01)
- Naturschutzrecht (und damit auch das Artenschutzrecht, konkret: Das Tötungsverbot) **konkretisiert** den öffentlichen Belang „Naturschutz“ im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB
- Zitat zu Rotmilan und Abstand:

„Das OVG hat ausführlich dargelegt, dass aus den ausgewerteten Erkenntnismitteln – naturschutzfachlich vertretbar – abgeleitet werden könne, dass für den Rotmilan von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko durch den Betrieb von Windenergieanlagen grundsätzlich dann ausgegangen werden könne, wenn der Abstand der Windenergieanlage weniger als 1.000 m betrage.“

III. Aktuelle Rechtsprechung zu Greifvögeln

- Vor allem: BVerwG erkennt Einschätzungsprärogative für BImSchG-Genehmigung an
- Zudem Reichweite der Einschätzungsprärogative betrifft zweierlei:

„Dabei bezieht sich die behördliche **Einschätzungsprärogative** ...

sowohl auf **die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten** als auch ...

auf die **Bewertung der Gefahren**, denen die Exemplare der geschützten Arten bei Realisierung des zur Genehmigung gestehenden Vorhabens ausgesetzt sein würden.“

- „letzte Hoffnung“: Verfassungsbeschwerden anhängig ...

III. Aktuelle Rechtsprechung zu Greifvögeln

2. BVerwG, Urteil v. 21. Nov. 2013 – 7 C 40.11 (Rotmilan)

➤ Worum geht es?

- 17 WEA, beantragt 2005
- 10 WEA im Abstand von mehr als 1.000-Meter zum Milanhorst
- LVwA: Ablehnung wegen Schutz von Rot- und Schwarzmilan
- VG Halle verurteilte zur Genehmigungserteilung (25.11.2008 - 2 A 4/07)
- OVG Magdeburg, Urt. v. 26. Okt. 2011 - 2 L 6/09: Urteil aufgehoben:
 - wegen derweil in Kraft getretenem Regionalplan
 - wegen Rotmilan: „Es lägen hinreichende Erkenntnisse dafür vor, dass Rotmilane mit Brutstätten **in einer Entfernung bis zu 1.750 Metern** zur nächstgelegenen WEA das Gebiet des Windparks durchqueren müssen, um ein nächstgelegenen geplanten **Nahrungshabitat** zu erreichen“
 - dies sei die „Annahme, dass Einzelverluste von Rotmilanen populationsrelevant sind, fachlich vertretbar. Ausnahmen und Befreiungen vom Tötungsverbot kommen nicht infrage.“
 - sodann – erfolglose – Revision zum BVerwG:

III. Aktuelle Rechtsprechung zu Greifvögeln

BVerwG wörtlich:

„Bei seiner Würdigung der behördlichen Risikobeurteilung ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass für Anlagenstandorte in einem Abstand **von weniger als 1.000 m zu Rotmilanhorsten generell**, für solche in größeren Abständen hingegen nur unter besonderen Umständen – im Standortbereich liegende Nahrungshabitate oder Flugkorridore zu Nahrungshabitaten – **ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko** für Rotmilane zu bejahen sei, der in Rede stehende Anlagenstandort liege nach den behördlich veranlassten Ermittlungen in einem solchen Flugkorridor. Die Annahme zur Relevanz der genannten Abstände für die Risikobeurteilung **können sich auf fachwissenschaftliche Untersuchungen und in Fachkreisen entwickelte Empfehlungen stützen**. Die Erläuterungen belegen, dass das Gericht die Bewertung und Einschätzungen der Genehmigungsbehörde nicht ungesehen zugrunde gelegt hat, sondern eingehend auf ihre Vertretbarkeit hin überprüft hat.“

- **Praxisfolge: unterschiedliche Entscheidungsmaßstäbe:** OVG Weimar / VGH Kassel lehnen WEA teils ab, auch wenn 1.000-Meter- Abstand eingehalten wird; NRW /Brandenburg lässt auch mal bei 600-Meter-Abstand WEA zu !?!

IV. Rechtsprechung zu Fledermausabschaltung / -monitoring

1. OVG Magdeburg, Urteil v. 13. März 2014 – 2 L 175/11; zudem: Beschlüsse vom 31. Juli 2014 -2 L 5/13 und 2 L 15/13

➤ Worum geht es?

- **Abschaltung** bei Windgeschwindigkeiten unter 8 m/sec (in NH) beauftragt.
- Während des „überregionalen Herbstzuges“ in den Monaten August und September.
- **VG Magdeburg** hatte **Klage** noch **abgewiesen**, Berufung wegen „ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit“ zugelassen ...

IV. Rechtsprechung zu Fledermausabschaltung / -monitoring

➤ Zur Entscheidung:

- „Einschätzungsprärogative“ gilt auch bei Fledermäusen (Verweis auf Rotmilan-Rechtsprechung).
- Liegt WEA in Flugroute von Fledermäusen, so bestehe ein **„Anfangsverdacht“** für signifikante Schlaggefahr.
- Aber: **Keine „Beweislastumkehr“** zulasten des WEA-Betreibers; vielmehr muss auch dann „aufgrund einer **hinreichend gesicherten Tatsachenbasis**“ für konkreten Standort „hohe Wahrscheinlichkeit“ für **„mehr als nur einzelne Kollisionen“** bestehen.
- Bei Fledermäusen ist **„in besonderem Maße zu beachten“**, dass die Betroffenheit **„über wenige Einzelexemplare hinausgehen muss“** (anders als bei Greifvögeln), da hier nach Gutachten „Individuenzahlen von hunderte oder gar tausenden Einzelexemplaren“ den Raum durchwandern.

IV. Rechtsprechung zu Fledermausabschaltung / -monitoring

- „Ein oder zwei [tote] Fledermäuse“ genügen nicht.
- Potentielle Opferzahl muss „Größe überschreiten, die mit **Rücksicht auf die Zahl der insgesamt vorhandenen Individuen einer Population** sowie die Zahl der Individuen, die ohnehin regelmäßig dem allgemeinen Naturgeschehen, etwa als Beutetiere, zum Opfer fallen, überhaupt als nennenswert bezeichnet werden kann.“
- Hier: Anhaltspunkte für Schlaggefahr fehlen
- Bestätigung / Fortschreibung der Rechtsprechung (siehe u.a.: OVG Magdeburg, Urteile vom 16. Mai. 2013 – 2 L 187/10, 2 L 80-11; siehe aber auch OVG Magdeburg, Beschl. v. 4. Juni 2013 – 2 L 113/11)
- Zuletzt: OVG Magdeburg hebt Abschaltauflagen trotz gegenläufiger erstinstanzlicher Entscheidung **ohne mündliche Verhandlung (!)** auf (Beschlüsse vom 31. Juli 2014 – 2 L 5/13 und 2 L 15/13)

IV. Rechtsprechung zu Fledermausabschaltung / -monitoring

2. OVG Magdeburg, Urteil v. 13. März 2014 – 2 L 215/11

- Worum geht es?
- eine zusätzliche WEA in Bestandswindpark mit 31 WEA
- WEA-Genehmigung enthält folgende Auflage:

„Im Zeitraum von einem Jahr nach Errichtung der WKA sind in den Monaten März bis Oktober in einer **wöchentlichen Begehung** im Umkreis von 100 m zum Mastfuß der WKA Totfundsuchen auf Fledermäuse durchzuführen ...

Anordnungen gemäß § 17 BImSchG über **zusätzliche Abschaltungen** der WKA zum Schutz von Fledermäusen (z.B. während des Frühjahrs- bzw. Herbstzuges) bleiben **vorbehalten** ...“

- sprich: sog. Monitoring und Auflagenvorbehalt unzulässig!

IV. Rechtsprechung zu Fledermausabschaltung / -monitoring

➤ Bewertung

- Monitoring für Begründung von Abschaltauflage unzulässig !!!
 - offene Frage: Monitoring zulässig, **um Wirksamkeit von Abschaltauflage zu überprüfen?**
 - OVG lässt zudem offen, ob **Auflagenvorbehalt** nur mit Zustimmung des Vorhabenträgers zulässig ist, wofür u. E. der Wortlaut und die Systematik des § 12 Abs. 2a BImSchG spricht
- ⇒ **Praxishinweis:** Wenn Behörde Zustimmung zu Auflagenvorbehalt oder gar Beantragung von Abschaltauflagen und oder Monitoring verlangt, muss Antragsteller hierzu einen **Vorbehalt** formulieren („... beantragen wir nur hilfsweise ...“)

V. Lösungsansätze aus aktueller Behördenpraxis

- **Beispiel Rotmilan** und „Ausnahme“ nach § 45 Abs. 7 BNatSchG
 - Rotmilanhorst inmitten eines regionalplanerisch festgesetzten Windeignungsgebietes
 - großzügige, zusätzliche Ausgleichsmaßnahme (20 ha)
 - Naturschutzbehörde bestätigt Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG
 - Umsiedlung - Praxisbeispiele aus Straßenbau - umstritten

- **Beispiel Seeadler**
 - Bestandswindpark, Repowering
zwischenzeitlich hat sich der Seeadler im Nahbereich (ca. 1.300 Meter) angesiedelt
 - auch hier Genehmigung erteilt, sogar ohne Ausnahme
 - Mit „Einschätzungsprärogative“ Verbandsklage abwehrgewehrt (vgl. schon OVG Lüneburg, Beschl. v. 18. April 2011 – 12 ME 274/10)

- **Beispiel Fledermäuse**
 - OVG Magdeburg, a.a.O.; Rspr. anderer OVGs steht aus (Nds., M-V)
 - statt Zustimmung zum Auflagenvorbehalt >>> Antrag auf 5 m/sec

VI. Weiterer Lösungsansatz: Bauleitplanung / Regionalplanung

➤ OVG Münster, Urteil v. 01. Juli 2013 – 2 D 46/12.NE (FNP-Büren)

„Die Gemeinde kann – wie auch sonst in der Bauleitplanung – auch bei der Darstellung von Vorrangflächen für die Windenergie **in eine Natur - und artenschutzrechtliche Ausnahme- oder Befreiungslage hineinplanen. ...**

§ 45 Abs. 7 BNatSchG bietet dafür eine Ausnahmemöglichkeit, § 67 Abs. 1 BNatSchG eine Befreiungsmöglichkeit (vgl. in diesem Zusammenhang nochmals BVerwG, Urteil v. 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287) All dies steht der Behandlung der „themenkomplexen Natur- und Landschaft“ und „Artenschutz / planungsrechtliche Arten“ als harte Tabuzonen entgegen.“



FNP oder B-Plan müssen Artenschutz **abwägen**: Abwägen und „Wegwägen“ bei „Vertretbarkeit“ wegen „Einschätzungsprärogative“ zulässig!? (vgl. aktuell: **OVG BlnBbg, Urt. v. 3. Juli 2014 – 11 B 5.13**)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

RA Dr. **Michael Rolshoven** (rolshoven@mwp-berlin.de)

Weitere Ansprechpartner zum Thema:

RA **Philipp v. Tettau** (tettau@mwp-berlin.de)

RAin **Marion Westphal-Hansen** (westphal-hansen@mwp-berlin.de)

www.mwp-berlin.de