



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Nachträgliche naturschutzrechtliche Betriebseinschränkungen für Windenergieanlagen

WET 2019

RA Dr. Jörn Bringewat

6. November 2019

Über von Bredow Valentin Herz



-► Beratung u.a. von Anlagenbetreibern, Projektentwicklern, Stadtwerken, Energiehändlern und Großverbrauchern
-► Energierecht, Recht der erneuerbaren Energien, Bau- und Planungsrecht
-► Vertragsgestaltung und -prüfung
-► Gutachterliche Beantwortung von Rechtsfragen
-► Vertretung in Verwaltungsverfahren und vor Gerichten
-► Kauf und Verkauf von Anlagen

Facts:

-► **branchenfokussiert**
-► **bundesweit tätig**
-► **10 RechtsanwältInnen**
-► **Sitz in Berlin-Mitte**

Im Bereich Bauen, Umwelt und Infrastruktur



Dr. Jörn Bringewat
Rechtsanwalt

- > beraten wir u.a. Projektentwickler, Betreiber, Energieversorgungs- und Industrieunternehmen bei allen Infrastruktur- und Erzeugungsvorhaben umfassend von der ersten Planung bis zur Inbetriebnahme,
- > begleiten wir Planverfahren und Planungsverfahren mit rechtlichem Know-How,
- > prüfen wir Antragsunterlagen bei der Vorhabengenehmigung, beraten bei der Antragsstrukturierung und übernehmen die Rechteverfolgung für Vorhabenträger sowie vertreten in allen Rechtsschutzverfahren gegen die erlangte Genehmigung,
- > entwerfen und verhandeln wir städtebauliche Verträge, PPP-Verträge und sonstige Verträge, auch unter Beachtung vergaberechtlicher Vorgaben, mit der öffentlichen Hand,
- > sind wir bei Vorhaben der dezentralen Versorgung die Schnittstelle zwischen (öffentlichem) Bau-, Planungs- und Energierecht.

Agenda

- 🕒 Problemaufriss
- 🕒 Verschiedene Formen der nachträglichen Betriebsanordnungen
- 🕒 Rechtliche Grundlagen
- 🕒 Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot
- 🕒 OVG Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 – 12 LB 125/18
 -▶ Sachverhalt
 -▶ Bewertung
- 🕒 Überblick über Rechtsfolgen

- „Wohin fliegen die Tiere?“ – Eindruck aus der Praxis (typischer Auflagenvorbehalt)

Artenschutz (Rotmilan und Seeadler)

Falls sich nach Errichtung der WEA ein Seeadler-Brutpaar innerhalb eines Radius von 3000 Meter oder ein Rotmilan-Brutpaar innerhalb des Radius von 1500 Meter zu den WEA ansiedelt, ist eine vertiefende Raumnutzungsanalyse gemäß der Anlage 2 des „Windenergieerlasses“ vom 24.02.2016 durchzuführen. Auf Grundlage der Raumnutzungsanalyse können dann Abschaltzeiten nach Ziffer 7 der Anlage 2 des „Windenergieerlasses“ vom 24.02.2016 festgesetzt werden.

- Problem (1): Zum Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung soll der Versuch unternommen werden, für die prognostizierte Betriebszeit von 20 Jahren (+ X) eine endgültige Entscheidung über artenschutzrechtliches Konfliktpotential zu treffen
- Problem (1): Sensible Tierarten „halten sich nicht an Prognose“ und siedeln sich ggf. auch während der Betriebsphase in WEA-nähe an
- Problem (2): Ältere Genehmigungen - Untersuchungen im Verfahren vorhanden

/ausreichend?



Zulässigkeit nachträglicher Anordnungen – Zugelassen durch Nebenbestimmung?

- 🕒 Rechtsgrundlage für Nebenbestimmung / Auflagenvorbehalt?
 -▶ § 12 Absatz 2a BImSchG? – Zustimmung des Vorhabenträgers erforderlich
 - „Die Genehmigung kann **mit Einverständnis des Antragstellers** mit dem Vorbehalt nachträglicher Auflagen erteilt werden, [...]“

- 🕒 § 12 Absatz 1 BImSchG iVm Vorsorgeprinzip (§ 5 Absatz 1 Nummer 2 BImSchG)?
 -▶ Tatsächliche Anknüpfungspunkte erforderlich
 -▶ Verhältnismäßigkeit erfordert belastbaren Stand der Technik
 -▶ Dies bspw. gegeben mit Blick auf TA Lärm oder TA Luft
 -▶ Im Artenschutzbereich gerade kein belastbarer „Stand der Technik“
 -▶ Folge einer in der Diskussion befindlichen „TA Artenschutz“ möglicherweise die Zulässigkeit von Vorsorgeanordnungen in Nebenbestimmungen



Zulässigkeit nachträglicher Anordnungen – Laufendes Widerspruchs- oder Klageverfahren

- 🕒 Bei laufendem Widerspruchs- oder Klageverfahren besteht – je nach Konstellation – möglicher herabgesetzter Vertrauensschutz für den Betreiber
 -▶ insbesondere beim eigenen „Betreiberwiderspruch“ oder „Betreiberklage“

- 🕒 Mögliche Ermächtigungsgrundlagen für nachträgliche Anordnungen:
 -▶ Drittanfechtung: Nachträgliche Anordnung = Teilaufhebung der Genehmigung, denkbar über § 73 oder § 113 VwGO, jedenfalls bei Umweltverbandsklage, im Übrigen „materielle Befugnis“ aus Spezialgesetz / -ermächtigung erforderlich
 -▶ Betreiberanfechtung: Risiko der „refomatio in peius“ – Verbesserung gewünscht, aber eigener Rechtsbehelf vermindert Vertrauensschutz
 -▶ Allerdings auch hier „materielle Befugnis“ aus Spezialgesetz / -ermächtigung erforderlich (wobei dies umstritten ist)



Zulässigkeit nachträglicher Anordnungen – Bestandskräftige Genehmigung

- 🕒 Immer Rechtsgrundlage erforderlich, da Eingriff in bestehende Rechtsposition!
 -▶ Zulassung durch Nebenbestimmung?
 -▶ Spezialgesetzliche Ermächtigung?
 -▶ Teilrücknahme / Teilwiderruf?

- 🕒 Eingriffsreichweite?
 -▶ Intensität = Teilaufhebung / Änderung des „Genehmigungstenors“?
 -▶ Tatsächlich nachträgliche (!) Umstände oder Eingriff wegen „Nichtaufklärung“ bei Genehmigungserteilung?
 -▶ Orientierung an Dauer und Umfang der Ertragsverluste
 -▶ Abgrenzung relevant, da bei Widerruf / Rücknahme gesetzlich Fristenregelung und Entschädigungspflichten unmittelbar angeordnet sind

Notwendiger Überblick zum Tötungsverbot









- U Besonderheiten des Tatbestandes des § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG
 -▶ Kein subjektiver Tatbestand – Gesetz ordnet kein Erfordernis eines Verschuldens an
 -▶ „Handlungsgleiches Unterlassen“ – Besteht für Anlagenbetreiber Eingriffspflicht?
 -▶ Anlagenbetreiber ordnungsrechtlich Verantwortlicher / Nichtverantwortlicher?
 -▶ Folge: Verwirklichung des Tötungsverbots bei legalem Anlagenbetrieb möglich?

 -▶ „Beweislast“? – vgl. auch gleich: Einschätzungsprärogative?

Wer ist in welchem Maße verantwortlich für den Nachweis einer rechtlich relevanten Gefährdung?

Rechtsgrundlage der Anordnung durch Behörde



Rechtsgrundlage	Tauglichkeit (Artenschutzrecht)
Auflagenvorbehalt in Nebenbestimmung	<ul style="list-style-type: none"> - Regelungsreichweite zu bestimmen - Bei Bestandskraft „scharfes Schwert“ 
§ 17 BImSchG	<ul style="list-style-type: none"> - Nur „reines“ Immissionsschutzrecht 
§ 3 Absatz 2 BNatSchG	<ul style="list-style-type: none"> - Wenn kein Eingriff in „Genehmigungskern“ - Nur nachträgliche Umstände  
§ 21 Absatz 1 Nummer 3 BImSchG (Teil-)Widerruf oder § 48 VwVfG (Teil-)Rücknahme	<ul style="list-style-type: none"> - Prüfung: Hätte bei Genehmigungsentscheidung „Teilablehnung“ vorgelegen? - Abgrenzung sensibel - Bei Voraussetzungen und Rechtsfolgen relevant  
Eingriffsausgleich, § 17 Absatz 8 BNatSchG	<ul style="list-style-type: none"> - Bisher nicht problematisiert - Schutzgut „Arten“ als Anknüpfung  

Entscheidung des OVG Lüneburg - Sachverhalt



vonBredow Valentin Herz






Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

- ☺ Genehmigung für 1 WEA mit 800 kW aus 2012
- ☺ Fledermausuntersuchungen im Genehmigungsverfahren erfolgt, kein nennenswerter negativer Befund (2010)
- ☺ Weitere Gutachten bei B-Plan-Aufstellung, an Standort **angrenzend** – mittleres bis hohes Konfliktpotential angenommen (2012)
- ☺ Hinweise auf totes Exemplar „Großer Abendsegler“ durch Dritten (2015)
- ☺ Anhörung durch Naturschutzbehörde und Ankündigung nachträglichen Eingreifens (2016)

- Nach geäußerten Zweifeln, holte Naturschutzbehörde fachliche Stellungnahme ein, ohne neue Erfassung oder systematische Untersuchung
- Abschaltverfügung zum Fledermausschutz inkl. Monitoring (Juni 2016)
- Grundlage: § 3 Absatz 2 BNatSchG; Sicherstellung der Einhaltung des Tötungsverbots in § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG
- Monitoring sei als langfristiges Schutzkonzept notwendiger Teil der Anordnung
- Widerspruch und Klage (Widerspruchsbescheid März 2017)

Entscheidung des OVG Lüneburg – Urteil

Abschaltung

Rechtlicher Aspekt	Urteil OVG Lüneburg	
§ 3 Absatz 2 BNatSchG	<ul style="list-style-type: none"> - Grds. taugliche Grundlage für Abschaltung - Ertragsverlust „nur“ knapp 2 % - Aber: Echte „Nachträglichkeit“? 	
§ 48 VwVfG - Teilrücknahme	- Hier wohl eher einschlägig, da nachträgliche Erkenntnisse nahelegen, dass Untersuchung bei Genehmigungserteilung ggf. falsch war	
§ 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG	- Signifikant erhöhtes Tötungsverbot?	
„Einschätzungsprärogative“ 	- Offensichtliche Ermittlungsdefizite	



Einschätzungsprärogative

BVerwG, Urteil vom 21. November 2013, 7 C 40/11, juris Rn. 17:

„Sie [die Einschätzungsprärogative] bezieht sich nicht auf die Funktion des § 44 Abs. 1 BNatSchG als Sanktionsnorm für Handlungen, die einen der Verbotstatbestände dieser Norm erfüllen, sondern auf dessen Funktion als Genehmigungs- bzw. Planfeststellungsvoraussetzung. Die Zulassungsbehörde hat bei der Prüfung der Verbotstatbestände eine vorausschauende Risikoermittlung und -bewertung zu leisten. [...]

Nur für diese spezifische Verwaltungsaufgabe ist die Beurteilungsermächtigung eingeräumt, die dementsprechend nicht in § 44 Abs. 1 BNatSchG als solchem, sondern in § 44 Abs. 1 BNatSchG in Verbindung mit den Zulassungsregelungen des Planfeststellungs- und Genehmigungsrecht ihre Grundlage hat.“



Wer hört eigentlich auf das BVerfG?

*„Stößt das Verwaltungsgericht bei der Kontrolle naturschutzrechtlicher Entscheidungen an die objektiven Grenzen der Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis, **folgt das eingeschränkte Kontrollmaß nicht etwa aus einer der Verwaltung eigens eingeräumten Einschätzungsprärogative**, sondern schlicht aus dem Umstand, dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehlt.“ –*

BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14

„Von einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative ist insoweit nach Auffassung des Senats nicht nur für das Genehmigungsverfahren, sondern auch bei einem nachträglichen Einschreiten der Behörde auf Grundlage des BNatSchG auszugehen.“ – OVG Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 – 12 LB 125/18 –, Rn. 60, juris



Entscheidung des OVG Lüneburg – Urteil

Abschaltung

„Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts [...] folgt das eingeschränkte Kontrollmaß nicht aus einer [...] Einschätzungsprärogative, sondern [daraus], dass es am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehlt. Die Entscheidung führt jedoch nicht zu einem anderen Umfang der gerichtlichen Kontrolle.“

Folge nach OVG Lüneburg: Bewertung nach Ermittlungsaufwand („Beweislast“)

- 🕒 5 Jahre alte Erhebungen nicht aussagekräftig, wenn Zweifel bestehen und diese von der Behörde selbst geäußert werden, das Situation unverändert
- 🕒 Nachvollziehbarer Ausschluss von Zweifeln nicht gegeben, daher: Ermittlungsfehler
- 🕒 Nachträgliche Anordnung rechtswidrig



Entscheidung des OVG Lüneburg – Urteil

Monitoring

- Keine Gefahrerforschung auf Kosten des Anlagenbetreibers, da keine gesetzliche Anordnungsgrundlage
- Grundsätzlich gilt Amtsermittlungsgrundsatz
- „Dies mag mit dem Beklagten nach allgemeinen gefahrenabwehrrechtlichen Grundsätzen in Betracht kommen, wenn ein (nachträglicher) Verstoß gegen eine naturschutzrechtliche Vorschrift feststeht, jedoch der Umfang dieses Verstoßes noch zu klären ist und zu diesem Zweck der Betroffene herangezogen werden soll.“*



Mögliche Rechtsfolgen (bei ordnungsgemäßer Ermittlung)?

- 🕒 Grundsätzlich: Ermessen! – Zu berücksichtigen sind:
 -▶ Betreiberinteressen
 -▶ Art. 20a GG / Integration erneuerbarer Energien
 -▶ Ausnahmeprüfung gem. § 45 Absatz 7 BNatSchG (ggf. selbständiger Punkt)
 -▶ Vgl. Generalanwältin Kokott, Schlussanträge v. 15.12.2005 – C-221/04 –, Slg. 2006, I-4518 (Rn. 62), Fuchsjagd – Populationsbezogene Betrachtung (!)

- 🕒 Entschädigungsfolge
 -▶ § 21 Absatz 4 BImSchG – Negatives Interesse
 -▶ Ggf. auch Entschädigung über § 68 BNatSchG bei Anwendung von § 3 Absatz 2 BNatSchG – Anlagenbetreiber ordnungsrechtlich Verantwortlicher / Nichtverantwortlicher

Inhalte der Entscheidung des OVG Lüneburg und sonstige Ansätze

- 🕒 Ermächtigungsgrundlage für nachträgliches Einschreiten besteht
 -▶ Entweder § 3 Absatz 2 BNatSchG oder
 -▶ § 48 VwVfG (Rücknahme) oder § 21 BImSchG (Widerruf)
 -▶ Orientierung an Windenergieerlassen – Entlässt Brutstättenfund in nach Windenergieerlass relevanter Entfernung Behörde aus Ermittlungspflicht? (-)
- 🕒 Beweislast der anordnenden Behörde bei nachträglicher Abschaltauflage
- 🕒 Kernfrage: Ordnungsgemäßere Aufklärung durch Behörde?

Im Übrigen

- 🕒 Angriffe auf Abschaltvorbehalte in Nebenbestimmungen alternativlos
- 🕒 Genau Prüfung der behördlichen Entscheidungsgrundlagen
- 🕒 Ganzheitliche Verteidigung unter Einbeziehung zulässiger Rechtsfolgen
 -▶ Ordnungsgemäße Ermessenausübung
 -▶ Entschädigungsfolgen

Zukünftig: Möglichkeit der betriebszeitenlangen Kontrolle und Reaktion auf tatsächliche Veränderungen der avifaunistischen Situation?



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Vielen Dank!

RA Dr. Jörn Bringewat

Littenstraße 105

10179 Berlin

T: +49-30-8092482-20

F: +49-30-8092482-30

info@vbrvh.de

www.vonbredow-valentin-herz.de

www.twitter.com/EE_Recht

- 🕒 Abgrenzung von § 3 Absatz 2 BNatSchG und § 21 Absatz 1 Nummer 3 BImSchG
 -▶ Ausgangslage:
Abgrenzung Inhaltsbestimmung / Nebenbestimmung bei Abschaltanordnung
 -▶ OVG Lüneburg, Beschluss vom 25. Juli 2011, 4 ME 175/11, juris Rn. 4
 -▶ OVG Bautzen, Beschluss vom 05. Februar 2018, 4 B 127/17, juris Rn. 10
 -▶ Keine Abgrenzung: VG Oldenburg, Urteil vom 06. Dezember 2017 – 5 A 2869/17*
 -▶ § 21 BImSchG ablehnend: VGH Kassel, Beschluss vom 18. Juli 2018 – 4 B 1273/18
 -▶ Immerhin jetzt: OVG Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 – 12 LB 125/18

*Vorinstanz von OVG Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 – 12 LB 125/18