

Aktueller Umgang mit den Folterwerkzeugen des Artenschutzrechts –

Machtwort des OVG Koblenz durch
Beschluss vom 16.08.2019 (1 B 10539/19.OVG)



MASLATON
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Leipzig · München · Köln

Tim S. Spielvogel
Rechtsanwalt

Referent

Tim Sebastian Spielvogel

Rechtsanwalt Tim Sebastian Spielvogel berät Mandanten in Fragen des Verwaltungsrechts, schwerpunktmäßig auf dem Gebiet des Planungs-, Naturschutz und Umweltenergierechts (Windenergie, Photovoltaik, Biogasanlagen). Er ist außerdem im Agrarrecht tätig.



Im Bereich des Rechts der Erneuerbaren Energien widmet er sich verschiedenen Genehmigungsprojekten von Windenergieanlagen sowohl im verwaltungsbehördlichen- als auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Weiterhin betreut er wissenschaftliche Vorlesungen (Umweltrecht, Prof. Dr. Maslaton) an der TU Chemnitz.

Kanzleivorstellung

MASLATON Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- Hauptsitz in Leipzig mit weiteren Standorten in Köln und München, 2002 gegründet
- Beratungsschwerpunkte sind das Verwaltungsrecht, Energierecht, Zivilrecht mit Fokus auf dezentralen EE- und KWK-Projekten, M&A in der EE-Branche, Datenschutz- und Luftverkehrsrecht
- Wissenschaftliche Expertise durch Veröffentlichungen und universitäre Vorlesungen
- Standort Leipzig in der Eigenversorgung durch KWK- und PV-Anlage, E-Mobilität
- Verbandsengagement sowie sachverständige Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren



Inhaltsverzeichnis

Die Themen:

- I. Einleitung
- II. Regelungssituation in den einzelnen Bundesländern
- III. Inhaltliche Vorgaben
- IV. Verwaltungspraxis und deren Einschränkung



I. Einleitung

- **Einleitung**
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

1. Artenschutzrecht im Genehmigungsverfahren

- Verortung des Artenschutzrechts im Genehmigungsverfahren



bauplanungsrechtlicher Artenschutz,
§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB

besonderes Artenschutzrecht,
§ 44 BNatSchG

- die artenschutzrechtlichen Verbote i.S.d. § 44 Abs. 1 BNatSchG sind nach dem Prüfprogramm des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG „**zugleich**“ öffentliche Belange des Naturschutzes i.S.d. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB, die einem privilegierten Außenbereichsvorhaben nicht entgegenstehen dürfen
- U.a. von Gebietshoheit der Standortgemeinden umfasst

- **Einleitung**
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

1. Artenschutzrecht im Genehmigungsverfahren

- nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ist demnach u.a. das **besondere Artenschutzrecht** zu prüfen, v.a.:
 - Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG
 - Störungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG
 - Schädigungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG

- **Einleitung**
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

2. Umgang mit dem „Signifikanzbegriff“

- der Tatbestand des **Tötungsverbots** nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist erst dann erfüllt, wenn das Risiko der Tötung von Individuen geschützter Arten durch Kollisionen

„in signifikanter Weise“

erhöht ist

[BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 (9 A 12.10); BVerwG, Urt. v. 13.05.2009 (9 A 73.07); BVerwG, Urt. v. 18.03.2009 (9A 39.07); BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 (9 A 14.07); VGH München, Urteil v. 19.02.2014 (8 A 11.40064); OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.04.2011 (12 ME 274/10); VG Hannover, Urt. v. 22.11.2012 (12 A 2305/11)]

- nunmehr auch ausdrücklich in **§ 44 Abs. 5 BNatSchG** geregelt:

„(...) das Tötungsverbot liegt nicht vor, wenn die Beeinträchtigung der betroffenen Art nicht signifikant erhöht ist (...)“

[siehe hierzu: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 12.04.2017, BT-Drs. 18/11939, Begründung S. 19]

- **Einleitung**
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

2. Umgang mit dem „Signifikanzbegriff“

- Unbestimmter Rechtsbegriff => Konkretisierung erforderlich
- Maßstab der Prüfung:
 - Ist die Tierart aufgrund ihrer artspezifischen Verhaltensweisen im Vorhabenbereich ungewöhnlich stark von den mit dem Vorhaben verbundenen Risiken betroffen?
 - Häufige Frequentierung des Gefährdungsbereichs durch die Tierart?
 - Beherrschbarkeit der Risiken durch konkrete Ausgestaltung des Vorhabens – einschließlich etwaiger Vermeidungs- und Schutzmaßnahmen (= Schutzkonzept)?

- **Einleitung**
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

2. Umgang mit dem „Signifikanzbegriff“

- die Beurteilung, ob ein in signifikanter Weise gesteigertes Tötungsrisiko gegeben ist, erfordert naturwissenschaftliche Einschätzung
- im Bereich der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände fehlt es jedoch an einem untergesetzlichen Regelwerk in Form von Verordnungen oder normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften (Stichwort „TA Artenschutz/Wind“)
 - rechtliche und fachliche Auslegung ist damit derzeit letztlich den Genehmigungsbehörden überlassen
 - Gewisser Ermessensspielraum der Behörden

- **Einleitung**
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

2. Umgang mit dem „Signifikanzbegriff“

- Allerdings OVG Magdeburg: Definition der Signifikanzschwelle sei allein eine rechtliche und damit nicht von den Behörden zu beurteilende Frage, Urt. v. 26.10.2011 (2 L 6/09)
- eine einheitliche Handhabung der zahlreichen Fallkonstellationen, aus denen sich ein eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos ergeben kann, existiert jedenfalls nicht
- Bundesländer haben Umgang mit dem Begriff unterschiedlich geregelt

II. Regelungssituation in den einzelnen Bundesländern

- Einleitung
- **Regelungen der Bundesländer**
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

1. Naturschutzfachlicher Rahmen Rheinland-Pfalz

- Naturschutzfachlicher Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung
 - Gutachten, in dem unter Berücksichtigung aktueller wissenschaftlicher Entwicklungen **fachliche Empfehlungen** und **Prognosen** entwickelt werden
 - Hinweise zum Umgang mit potenziell relevanten Vogel- und Fledermausarten bei der WEA-Planung, mit Bezug auf sog. Helgoländer Papier
- „Rotmilan-Leitfaden“ und „Mopsfledermaus- Arbeitshilfe“
 - dienen als maßgebliche Ergänzung zum Naturschutzfachlichen Rahmen

- Einleitung
- **Regelungen der Bundesländer**
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

2. TAK Brandenburg

- Tierökologische Abstandskriterien für die Errichtung von WEA
 - Bewertungsmaßstab zur Berücksichtigung der Avifauna und Fledermäuse für die Zulassung von WEA
 - auf den jeweiligen Artenbestand zugeschnittene Abstandskriterien
 - sollen der Vermeidung von Konflikten zwischen der Windenergienutzung und den Lebensraumansprüchen von Vögeln und Fledermäusen dienen

- Einleitung
- **Regelungen der Bundesländer**
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

3. LUBW-Papier

- verschiedene LUBW-Hinweise, insb. relevant:
Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung von WEA
 - fachliche Leitlinie und Orientierungshilfe bei der Bewertung der gemäß den methodischen Vorgaben in den „Erfassungshinweisen Vögel“ erarbeiteten Datengrundlage
 - sollen im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens bindende Wirkung für die nachgeordneten Behörden entfalten
 - Enthalten u.a. den Begriff der Dichtezentren (dazu sogleich

- Einleitung
- **Regelungen der Bundesländer**
- Inhaltliche Vorgaben
- Verwaltungspraxis

4. Leitfaden Windenergie Niedersachsen

- Leitfaden zur Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von WEA
 - konkretisiert die im „Windenergieerlass“ dargestellten Anforderungen und Pflichten in Bezug auf den Artenschutz
 - enthält Prüfradien zu WEA-empfindlichen Vogelarten
 - soll von den Naturschutzbehörden verbindlich angewendet werden

III. Inhaltliche Vorgaben

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- **Inhaltliche Vorgaben**
- Verwaltungspraxis

1. Verbindung zum Helgoländer Papier

- in den Ausführungen zu ihren Abstandsempfehlungen von WEA zu Vorkommen ausgewählter Vogelarten nehmen die einzelnen Arbeitspapiere der Bundesländer Bezug auf das „Helgoländer Papier“:
 - dieses sei „als Fachkonvention anerkannt“ und werde „mehrheitlich akzeptiert“
- es erreicht aber **keinen** Grad einer Durchsetzung als **wissenschaftlicher Standard**, neben dem andere Meinungen zumindest nicht mehr vertretbar wären
- Wissenschaftlichkeit umstritten, bspw. Studie der TU Braunschweig (Prof. E. Brandt)
- dies muss so ebenfalls für auf Grundlage des Helgoländer Papiers entwickelten Handlungsempfehlungen der Länder gelten

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- **Inhaltliche Vorgaben**
- Verwaltungspraxis

2. Dichtezentren

- Dichtezentren sind Gebiete mit hoher Siedlungsdichte zum Schutz der Quellpopulationen
- LUBW-Papier: ein **Dichtezentrum** liegt dann vor, wenn in einem Radius von 3,3 km um eine geplante WEA mind. 4 Revierpaare vorkommen (Siedlungsdichte > 3 Revierpaare)
- begriffliche Prägung durch das Land **Baden-Württemberg**, jedoch zunehmend länderübergreifende Bedeutung

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- **Inhaltliche Vorgaben**
- Verwaltungspraxis

2. Dichtezentren

- es werden Daten über das Vorkommen des Rotmilans innerhalb einer Brutperiode erfasst, anhand derer im Einzelfall über das Vorliegen eines Dichteentrums entschieden wird
- Dichtezentren schließen nicht generell den Windenergieausbau aus:
 - Konzentrationszonen für WEA können in Dichtezentren innerhalb des empfohlenen Mindestabstands (1.000 m in Ba-Wü) um einen Rotmilanhorst ausgewiesen werden, wenn eine **Raumnutzungsanalyse** ergibt, dass kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- **Inhaltliche Vorgaben**
- Verwaltungspraxis

3. Entfernungen

- Arbeitspapiere der Bundesländer und Helgoländer Papier legen häufig Entfernungen von WEA zu Neststandorten bestimmter Vogelarten fest
 - die Kollisionswahrscheinlichkeit nimmt mit Zunahme der Distanz zum Nest ab
 - Unterscheidung zwischen **Mindestabständen** und **Prüfbereichen**, die aufgrund der Kollisionsgefahr als angemessen zur Vermeidung von Konflikten erachtet werden

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- **Inhaltliche Vorgaben**
- Verwaltungspraxis

3. Entfernungen

- im Sinne einer **Regelfallvermutung** ist zwar davon auszugehen, dass bei Unterschreiten der empfohlenen Entfernungen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko anzunehmen ist
 - es besteht **jedoch** die Möglichkeit, diese Annahme durch entsprechend fundierte Untersuchungen zu widerlegen
- letztlich komme es auf die Raumnutzung der Vögel im jeweiligen Einzelfall an

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- **Inhaltliche Vorgaben**
- Verwaltungspraxis

4. Anforderungen an Raumnutzungsanalysen

- mittels einer Raumnutzungsanalyse soll das Mortalitätsrisiko (Kollisionswahrscheinlichkeit) durch die quantitative Bestimmung der den Gefahrenbereich der geplanten WEA-Standorte frequentierenden Rotmilane in Relation zu Aufenthalten im übrigen Aktionsraum und unter Berücksichtigung qualitativer Habitatmerkmale abgeschätzt und dieses artenschutzrechtlich bewertet werden
 - sie wird über ein gesamtes Aktivitätsjahr erstellt
 - Ornithologen beobachten und dokumentieren Aktivitätsräume und Flugrouten und ermitteln auf dieser Basis mögliche Gefährdungszonen

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- **Inhaltliche Vorgaben**
- Verwaltungspraxis

4. Anforderungen an Raumnutzungsanalysen

- **Kritik:**

– beim Rotmilan besteht die Besonderheit, dass das Raumnutzungsmuster einer deutlich höheren Variabilität unterliegen kann, insb. in Abhängigkeit von der Lage der Brutplätze (geringe Standorttreue, Wechselhorste) und der landwirtschaftlichen Nutzung mit der Folge der Änderung des Nahrungsangebots

→ Raumnutzungsanalysen führen nicht stets zu plausiblen, weitgehend beständigen Ergebnissen

IV. Verwaltungspraxis und deren Einschränkung

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

1. Verstoß gegen Abstandsempfehlungen

- die zuständigen Behörden gehen regelmäßig davon aus, dass Verstoß gegen Abstandsempfehlungen automatisch zu artenschutzrechtlichen Konflikten führt

- **ABER:** Abstandsempfehlungen sind in erster Linie vom Vorsorgegedanken geprägt und nicht an dem von der Rechtsprechung entwickelten Signifikanzanfordernis ausgerichtet

→ daher können gemäß der aktuellen Rechtsprechung bei der Untersuchung der standortspezifischen Raumnutzung der betroffenen Art die entsprechenden Abstände im Einzelfall auch unterschritten werden

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

2. Einschränkungen

- VGH Mannheim, Beschl. v. 06.07.2016 (3 S 942/16):
 - Abstandsvorgaben der LUBW-Hinweise können für sich keine rechtssatzmäßige Verbindlichkeit beanspruchen
 - sie bieten lediglich eine Orientierungshilfe im Rahmen der gebotenen Einzelfallprüfung

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

2. Einschränkungen

- OVG Koblenz, Beschl. v. 16.08.2019 (1 B 10539/19.OVG):
 - im Rahmen eines geplanten Windenergievorhabens in Rheinland-Pfalz ist der Mindestabstand einer WEA von 1.500 m zu einem Rotmilanhorst knapp unterschritten worden
 - eine Unvereinbarkeit des Vorhabens mit dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG konnte das Gericht trotz Unterschreitung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht feststellen

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

2. Einschränkungen

- OVG Koblenz, Beschl. v. 16.08.2019 (1 B 10539/19.OVG):
 - auf die Durchführung einer Raumnutzungsanalyse wurde trotz Abstandsunterschreitung verzichtet; diese wäre gemäß dem Naturschutzfachlichen Rahmen Rheinland-Pfalz an sich durchzuführen gewesen
 - es konnte jedoch durch fachliche Stellungnahmen vertretbar und plausibel dargelegt werden, dass trotz des Verzichts **andere Nachweise** geführt werden können, die eine nicht signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos belegen

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

2. Einschränkungen

- OVG Koblenz, Beschl. v. 16.08.2019 (1 B 10539/19.OVG):
 - in einem Abstandsbereich von 1.000 m bis 1.500 m um einen Rotmilan-Brutplatz können mittels anderer Nachweise als einer Raumnutzungsanalyse die Flugbewegungen des Rotmilans erfasst werden
 - sofern die Erfassung ergibt, dass keine erhöhte Nutzung des Gebiets als Aktionsraum vorliegt, kann eine potenzielle Kollisionsgefahr widerlegt werden

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

2. Einschränkungen

- OVG Koblenz, Beschl. v. 16.08.2019 (1 B 10539/19.OVG):

– je nach Gestaltung der landschaftlichen Gegebenheiten in einem Untersuchungsgebiet erweisen sich die Abstandsempfehlungen demnach als „anpassungsfähig“

– **Abweichungen** von Vorgaben des Naturschutzfachlichen Rahmens Rheinland-Pfalz kommen daher in Betracht, soweit sie im jeweiligen konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

2. Einschränkungen

- OVG Koblenz, Beschl. v. 16.08.2019 (1 B 10539/19.OVG):
 - die Abstandsunterschreitung rechtfertigt folglich noch **nicht** die Annahme eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos
 - eine Unterschreitung von Mindestabständen und die Verwirklichung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos bedingen sich also **nicht** grundsätzlich
 - bei den Abständen handelt es sich um Empfehlungen, die jedoch **keine starren Tabuzonen** darstellen

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

3. Nachträgliche Stilllegung von Bestandsanlagen

- vor Kurzem in Hessen: versuchte Stilllegung von zwei WEA wegen angeblichen Einwanderns des Schwarzstorches
 - UNB untersagte Weiterbetrieb aufgrund eines Fachgutachtens
 - Eilverfahren vor dem VG Darmstadt zeigten fachliche Mängel des Gutachtens
 - Vernichtende Beschlüsse zwangen LK zur Rücknahme der Stilllegungsverfügungen
- Auch bestandskräftige Genehmigungen nicht geschützt
- Investitionsrisiko für Vorhabenträger und Banken

- Einleitung
- Regelungen der Bundesländer
- Inhaltliche Vorgaben
- **Verwaltungspraxis**

4. Fazit

- Unterschreitungen von Abstandsempfehlungen können nicht allein die signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG begründen
- WEA sind unter bestimmten Voraussetzungen selbst ohne Durchführung einer Raumnutzungsanalyse in Dichtezentren des Rotmilans genehmigungsfähig
- die Verwaltungspraxis wird dahingehend eingeschränkt, dass bloße Abstandsunterschreitungen und Vermutungen immissionsschutzrechtliche Genehmigungen nicht mehr in ihrem Vollzug hemmen können
- Andererseits: Verwaltungen schrecken mittlerweile nicht mal mehr vor Bestandsanlage zurück



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



MASLATON
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Leipzig · München · Köln

Tim S. Spielvogel
Rechtsanwalt