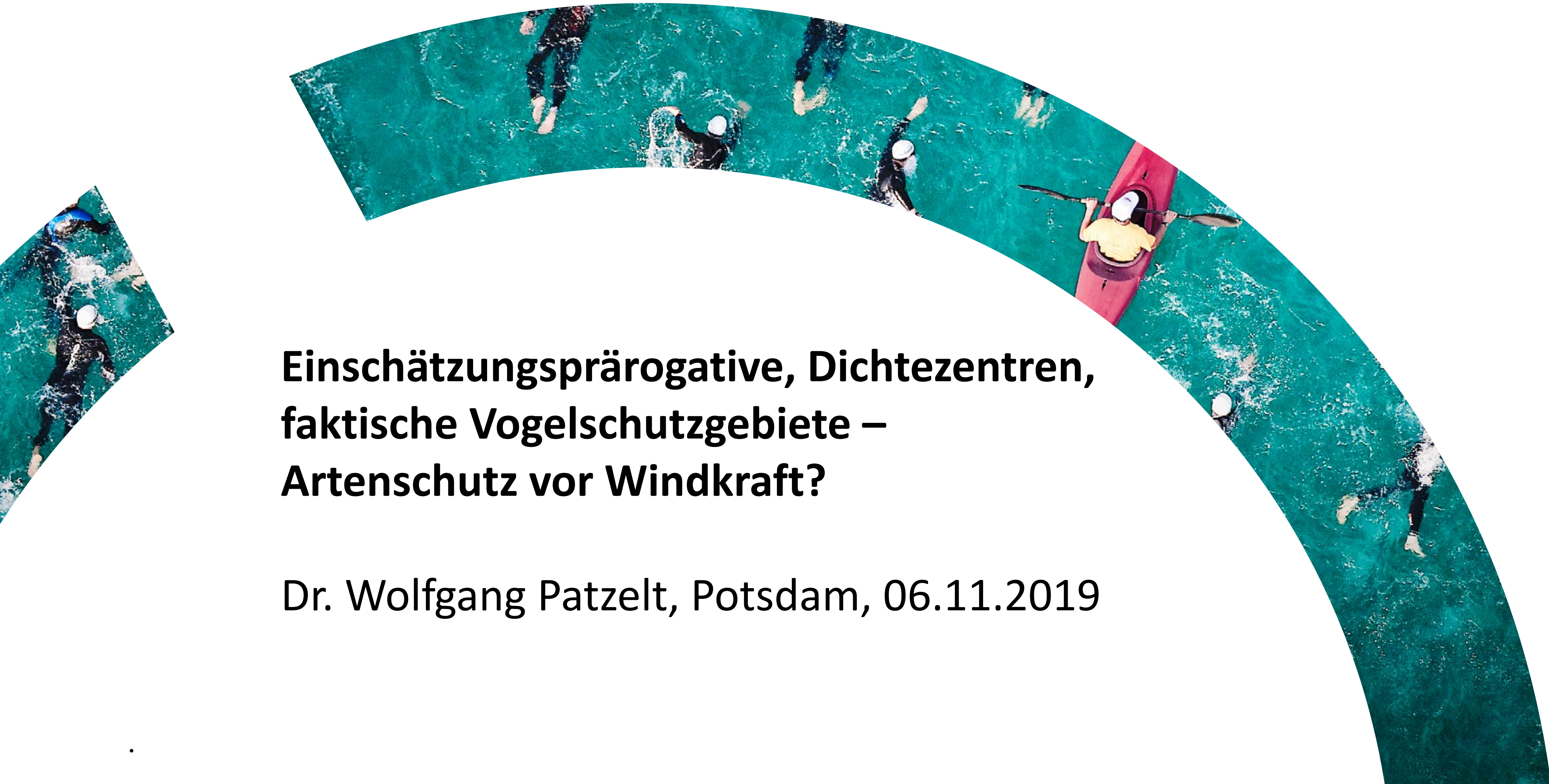




ARNECKE
SIBETH
DABELSTEIN



**Einschätzungsprärogative, Dichtezentren,
faktische Vogelschutzgebiete –
Artenschutz vor Windkraft?**

Dr. Wolfgang Patzelt, Potsdam, 06.11.2019

Überblick

1 Artenschutz und Windkraft – Die rechtlichen Hürden:

- a) Prozessuales: Der amtliche Sachverständige
- b) Einschätzungsprärogative
- c) Dichtezentren
- d) faktische Vogelschutzgebiete

2 Handlungsempfehlungen

3 Ausblick

Prozessuales – Der amtliche Sachverständige

- Besonderheit im Verwaltungsgerichtsverfahren: **Der „amtliche Sachverständige“ schlägt den „bloß“ privaten Sachverständigen**

*„**Amtlichen** Auskünften und Gutachten ... kommt eine **besondere Bedeutung** zu (...). Ein Tatsachengericht kann sich daher grundsätzlich ohne Verstoß gegen seine Aufklärungspflicht auf ihre gutachterlichen Stellungnahmen stützen.“*

So zuletzt: BayVGH, Urteil vom 08.10.2019, Az.: 8 B 18.809, Rn. 51, Ziff. 3.2.1 – noch nicht veröffentlicht; vgl. auch: Engel/Pfau, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 43).

Prozessuales – Der amtliche Sachverständige

- Folge: Verwaltungsgericht braucht nach § 108 Abs. 1 VwGO
 - kein gerichtliches Sachverständigengutachten einholen und
 - nicht weiter ermitteln,

BayVGH, Urteil vom 08.10.2019, Az.: 8 B 18.809, Rn. 52.

Prozessuales – Der amtliche Sachverständige

- **Ausnahme** (BVerwG, Beschluss vom 10.10.2017, Az.: 7 B 4.17, Rn. 12):

Notwendigkeit der weiteren Beweiserhebung drängt sich auf,

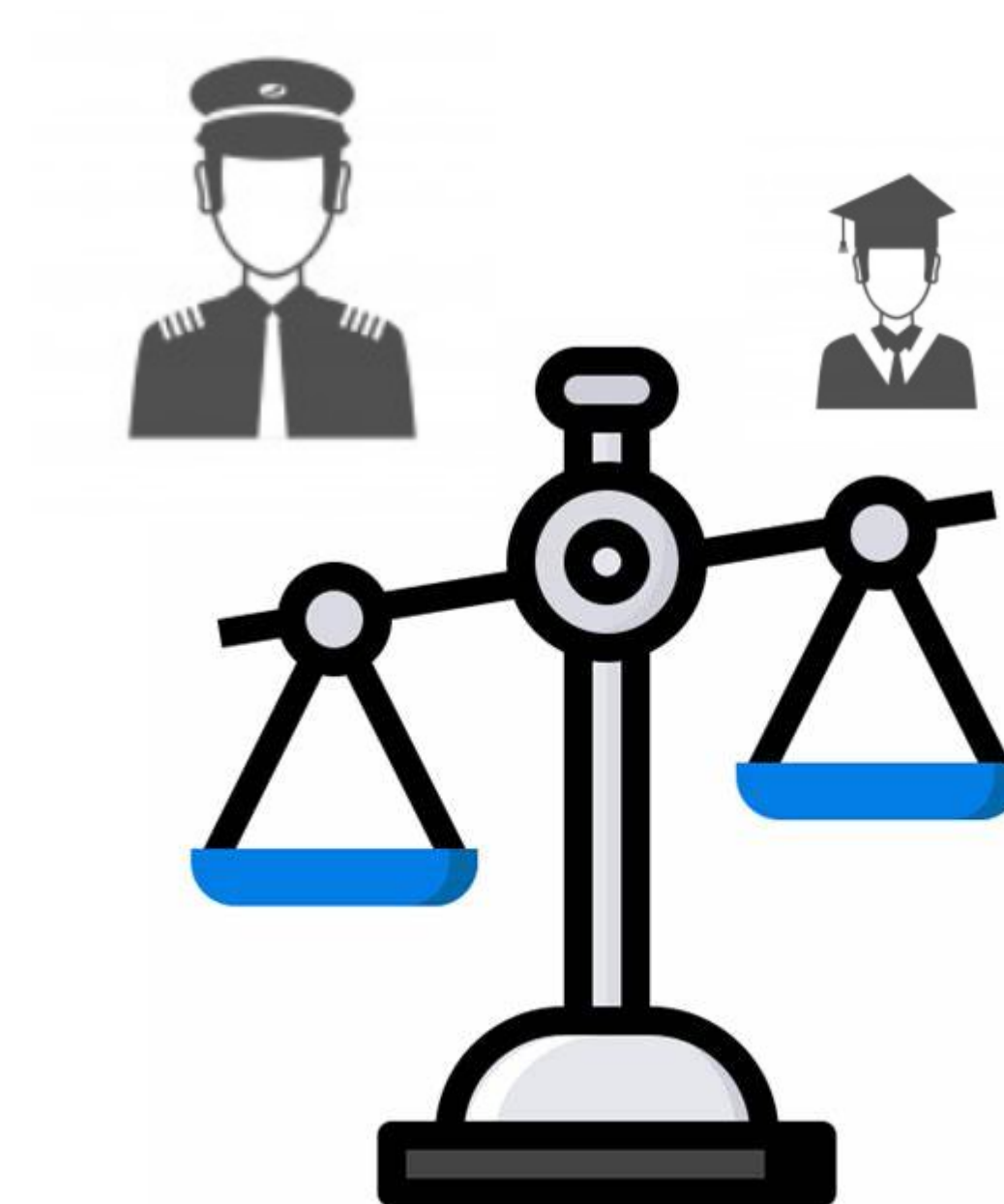
insbesondere offen erkennbare Mängel, wie

- unzutreffende tatsächliche Annahmen
- unlösbare Widersprüche
- Anlass für Zweifel an der Sachkunde oder Unparteilichkeit
- spezielles Fachwissen notwendig, aber nicht vorhanden

Prozessuales – Der amtliche Sachverständige

- **nicht ausreichend** (BayVGH, Urteil vom 08.10.2019, 8 B 18.809, Rn. 52):

Gegenteiliges (privates) Gutachten



Einschätzungsprärogative

Insbesondere beim Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 BNatSchG

- BVerwG, Urteil vom 09.07.2008, Az.: 9 A 14/07
- BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018, Az.: 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14
- OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 16.08.2019, 1 B 10539/19.OVG



Einschätzungsprärogative

BVerfG

- Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG: **Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis** => Gericht darf plausible Einschätzung der Behörde zugrunde legen.
- Einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf es dazu nicht.
- Gesetzgeber muss auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen (kein bewusstes „Erkenntnisvakuum“).

Einschätzungsprärogative

BVerfG

Voraussetzung:

- wissenschaftliche Erkenntnis fehlt
- **nicht**, sobald und soweit sich Maßstäbe und Methoden durchgesetzt haben und **andere Vorgehensweise nicht mehr als vertretbar angesehen** werden können (Achtung: hohe Hürde!)

Einschätzungsprärogative

BVerfG

Folge:

- bloße Plausibilitätskontrolle: Sind

- Methodik,

- Grundannahmen und

- Schlussfolgerungen

der Behörde substantiell in Frage gestellt (also **vertretbar**)?

Nicht ausreichend: vertretbares Gegengutachten

Einschätzungsprärogative

OVG Rheinland-Pfalz:

Zu den LfU (Landesamt für Umwelt usw.) – Empfehlungen
„Naturschutzfachlicher Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in
Rheinland-Pfalz“

- **LfU-Empfehlungen** sind **kein** zwingender **Standard**, von dem nicht (zugunsten des Vorhabenträgers) abgewichen werden kann (nur „Arbeitshilfe“, „Empfehlung“, kein Verbindlichkeitsanspruch)
- Auch „Helgoländer Papier“ nicht, fachliche Kritik nicht offensichtlich unbegründet
- Selbst Raumnutzungsanalyse nicht zwingende Methodik bei geringfügiger Abstandsunterschreitung und Waldstandort

Einschätzungsprärogative

OVG Rheinland-Pfalz:

Fazit:

- Problem: Abweichung auch zuungunsten der Projektentwickler möglich?
- Nicht positiv für Projektentwickler: **Beeinträchtigung der Berechenbarkeit der Erfolgsaussichten**

Dichtezentren

- Begriff: **Erhaltungszustand** einer Art kann nur gewahrt werden, wenn **Quellpopulation** nichtbeeinträchtigt wird
- Unterschiedliche Regelungen in den jeweiligen Windenergieerlassen (besonders streng: Baden-Württemberg; Überblick: Schwarzenberg/Ruß, ZUR 2016, 278)
- **Tötungsverbot, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG:**
 - **individuenbezogen**, nicht populationsbezogen (fraglich daher insoweit VG Sigmaringen, Beschluss vom 07.09.2017 - 5 K 587/17, Rn. 34: „Tötung muss ausgeschlossen sein“).
 - Wenn keine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für Einzelindividuen besteht, kann die Windenergieanlage auch im Dichtezentrum errichtet werden

Dichtezentren

- **Ausnahme, § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG:**

- Nur zulässig, wenn sich

„Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert“

- populationsbezogen => insoweit Dichtezentrum von Relevanz

Faktisches Vogelschutzgebiet

- **VG Karlsruhe Urteil vom 08.05.2019, 12 K 9294/17** (Zusammenfassung der aktuellen Rechtsprechung) zum badischen Odenwald:
 - Mittlerweile besondere Darlegungsanforderungen (BVerwG, U.v. 21.01.2016, Az.: 4 A 5.14), weil Gebietsauswahl abgeschlossen ist:
 - Nichteinbeziehung muss auf **sachwidrigen Erwägungen** beruhen
 - Aufnahme in IBA (Important Bird Areas) nicht ausreichend
- Zuvor: **HessVGH, Beschluss vom 24.08.2016, Az.: 9 B 974/16** zum hessischen Odenwald: kein faktisches Vogelschutzgebiet

Handlungsempfehlungen

- Strikte Einhaltung, besser noch: Übererfüllung der LfU/LU-Empfehlungen
- Dokumentation (Wer kartiert wann? Welche Ausbildung? Witterungsverhältnisse usw.)
- Laufende Kontrolle; nach Abschluss der RNA kaum mehr Korrekturmöglichkeiten
- Enge Abstimmung mit Naturschutzbehörden und Dokumentation
- Abstimmung mit Landesamt/Landesanstalt
- Im Gerichtsverfahren: Beweisanträge!

Ausblick

- Plädoyer für wissenschaftliche Erhebungen im Auftrag der Windbranche
- Gegengewicht gegen Vogelschutzverbände
- Nur verbesserte wissenschaftliche Standards können wieder Sicherheit/Kalkulierbarkeit verschaffen

LEBENS LAUF

Dr. Wolfgang Patzelt

ERFAHRUNG

Dr. Wolfgang Patzelt ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und war vor seinem Wechsel zu ARNECKE SIBETH DABELSTEIN im Jahr 2014 rund sechs Jahre in einer internationalen Großkanzlei im Bereich öffentliches Wirtschaftsrecht/Energierrecht sowie zuvor weitere sechs Jahre in einer auf Baulandausweisung und Planungsrecht spezialisierten Boutique in München tätig.

Dr. Wolfgang Patzelt berät Projektentwickler und Investoren bei der schnellen und rechtssicheren Durchsetzung und Gestaltung von Baurecht sowie bei der Bewertung und Optimierung von Projekten im Rahmen von Transaktionen und Finanzierungen. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit bilden Anlagen aus dem Wind- und Photovoltaikbereich. Dabei vertritt er sowohl im Planungsrecht als auch im Genehmigungsrecht mit allen Nebengebieten, insbesondere des Artenschutzes. Er verfügt zudem über eine langjährige gerichtliche Praxis.

Dr. Patzelt ist Co-Head der Practice Group Energy bei ARNECKE SIBETH DABELSTEIN, wo ein großes Team aus Rechtsanwälten verschiedener Rechtsgebiete Renewables-Projekte umfassend betreuen. Als Dozent beim vhw gibt er bundesweit Seminare, vorwiegend im Bereich Baulandentwicklung bei Energieprojekten.

Dr. Wolfgang Patzelt ist Lehrbeauftragter für Energierrecht und Energieanlagenbau an der Hochschule Biberach.

AUSBILDUNG

Studium in Augsburg; Dissertation Universität Augsburg zu städtebaulichen Verträgen und Baulandentwicklung



DR. WOLFGANG PATZELT

RECHTSANWALT, PARTNER
FACHANWALT FÜR VERWALTUNGSRECHT
LEHRBEAUFTRAGTER FÜR
ENERGIEANLAGENBAU

RECHTSGEBIETE

Öffentliches Recht und Energierrecht

KONTAKT

Tel. +49 89 38808-253

Fax +49 89 38808-101

w.patzelt@asd-law.com



FRANKFURT AM MAIN

Hamburger Allee 4 (WestendGate)
60486 Frankfurt am Main
T +49-69 97 98 85 0
F +49-69 97 98 85 85

MÜNCHEN

Oberanger 34–36
80331 München
T +49-89 388 08 0
F +49-89 388 08 101

HAMBURG

Große Elbstraße 36
22767 Hamburg
T +49-40 31 77 97 0
F +49-40 31 77 97 77

BERLIN

Kurfürstendamm 54/55
10707 Berlin
T +49-30 814 59 13 00
F +49-30 814 59 13 99

LEER

Am alten Handelshafen 3A
26789 Leer
T +49-491 960 71 0
F +49-491 960 71 20

DRESDEN

Am Brauhaus 1
01099 Dresden
T +49-351 866 59 0
F +49-351 866 59 59