

26. Windenergietage in Warnemünde,
9. November 2017



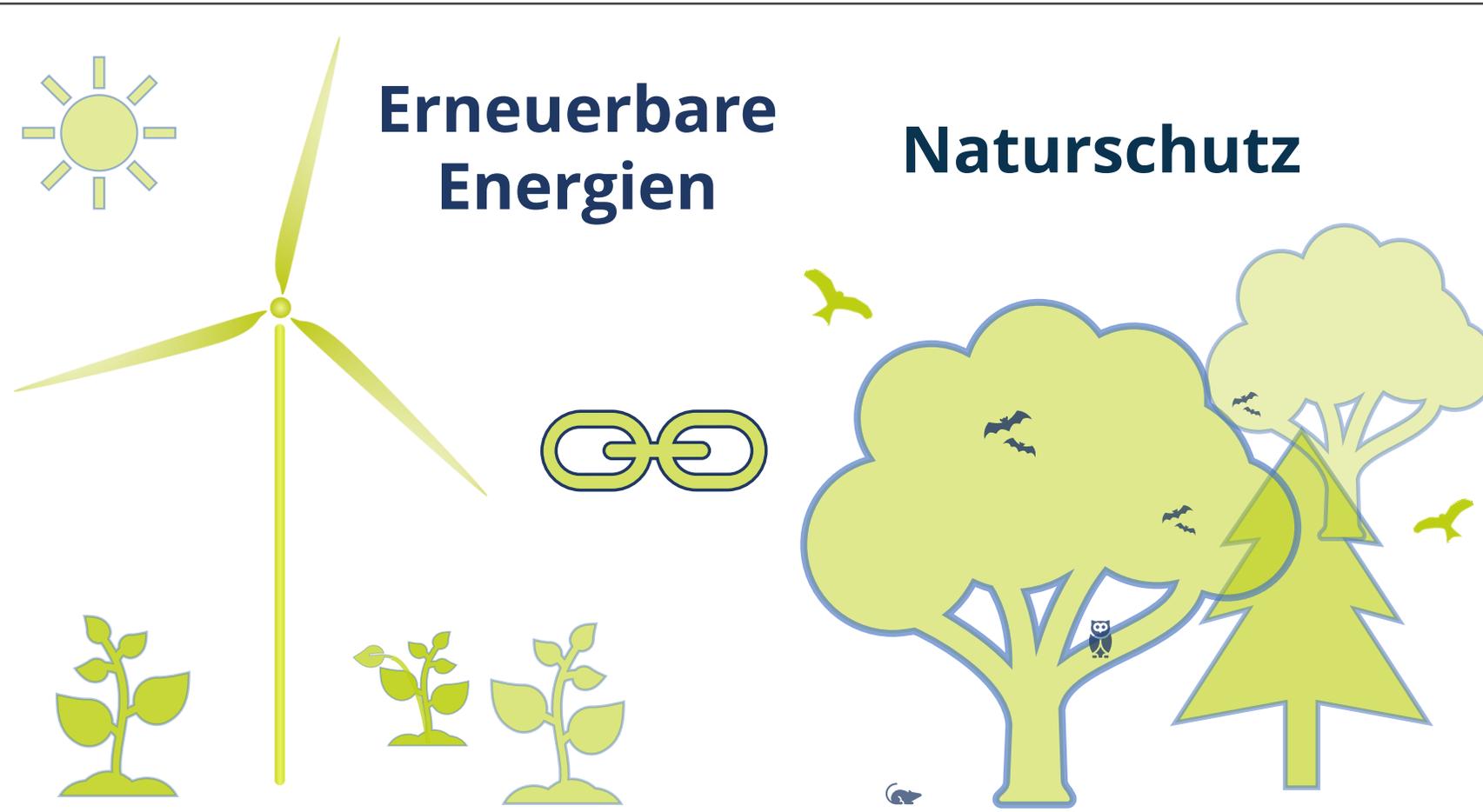
Die Einschätzungsprärogative, rechtliche Einordnung des Helgoländer Papiers von 2015 und aktuelle Horstschutzfristen

Ass. iur. Elisabeth Hartleb

Das KNE

Neutraler Ansprechpartner für alle Akteursgruppen der Energiewende.





Wir bieten Ihnen

- **Verlässliche Fachinformationen:**
 - ◆ Beantwortung von Fachfragen,
 - ◆ maßgeschneiderte Vorträge.
- **Seminare und In-House Schulungen, z. B.:**
 - ◆ Strategien zur Konfliktprävention,
 - ◆ frühzeitiges Erkennen und Bewältigen von Konflikten,
 - ◆ Formate wirksamer Öffentlichkeitsbeteiligung.
- **Professionelles Konfliktmanagement:**
 - ◆ Beratung und Prozessbegleitung,
 - ◆ Moderation und Mediation.

Unsere Mediatorinnen und Mediatoren

Erfahrene
Mediatorinnen und
Mediatoren

Einsatz bei Ihnen vor
Ort - im gesamten
Bundesgebiet



Spezifisch fort-
gebildet für das
Konfliktfeld
Naturschutz und
Energiewende

Vermittlung
durch das KNE

Gliederung

I. Das KNE

II. Einschätzungsprärogative

1. Rechtliche Entwicklung.

2. Wo spielt die ESP eine Rolle?

→ Ermittlungsschritte und Methoden in der saP, Rechtsprechung, Bewertung der erhobenen Daten.

III. Abstände

1. Rechtliche Einordnung des Helgoländer Papiers von 2015.

→ Helgoländer Papier/Leitfäden, Empfehlungen und Erlasse der Länder.
Was gilt?

2. Schutzfristen bei nicht besetzten Horsten.

Gliederung

I. Das KNE

II. Einschätzungsprärogative

1. Rechtliche Entwicklung.
2. Wo spielt die ESP eine Rolle?
 - Ermittlungsschritte und Methoden in der saP, Rechtsprechung, Bewertung der erhobenen Daten.

III. Abstände

1. Rechtliche Einordnung des Helgoländer Papiers von 2015.
 - Helgoländer Papier/ Leitfäden, Empfehlungen und Erlasse der Länder.
Was gilt?
2. Schutzfristen bei nicht besetzten Horsten.

Einschätzungsprärogative – rechtliche Entwicklung

Kritische Stimmen:

Antragsteller der
Behördenentscheidung
wehrlos ausgeliefert



Rechtsweggarantie verletzt
(Art. 19 Abs. 4 GG)

Einschätzungsprärogative – rechtliche Entwicklung

Entwicklung:

1957 erstmals die Möglichkeit eines **gerichtsfreien Beurteilungsspielraums der Behörden** in ihrem jeweiligen Kompetenzbereich **in engen Grenzen** für möglich erklärt (BVerwG, Urteil vom 29. Juni 1957 – II C 105.56, Rn. 55 bei juris).

Einschätzungsprärogative – rechtliche Entwicklung

Die ESP im Naturschutzrecht – zunächst im Planfeststellungsverfahren:

In Rechtsprechung des BVerwG seit 1998.

- Beschluss vom 21. Januar 1998, – 4 VR 3/97, Rn. 78 bei juris.
- Urteil vom 27. Februar 2003 – 4 A 59/01, Rn. 23 bei juris.

(Beide zur ESP der Mitgliedsstaaten bei Meldung der FFH-Schutzgebiete.)

- Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06, Rn. 202 bei juris.

Einschätzungsprärogative – rechtliche Entwicklung

Ausführliche Begründung in Urt. v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, Rn. 64 f. bei juris:

- Im Naturschutzrecht **fehlen regelmäßig normkonkretisierende Maßstäbe** als Bewertungs- oder Entscheidungsgrundlage.
- Die Rechtsanwendung ist daher auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen, die sich aber nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist. Bei zahlreichen Fragestellungen steht jeweils vertretbar **naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung**, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten.
- Eine naturschutzfachliche Meinung ist einer anderen vorzugswürdig, wenn sich diese Auffassung als **allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft** durchgesetzt hat und die **gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen** wird.

Einschätzungsprärogative – rechtliche Entwicklung

Prinzip:

- Fälle, in denen die Gerichtsbarkeit an ihre funktionalen Grenzen stößt, z. B. wegen besonderer Dynamik der geregelten Materie.
- Bei jedem **Akt wertender Erkenntnis**, der nicht **nach allgemeinen objektiven Wertmaßstäben** getroffen werden kann, sondern von Wertmaßstäben abhängig ist, welche die Behörde nach pflichtgemäßer Beurteilung selbst festlegt.
(BVerwG, Urteil vom 27. September 1962 – II C 164.61, Rn. 29 bei juris)

Pflichtgemäße Beurteilung:

- Behörde hat die **nach ihrer Beurteilung bestmögliche Methode** heranzuziehen, indem sie verschiedene qualitativ hochwertige Fachbeiträge in ihre Erwägungen einbezieht.
- Leitfäden/Empfehlungen übergeordneter Behörden sowie HP 2015 als **antizipierte Sachverständigengutachten hoher Qualität** zu berücksichtigen.

Einschätzungsprärogative – rechtliche Entwicklung

Grenzen:

- **Allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft**/Fachkonvention hat sich herausgebildet.
- Außer Acht lassen entgegenstehender von den obersten Landesbehörden zur Verfügung gestellte interne verwaltungslenkende Schrift (z. B. ein **Windenergieerlass**) ohne fachliche Begründung.
(VGH München, Urteil vom 18. Juni 2014 – 22 B 13.1358)

Einschätzungsprärogative – rechtliche Entwicklung

Rechtlicher Überprüfungsrahmen:

Vertretbarkeitskontrolle

- Behörde von zutreffendem und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen?
- Logische Brüche?
- Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten?

(BVerwG, Urteile vom 24. April 1959 – VII C 146.57, Rn. 18 bei juris und vom 27. September 1962 – II C 164.61, Rn. 29 bei juris).

Einschätzungsprärogative – rechtliche Entwicklung

Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit:

Grundsatz: Verwaltungshandeln unterliegt der vollständigen gerichtlichen Nachprüfung.

BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 (BVerfGE 129, 1):

- Im Rahmen von Rechtsstaatsprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz ist die Einräumung von Letztentscheidungsbefugnissen aber möglich.
- Erforderlich ist dafür immer eine **normative Ermächtigung**, die entweder ausdrücklich angeordnet ist oder im Wege der Auslegung hinreichend deutlich ermittelt wird.

Aber: kein „Erfinden“ durch Rechtsprechung und Verwaltung!

- **Grenze:** Wenn entweder ganze Sachbereiche oder Rechtsgebiete der justiziellen Nachprüfung entzogen werden sollen oder für die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle kein hinreichend gewichtiger Sachgrund angeführt werden kann.

Gliederung

I. Das KNE

II. Einschätzungsprärogative

1. Rechtliche Entwicklung.

2. Wo spielt die ESP eine Rolle?

→ Ermittlungsschritte und Methoden in der saP, Rechtsprechung, Bewertung der erhobenen Daten.

III. Abstände

1. Rechtliche Einordnung des Helgoländer Papiers von 2015.

→ Helgoländer Papier/Leitfäden, Empfehlungen und Erlasse der Länder.
Was gilt?

2. Schutzfristen bei nicht besetzten Horsten.

Einschätzungsprärogative – wo?

Ermittlungstiefe:

Gesetzlich nicht festgelegt, aber recht umfangreiche fachrechtliche Rechtsprechung.

- Behörde muss sich Daten beschaffen zur Häufigkeit und Verteilung der geschützten Arten sowie deren Lebensstätten im Eingriffsbereich.
- Neben der Auswertung bereits **gesammelter Ergebnisse** und Untersuchungen sind in aller Regel **Bestandserfassungen am Vorhabenstandort** notwendig (BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 – 4 C 12.07, Rn. 91 bei Juris).
- Behörde muss aber **kein ein lückenloses Arteninventar** erstellen. Die Untersuchungstiefe hängt vielmehr maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im **Einzelfall** ab (BVerwG, Urteil vom 09. Juli 2008 – 9 A 14.07).

Einschätzungsprärogative – wo?

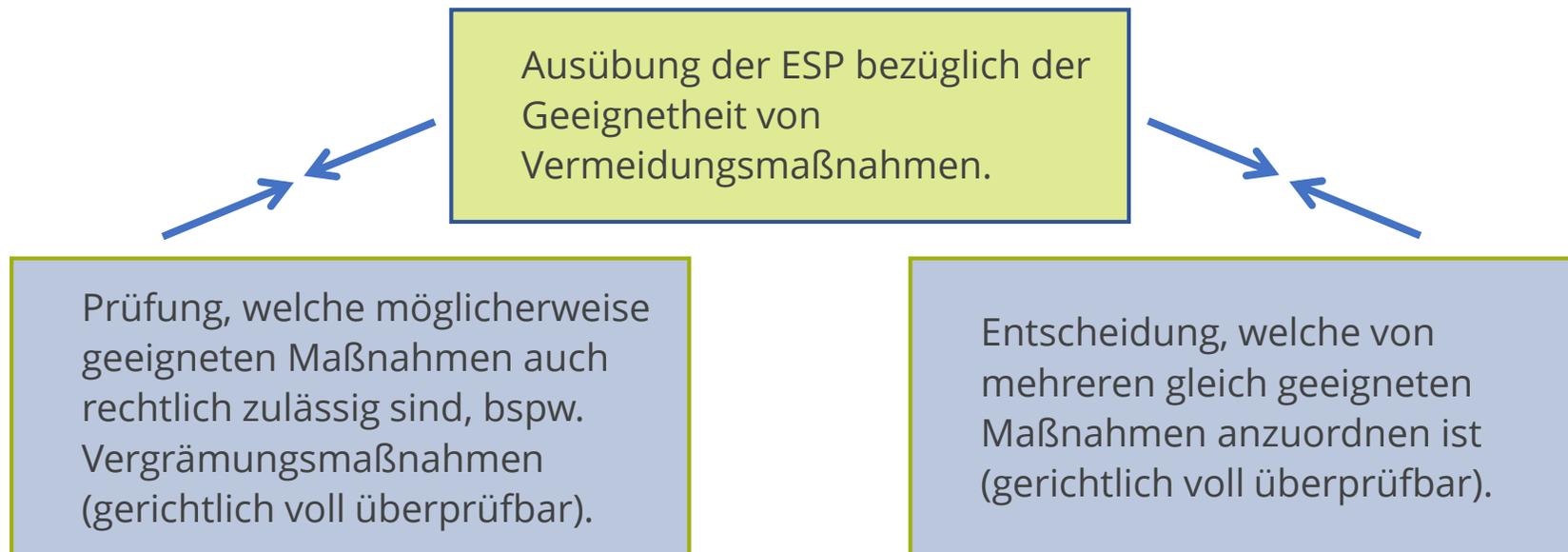
Methodisches Vorgehen:

- Sind verschiedene Methoden wissenschaftlich vertretbar, bleibt die Wahl der Methode der Behörde überlassen.
(BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, Rn. 64 f. bei juris)
- Auch Stichproben können gegebenenfalls genügen.
- Keine Standard-Methode (BVerwG, Urteil vom 09. Juli 2008 – 9 A 14.07).

Einschätzungsprärogative – wo?

Auswahl geeigneter Maßnahmen:

- Hinsichtlich der Feststellung, welche Maßnahmen in welchem Maße geeignet sind, hat die Behörde wiederum eine naturschutzfachliche ESP.
- Aber – nicht zu verwechseln:



Einschätzungsprärogative – wo?

Einschätzung der Betroffenheit von Zugriffsverboten

Prognose:

- Signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos?
- Stör-/Scheuchwirkung zu erwarten?

Gliederung

I. Das KNE

II. Einschätzungsprärogative

1. Rechtliche Entwicklung.

2. Wo spielt die ESP eine Rolle?

→ Ermittlungsschritte und Methoden in der saP, Rechtsprechung, Bewertung der erhobenen Daten.

III. Abstände

1. Rechtliche Einordnung des Helgoländer Papiers von 2015.

→ Helgoländer Papier/ Leitfäden, Empfehlungen und Erlasse der Länder.
Was gilt?

2. Schutzfristen bei nicht besetzten Horsten.

Helgoländer Papier 2015 – rechtliche Einordnung

Mögliche Grundlagen für die Behördenentscheidung:

Gesetzliche Regelwerke

Fachkonventionen

(bzgl. einzelner Arten nach VGH
München: Helgoländer Papier 2015)

Untergesetzliche Regelwerke
(Leitfäden und Erlasse der Länder)

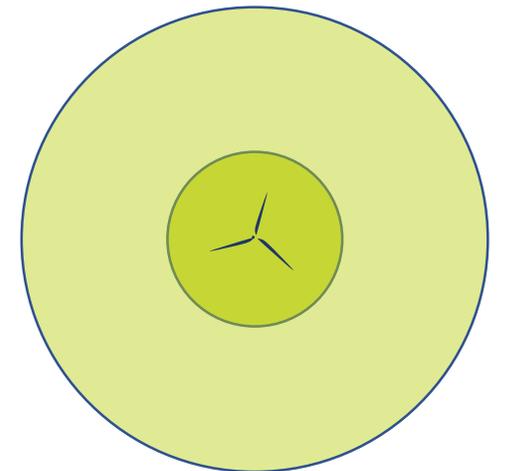
Fachwissenschaftlich vertretbare
Bewertungs- und
Beurteilungskriterien
(Helgoländer Papier 2015, Erlasse jeweils
anderer Bundesländer)

Helgoländer Papier 2015 – rechtliche Einordnung

Selbstverständnis:

→ Empfehlungen

- Abstände zu Brutplätzen und bedeutenden Vogellebensräumen.
- Freihalten von Hauptflugkorridoren und Zugkonzentrations-Korridoren.
- Unterschiedliche naturräumliche Gegebenheiten, Flächennutzung und vorkommendes Artenspektrum in den Bundesländern sind zu berücksichtigen.
- Für Länderempfehlungen sind die Abstände ggf. entsprechend anzupassen.



Prinzip:
Mindestabstand und
Prüfbereich

Helgoländer Papier 2015 – rechtliche Einordnung

Rechtsnatur:

- LAG VSW ohne Kompetenz zur Rechtssetzung.

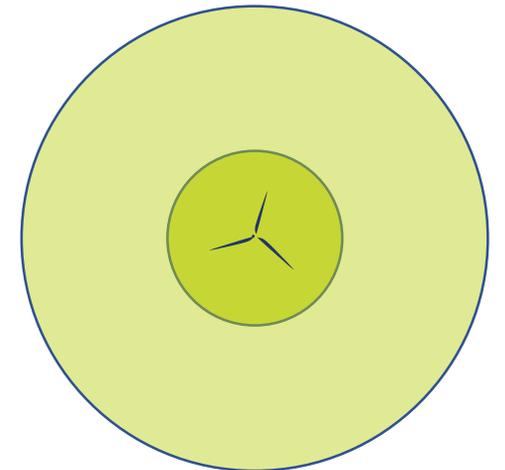
→ Keine Verbindlichkeit des NHP per se.

→ Aber: Anwendung **in jedem Fall fachwissenschaftlich vertretbar** (aber Länderleitfäden/ -Erlasse zu beachten! s. u.).

Vgl. VG Kassel, Urteil vom 2. März 2016 – 1 K 1122/13.KS:

Die Abstandskriterien „dienen als Grundlage für die naturschutzfachliche Einschätzung der Genehmigungsbehörde. Da diese auf fachwissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen, kann eine hierauf beruhende Einschätzung der Genehmigungsbehörde jedenfalls nicht als naturschutzfachlich unvertretbar gelten.“

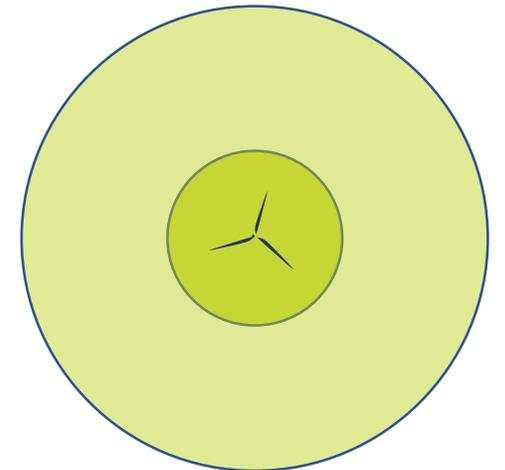
→ Existieren keine länderspezifischen Erlasse, ist HP zu berücksichtigen, es kann aber mit fachlicher Begründung davon abgewichen werden.



Helgoländer Papier 2015 – rechtliche Einordnung

Fachkonvention – also allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft?

- **Nein**, insgesamt nicht.
OVG Lüneburg, **12. Senat** (Beschluss vom 16. November 2016 - 12 ME 132/16, Rn. 75 bei juris).
- **Ja**, bzgl. Rotmilan.
BayVGH (Urteil vom 29. März 2016 - 22 B 14.1875, Rn. 45 bei juris), dem zustimmend OVG Lüneburg, **4. Senat** (Urteil vom 10.01.2017, 4 LC 198/15, Rn. 103 bei juris).
- **Nein**, bzgl. Waldschnepfe.
OVG Münster (Beschluss vom 09. Juni 2017 – 8 B 1264/16, Rn. 53 bei juris).



Leitfäden und Erlasse der Länder

Rechtsnatur je nach Form:

Umsetzung der Abstandsempfehlungen in Erlassen	Nicht rechtsförmige Planungshilfen
<ul style="list-style-type: none"> • Norminterpretierend. • Bindungswirkung gegenüber nachgeordneten Behörden. • Aber: Immer Prüfung des Einzelfalls unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten. 	<ul style="list-style-type: none"> • Z. B. Leitfäden/Empfehlungen. • Weitere wissenschaftliche Fachbeiträge neben dem Helgoländer Papier. <p>→ Keine Bindungswirkung.</p> <p>Aber: Hohe faktische Bindung, da als „antizipiertes Sachverständigengutachten hoher Qualität“ im Rahmen der ESP zu berücksichtigen; Behörde kann sich nur – mit Begründung – für Alternative gleicher Qualität entscheiden.</p>

Helgoländer Papier 2015 – rechtliche Einordnung

Fazit

Abstände aus länderspezifischem Erlass

verbindlich

Abweichung nur mit fachlicher Begründung im Einzelfall zulässig.

Leitfäden/
Empfehlungen der
Länder,
die sich als Planungshilfen
verstehen

HP 2015

Erlasse, Leitfäden,
Empfehlungen
anderer Bundesländer

Fachbeiträge,
nicht verbindlich,

Leitfäden/
Empfehlungen sowie
HP 2015 aber als
antizipierte SV-
Gutachten im Rahmen
der ESP zu
berücksichtigen

In Zusammenhang mit
einer Bewertung der
konkreten räumlichen
Situation.

In Zusammenhang mit
einer Bewertung der
konkreten räumlichen
Situation.

In Zusammenhang mit
einer Bewertung der
konkreten räumlichen
Situation.

Gliederung

I. Das KNE

II. Einschätzungsprärogative

1. Rechtliche Entwicklung.

2. Wo spielt die ESP eine Rolle?

→ Ermittlungsschritte und Methoden in der saP, Rechtsprechung, Bewertung der erhobenen Daten.

III. Abstände

1. Rechtliche Einordnung des Helgoländer Papiers von 2015.

→ Helgoländer Papier/Leitfäden, Empfehlungen und Erlasse der Länder.
Was gilt?

2. Schutzfristen bei nicht besetzten Horsten.

Schutzfristen bei nicht besetzten Horsten

Aktuell nicht besetzte Horste

- Nicht zwangsläufig verlassen (Wechselhorstnutzung):
 - ♦ Wechsel von Brut zu Brut möglich.
 - ♦ **Essenziell**, wenn während Aufzuchtphase „Umzug“ nötig wird.
- BVerwG, Urteile vom → 18. März 2009 – 9 A 39/07 und vom → 28. März 2013 – 9 A 22/11.
 - ♦ § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG anwendbar auch auf aktuell nicht besetzte Brut- und Lebensstätten, wenn und so lange die betreffenden Tiere artbedingt darauf angewiesen sind, die Brutstätte – auch kurzfristig – wiederverwenden zu können.
 - Artspezifisch.
 - Bis zur endgültigen Aufgabe des Horstes oder seinem natürlichen Zerfall.

Verbote – Zerstörung/Entnahme/Beschädigung von Fortpflanzungsstätten

Horstschutzfristen Greifvögel bundesweit, soweit festgelegt.

Bundesland	Art	Frist in Jahren
BB	Je nach Art.	1-3, 5 oder 10
	Schreiadler, Seeadler (außerdem Schwarzstorch, Uhu).	Bzgl. Planung von Windeignungsgebieten und Genehmigung von Windenergienutzung: 2
BW	Alle standorttreuen Arten.	2
BY	Alle standorttreuen Arten.	3 (Auch bei beabsichtigter Zerstörung des Horstes oder Tötung des Brutpaares.)
MV	Je nach Art.	1-3, 5 oder 10
NI	Alle Greifvögel.	3
NW	WEA-empfindliche Greifvögel.	2
RP	Rotmilan.	> 3
ST	Verweis auf Rechtsprechung des BVerwG.	Mit endgültiger Aufgabe der Brutstätte.
SL	Rotmilan.	> 3
TH	Milane.	3
	Adler.	5
	Im Übrigen Verweis auf Rechtsprechung des BVerwG.	Mit endgültiger Aufgabe der Brutstätte.

Bei nicht-anthropogenen Ursachen des Verlassens/ der Zerstörung

Verbote – Zerstörung/ Entnahme/ Beschädigung von Fortpflanzungsstätten

Effekt der Horstzerstörung im Genehmigungsverfahren:

- Bei besetztem Horst: Raumnutzungsanalyse, im Einzelfall Unterschreitung der jeweiligen Schutzabstände möglich.
- Bei unbesetztem Horst: keine aktuelle Raumnutzung.
→ Zirkuläre Einhaltung der jeweiligen Schutzabstände.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Die KNE-Präsentation wird nur zur internen Verwendung zur Verfügung gestellt. Für eine Weiterleitung oder Veröffentlichung ist die Zustimmung des Kompetenzzentrums Naturschutz und Energiewende erforderlich.

Kontakt zum Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende:

Ass. iur. Elisabeth Hartleb

 +49 30 – 7673738-34

 elisabeth.hartleb@naturschutz-energiewende.de

 www.naturschutz-energiewende.de