

Neue Chancen für die artenschutzrechtliche Ausnahme - Rückendeckung durch das OVG Münster

prometheus Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

www.prometheus-recht.de

Kanzlei

Die prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist ein Zusammenschluss von erfahrenen, hochqualifizierten Rechtsanwälten mit langjähriger Erfahrung in den Bereichen des Verwaltungs- und Zivilrechts sowie besonderer Spezialisierung im Bereich der Erneuerbaren Energien.



Wir arbeiten bereits seit über 10 Jahren als eingespieltes und aufeinander abgestimmtes Team erfolgreich zusammen. Unsere Mandanten schätzen unsere breit gestreute Expertise, die eine umfassende rechtliche Begleitung in den Beratungsfeldern des Planungs-, Umwelt- und Luftverkehrsrechts, des Wirtschafts- und Energierechts, des Immobilienrechts sowie des Erb- und Familienrechts ermöglicht.

Sie finden uns am Stand 152

Bleiben Sie auf dem Laufenden ...



News



28.06.2019 **Lücke in Übergangsvorschriften des EEG? - OLG Hamm zu fehlender Meldung bei Solaranlagen**

Bereits seit Inkrafttreten des EEG 2009 mussten Betreiber von Solaranlagen den Standort und die installierte Leistung ihrer Anlage an die Bundesnetzagentur melden. Dies war schon damals zwingende Voraussetzung für den Vergütungsanspruch. Ab 2014 löste die Meldung zum Anlagenregister diese Meldepflicht ab. Seither beschäftigen pflichtwidrig unterbliebene Meldungen von Solaranlagen immer wieder die Rechtsprechung. [...]

[weiterlesen](#)



27.06.2019 **Aufräumen in Baden-Württemberg - Neue Erlasslage zu Waldumwandlung**

Das baden-württembergische Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft hat auf jene zwei Beschlüsse des VG Freiburg vom Februar (die Entscheidung finden Sie hier) und März 2019 reagiert, in welchen das Gericht die sog. Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für Windenergieanlagen auf eine Waldumwandlungsgenehmigung erstreckt hatte. Bisher waren in Baden-Württemberg derartige Waldumwandlungsgenehmigungen, die [...]

[weiterlesen](#)



24.06.2019 **UNESCO Welterbe - OVG Koblenz erklärt Windenergieanlagen für zulässig**

Das OVG Koblenz hat mit Urteil v. 06.06.2019 dem Antrag des Klägers auf erneute Verbescheidung über den Genehmigungsantrag für die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen in der Nähe vom UNESCO Welterbe "Oberes Mittelrheintal" stattgegeben. Das OVG Koblenz stellte in seiner Grundsatzentscheidung klar, dass nicht jede mögliche Blickbeziehung zwischen Windenergieanlagen



News



12.07.2019 **Gesundheitsgefährdung durch Windenergieanlagen - viel Lärm um Nichts?**

Das OLG Schleswig-Holstein sorgt mit einem Urteil vom 13.06.2019 gerade unter Windkraftgegnern für viel Aufregung. Das Gericht hob das abweisende Urteil des LG Itzehoe gegen die Klage zweier Anwohner auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an die Vorinstanz zurück. Die Kläger hatten behauptet, sie würden durch den Betrieb von Windenergieanlagen in ihrer Gesundheit beeinträchtigt und litten an verschiedenen Symptomen, wie Schlafstörungen, Benommenheit, Erschöpfung, Durchfall und Reizbarkeit. [...]

[weiterlesen](#)



12.07.2019 **Update: Erlass zum Umgang mit Waldumwandlungsgenehmigungen in Baden-Württemberg überarbeitet**

Wie wir unlängst berichteten (den Beitrag finden Sie hier), hat das baden-württembergische Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft hat auf jene zwei Beschlüsse des VG Freiburg vom Februar und März 2019 reagiert, in welchen das Gericht die sog. Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für Windenergieanlagen auf eine Waldumwandlungsgenehmigung erstreckt hatte. Das Umweltministerium [...]

[weiterlesen](#)



11.07.2019 **Messen und Schätzen bei der EEG-Umlage - Bundesnetzagentur leitet Konsultation ein**

Die Abführung der EEG-Umlage ist aktuell bei vielen dezentralen Stromversorgungs-konzepten ein gleichermaßen aktuelles wie auch komplexes Thema. Es gilt nicht nur zu ermitteln, wann überhaupt eine Eigenversorgung und wann eine Drittlieferung vorliegt (wir berichten hier). Darüber hinaus müssen auch alle Stromerzeuger

Anmeldung [hier](#)

Agenda

- I. Bedeutung der artenschutzrechtlichen Ausnahme für den Windenergieausbau
- II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme
- III. Antworten des OVG Münster darauf
- IV. Ausblick und Bedeutung der Entscheidung des OVG Münster für die Praxis

I. Bedeutung der artenschutzrechtlichen Ausnahme für den Windenergieausbau



I. Bedeutung der Ausnahme für den Windenergieausbau

➤ Problemstellung in der Genehmigungspraxis:

= stark begrenzte räumliche Möglichkeit der Errichtung von Windenergieanlagen

- Außenbereichslage bedingt Konfliktlage mit dem Artenschutz
 - ➔ Habitat- und Raumnutzungsanalysen häufig ohne eindeutige Prognose über signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos für WEA-sensible Arten
- Nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zusätzlich Ausschlusswirkung zulasten von raumbedeutsamen Windenergievorhaben durch Regional- und Flächennutzungspläne

➔ Möglichkeit der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zur Auflösung naturschutzrechtlicher Konfliktlage besonders relevant!

II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme



II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme

§ 45 Abs. 7 BNatSchG:

*„Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz können **von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen***

- 1. zur Abwendung ernster land-, forst-, fischerei- oder wasserwirtschaftlicher oder sonstiger ernster wirtschaftlicher Schäden,*
- 2. zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt,*
- 3. für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung oder diesen Zwecken dienende Maßnahmen der Aufzucht oder künstlichen Vermehrung,*
- 4. **im Interesse** der Gesundheit des Menschen, **der öffentlichen Sicherheit**, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder*
- 5. aus anderen **zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses** einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.*

*Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn **zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, ...**“*

II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme

1. Ausnahmetatbestand – besondere Ausnahmegründe des BNatSchG

= Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme von Verboten des § 44 aus - bei Windenergieprojekten relevanten - Gründen nach Nr. 4 und Nr. 5 möglich

→ § 45 Abs. 7 Nr. 5: Ausnahme aus **zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses**; einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

➤ **Problem:**

- = str. ob Ausnahmetatbestand des § 47 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG **auf die europäischen Vogelarten anwendbar**
- Begründung: Verstoß gegen die vorrangige Vogelschutzrichtlinie (VRL)
 - VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020, (1 K 6019/18) -

II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme

1. Ausnahmetatbestand – besondere Ausnahmegründe des BNatSchG

→ § 45 Abs. 7 Nr. 4: Ausnahme **im Interesse der öffentlichen Sicherheit**

➤ **Problem:**

= Ausnahmetatbestand nach Nr. 4 nur auf Interessen anwendbar, **die „wesentlich“** für die **Existenz des Staates** sind

- (+) bei Betroffenheit der Funktionstüchtigkeit von Wirtschaft, Einrichtungen und wichtigen öffentlichen Diensten des Staates, sowie Überleben der Bevölkerung
- (-) nach VG Gießen bei Errichtung eines Windparks, da kein „Energieversorgungsengpass“ zu befürchten

- So VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020, 1 K 6019/18 -

II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme

1. Ausnahmetatbestand – besondere Ausnahmegründe

➤ Daher folgender Lösungsweg:

- = Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes „*öffentliche Sicherheit*“, wenn ein Windpark als „**bedeutende Infrastruktur**“ dargestellt werden kann
- **(+)** wenn die Windenergienutzung einen **bedeutenden Beitrag** zur deutschen **Stromversorgung** leistet und kurz- bis mittelfristig das wirtschaftlichste Ausbaupotenzial unter den erneuerbaren Energien bietet
- So auch VG Wiesbaden, Urt. v. 24.07.2020 (4 K 2962/16.WI):

*„Die **Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit Energie** zählt zu den **existenziellen Fragen eines Staates** und stellt einen **überragend wichtigen Belang der öffentlichen Daseinsvorsorge** dar. Daher umfasst der Begriff der öffentlichen Sicherheit nach Auffassung der Kammer auch die **Versorgungssicherheit mit Energie**. [...]*

II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme

1. Ausnahmetatbestand – besondere Ausnahmegründe

➤ Auslegungshinweise auf Bundesebene:

- = Entwicklung der „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“
 - **Stand:** Beschlossen im Rahmen Umweltministerkonferenz am 15.05.2020
 - **Inhalt:**
 - Ausnahme weiterhin auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG (*überwiegendes öffentliches Interesse*)
 - und Empfehlung, diese zusätzlich auch auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG (*Interesse der öffentlichen Sicherheit*) zu stützen

II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme

2. Ausnahmetatbestand – Keine zumutbare Alternativen

= Verbotsausnahme nur (+) wenn zusätzlich keine „anderweitige zufriedenstellende Lösung“ ersichtlich
→ Begründung: Einschränkung durch Art. 9 Abs. 1 VRL und Art. 16 Abs. 1 FFH-RL

➤ Nach Rechtsprechung i.E. strikt beachtliches Vermeidungsgebot

- Alternativen = Standort- oder Ausführungsalternativen
 - Ausführungsalternativen bei geringerer Eingriffsintensität vorzugswürdig
 - teilw. Prüfung von Standortalternativen **im gesamten Gebiet** des jeweiligen Trägers der Regionalplanung gefordert

- OVG Lüneburg, Urt. v. 26.02.2020, (12 LB 157/18), Urt. v. 25.10.2018, (12 LB 118/16);

II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme

2. Ausnahmetatbestand – Keine zumutbare Alternativen

➤ Nach den „Hinweisen“ der UMK vom Mai 2020:

- Standortalternativen sind im Einzelfall zu prüfen
- Einschränkung der Prüfung bei ausgewiesenen VEG – evtl. nur kleinräumige Standortverschiebung innerhalb der VEG
- Bei fehlender Ausschlussplanung- Ausdehnung der Alternativenprüfung auf das Gemeindegebiet und auf benachbarte Gemeinden

➤ Nach sog. **Signifikanzrahmen**: Bei Repowering Prüfung neuer Standorte grds. **nicht zumutbar**

- aufgrund der bereits vorhandenen Infrastruktur sowie der
- außerhalb des Artenschutzrechts bestehenden Privilegierungen

II. Aktueller Stand der Diskussion zur Ausnahme

3. Ausnahmetatbestand – Keine Populationsverschlechterung

= Verbot der Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Populationen
→ Sowohl **lokale** als auch **überregionale und landesweise** Betrachtung

➤ Verschlechterung des Erhaltungszustandes:

- **(+)** bei nachteilige Veränderung der im Zeitpunkt der Erteilung einer Ausnahme gegebenen Erhaltungssituation
- **(+)** bei Verringerung von Fortpflanzungsgemeinschaften bildenden Individuen in einer populationsrelevanten Weise
 - OVG Koblenz, Urt. v. 08.11.2007, (8 C 11523/06); OVG Münster, Beschl. v. 23.03.2007, (11 B 916/06.AK) –

! **ABER** zumindest Berücksichtigung von FCS und CEF Maßnahmen

III. Antworten des OVG Münster darauf



III. Antworten des OVG Münster darauf

1. Artenschutzrechtliche Problematik der Entscheidung

➤ Immissionsschutzrechtliche Genehmigung für 5 Windenergieanlagen vom Feb. 2020

- Erteilt im förmlichen Genehmigungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung
- **Keine** signifikante **Erhöhung des Tötungsrisikos** für die Art Rotmilan trotz Raumnutzungsanalysen
→ ABER: keine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG im Genehmigungsbescheid erteilt

➤ Entscheidung des VG Aachen

- **Tötungsverbot** des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bei summarischer Prüfung für die Art Rotmilan **erfüllt**
- Aufschiebende Wirkung der Klage der Umweltvereinigung wiederhergestellt

➤ Entscheidung des OVG Münster

- Selbst bei Verletzung des Tötungsverbot artenschutzrechtliche Ausnahme möglich
→ Verletzung **Tötungsverbotes** kann **offen gelassen** werden
- **entscheidend, ob die artenschutzrechtliche Ausnahme** im Rahmen der Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung **erteilt wurde/erteilt werden durfte**

III. Antworten des OVG Münster darauf

2. Berücksichtigung der artenschutzrechtlichen Ausnahme durch das OVG Münster

➤ **Ausgangspunkt:**

- OVG nimmt die Erteilung der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG im Rahmen der Konzentrationswirkung der Genehmigung (vgl. § 13 BImSchG) an
- Problematisch: hier keine Prüfung artenschutzrechtlicher Ausnahme im Genehmigungsverfahren

➤ **Lösung:** Konzentrationswirkung umfasst auch artenschutzrechtliche Ausnahmen

- Unbeachtlich, ob immissionsschutzrechtlichen Genehmigung Aussagen zur Ausnahme enthält oder Ausnahme ausdrücklich nicht betrachtet wurde
- Regelungswille der Behörde ist für Umfang der Konzentrationswirkung nicht entscheidend

➔ **Folge:** Möglichkeit der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahme ausreichend, von Amts wegen zu prüfen



III. Antworten des OVG Münster darauf

2. Berücksichtigung der artenschutzrechtlichen Ausnahme durch das OVG Münster

a) Ausnahmegrund: Zwingende Gründe des öffentlichen Interesses

= Ausnahme aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG

➤ **Problem: Entgegenstehen der Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie?**

- **NEIN!** Übertragung Ausnahmetatbestand des Art. 16 HabitatRL auf Vogelschutz-RL
→ Art 16 Abs. 1c HabitatRL enthält wortgleiche Ausnahmeregelung zu § 47 Abs. 7 S. 1 Nr. 5
- „Es wird erwogen, dass aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass ein entsprechender **Ausnahmetatbestand** [Ausnahmemöglichkeiten des Art. 16 der Habitatrichtlinie] **auch für den Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie gilt.**“

➔ **Konsequenz: Vermeidung Wertungswidersprüche, Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**

III. Antworten des OVG Münster darauf

2. Berücksichtigung der artenschutzrechtlichen Ausnahme durch das OVG Münster

b) Alternativenprüfung

= „Mit Blick auf die Privilegierung der in Rede stehenden Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und das Interesse an der Erreichung der Ausbauziele für Windkraft an Land, die von zentraler Bedeutung für die Energiewende ist, ... kann dies **nicht** dahin verstanden werden, dass ein **Betreiber auf irgendwelche anderen Standorte im Bundesgebiet verwiesen werden könnte.**“

➤ Konsequenz: Alternativenprüfung entfällt bei Windenergieanlagen?

= Andererseits schließt das OVG die Alternativenprüfung im gesamten Bundesgebiet aus

➔ **Frage:** Wird die Alternativenprüfung auch in benachbarten Gemeinden oder im Regionalplangebiet ausgeschlossen?

III. Antworten des OVG Münster darauf

2. Berücksichtigung der artenschutzrechtlichen Ausnahme durch das OVG Münster

c) „keine Populationsverschlechterung“

- Keine ausdrücklichen Aussagen des OVG
 - **ABER:** aus Abwägung der widerstreitenden Interessen ergibt sich, dass das OVG davon ausgeht, dass die **Population der Art Rotmilan in NRW** und im Bundesgebiet **als nicht gefährdet** beurteilt wird
- OVG geht **maximal vom Verlust von einzelnen Individuen** aus

III. Antworten des OVG Münster darauf

3. Erteilung der Ausnahme erfolgt im Ermessen der Behörde

- Behörden „**können**“ die eine artenschutzrechtliche Ausnahme von § 44 BNatSchG erteilen
 - sog. intendiertes Ermessen , d.h. die Ausnahme ist zumindest im Regelfall zu erteilen (str.)
 - OVG Münster dazu:
 - = „Die *Betätigung dieses Ermessen dürfte im Sinne einer Ausnahmegewährung vorgezeichnet (intendiert) sein, wenn die strengen tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 BNatSchG erfüllt sind.*“

IV. Ausblick und Bedeutung der Entscheidung des OVG Münster für die Praxis



IV. Ausblick und Bedeutung der Entscheidung für die Praxis

Gerade nach der Entscheidung des VG Gießen – Rückendeckung durch das OVG Münster!

- **Prüfung der artenschutzrechtlichen Ausnahme von Amts wegen** nicht nur durch Behörden sondern auch Gerichte
- Heranziehung der Möglichkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme im Falle der Bejahung des Verstoßes gegen das Tötungsverbot **auch in bereits laufenden Drittklage-/widerspruchsverfahren**
 - ! **ABER:** Vorsicht geboten, wenn die Genehmigung nur mit UVP-Vorprüfung erteilt wurde (ohne Umweltverträglichkeitsprüfung)
 - **Dazu OVG Lüneburg:** „*Ein Vorhaben - wie ein Windpark -, zu dessen Zulassung eine artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG ... erforderlich ist, hat "erhebliche Umweltauswirkungen" i. S. d. § 3c Satz 1 UVPG a. F...*“

- OVG Lüneburg, Urt. v. 26.02.2020, (12 LB 157/18) -

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Tel. 0341/978566-0

Fax 0341/978566-99

E-Mail: kontakt@prometheus-recht.de

www.prometheus-recht.de