



Wie dem Naturschutzverband „den Wind aus den Segeln nehmen“

Aktuelle Rechtsprechung zum Artenschutz (Erfassung, Signifikanz, Ausnahme)

Dr. Michael Rolshoven

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte

Lietzenburger Straße 51, 10789 Berlin

rolshoven@mwp-berlin.de

www.mwp-berlin.de



Dr. Michael Rolshoven



Dr. Michael Rolshoven ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Müller-Wrede & Partner. Das dortige Team Erneuerbare Energien ist unter Leitung von RA Philipp v. Tettau seit über 20 Jahren, derzeit mit sieben Anwaltskollegen, auf alle Rechtsfragen der Projektentwicklung und –veräußerung im Bereich der Erneuerbaren Energien spezialisiert.

Herr Dr. Rolshoven berät seit 2001 zahlreiche EEG-Projektierungsunternehmen vornehmlich auch in Fragen des Anlagenzulassungsrechts, des Umweltrechts und des Bau- und Planungsrechts. Er ist zudem Mitglied des Juristischen Beirats des BWE und u.a. auch im BWE-Arbeitskreis Naturschutz tätig (Mitglied des Sprecherkreises).



MWP-Team EE / Die drei Säulen unserer Tätigkeit

Planungs- und Genehmigungsrecht

Regional- und Bauleitpläne

Naturschutz

Genehmigungsverfahren

Verwaltungsprozesse

Vertrags- und Immobilienrecht Energierrecht

Nutzungsverträge / Dingliche Sicherung

Hersteller- und sonstige Spezialverträge

Energierrecht

Zivilprozesse

Transaktionen und Strukturierungen

SPAs
Projektkaufverträge
GU- und GÜ-Verträge
Kooperationen

Due Diligences

Gesellschaftsstrukturierungen



➤ Das Team Erneuerbare Energien von MWP auf einen Blick





Übersicht

- I. **Typischer Ausgangsfall: Umweltverband verweist Rotmilan etc.**
- II. **Prüfschema / vier Bewertungsebenen beim § 44 I BNatSchG**
 1. (Greifvogel-) **Erfassung**
 2. (Schlagrisiko-) **Bewertung** (windkraftsensible Arten)
 3. Ggf. erforderliche Verminderungsmaßnahmen („**Schutzmaßnahmen**“)
 4. Ggf. **Ausnahme**
- III. **Vorschläge zum Umgang**



I. Ausgangslage

Typischer Sachverhalt / Problemfeld

- Genehmigungsverfahren für Windpark
- Im Vorfeld: Aufwendige Erfassung: Brutvogelerfassung, „HNA“, und vielfach: „RNA“
- Öffentlichkeitsbeteiligung: „BI“ und „Umweltverband“ wenden sich gegen das Vorhaben: Rotmilane, Wespenbussard, Mäusebussard, Uhu, Fledermäuse etc.
- WEA- Genehmigung wird endlich erteilt, vielfach mit Vermeidungsmaßnahme: Lenkung, Vergrämung, vermehrt: Mahdabschaltung, Brutzeitabschaltung etc.
- „Umweltverband“ klagt vorgeschoben wegen Rotmilan etc., letztlich aber mit dem Ziel der Verhinderung des Projekts gegen WEA-Vorhaben vor
- Gerichte sind überlastet, u.U. erhebliche Verzögerung, Probleme bei Finanzierung,



II. Prüfschema / vier Bewertungsebenen

1. „Erfassungsebene“

- Vorwurf: (angeblich) unzureichende Erfassung
- Achtung: unzureichende Dokumentation der Erfassung
- Fehlende /fehlerhafte RNA
- Veraltete Unterlagen, ab wann (3 Jahre / 5 Jahre / 7 Jahre)?
- Nachträgliche Ansiedlung weiterer Brutvögel nach Kartierung (vor Genehmigungs- oder Widerspruchsbescheid)

→ Rechtsprechungsbeispiele



OVG Münster, Beschluss vom 15.07.2020 - 8 B 1600/19 (UVP-VP, Dok.-Mangel, [Kohlberg/Neuenrade])

➤ Worum geht es?

- Genehmigung für 6 WEA im Dez. 2016 erteilt, mit RNA für Rotmilan (RM), ohne UVP
- **Umweltverband:** UVP-Schutzgut Wasser sei betroffen, ebenso: „Dichtezentrum Rotmilan“, Nahrungshabitat Schwarzstorch, Kranich; Verunstaltung
- VG Arnsberg, Beschluss vom 11.11.2019 - 8 L 1540/19 weist Eilgesuch noch zurück,

... anders das OVG Münster ...



➤ Die Entscheidung

- **UVP-Vorprüfung nicht nachvollziehbar**
- Für RM-Kartierung fehle fachlich „in jeder Hinsicht anerkannter“ Standard

➡ Deshalb sei **grds. der NRW-Leitfaden einschlägig**

Zum fachlichen Standard einer Brutvogelkartierung gehört es, für jede Begehung Datum, Beginn (Morgendämmerung, morgendliche Abflüge; Hauptaktivitätszeiten) und Ende sowie die Witterungsbedingungen (kein starker Wind, kein Regen) zu dokumentieren.

- Hier: Beobachtungszeiten zwar durch **eidesstattliche Versicherung** nachgereicht, nicht aber Wetterdaten
- **Keine Vermutung**, dass Gutachter **methodengerecht** arbeite (so noch das VG)
- Zudem: hier RNA für RM im Umkreis von (nur) 1.000 m gemäß **Scoping** erfolgt, aber entgegen dem Leitfaden ausreichend? - offen gelassen



➤ **Bewertung**

- „Angriffspunkte Kartierung“
- Praxishinweise:
 - Schon bei Erfassung **auf Dok. achten**
 - Etwaige **Abweichung** von Leitfäden **vermeiden, ggf.** mit Behörde schriftlich abstimmen und **begründen** (Scoping)
 - Nachreichung von Erfassungszeiten und Wetterdaten möglich
 - Notfalls: Nachkartierung und Heilung, ggf. mittels Aussetzung der Genehmigung im Hauptsacheverfahren (hier: offen gelassen)



2./3. „Bewertungsebene“ (Signifikanz, ggf. Schutzmaßnahme)

- „windkraftsensible Arten“ – **welche?** (Signifikanzrahmen vom 11.12.2020) (str. z.B. bei Mäusebussard, Schwarzstorch, Wespenbussard, Uhu)
- Wenn (+): **signifikant erhöhte** Schlaggefährdung bezogen auf konkretes Brutpaar?



- Wenn (+): Notwendigkeit von **Vermeidungsmaßnahmen** prüfen („fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen“)
 - „Schutzmaßnahmen“ – wenn welche Maßnahme / in welchem Umfang notwendig /anzuerkennen? (Lenkung, Vergrämung, Mahdabschaltung, Brutzeitabschaltung etc.)



OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.09.2021 - 12 ME 45/21 (Umweltverband, Schall, Landschaftsbild, Mäusebussard, Feldlerche, Fledermauserfassung und Abweichung)

„Hiernach hat das Verwaltungsgericht **vorrangige Prüfungsschritte** übersprungen ... , als es mit einer Selbstbindung der Verwaltung argumentierte, anstelle **zunächst zu prüfen**, ob es eine allgemein anerkannte Fachmeinung zur „**Windenergiesensibilität**“ des Mäusebussards gibt ... Der Senat hat bislang offengelassen (vgl. Beschl. v. 21.12.2020 - 12 ME 140/20 -, ...), ob ... der Artenschutzleitfaden in dem Sinne zu verstehen ist, dass für alle dort nicht als „windkraftsensibel“ aufgelisteten Vogelarten im Regelfall ein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG verneint werden muss. Auch der vorliegende Fall nötigt nicht zu einer Entscheidung dieser Frage, zumal dafür auch auf die – im Eilverfahren nicht zu erforschende – Entstehungsgeschichte der Verwaltungsvorschrift bedeutsam sein könnte ...“

→ Neuer Artenschutzleitfaden, Festlegung von WEA-empfindlichen Arten infrage gestellt?

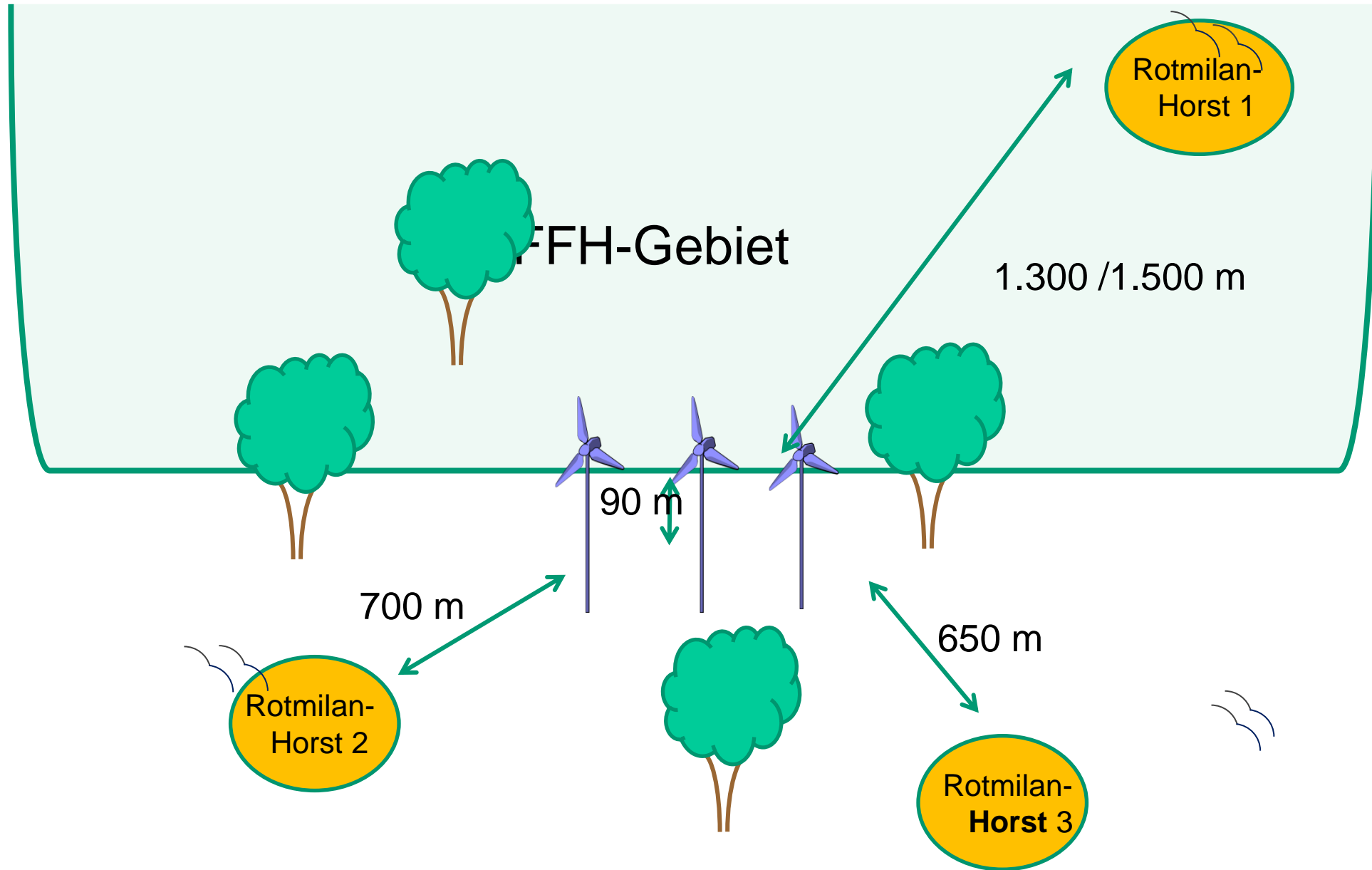


VGH Kassel, Beschluss vom 14.01.2021 - 9 B 2223/20 (Wotan, Rotmilan, FFH, VwV 2020)

Ausgangsfrage: RNA bei Rotmilan in Entfernung von mehr als 1.000m, nach VwV 2020 nicht erforderlich, anders der VGH Kassel?

„Nach Auffassung des beschließenden Senats sind die Abstandsempfehlungen des sog. **Helgoländer Papiers 2015** bezogen auf den Rotmilan grundsätzlich **weiterhin anzuwenden**. Die Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/ Windenergie“ der Hessischen Ministerien für Umwelt und Wirtschaft vom 17. Dezember 2020 („VwV 2020“) entfaltet als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift gegenüber Gerichten kein Bindungswirkung.“

Hier aber: Sonderfall zu FFH, siehe Skizze (näher *Rolshoven*, ZNER 2021, 26 f)





4. Bewertungsebene: „Ausnahme“

➤ „Ausnahme“ (§ 45 Abs. 7 BNatSchG)

- überhaupt möglich? (nein nur: VG Gießen, Urt. vom 22.01.2020 – 1 K 6017/18 [nicht rechtskräftig], ja: ganz herrschende OVG-Rspr., s.u.)
- Streit um einzelne Ausnahmenvoraussetzungen
 - Ausnahmegründe: öffentliche Sicherheit / überwiegenden öffentliche Interessen
 - „zumutbare Alternative“ (kritisch z.B. OVG Lüneburg, Urteil v. 25.10.2018 – 12 LB 118/16)
 - keine „Verschlechterung der Population/ FCS-Maßnahme notwendig?



UMK und Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG)

- Umweltministerkonferenz (UMK) beschloss im Mai 2020

„Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020)“

<https://www.umweltministerkonferenz.de/Dokumente-UMK-Berichte.html>

- Plädoyer der UMK für Anwendung der Ausnahme in der WEA-Genehmigungspraxis mit detaillierten Hinweisen (mit Nachweisen aus Rspr. und Literatur)
- In der Rspr.-Praxis bisher wenig beachtet



OVG Münster, Beschluss vom 12.03. 2021 - 7 B 8/21 (Rotmilan, Ausnahme)

➤ Worum geht es?

- Eilantrag eines Umweltverbandes („Naturschutzinitiative“)
- ... gegen 5 WEA
- Tagabschaltung: umfangreich wegen **RM-Schlafplatz**
- **VG Aachen**, Beschluss vom 18.12.2020 - 6 L 327/20, stellt **aufschiebende Wirkung** wieder her: Nach RNA aus dem 2018 liege **signifikant** erhöhtes Tötungsrisiko (**Rotmilan**) nahe.

... **anders** die Entscheidung im Beschwerdeverfahren:



➤ Die Entscheidung

- Eilgesuch zurückgewiesen
- Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) nicht offensichtlich verletzt
- „*drei Beobachtungen des Gutachters während 10 Beobachtungstagen*“ rechtfertigten nicht zwingend Verstoß gegen Tötungsverbot, zudem legte RNA womöglich fehlende Betroffenheit dar, zumal 2020 keine RM-Brut im 1.000m-Bereich
- Sodann weist der Senat „lediglich vorsorglich“ auf § 45 Abs. 7 BNatSchG hin:
 - § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG

Kommt grundsätzlich für die Windenergienutzung in Betracht.

➔ So auch h. Rspr.: **VGH Kassel**, Beschluss v. 6.11.2018 - 9 B 765/18, VG Wiesbaden, Urt. v. 24.07.2020 - 4 K 2962/16; **OVG-BInBbg**, Beschluss v. 20.02.2020 - Tesla



III. Lösungsansätze (mit OVG Münster)

➤ Prüfschema:

1. Leitfadenkonforme / erlasskonforme bzw. aus zur Bewertung hinreichende Erassung
 2. Bezogen auf einzelne Brutpaare: „Signifikant erhöhte Schlaggefährdung“?
 3. wenn (+), welche Vermeidungsmaßnahmen sind geeignet und angemessen?
-
1. Bezogen auf Verletzung, mithin nur bezogen auf die Vermeidungsmaßnahme ggf. Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) prüfen/gewähren



Zusammenfassende Hinweise für die Praxis:

- Hinreichen Erfassung, im Zweifel: Übererfüllung, Nachkartierung
- **These I:** Grundsätzlich steht das Artenschutz nicht der WEA-Genehmigung selbst entgegen, sondern es geht **lediglich um die Frage, welche Vermeidungsmaßnahme(n)/** Schutzmaßnahmen ggf. geboten sind (siehe OVG Münster, nächste Folie)
- **These II:** Bei einer Verletzung des Artenschutzrechtes stellt sich bezogen auf § 45 Abs. 7 BNatSchG folglich nicht die Frage nach einer Ausnahme vom Tötungsverbot, sondern **allein die Frage, ob bezogen auf Vermeidungsmaßnahmen eine Ausnahme** in Betracht kommt

Folge: Wenn Umweltverband gegen WEA-Genehmigung klagt, steht – entgegen verbreiteter Praxis – nicht die Genehmigung insgesamt infrage, sondern nur etwaig Betriebseinschränkungen (was ggf. manchem anerkannten Verband „den Ehrgeiz nimmt“, gegen jedwede WEA-Genehmigung zu klagen ...)



OVG Münster, Urteil vom 01.03.2021 - 8 A 1183/18 (Marsberg, Rotmilan, NABU)

➤ Worum geht es?

- **Genehmigung aus März 2016** mit UVP für eine WEA; im grenznahen Hessen stehen 20 weitere WEA; LSG und Biotopverbundflächen
- 2017: weitere WEA-Konzentrationszone für WEA ausgewiesen, WEA derweil errichtet
- **Rotmilan-Absch.** von Febr. bis Okt, **Gemeinschaftsschlafplätze unter 1.000 m Abstand**
- Eilbeschluss des **OVG Münster vom 23.05.2017 - 8 B 13003/16:** wegen Artenschutz / Rotmilan ausgesetzt



Auszug aus **Pressemitteilung** des OVG:

„Zur Urteilsbegründung hat die Vorsitzende des 8. Senats ausgeführt: (...) Zur Klarstellung fügte sie hinzu, dass es bei Verfahren dieser Art nicht darum gehe, ob der gesetzlich vorgeschriebene Artenschutz oder der vom Gesetzgeber ebenfalls geforderte Ausbau erneuerbarer Energien wichtiger sei; vielmehr bedürfe es jeweils einer einzelfallbezogenen Prüfung. **Der Artenschutz des Rotmilans erfordere in aller Regel nicht, auf ein konkretes Windenergievorhaben ganz zu verzichten.** Es gehe vielmehr darum, das Tötungsrisiko, das auch nach den artenschutzrechtlichen Vorgaben nicht zu 100 % ausgeschlossen werden müsse, durch temporäre Abschaltungen zu reduzieren.“



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Haben Sie Fragen? Sprechen Sie uns auch gerne nach dem Seminar an!

RA Philipp v. Tettau
RA Dr. Michael Rolshoven
RAin Anja Purwins
RA Philipp Martens

tettau@mwp-berlin.de
rolshoven@mwp-berlin.de
purwins@mwp-berlin.de
martens@mwp-berlin.de