

**Aktuelle Rechtsprechung zu
Windenergieanlagen und Artenschutz**

von

RA Johannes Bohl

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Vortrag für den BDLA
am 07.03.2015 in Kassel

Johannes Bohl
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter an der FH Würzburg

Jutta Kronewald M.A.
Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Jörg R. Naumann
Rechtsanwalt
Schwerpunkt: Verwaltungsrecht

Ralph Wüst
Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (StW)
Fachjournalist (fjs)
Lehrbeauftragter an der FH Würzburg

Johannes Grell
Rechtsanwalt und
Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

E-Mail: info@ra-bohl.de

Internet: www.ra-bohl.de

Büro Würzburg:

Franz-Ludwig-Straße 9
97072 Würzburg

Telefon: +49 (931) 79645-0
Telefax: +49 (931) 79645-50

Zweigstelle Fulda:

Dr.-Weinzierl-Straße 13
36043 Fulda

Telefon: +49 (661) 9336303
Telefax: +49 (661) 9336356

Bei der Rechtsprechung zum Artenschutz sind die Genehmigungsebene, die Ebene des Flächennutzungsplans (Konzentrationszonen) und des Regionalplans (Vorranggebiete) zu unterscheiden.

1. Genehmigungsebene

1.1 Verfahrensrechtliche Einordnung

Aus folgender Matrix ergibt sich, wann die Errichtung von Windkraftanlagen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedarf und wann das Erfordernis einer Umweltverträglichkeitsprüfung hinzutritt:

| Größe der Anlagen | Art der Genehmigung | Umweltverträglichkeitsprüfung |
|---------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|
| Windkraftanlagen bis 50 m Gesamthöhe | Genehmigung nach Landesbauordnung | nicht erforderlich |
| Windkraftanlagen über 50 m Gesamthöhe | Genehmigung nach § 19 BImSchG im vereinfachten Verfahren (ohne Öffentlichkeitsbeteiligung) (Ziff. 1.6.2 der 4. BImSchV) | nicht erforderlich |
| 1 – 2 Anlagen | | |
| 3 – 5 Anlagen | | UVP nach standortbezogener Vorprüfung des Einzelfalls (Ziff. 1.6.3 des UVPG, Spalte 2 „S“) |
| 6 – 19 Anlagen | | UVP nach allgemeiner Vorprüfung des Einzelfalls (Ziff. 1.6.2 des UVPG, Spalte 2 „A“) |
| 20 und mehr Anlagen | Genehmigung nach § 10 BImSchG (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) (Ziff. 1.6.1 der 4. BImSchV) | generell UVP-pflichtig (Ziff. 1.6.1 des UVPG, Spalte 1 „X“) |

Mittlerweile wird vertreten, dass die Bestimmungen des förmlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens mit Öffentlichkeitsbeteiligung wegen ihrer Funktion als Trägerverfahren für die nach der UVP-Richtlinie einer Umweltprüfung bedürftigen Anlagen drittschützende Wirkung für die „betroffene“ Öffentlichkeit haben.¹ Dabei wird ausdrücklich auf eine gemeinschaftsrechtskonforme Rechtsauslegung abgestellt (s.o.). Dem sind andere Oberverwaltungsgerichte ausdrücklich entgegengetreten.² Wieder andere sind bislang

¹ OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 25.01.2005 - 7 B 12114/04 = DÖV 2005, 436

² OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.01.2005 - 8 A 11488/04 = BauR 2005, 1063 (Ls.); DÖV 2005, 615

einer rechtlichen Festlegung ausgewichen.³

Da an der Differenzierung zwischen immissionsschutzrechtlicher und baurechtlicher Genehmigung nach der gegenwärtigen Rechtsprechung zumindest auch die Frage des Nachbarschutzes im Hinblick auf das Verfahrensrecht abzuhängen scheint, kommt auch insoweit der Auslegung des Begriffs „Windpark“ in Abgrenzung zu Einzelanlagen eine Bedeutung zu. Nach der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts*⁴ ist entscheidend für das Vorhandensein einer „Windfarm“ der räumliche Zusammenhang der einzelnen Anlagen. Sind sie soweit voneinander entfernt, dass sich die nach der UVP-Richtlinie maßgeblichen Auswirkungen nicht summieren, so behält jede Anlage für sich den Charakter einer Einzelanlage. Von einer Windfarm ist indessen auszugehen, wenn drei oder mehr Windkraftanlagen einander räumlich so zugeordnet werden, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren.⁵ Der dem Europarecht⁶ entlehnte Begriff der Windfarm beinhaltet, dass drei oder mehr Windkraftanlagen einander räumlich so zugeordnet werden, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren.⁷

Wird eine genehmigungsbedürftige oder eine gemäß § 67 Abs. 2 BImSchG anzuzeigende Windfarm durch Hinzutreten einer weiteren Windkraftanlage geändert, richtet sich die Genehmigungsbefreiung der Änderung nach §§ 15, 16 BImSchG. Das gilt unabhängig davon, wer Betreiber der Windfarm ist und ob im konkreten Fall eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden muss.⁸

Die verfahrensrechtliche Zuordnung insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis der Vorprüfung nach § 3c UVPG ist auch im Hinblick auf den Artenschutz von Bedeutung. Den Gerichten steht insoweit ein (beschränktes) Einfallstor zu Überprüfung der artenschutzrechtlichen Anforderungen zur Verfügung, auch wenn Kläger ein privater Dritter ist, der sich grundsätzlich nicht auf § 44 BNatSchG berufen kann, denn diese Vorschrift selbst ist in ständiger Rechtsprechung nicht drittschützend.

³ *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 21.01.2005 - 10 B 2397/03

⁴ *BVerwG*, Urt. v. 30.06.2004 - 4 C 9.03 = DVBl. 2004, 1304 [1306]

⁵ noch Einfacher: *OVG Niedersachsen*, Beschl. v. 20.09.2004 - 7 ME 233/03: Es kommt nur auf die Zahl der Anlagen an.

⁶ so erstmals UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG <juris: EGRL 11/97> des Rates vom 3. März 1997 <ABl EG Nr. L 73 S. 5>

⁷ *BVerwG*, Urt. 08.05.2007 - 4 B 11/07 = RdL 2007, 248-249

⁸ *BVerwG*, Urt. v. 21.10.2004 - 4 C 3.04 = BauR 2005, 498 = BRS-ID 2005, 1 = BRS-ID 2005, 3 = UPR 2005, 113 = ZfBR 2005, 191

1.2

1.3 Genehmigungsmaßstab

Der materiell-rechtliche Genehmigungsmaßstab für eine Windkraftanlage mit einer Gesamthöhe über 50 m ergibt sich aus § 6 Abs. 1 BImSchG. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn

1. sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 und einer auf Grund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und
2. andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

Zu den anderen öffentlichen Vorschriften zählen die einschlägigen Anforderungen des Artenschutzes, insbesondere § 44 BNatSchG.

1.4 Nebenbestimmungen zur Genehmigung

Bedeutsam ist auch die Möglichkeit, durch Nebenbestimmungen die Genehmigungsfähigkeit einer Windkraftanlage herzustellen oder zu sichern. Die Voraussetzungen für die Beifügung von Nebenbestimmungen ergeben sich aus § 12 Abs. 1 BImSchG. Danach kann die Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen.

Jedoch kann die Anordnung eines Schlagopfermonitorings nicht auf § 12 BImSchG gestützt werden, weil es den Rechtsverstoß (Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 BNatSchG) nicht verhindern kann.⁹ Auch wird generell das Fehlen einer nötigen Rechtsgrundlage angeführt.¹⁰

Möglich ist jedoch die Anordnung eines Schlagopfermonitorings über § 12 Abs. 2a BImSchG als „freiwillige“, d.h. von der Zustimmung des Betreibers abhängiger Auflagenvorbehalt. Das setzt voraus, dass ein nicht vollständig bewertbares Tötungsrisiko beobachtet werden soll (dazu das Monitoring). Auch muss die spätere zunächst vorbehaltene Auflage konkret benannt werden (z.B. Nachtabstaltung).

⁹ OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 13.03.2014 – 2 L 215/11

¹⁰ VG Halle, Urt. v. 23.11.2010

1.5 Vorbescheidsverfahren

Praxisrelevant sind Vorbescheidsanträge, um die konkreten und erheblichen Planungskosten im Vorfeld rechtlich abzusichern. Dabei ist es zulässig, beim üblichen Vorbescheidsantrag zur Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit (Standort-Vorbescheid) einzelne Belange des § 35 Abs. 3 BauGB auszuklammern, z.B. die Frage nach der artenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Standortes.¹¹

1.6 UVP-Vorprüfung

Die Vorprüfung (gleich ob allgemein oder standortbezogen) der Umweltverträglichkeit nach § 3c UVPG hat auch die Auswirkungen auf geschützte Arten zu erfassen. Maßstab für die Vorprüfung ist dabei:

Sofern in der Anlage 1 für ein Vorhaben eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls vorgesehen ist, ist eine UVP durchzuführen, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die nach § 12 zu berücksichtigen wären. Sofern für ein Vorhaben mit geringer Größe oder Leistung eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls vorgesehen ist, gilt Gleiches, wenn trotz der geringen Größe oder Leistung des Vorhabens nur aufgrund besonderer örtlicher Gegebenheiten gemäß den in der Anlage 2 Nr. 2 aufgeführten Schutzkriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen zu erwarten sind. Bei den Vorprüfungen ist zu berücksichtigen, inwieweit Umweltauswirkungen durch die vom Träger des Vorhabens vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen offensichtlich ausgeschlossen werden. ... Die Durchführung und das Ergebnis der Vorprüfung sind zu dokumentieren. § 3c Satz 1 i.V. mit § 12 UVPG stellt mithin klar, dass die Beurteilung auf Grund einer „Einschätzung der Behörde“ sowie einer „überschlägigen Prüfung“ erfolgt. Die Rechtsprechung hat insoweit eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Behörde bestätigt.¹²

Diese Einschätzungsprärogative gilt gleichermaßen für die Bestandserfassung und die Gefahrenbewertung.¹³

¹¹ VG Minden, Urt. v. 22.10.2014 – 11 K 2069/13

¹² BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12

Die Rechtsprechung hat dabei betont, dass es bislang keine gesetzliche Regelung für Art und Umfang der Bestandsaufnahme sowie Erfassung und Bewertung der Einwirkungen gibt. Ebenso bestehen bislang keine Durchführungsverordnungen oder normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften.¹⁴

Die Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) gemäß gemeinsamer Bekanntmachung der Bayer. Staatsministerien des Innern, für Wissenschaft, Forschung und Kunst, der Finanzen, für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, für Umwelt und Gesundheit sowie für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 20.12.2011 (sog. „Bayer. Windkrafteerlass“)¹⁵ ist gerichtlich als antezipiertes Sachverständigengutachten zu beachten.¹⁶

Fraglich ist, ob die Einschätzungsprärogative auch Grenzen unterliegt. Das wurde in der Rechtsprechung jedenfalls verneint, soweit ein gegensätzlicher Meinungsstand trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse fortbesteht oder es an einem eindeutigen ökologischen Erkenntnisstand mangelt.¹⁷

Gerichtlich voll überprüfbar und insoweit ohne Einschätzungsprärogative zu Gunsten der Behörde ist die Vorfrage, ob überhaupt ein „Anfangsverdacht“ besteht, dass auf eine geschützte Art durch die geplante Windkraftanlage eingewirkt werden kann.¹⁸ Liegt die Anlagen z.B. in der Flugroute einer geschützten Art, kann die Behörde nicht unter Berufung auf ihre Einschätzungsprärogative die Auswirkung von vornherein verneinen, sondern ist zu näheren Untersuchungen und Bewertungen gezwungen.

1.7 Artenschutzrechtliche Anforderung

Über § 6 Abs. 1 Ziff. 2 BImSchG (s.o.) sind auch unmittelbar artenschutzrechtliche Anforderungen zu beachten, insbesondere § 44 Abs. 1 BNatSchG (Vorschriften für besonders geschützte und bestimmte andere Tier- und Pflanzenarten). Danach ist es verboten

¹³ BayVGH, Urt. v. 18.06.2014 – 22 B 13.1358

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11

¹⁵ Az.: IIB5-4112.79-057/11, B4-K5106-12c/28037, 33/16/15-L 3300-077-47280/11; VI/2-6282/756, 72a-U8721-0-2011/63-1 und E6-7235-3-1/396

¹⁶ BayVGH, Urt. v. 18.06.2014 – 22 B 13.1358

¹⁷ OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 13.03.2014 – 2 L 212/11

¹⁸ OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 13.03.2014 – 2 L 212/11

1. wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten ... zu verletzen oder zu töten (Tötungsverbot) oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur ... zu beschädigen oder zu zerstören,
2. wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert,
3. Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten ... zu beschädigen oder zu zerstören, (Zugriffsverbote).

Nach ständiger Rechtsprechung greift auch bei der Anwendung des § 44 BNatSchG die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative (s.o.), auch wenn diese insoweit keine eindeutige Stütze im Gesetzeswortlaut hat.

Zu berücksichtigen ist, dass es bei Windkraftanlagen artenschutzrechtliche nicht nur um das Tötungsrisiko infolge Kollision geht, sondern auch nach § 44 Abs. 1 Ziff. 2 BNatSchG um eine sog. „Scheuchwirkung“, die zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes einer lokalen Population führen kann.

1.7.1 Einzelne Arten

- **Schwarzstorch**

Für den Schwarzstorch ist umstritten, ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko und damit ein Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Ziff. 1 BNatSchG gegeben ist.

So soll das Tötungsverbot noch nicht verletzt sein bei einer einzelner Sichtung im Plangebiet. In diesem Falle sei eine signifikant erhöhte Kollisionsgefahr nach Stand der Wissenschaft nicht vertretbar. Im konkreten Fall ging die Rechtsprechung von einem Kollisionschaden im Jahr bei insgesamt 500 Brutpaaren in Deutschland aus.¹⁹

Nach anderer Ansicht sei der „Bayer. Windkrafterlass“ als antezipiertes Sachverständigenutachten in Ausfüllung der naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative maßgeblich,

¹⁹ VG Hannover, Urt. v. 22.11.2012 – 12 A 2305/11

wonach unter den dort genannten Randbedingungen von einem Verstoß gegen das Tötungsverbot auszugehen ist.²⁰

Da der „Bayer. Windkrafterlass“ auch auf die sog. „Helgoländer Liste 2007“ Bezug nimmt, kann davon ausgegangen werden, dass diese damit ebenfalls mittelbare Relevanz erlangt.

- **Fledermaus**

Das nach § 44 Abs. 1 Ziff. 1 BNatSchG relevante Tötungsrisiko ist zwar individuenbezogen, erforderlich ist aber signifikant erhöhtes Tötungsrisiko. Das ist insbesondere bei in Schwärmen auftretenden Tieren von Bedeutung. Mithin ist eine „deutliche Steigerung“ des Tötungsrisikos gegen über dem allgemeinen Überlebensrisiko im Naturgeschehen erforderlich.

Das soll in Bezug auf die Fledermaus der Fall sein, wenn der konkrete Standort in erhöhtem Maß schlagkräftig ist (z.B. im Wald, in bevorzugten Jagdgebieten, in Hauptflugrouten).²¹

2. Bauleitplanung

Für die Bauleitplanung ist der Artenschutz ebenfalls von Bedeutung. Hier wirkt er in erster Linie über § 1 Abs. 3 BauGB (sog. städtebauliche Erforderlichkeit). Diese Erforderlichkeit fehlt, wenn zur Verwirklichung unüberwindliche artenschutzrechtliche Hindernisse entgegenstehen.²²

Das hat zur Konsequenz, dass in der Bauleitplanung zumindest eine überschlägige Ermittlung und Bewertung der Auswirkungen auf geschützte Arten erfolgen muss. Die Prüftiefe muss dabei zumindest soweit gehen, dass geklärt wird, dass der geplante Standort (in der Regel also ein Gebiet) nicht gänzlich und generell aus artenschutzrechtlichen Gründen ungeeignet ist.

Die städtebauliche Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB ist insoweit auch eine Vorschrift, die zumindest mittelbar „dem Umweltschutz dient“. Das hat zur Konsequenz, dass

²⁰ BayVGH, Beschl. v. 06.10.2014 – 22 ZB 14.1079

²¹ OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 13.03.2014 – 2 L 212/11

auch ein Umweltschutzverband sich über § 2 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG auf eine Verletzung dieser artenschutzrechtlichen Anforderung berufen kann und deshalb z.B. einen Normenkontrollantrag stellen kann.

3. Regionalplanung

Umstritten sind die artenschutzrechtlichen Anforderungen an die Regionalplanung, soweit diese für Windkraftanlagen Vorranggebiete ausweist.

So werden konkrete örtliche avifaunistische und fledermauskundliche Untersuchungen und artenschutzrechtliche Bewertungen auf Regionalplanebene verneint, da diese vielmehr im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu erfolgen hätten. Das wird auch damit begründet, dass der Regionalplan eine langjährige Planungsperspektive habe und die räumliche Verteilung der Arten sich im Laufe der Zeit ändern könne.²³

Ebenso wurde bei einer (offenbar wohl vollständigen) Verlagerung der artenschutzrechtlichen Prüfung in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren ein „verbotener Konflikttransfer“ verneint.²⁴

An diese Rechtsprechung können Zweifel angemeldet werden. Auch unter Berücksichtigung der raumplanerischen Unschärfe ist sehr wohl infolge der häufigen Kleinräumigkeit von Vorranggebieten möglich, dass diese mehr oder weniger vollständig aus artenschutzrechtlichen Gründen für Windkraftanlagen nicht verfügbar sind.

Das Verbot des Konflikttransfers muss vielmehr auch hier gelten, so dass eine artenschutzrechtliche Prüfung zumindest in dem Umfang und in der Tiefe zu erfolgen hat, das die Gewähr besteht, dass auf der nachfolgenden Planungsebene (Flächennutzungsplan) oder der Genehmigungsebene grundsätzlich trotz artenschutzrechtlicher Belange noch im nötigen Umfang Windkraftanlagen betrieben werden können.

²² OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.08.2008 – 8 C 10368/07; BVerwG, Beschl. v. 25.08.1997 – 4 NB 12.97

²³ Hess. VGH, Urt. v. 10.05.2012 – 4 C 841/11.N

²⁴ Hess. VGH, Urt. v. 10.05.2012 – 4 C 841/11.N