



Füßer & Kollegen

Im Internet unter: <http://www.fuesser.de>

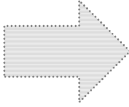

Rechtsanwälte

**Nachträgliche Ansiedlung geschützter Arten in genehmigten
Windparks**

Spreewindtage in Potsdam am 6. November 2019

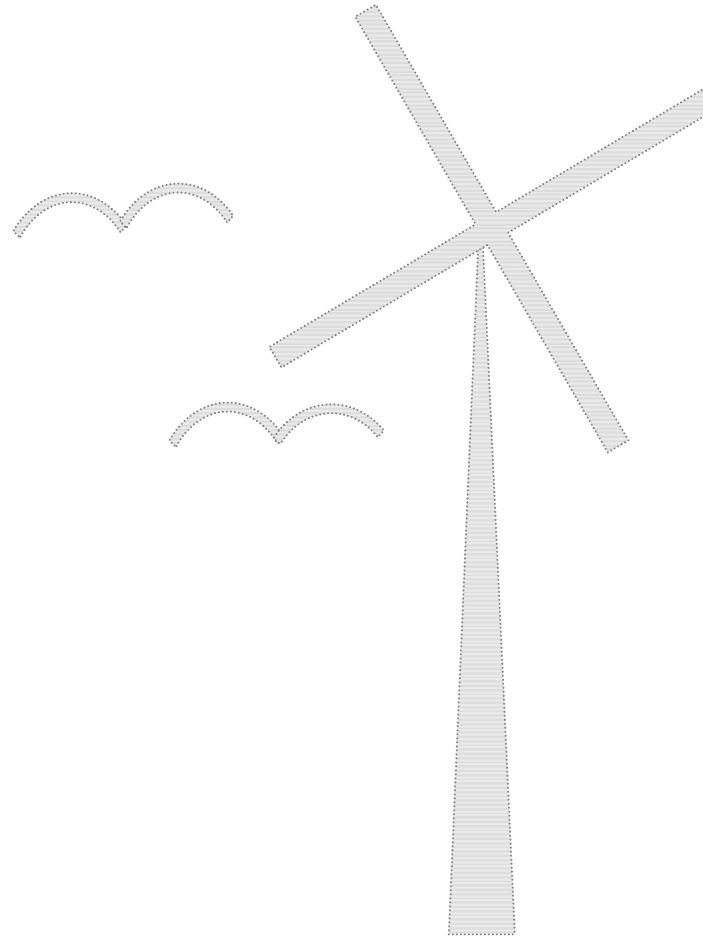
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Marcus Lau

Leipzig

- **OWi nach § 69 BNatSchG/
Strafbarkeit nach § 71 BNatSchG?**  **(-), aufgrund der bestehenden Genehmigung fehlt es mindestens an einem schuldhaften Handeln**
- **behördliches Einschreiten (Abschaltzeiten, Widerruf der Genehmigung etc.)?**  **Hier ist zu differenzieren.**

Fallkonstellationen

- **Ansiedlung nach Genehmigungs-erteilung, aber vor Baubeginn**
- **Ansiedlung nach Baubeginn, aber vor Inbetriebnahme**
- **Ansiedlung nach Inbetriebnahme**



Ansiedlung nach Genehmigungserteilung

- **Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG (und Art. 12 Abs. 1 FFH-RL, Art. 5 VRL) würde mit Bau/Inbetriebnahme ausgelöst**
- **die durch die Genehmigung bewirkte Privilegierung nach § 44 Abs. 5 BNatSchG wirkt fort**
- **Legalisierung durch die bestehende Genehmigung?**
 - wäre unionsrechtlich kritisch (vgl. EuGH, Urt. v. 20.10.2005, C-6/04, ECLI:EU:C:2005:626, Rn. 113 – Gibraltar)
 - nachträgliche Ansiedlung zudem schon nicht von der Legalisierungswirkung der Genehmigung erfasst (vgl. OVG LSA, Urt. v. 22.4.2015, 2 L 47/13, juris, Rn. 72)
- **zwingender Charakter des besonderen Artenschutzrechts → Ermessen in Richtung Einschreiten intendiert (NdsOVG, Urt. v. 13.3.2019, 12 LB 125/18, NuR 2019, 335, 338)**

Ansiedlung nach Genehmigungserteilung

- ***immissionsschutzrechtliche* Konfliktlösungsmöglichkeiten**
 - **Anordnung von Vermeidungsmaßnahmen (z.B. Abschaltzeiten), sofern nach § 12 Abs. 2a BImSchG ein entsprechender Auflagenvorbehalt existiert**
 - **Erteilung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG; die bestehende Genehmigung stärkt aufgrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit das Gewicht des Vorhabens (vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.2016, C-504/14, ECLI:EU:C:2016:847, Rn. 41 – Caretta II)**
 - **(Teil-)Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG**
 - **nicht: Anordnungen nach § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG (OVG LSA, Urt. v. 9.11.2016, 2 L 112/14, juris, Rn. 62)**

Ansiedlung nach Genehmigungserteilung

- **Möglichkeit des Einschreitens *der Naturschutzbehörden*?**
 - **Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG endet mit Genehmigungserteilung, daher Einschreiten nach § 3 Abs. 2 BNatSchG grundsätzlich möglich (NdsOVG, Beschl. v. 25.7.2011, 4 ME 175/11, NuR 2011, 891)**
 - **kein Übergriff in die fachrechtliche Genehmigung erlaubt → möglich sind nur Maßnahmen, die Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 12 Abs. 1 BImSchG hätten sein können sowie Maßnahmen, die noch verhältnismäßig im Sinne von § 17 Abs. 2 S. 1 BImSchG sind (NdsOVG, Urt. v. 13.3.2019, 12 LB 125/18, NuR 2019, 335, 337)**
 - **Darlegungs- und Beweislast liegt bei der Behörde, in der Regel auch kein über die bloße Duldung hinausgehender Gefahrerforschungseingriff (NdsOVG, a.a.O., S. 340)**

Ansiedlung nach Inbetriebnahme

- **Verbotstatbestandsverwirklichung des § 44 Abs. 1 BNatSchG?**
 - **verbotener Erfolg? → (+)**
 - **verbotene Handlung? → (-); Anlage läuft schon, das Nichtabschalten ist ein Unterlassen und nicht ein positives Tun („verboten, ... zu töten“)**
 - **kann das Unterlassen einem positiven Tun gleichgestellt werden? → nur im Falle einer Garantenstellung, z.B. der sog. Ingerenz (= vorangegangenes Schaffen einer Gefahrenlage); hier aber (-), da Anlagenbau/-inbetriebnahme legal erfolgte**
 - **sonstige Verantwortlichkeit? → (+), „Haftung“ als Zustandsstörer (vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.2009, 25 K 64/09, juris, Rn. 26; VG Ansbach, Urt. v. 17.6.2010, AN 5 K 10.0042, NuR 2011, 70, 72)**

Ansiedlung nach Inbetriebnahme

- **Konfliktlösungsmöglichkeiten**
 - **wie bei Ansiedlung nach Genehmigungserteilung**
 - **Ermessen in Richtung Widerruf intendiert? → abhängig von den unionsrechtlichen Vorgaben**

Ansiedlung nach Inbetriebnahme

- **Pflicht zum Einschreiten aus dem Unionsrecht?**
 - **Verbotsverwirklichung nach Art. 12 Abs. 1 FFH-RL, Art. 5 VRL? → (-), da zum Zeitpunkt von Bau und Inbetriebnahme keine Absicht und bei Gefahreintritt kein positives Handeln vorliegen (bloßes Unterlassen reicht auch unionsrechtlich nicht aus)**
 - **Handlungspflicht aus Art. 12 Abs. 4 FFH-RL, Art. 13 VRL? → (+), wenn ein Vorkommen einer europäisch besonders geschützten Art betroffen ist, das für die Erhaltung der Art von herausragender Bedeutung ist und die Art dort besonderen Risiken ausgesetzt ist (vgl. GAin *Kokott*, Schlussanträge v. 15.12.2005, C-221/04, ECLI:EU:C:2006:329, Rn. 62 – Fuchsjagd)**

Ansiedlung nach Inbetriebnahme

- **Pflicht zum Einschreiten aus dem Unionsrecht?**
 - **von herausragender Bedeutung ist ein Artvorkommen, wenn die betroffene Population für die Stabilität des Erhaltungszustands der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet innerhalb Deutschlands aus naturschutzfachlich belastbaren Gründen unverzichtbar erscheint**
 - **ansonsten gelten die allg. Ermessensgrundsätze einschließlich der Grundsätze zur Störerauswahl (wichtig z.B. bei Ansiedlung aufgrund gezielten menschlichen Zutuns); siehe auch die Funktionssicherung nach § 4 S. 1 Nr. 5 BNatSchG in Konzentrationszonen für Windenergie**

Ansiedlung nach Baubeginn

- **Situation wie bei Ansiedlung nach Genehmigungserteilung oder wie bei Ansiedlung nach Inbetriebnahme?**
 - **nach rechtlicher Wertung (einheitlicher Willensentschluss, einheitliche Genehmigung, Vertrauens-/Investitionsschutz) bilden Bau und Betrieb eine Handlungseinheit → Behandlung wie Ansiedlung nach Inbetriebnahme (ebenso offenbar BVerwG, Urt. v. 28.3.2013, 9 A 22.11, juris, Rn. 123; EuGH, Urt. v. 10.11.2016, C-504/14, ECLI:EU:C:2016:847, Rn. 158 – Caretta II)**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

zum Nachlesen und weiteren Details siehe
auch *Lau*, NuR 2018, 840-845; NuR 2018,
653-658; NuR 2018, 587-594