



**Aktuelle Rahmenbedingungen des Ausbaus der
Windenergienutzung:
Empfehlungen zum Artenschutz
- Bindungswirkung und wissenschaftlicher
Standard?**

M A S L A T O N

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Leipzig · München · Köln
Holbeinstraße 24, 04229 Leipzig

Prof. Dr. Martin Maslaton, Recht der Erneuerbaren Energien
TU Chemnitz
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Referent:

Prof. Dr. Martin Maslaton



Prof. Dr. Martin Maslaton ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht sowie geschäftsführender Gesellschafter der MASLATON Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, die sich schwerpunktmäßig mit sämtlichen Fragen des Rechts der Erneuerbaren Energien befasst.

Als Hochschullehrer unterrichtet er das Recht der Erneuerbaren Energien und das Umweltrecht an der TU Chemnitz und referiert national und international zu diesen Themen, mit denen er sich seit 1987 im Rahmen seiner Tätigkeit als Referent im Deutschen Bundestag beschäftigt. Er ist Herausgeber und Autor des im C.H.Beck Verlag erschienenen Standardwerks „Windenergieanlagen“ und ist als Funktionsträger in einer Reihe von Branchenverbänden engagiert.

Kanzlei:

Maslaton Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- 2002 gegründet, aktuell mit 13 Berufsträgern und 21 Mitarbeitern
- Hauptsitz in Leipzig mit weiteren Standorten in Köln und München
- Beratungsschwerpunkte sind das Verwaltungsrecht, Energierecht und Zivilrecht mit Fokus auf dezentralen Erneuerbare-Energien- und KWK-Projekten
- Wissenschaftliche Expertise durch Beiträge/ universitäre Vorlesungen
- Standort Leipzig in der Eigenversorgung durch KWK- und PV-Anlage
- Verbandsengagement bei vielen Branchenverbänden (z.B. B.KWK)





I. Problemaufriss

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstands- empfehlungen

III. Fazit

Windenergie vs. Artenschutz

Abstandsempfehlungen, Leitfäden und Erlasse als zentraler Maßstab für
die Verbote des Artenschutzes?



I. Problemaufriss

Artenschutzrechtliche Verbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG:

I. Problemaufriss

„Es ist verboten...

I. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG

*„...wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu ...**töten**...“*

→ **Tötungsverbot**

II. § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG

*„...wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten **erheblich zu stören**“*

→ **Störungsverbot**

III. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG

*„...Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, **zu beschädigen oder zu zerstören**“*

→ **Schädigungs- / Zerstörungsverbot**

II. Umgang mit
Abstands-
empfehlungen

III. Fazit



I. Problemaufriss

Beispiel aus der Praxis: Die Genehmigungsbehörde argumentiert:

I. Problemaufriss

*Der Antrag gemäß § 4 BImSchG ist **abzulehnen**, da für den Rotmilan ein erkennbares **signifikant erhöhtes Kollisions- und Tötungsrisiko** besteht:*

II. Umgang mit Abstands-empfehlungen

*Die vorgelegten Unterlagen zeigen **einen besetzten Brutplatz** des Rotmilans innerhalb eines Umkreises von 1.500 m um den geplanten WEA-Standort.*

III. Fazit

*Vorliegend finden die **Abstandsregelungen der Länderarbeitsgemeinschaft für Vogelschutzwarten (LAG VSW)** Anwendung. Für den Rotmilan gilt demnach eine **Tabuzone von 1.500 m** um den Horststandort.*

Es ist mithin von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko in dem gesamten Bereich um den Brutplatz auszugehen.

→ Eine Einzelfallprüfung wird nicht vorgenommen!

→ Die Möglichkeit von Schutz- und Vermeidungsmaßnahmen wird abgelehnt



I. Problemaufriss

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstands-empfehlungen

III. Fazit

Weiteres Beispiel aus der Praxis: Die Genehmigungsbehörde argumentiert:

*Die vorgenommenen Gutachten sind **zwingend** nach den in den Leitfäden aufgestellten Methoden zu erstellen.*

*Die im Windenergieerlass enthaltenen Hinweise für die Durchführung der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung (saP) wurden nicht oder unzureichend angewendet, sodass eine **fehlerhafte methodische Erfassung oder Bewertung** der Art vorliegt.*

*Die inhaltliche Ausgestaltung der Vermeidungsmaßnahmen **weicht** in verschiedener Hinsicht von den Vorgaben in den Hinweisen zum Artenschutz (z.B. LUBW-Hinweisen) **ab**.*



I. Problemaufriss

I. Problemaufriss

→ Probleme in der Praxis:

II. Umgang mit
Abstands-
empfehlungen

Wie ist mit den verschiedenen Abstandsempfehlungen umzugehen?

III. Fazit

Welcher wissenschaftliche Standard wird den verschiedenen Abstandsempfehlungen beigemessen?

Welche Bindungswirkung kommt ihnen jeweils zu?



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen



1. Artspezifische Mindestabstände

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

III. Fazit

Diese finden sich beispielsweise in:

Diese finden sich beispielsweise in:

Arbeitshilfe des Niedersächsischen Landkreistags (sog. NLT-Papier)
(Stand: Oktober 2014)

Windenergieerlasse und Rundschreiben der Bundesländer (in RP: Rundschreiben Windenergie v. 28.05.2013)

Abstandsempfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (sog. „Helgoländer Papier“)
(Stand: April 2015)

Leitfäden der Länder
(Naturschutzfachlicher Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in RP v. 13.09.2012)

Tierökologische Abstandskriterien Brandenburg (TAK) (Stand: 15.10.2012)

LUBW-Hinweise (Stand Erfassung: 01.03.2013, Stand Bewertung: 01.07.2015)



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

1. Artspezifische Mindestabstände

I. Problemaufriss

II. Umgang mit
Abstands-
empfehlungen

III. Fazit

Das OVG Lüneburg entschied 2008:

*„In dieser Lage, in der der verfügbare naturschutzfachliche Kenntnisstand regelmäßig nur qualitative Risikoeinschätzungen hervorbringen kann, können die in verschiedenen Bundesländern entstandenen Arbeitspapiere ungeachtet dessen, dass gegen die darin enthaltenen Aussagen im Einzelnen möglicherweise auch berechtigte Kritik vorgebracht werden kann, **als Beurteilungskriterien und Orientierungshilfen jedenfalls zum Zweck einer Grobabschätzung herangezogen werden.**“*

[OVG Lüneburg, Urt. v. 12.11.2008 (12 LC 72/07)]

„Eine rechtliche Verbindlichkeit der ausdrücklich als Empfehlung formulierten Vorgaben aus dem NLT-Papier besteht nicht.“

[VG Oldenburg, Beschl. v. 26.05.2014 (5 B 603/14) mit Verweis auf OVG Lüneburg, Urt. v. 12.11.2008 (12 LC 72/07)]



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

1. Artspezifische Mindestabstände

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstands- empfehlungen

III. Fazit

Der VGH München entschied, dass:

„die neuen Abstandsempfehlungen zwar allgemeinen naturschutzfachlichen Erfahrungswerten entsprechen und einer vereinfachten Verwaltungs-Genehmigungspraxis dienen, welche aber eine Prüfung aufgrund besonderer Umstände des jeweiligen Einzelfalls (...) unberührt lässt“.

[VGH München, Urt. v. 27.05.2016 (22 BV 15.2003)]

→ Der VGH geht mithin davon aus, dass den artenschutzrechtlichen Mindestabständen eine hinreichende wissenschaftliche Erkenntnis zukommt, die empfohlenen Abstände dennoch **kein zwingendes Tabu** darstellen, sondern **jedenfalls**

eine Prüfung des Einzelfalles erforderlich

ist.



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

1. Artspezifische Mindestabstände

I. Problemaufriss

II. Umgang mit
Abstands-
empfehlungen

III. Fazit

Fazit der Rechtsprechung:

- Artspezifische Mindestabstände können **nur Orientierungshilfe/Indiz** sein
- Jedenfalls **Einzelfallprüfung** nötig

- Nichts anderes folgt aus Entscheidung der 84. Umweltministerkonferenz:

Entgegen der Aussage der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten und der Naturschutzbehörden hat diese die Abstandsvorgaben des Helgoländer Papiers 2015 nicht bestätigt!

[vgl. Ergebnisprotokoll der 55. Amtschefkonferenz v. 21.05.2015;
Ergebnisprotokoll der 84. Umweltministerkonferenz v. 22.05.2015]



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

1. Artspezifische Mindestabstände

I. Problemaufriss

Problem in der Praxis:

II. Umgang mit
Abstands-
empfehlungen

Ist das Helgoländer Papier nach neuster Erkenntnis im Rahmen der Einschätzungsprärogative überhaupt noch als Indiz nutzbar?

III. Fazit

Grundsätzlich - BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 (7 C 40/11):

Ob Verstoß gegen artenschutzrechtliche Verbote vorliegt, unterliegt der

naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Behörde,

denn

- es fehlen naturschutzfachlich allgemein anerkannte, standardisierte Maßstäbe und rechenhaft handhabbare Verfahren
- ornithologische Kriterien sind maßgeblich
- die zu treffende Entscheidung enthält prognostische Elemente



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

1. Artspezifische Mindestabstände

I. Problemaufriss

II. Umgang mit
Abstands-
empfehlungen

III. Fazit

→ Die in den Bundesländern entwickelten Arbeitspapiere können zwar grundsätzlich als Orientierungshilfe für die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative herangezogen werden

ABER:

→ Die Anforderungen an einen **wissenschaftlichen Standard** müssen in jedem Fall erfüllt sein



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

1. Artspezifische Mindestabstände

Wissenschaftlicher Stand und Bindungswirkung der Abstandsempfehlungen der LAG VSW?

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

III. Fazit

Hinsichtlich der Abstandsempfehlungen der LAG VSW stellt eine aktuelle Studie fest, dass diese den Anforderungen an eine wissenschaftliche Studie **nicht** genügen, sodass eine Bindungswirkung offensichtlich nicht besteht.

„Der Soll-Ist-Vergleich mit den grundsätzlich bestehenden wissenschaftlichen Anforderungen zeigt gravierende Mängel (...). Mit der Vermengung von Beobachtungen und Interpretationen wird gegen die Basisanforderung der Reliabilität verstoßen. Eingehalten sind auch nicht die Anforderungen an Objektivität (...). Grundsätzlich Zweifel sind (...) anzumelden, da nur behauptet, nicht aber belegt wird, ob die Ergebnisse den Gütekriterien der Forschung entsprechen.“

[vgl. „Helgoländer Papier – grundsätzliche wissenschaftliche Anforderungen“, Studie der Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer), TU Braunschweig, Edmund Brandt, Februar 2016, S. 48]

Gegen eine Bindungswirkung der LAG VSW sprach sich auch das OVG Koblenz mit Beschl. v. 13.06.2013 (1 B 10362/13.OVG) aus



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

In den Windenergieerlassen, Rundschreiben und Leitfäden der Länder sowie z.B. in den Hinweisen der Landesanstalt für Umwelt, Messung und Naturschutz Baden-Württemberg (LUBW-Hinweise) sind enthalten:

III. Fazit

- Hinweise zur Sachverhaltsermittlung der möglichen Betroffenheit von WEA-empfindlichen Arten
- Methoden zur Bestandserfassung von WEA-empfindlichen Arten (**Kartierung**)
- Methoden zur Durchführung von **Raumnutzungsanalysen**
- Methoden zur Bewertung, insb. zur Vermeidung und zum Schutz des Verstoßes gegen artenschutzrechtliche Verbote (**Schutzkonzept**)



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

Hinsichtlich des Bayerischen Windenergieerlasses (von 2011) entschied der VGH München:

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

Vorgaben durch Windenergieerlasse der Länder sind verbindlich, obwohl sie keinen Rechtssatzcharakter haben, denn:

III. Fazit

*„Rechtlich handelt es sich hierbei um ein **antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität**. Es beruht auf landesweiten fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen und lässt regionale und lokale Partikularinteressen in den Hintergrund treten. Hiervon darf auch angesichts der artenschutzfachlichen Einschätzungsprärogative **nicht ohne fachlichen Grund** und ohne gleichwertigen Ersatz abgewichen werden.“*

[VGH München, Beschl. v. 17.02.2016 (22 CS 15.2562); VGH München, Beschl. v. 08.06.2015 (22 CS 15.686); VGH München, Urt. v. 18.06.2014 (22 B 13.1358); bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 16.09.2014 (4 B 48.14)]



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

III. Fazit

Mit ähnlicher Aussage entschied auch das OVG Koblenz 2013:

„Wenn aber von einer Fachbehörde im Auftrag des zuständigen Ministeriums zu dieser Frage bereits eine fachliche Einschätzung abgegeben und als ‚Leitfaden für Behörden...‘ bekannt gemacht worden ist [...], ist von der behördlichen Einschätzungsprärogative jedenfalls teilweise [...] bereits Gebrauch gemacht worden.“

[OVG Koblenz, Beschl. v. 13.06.2013 (1 B 10362/13.OVG)]



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit
Abstands-
empfehlungen

III. Fazit

Auch der VGH Mannheim hat hinsichtlich der LUBW-Hinweise entschieden. Das Gericht spricht dabei zwar nicht ausdrücklich von einem **antizipierten Sachverständigengutachten**, scheint die Hinweise – auf Grund seiner Vorgehensweise bei der Prüfung – jedoch ebenfalls dementsprechend zu qualifizieren:

*„Nach den Hinweisen [der LUBW] ist deshalb innerhalb eines Radius von 1.000 m um den Horst sowie in den regelmäßig frequentierten Nahrungshabitaten und Flugkorridoren ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko durch den Betrieb von Windenergieanlagen gegeben, **es sei denn**, eine Ermittlung (...) zeige auf, dass die innerhalb des 1000 m-Radius betroffenen Bereiche nicht oder nicht regelmäßig genutzt werden.“*

[VGH Mannheim, Beschl. v. 06.07.2016 (3 S 942/16); Unterstreichung durch Referent; ebenso VGH Mannheim, Beschl. v. 23.02.2016 (3 S 2225/15)]

→ Keine Abweichung von LUBW-Hinweisen ohne **sachlichen Grund**



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

III. Fazit

- Nimmt man die grds. Verbindlichkeit der Windenergieerlasse an, sind auch die Vorgaben der die Windenergieerlasse konkretisierenden Leitfäden bezüglich des Artenschutzes der Länder als verbindlich anzusehen (vgl. Leitfäden NRW, HE, RP, SL und Nds)
- Die planende Gemeinde sowie die Genehmigungsbehörde müssen bei der Ausübung ihrer naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative diese Vorgaben dann zwingend beachten

Entscheidend ist nach VGH München und dem BVerwG jedenfalls, dass eine **Abweichung** von der vorgeschlagenen methodischen Vorgehensweise zulässig ist, wenn diese

- **sachlich begründet** ist und
- **ein gleichwertiges Erfassungs- und Bewertungssystem** gewählt wird



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

III. Fazit

Beispiel aus der Praxis: Die drittanfechtende Standortgemeinde fordert:

*Weitere Ermittlungen nach Anlage 6 (Hinweise zur Erfassungsmethode Vögel) des Windenergieerlasses hinsichtlich der Art **Uhu***

Allerdings: Naturschutzfachliche Experten ermittelten, dass eine Erhöhung des Tötungsrisikos von vornherein ausgeschlossen sei, sodass weitere Überprüfungen nicht notwendig sind

[VGH München, Beschl. v. 08.06.2015 (22 CS 15.686)]

Grund: Rotorblätter weisen Abstand zur Geländeoberfläche auf, der über der für gewöhnlich durch betroffene Art erreichten Flughöhe liegt
→ Uhu fliegt regelmäßig nicht höher als 80 m

[VGH München, Beschl. v. 08.06.2015 (22 CS 15.686)]



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

Grund: Die im Windenergieerlass vorgeschlagene Methodik der Anlage 6 ist für den Uhu naturschutzfachlich nicht geeignet, denn der Uhu ist nachtaktiv und kann deshalb tagsüber nicht erfasst werden

III. Fazit

→ Erforderlich deshalb: Gleichwertige Methoden zur Überprüfung der Erhöhung der Aufenthaltswahrscheinlichkeit

→ Naturschutzfachlicher Experte kennt die Uhuquartiere und das Jagdverhalten in der Region und überprüft diese regelmäßig; konkrete Benennung der Nahrungsgebiete und Horste möglich, sodass Aufenthaltswahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann

→ Eine Abweichung von den vorgeschlagenen Methoden des Windenergieerlasses ist mithin sachlich gerechtfertigt



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

III. Fazit

Weiteres Beispiel aus der Praxis: Gerügt wird:

*Die Nachforschungen, die hinsichtlich des **Rotmilans** zunächst zwischen Mai und August durchgeführt wurden, sind nicht zu den relevanten und maßgeblichen Zeiten der Balz- und Brutzeit zwischen März und April durchgeführt worden. Dies widerspricht den Maßgaben des (Bayerischen) Windkrafteerlasses.*

Allerdings: Auf Grund der erforderlichen Nahrungszufuhr der im Mai geschlüpften Jungtiere können Horste problemlos auch ab Mai ermittelt werden

→ Der konkret gewählte Zeitraum stellt mithin einen gleichwertigen Bewertungszeitraum dar



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

III. Fazit

Weiteres Beispiel aus der Praxis: Gerügt wird:

*Die inhaltliche Ausgestaltung der Vermeidungsmaßnahmen **weicht** in verschiedener Hinsicht von den Vorgaben in den LUBW-Hinweisen **ab**.*

Zwar Horst eines **Rotmilans** innerhalb des 1.000 m Radius, aber Vermeidungs- und Schutzmaßnahmen möglich

Dabei Abweichung von den in den LUBW-Hinweisen empfohlenen Vermeidungs- und Schutzmaßnahmen, da diese wirksamer sein sollen, als die zwangsläufig pauschalisierten LUBW-Hinweise



II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

2. Methoden zur Erfassung und Bewertung von geschützten Arten

I. Problemaufriss

II. Umgang mit Abstandsempfehlungen

III. Fazit

„Der Senat hält diese durch die genannten Fachstudien geschützten Darlegungen für hinreichend plausibel und betrachtet deshalb die in der Stellungnahme des Büros angesprochenen Abweichungen gegenüber den LUBW-Hinweisen als von der Einschätzungsprärogative des Landratsamtes gedeckt.“

[VGH Mannheim, Beschl. v. 06.07.2016 (3 S 942/16), wobei es teilweise an überzeugenden Begründungen hins. der Abweichung fehlt]

→ Eine Abweichung von den vorgeschlagenen Vermeidungs- und Schutzmaßnahmen des Windenergieerlasses kann mithin sachlich gerechtfertigt sein



I. Problemaufriss

II. Umgang mit
Abstands-
empfehlungen

III. Fazit

III. Fazit

- Artspezifische Mindestabstände und Methoden zur Erfassung und Bewertung geschützter Arten sind in den Windenergieerlassen/Rundschreiben, Leitfäden und anderen Arbeitshilfen der Bundesländer enthalten
- Dabei kommt den jeweiligen Arbeitshilfen und den darin enthaltenen Empfehlungen zum Artenschutz unterschiedliche Qualität zu
- Um Arbeitshilfen im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative als Orientierungshilfe/Indiz anwenden zu können, müssen diese jedenfalls die Anforderungen an einen wissenschaftlichen Standard erfüllen
- Vermehrt spricht die Rechtsprechung den Erlassen/Leitfäden der Bundesländer zum Artenschutz den Status eines antizipierten Sachverständigengutachtens zu und schlussfolgert hieraus eine Bindungswirkung, sodass eine Abweichung nur mit sachlichem Grund möglich ist



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

M A S L A T O N

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Leipzig · München · Köln

Holbeinstraße 24, 04229 Leipzig

Prof. Dr. Martin Maslaton, Recht der Erneuerbaren Energien
TU Chemnitz

Fachanwalt für Verwaltungsrecht