

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

Der Weg in das „Erkenntnisvakuum“ und der Weg wieder heraus

Wo stehen wir 1 Jahr nach dem Beschluss des BVerfG v. 23.10.2018?

Was hätte man als Reaktion erwartet? – **Eine Evaluation zu den Fragen:**

- I. Welche rechtlichen Anforderungen sind an „**Risikoentscheidungen im Rechtsstaat**“ zu stellen?
- II. **Widerspruchsfreiheit** – welchen Widersprüchen begegnen wir bei artenschutzrechtlichen Entscheidungen?
- III. Halten sich Gerichte, Behörden, Gutachter und Anwälte daran, nach „**ausschließlich wissenschaftliche Kriterien**“ zu entscheiden/vorzutragen?
- IV. Nutzen Anwälte den **Sachverständigenbeweis** angemessen, um Schaden vom Mandanten abzuwenden?
- V. Fazit

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

Der Weg in das „Erkenntnisvakuum“ und der Weg wieder heraus

Wo stehen wir 1 Jahr nach dem Beschluss des BVerfG v. 23.10.2018?

Was hätte man als Reaktion erwartet? – Eine Evaluation zu der Frage:

I. Welche rechtlichen Anforderungen sind an

„Risikoentscheidungen im Rechtsstaat“ zu stellen?

- Es gilt das Gebot der systematischen Informationssammlung aus der inneren Logik des Vorsorgegedankens, aber auch, weil es gegen das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Willkürverbot verstieße, auf einer ungewissen Tatsachengrundlage Freiheits- und Eigentumseingriffe vorzunehmen.
- Die unauflöslich mit Vorsorgemaßnahmen verbundene Rechtspflicht zur hinreichenden Risikoermittlung umfasst die Pflicht zum abwägenden Vergleich. Vorsorgemaßnahmen auf ungesicherter Tatsachengrundlage und ohne situativ verdichtete Bedrohungslage sind vergleichsabhängig, um Wahrnehmungs- und Handlungsverzerrungen zu vermeiden. Rechtlich zwingend geboten ist der Vergleich zwischen verschiedenen Risiken sowie Nutzen-Risiko-Bilanzen aus dem Gleichheitsgrundsatz und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auf das Vorsorgeprinzip hin ausgerichtet ist.

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

Fortsetzung zu I.

- *„Teil der dem Vorsorgeprinzip immanenten Pflicht zur Risikoermittlung ist auch die Pflicht zur dynamischen Fortschreibung des Risk-Assessments.“*
- *„Nur wenn die Ambiguität von Rechtsprinzipien, die auf die Konsistenz der Rechtsordnung, auf den Ausgleich konfligierender Interessen, Staatsstrukturen und -zwecke sowie Rechtspositionen ausgerichtet sind, erkannt und anerkannt wird, können Gefährdungen des Rechts durch einen emphatisch verfolgten einzelnen Rechtsgüterschutz eingedämmt werden.“*

Quelle: Di Fabio, *Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips*, in: Ritter, W.; Kley, M. D.; Süner, E.; Willemsen, A. (Hg.): *Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag*. Steuerrecht, Steuer- und Rechtspolitik, Wirtschaftsrecht und Unternehmensverfassung, Umweltrecht, O. Schmidt, Köln 1997, S. 824

Werden artenschutzrechtliche Risikoentscheidungen korrekt durchgeführt? Nein!!!!

Anspruch und Wirklichkeit stehen im **Widerspruch zueinander!!!**

Die Tatsachenermittlung ist nicht wissenschaftsbasiert; Tatsachen/Risiken werden nur scheinbar ermittelt.

Quantitative Risikoanalysen werden nicht durchgeführt.

Die Konsistenz der Rechtsordnung wurde beseitigt.

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

Der Weg in das „Erkenntnisvakuum“ und der Weg wieder heraus

Wo stehen wir 1 Jahr nach dem Beschluss des BVerfG v. 23.10.2018?

Was hätte man als Reaktion erwartet? – Eine Evaluation zu der Frage:

II. **Widerspruchsfreiheit** – welchen Widersprüchen begegnen wir bei artenschutzrechtlichen Entscheidungen?

1. **EuGH (2006) u. notw. Novellierung BNatSchG (2007) Widerspr. zu BVerwG (2008)**

Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; EuGH v. 10.01.2006, Rn. 55: „... *Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat dadurch, dass er das Verbot nach Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie anders als die Verbote der in Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a bis c genannten Handlungen nicht auf absichtliche Handlungen beschränkt hat, deutlich gemacht, dass er die Fortpflanzungs- und Ruhestätten verstärkt vor Handlungen schützen will, die zu ihrer Beschädigung oder Vernichtung führen. ...*“ Das unbeabsichtigte Töten – z.B. eine Rotmilan-Kollision an einer Windenergieanlage – unterfällt folglich gerade nicht Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der FFH-Richtlinie; dem Verbot des absichtlichen Tötens. An dieser Stelle liegt eine grundlegende „Fehleinschätzung“ der Richter des 4., 7. und 9. Senats.

In der Gesetzesbegründung zum 2007 novellierten BNatSchG (BT-Drs. 16/5100) wird dagegen folgendes ausgeführt: „*Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil in der Rechtssache C-98/03 festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch ihre mitgliedstaatlichen*“

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

Fortsetzung von 1.

Verpflichtungen verletzt hat, dass es die Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen nicht vollständig in nationales Recht umgesetzt hat. ... Diesen Beanstandungen wird mit dem vorliegenden Gesetzentwurf abgeholfen. ... Mit den in Absatz 1 vorgenommenen Änderungen wird der Wortlaut der Verbotstatbestände eng an den Wortlaut von Artikel 12 FFH-Richtlinie und Artikel 9 Vogelschutzrichtlinie angepasst und systematisch stringenter geregelt. ... Die Verwirklichung sozialadäquater Risiken, wie etwa unabwendbare Tierkollisionen im Verkehr, erfüllt nicht die Tatbestände des Absatzes 1. ...“

Die unbeabsichtigte Tötung ist insofern im Verbotstatbestand des BNatSchG (2007) gerade nicht enthalten. In der FFH-Richtlinie wird das unbeabsichtigte Töten unter Art. 12 Abs. 4 abgehandelt und im BNatSchG unter § 6, § 38 und § 41. Der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts, ignorierte in seinem Urteil zur Autobahnumgehung Bad Oeynhaus (BVerwG 9 A 14.07 vom 9.7.08) das Urteil des EuGH vom 10.01.2006 und die Novellierung des BNatSchG 2007. Er vertrat die Auffassung, dass das unbeabsichtigte Töten dennoch als absichtliches Töten angesehen werden kann. Wegen der **methodischen Unlösbarkeit** – vereinzelte Vogel-Kollisionen und Lottogewinne können für den konkreten Einzelfall nicht vorhergesagt werden – „erfand“ der 9. Senat die „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ für die Genehmigungsbehörde. Mit dieser „spezifisch deutschen Zauberformel“ (U. Storost) wurde der Grundstein für jahrelange willkürliche artenschutzrechtliche Verwaltungsgerichtsentscheidungen gelegt. Hier liegt die Ursache für das „Erkenntnisvakuum“ der Normenanwender, das der 1. Senat des BVerfG festgestellt hat.

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

2. Urteilsbegründung VG Halle im **Widerspr.** zur Urteilsbegründung des OVG Magdeburg

Im Verfahren 1 BvR 595/14 war die Klage der Beschwerdeführer in erster Instanz erfolgreich. Im Urteil des VG Halle wird ausgeführt: *„Nach Überzeugung der Kammer steht das Vorkommen des Rotmilans dem Vorhaben der Klägerin aber trotz des bestehenden Kollisionsrisikos nicht entgegen. Die Gefahr für den einzelnen Rotmilan, überhaupt Kollisionsopfer zu werden, ist verhältnismäßig gering. ... Auch wenn man von 200 Kollisionsopfern pro Jahr ausgeht, ergibt sich aber nur eine Eintrittswahrscheinlichkeit von 1:35, d.h. an einer Windenergieanlage kommt es alle 35 Jahre zur Kollision eines Rotmilans ...“* Die Richter der ersten Instanz waren in der Lage, sich mit der richtigen Messgröße für das Kollisionsrisiko (Eintrittswahrscheinlichkeit) und mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auseinanderzusetzen. Die Vorgehensweise war methodisch und fachlich richtig und zeigte schon damals, dass es keiner naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Risikoermittlung und -bewertung bedarf.

Das OVG Magdeburg hoben das wissenschaftsbasierte, nachvollziehbare Urteil des VG Halle auf. Sie kamen ihrer Bringschuld – einhalten/sicherstellen der „Regeln guter wissenschaftlicher Praxis – nicht nach. Die Richter des OVG gaben vor, den mathematisch-naturwissenschaftlichen Sachverstand zu besitzen, die Methode des VG Halle falsifizieren und die behördliche „Abstandsmethode“ verifizieren zu können bzw. haben sie sich bei der Abstandsmethode dann in die behördliche Einschätzungsprärogative geflüchtet. Die Richter haben die Eintrittswahrscheinlichkeit durch den Begriff „Abstand“ ersetzt und auf diese Weise wurde die Risikoermittlung von der Realität abgekoppelt. Um dennoch eine Entscheidung herbeiführen zu können, wurde die behördliche Einschätzungsprärogative bemüht. Das OVG Magdeburg stützte seine Argumentation in wesentlichen Punkten auf das Urteil des BVerwG (BVerwG 9 A 14.07 vom 09.07.2008) (s.o.). 6

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

3. Kommentar der Novellierung BNatSchG 2017 im **Widerspr.** zu BVerwR Gatz 2016

Die Novellierung des § 44 BNatSchG (2017) sollte im Zusammenhang mit einer persönlichen Einschätzung des Bundesverwaltungsrichters Dr. Stephan Gatz gesehen werden. Diese nachfolgend zitierte Einschätzung aus dem Juli 2016 verdeutlicht eine gewisse Ratlosigkeit der Richter des BVerwG bezüglich des Themas „Infrastruktureinrichtungen (Windenergieanlagen) und Artenschutz“: *„Ein wesentliches Thema in der Diskussion war die Berücksichtigung des Artenschutzes. Hier wurde deutlich, dass in der Planungspraxis der Behörden teilweise große Unterschiede bestehen. ... Insgesamt wird deutlich, dass der Ausgleich zwischen Windenergienutzung und Artenschutz weiterhin zahlreiche Fragen aufwirft und damit zu rechnen ist, dass sich sowohl die naturschutzfachliche als auch die rechtliche Bewertung in den kommenden Jahren verändern wird. ... Bereits in der Genehmigungspraxis bereitet das Thema zahlreiche Schwierigkeiten. Die naturschutzfachliche Bewertung ist uneinheitlich.“* Quelle; S. 17 f.:

http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veranstaltungen/Dokumentation_Planerseminare_07-2016/FA_Wind_Dokumentation_Planerseminare_07-2016.pdf

Die Aussage von Dr. Gatz steht im Widerspruch zur Begründung der Novellierung des § 44 BNatSchG: *„Der in der Praxis bewährte Signifikanzansatz nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 44 Absatz 1 Nummer 1 soll mit der Regelung bestätigt werden.“* (BT-Drs. 1811939, S. 19). Wie zuvor dargelegt, verstößt die Rechtsprechung des BVerwG gegen die *Regeln guter wissenschaftlicher Praxis* und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip. Gleiches gilt für ein Gesetz, das sich auf diese Rechtsprechung bezieht. Es verstößt ferner gegen das Bestimmtheitsgebot, wenn im Gesetz als Maßstab ein „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“ angegeben wird, ohne dazu eine Bezugsgröße anzugeben.

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

4. Das BVerwG formuliert mehrere Beurteilungsmaßstäbe, ohne sie letztlich zu beachten

Gutachter im artenschutzrechtlichen Bereich müssen alle mathematisch-naturwissenschaftlichen Anknüpfungspunkte in den Urteilen des BVerwG kennen und auf Plausibilität prüfen. Es ist ein gravierender Verstoß gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis, wenn Gutachter (Naturwissenschaftler) es unterlassen, Gerichte zu korrigieren, wenn diese im mathematisch-naturwissenschaftlichen Bereich unzutreffende Behauptungen aufstellen. Es ist die Pflicht von Naturschutzgutachtern, Maßstäbe des BVerwG an Zahlenbeispielen nachzuvollziehen. Ein Maßstab des BVerwG lautet: „Die WEA ist zulässig, wenn das Kollisionsrisiko z.B. für einen Rotmilan nicht größer ist, als Opfer einer anderen Art zu werden“ – wenn man weiß, dass ca. 50% der Rotmilannestlinge Opfer von Prädatoren (Sperber, Habicht, Uhu, Waschbär, Baumwilder usw.) werden, stellt sich die Frage, warum Gutachter auf diesen konkreten Sachverhalt überhaupt nicht eingehen?

Ein anderer Maßstab des BVerwG lautet: „Eine WEA ist zulässig, wenn das Individuen bezogene Kollisionsrisiko nicht deutlich höher ist, als das allgemeine Lebensrisiko“ – dazu muss man zunächst wissen, dass das allgemeine Lebensrisiko synonym steht für die durchschnittliche Lebenserwartung (beim Rotmilan ca. 3 Jahre?). Zur Veranschaulichung des Zusammenhangs folgendes Gedankenexperiment: An einer WEA mit großem Abstand (z.B. 20 km) zu der nächsten WEA kollidiert in 30 Jahren ein Rotmilan. In dieser Zeit leben 100 Rotmilane mit durchschnittlich gleicher Verweilzeit in der Nähe der WEA; d.h., das Individuen bezogene Kollisionsrisiko ist noch nicht einmal erhöht, wenn das beschriebene Risiko dem von Windenergieanlagen ausgehenden Teillebensrisiko am allgemeinen Lebensrisiko entspricht₈

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

Fortsetzung von 4.

Auch hier stellt sich die Frage, warum Behörden, Gerichte, Anwälte und Gutachter den konkret formulierten Maßstab nicht aufgreifen und sich stattdessen in ein selbstgemachtes, spezifisch deutsches „Erkenntnisvakuum“ stürzen, indem sie „verbal-argumentativ“ versuchen, den wissenschaftlich unsinnigen Scheinmaßstab „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko (ohne Bezugsgröße)“ für eine Beurteilung einer Projektzulässigkeit heranzuziehen. Behörden, Gericht, Anwälte und Gutachter müssen schon erklären, warum sie keine quantitativen Risikoanalysen vornehmen, warum sie konkrete, vom BVerwG angegebene Maßstäbe, die immer im Ergebnis zu einer Genehmigungsfähigkeit eines WEA-Projektes hinsichtlich des Rotmilan-Kollisionsrisikos führen, nicht heranziehen, und warum Sie stattdessen mit Hilfe eines Scheinmaßstabs – entkoppelt von Sachverhalt und Recht – willkürliche Aussagen hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit vornehmen.

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

Der Weg in das „Erkenntnisvakuum“ und der Weg wieder heraus

Wo stehen wir 1 Jahr nach dem Beschluss des BVerfG v. 23.10.2018?

Was hätte man als Reaktion erwartet? – Eine Evaluation zu der Frage:

III. Halten sich Gerichte, Behörden, Gutachter und Anwälte daran, nach **„ausschließlich wissenschaftliche Kriterien“** zu entscheiden/vorzutragen?

„Jedes wissenschaftliche Fehlverhalten verletzt das Selbstverständnis und die Glaubwürdigkeit von Wissenschaft. Wissenschaftliches Fehlverhalten beschädigt nicht nur den Ruf des Täters, sondern auch den der Universitäten und der Wissenschaft insgesamt. Die Unkultur des ‚Wegsehens‘ ist selbst ein wissenschaftliches Fehlverhalten.

... Die Bereitschaft zum konsequenten Zweifeln an eigenen Ergebnissen muss selbstverständlich bleiben. Fakten und wissenschaftliche Argumente, die die eigene Arbeitshypothese in Zweifel ziehen, dürfen nicht unterdrückt werden.“

Quelle: https://www.tu-chemnitz.de/phil/politik/pdf/Gute_wiss_Praxis_Fakultaetentage_01.pdf

Der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit und die Wirklichkeit stehen im **Widerspruch** zueinander:

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

Fortsetzung von III.

Die „Regeln guter wissenschaftlicher Praxis“ gelten auch für die Normenanwender beim Artenschutzrecht. Nachfolgende Zitate bekräftigen diese Selbstverständlichkeit.

- *„Die artenschutzrechtliche Prüfung hat bei der Erfassung wie bei der Bewertung möglicher Betroffenheiten nach ausschließlich wissenschaftlichen Kriterien zu erfolgen.“ (BVerwG 9 A 14.07 vom 09.07.2008, Rn. 64)* Betroffenheiten sind z.B. Risiken. Die Unterstreichung wurde vom Verfasser vorgenommen.
- Die Behörde muss den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft gegebenenfalls durch Einholung fachgutachtlicher Stellungnahmen ermitteln und berücksichtigen. (Vgl. BVerwG, Urteil v. 21.11.2013 - 7 C 40.11, Rn. 19)
- *„Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, ...“* (Beschluss des 1. Senats vom 23.10.18 - 1 BvR 2523/13 - - 1 BvR 595/14 - Leitsatz 1)

Nach dem Beschluss des BVerfG vom 23.10.18, in dem konstatiert wurde, dass sich die Normenanwender in einem „Erkenntnisvakuum“ befinden, hätte eine Evaluation von neutraler Seite stattfinden müssen. Stattdessen setzten die Normenanwender bisher alles daran, das Erkenntnisvakuum aufrechtzuerhalten. Die Normenanwender ignorieren weiterhin wissenschaftl. Standards.

Die Fachwissenschaft für Risikoanalyse ist die Stochastik und nicht Rechts- oder Vogelkunde.

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

Der Weg in das „Erkenntnisvakuum“ und der Weg wieder heraus

Wo stehen wir 1 Jahr nach dem Beschluss des BVerfG v. 23.10.2018?

Was hätte man als Reaktion erwartet? – Eine Evaluation zu der Frage:

IV. Nutzen Anwälte den **Sachverständigenbeweis** angemessen, um Schaden vom Mandanten abzuwenden?

BVerfG, 23.10.2018, Rn. 13: „b) Die Frage nach der Existenz anerkannter fachwissenschaftlicher Maßstäbe und Methoden ist eine von der jeweiligen Fachwissenschaft zu beantwortende Tatsachenfrage, die dem Sachverständigenbeweis zugänglich ist (vgl. BVerfGE 88, 40 <58 f.>; BVerwG, Urteil vom 24. Februar 1993 - 6 C 38.92 -, juris, Rn. 18).

„Dogmatik ist das systematische Durchdringen des Rechtsstoffs unter dem Leitbild von **Widerspruchsfreiheit** und Sachangemessenheit. Das ist nicht anders als in der Physik.“ (Lege, Joachim, NJW-aktuell 14/2017, S. 19)

Anwälte gehen offensichtlichen Widersprüchen (s.o.) nicht nach. Folglich stellen sie bei Gericht auch nicht im möglichen/erforderlichen Umfang Anträge auf „Sachverständigenbeweis“. Noch nicht einmal der vorstehende deutliche Hinweis des BVerfG wird zum Anlass genommen, hier aktiv zu werden. Siehe auch Windenergietage 2018, Linstow – „Fehlerkultur in der Rechtspflege“

https://windenergietage.de/2018/wp-content/uploads/sites/3/2018/11/27WT07_F02_1310_FehlerkulturDruckvorlage.pdf

„WEA und Artenschutz“:

wissenschaftsbasiert – rechtsstaatlich - naturverträglich!

EnerPlan
Projektentwicklung GmbH

Der Weg in das „Erkenntnisvakuum“ und der Weg wieder heraus

Wo stehen wir 1 Jahr nach dem Beschluss des BVerfG v. 23.10.2018?

Was hätte man als Reaktion erwartet?

Achtung! Fehler dürfen gemacht werden, aber nur einmal!!

V. Fazit:

– Eine Evaluation fand nach dem Beschluss des BVerfG vom 23.10.2018 nicht statt!

– Wie haben Gesellschaft und „Scientific Community“ in der Vergangenheit auf Prominente Beispiele für wissenschaftliches Fehlverhalten (Täuschungsversuche / „scheinbaren Tatsachen“ als Tatsachen ausgegeben) reagiert?

Z.B. Hendrik Schön, ([BVerwG, 31.07.2013 - 6 C 9.12 - dejure.org](https://www.dejure.org))

K.T. zu Guttenberg (Lepsius: <https://www.youtube.com/watch?v=DWCNxjKiBSw>,

Trittin: https://www.youtube.com/watch?v=EIKiZPgTC_c,

Bundestagsfragestunde: <https://www.youtube.com/watch?v=XHxUI2toMT8>)

– **Woran sollten wir uns noch orientieren?**

DFG-Symposium (2012) des „Ombudsman für die Wissenschaft“: [https://ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de/2999/videos-vom-ombudssymposium-](https://ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de/2999/videos-vom-ombudssymposium-2012/#4)

[2012/#4 Fragen zu Vermittlung guter wissenschaftlicher Praxis Matthias Mahlmann](https://ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de/2999/videos-vom-ombudssymposium-2012/#4)