



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Artenschutz I: Einschätzungsprärogative ade? Das Bundesverfassungsgericht entscheidet zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch



Dr. Andreas Hinsch ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Öffentliches Bau-recht, Immissionsschutzrecht und Energierecht zuständig.

Ob die sog. Einschätzungsprärogative eine Freude oder eine Last ist, hängt vom Standpunkt ab. Die Rechtsfigur führt dazu, dass ein Gericht auch auf Tatbestandsebene nicht abschließend entscheidet, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt werden, sondern nur, ob die rechtsanwendende Behörde bei der Ausfüllung des Tatbestandes grobe Fehler (Beurteilungsfehler) begangen hat.

Unter Bezugnahme auf die Einschätzungsprärogative geht die Verwaltungsrechtssprechung davon aus, dass hinsichtlich der Prüfung der Einschlägigkeit der artenschutzrechtlichen Verbote, sprich der Frage, ob eine signifikante Gefährdung einer Art z. B. durch eine Windenergieanlage vorliegt, eine entsprechende Beurteilungsmächtigung vorliegt, das heißt das Gericht prüft nicht, ob die Tiere gefährdet sind, sondern das Gericht prüft nur, ob der Behörde bei der Prüfung dieser Frage Beurteilungsfehler unterlaufen sind.

Dieser Ansatz gefiel betroffenen Windenergieanlagenbetreibern nicht, deren Genehmigung wegen eines Verstoßes gegen das Tötungsverbot abgelehnt wurde. Verfassungsbeschwerden wurden durch das Bundesverfassungsgericht wegen mangelnder Erschöpfung des Rechtsweges zurückgewiesen. Das mag zunächst verwundern, denn tatsächlich wurde der Rechtsweg formell ausgeschöpft. Das Bundesverwaltungsgericht sah jedoch im Vortrag der Beschwerdeführer ein Problem, da sie behauptet hätten, dass die notwendigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Beurteilung des Tötungsrisikos, hier für Rotmilane, bereits existieren würden und kein Raum für eine behördliche Einschätzung ohne gerichtliche Vollkontrolle bestünde. Zum einen kann man an dem Antritt Zweifel haben, zum anderen führte dieser Vortrag in die prozessuale Sackgasse, weil entsprechend substantiiertes Vortragen bei den fachgerichtlichen Verfahren dem Verwaltungsgericht nicht ersichtlich war.

Dennoch enthält die Entscheidung Hinweise, die auf die zukünftige Entwicklung der Prüfung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (Tötungsverbot) schließen lassen. Das Gericht verabschiedet sich vom Konstrukt der Einschätzungsprärogative und leitet die Befugnis der Beschränkung der Prüfung der behördlichen Entscheidung auf die bloße Plausibilitätskontrolle nun daraus ab, dass der jeweilige ökologische Erkenntnisstand

Aktuelles

Marktstammdatenregister

Das Marktstammdatenregister ist das Onlineportal, in das alle Marktakteure des deutschen Strom- und Gasmarktes ihre Stammdaten und die ihrer Anlagen einzutragen haben. Dieses Portal steht nun seit dem 31. Januar 2019 unter www.markstammdatenregister.de zur Verfügung.

eine faktische Grenze der verwaltungsrechtlichen Kontrolle darstellt. Das heißt die Frage, inwieweit eine signifikante Gefährdung vorliegt, lässt sich (noch) nicht objektiv klären. Insoweit bedarf es keiner gesetzlich eingeräumten Ermächtigung für die Behörde, sondern die Beschränkung der Kontrolle ergibt sich aus der Natur der Sache und ist auch mit dem Rechtsstaatsgebot und dem Justizgewährungsanspruch vereinbar.

Interessant wird die Entscheidung, wenn das Bundesverwaltungsgericht den Gesetzgeber auffordert, die Rechtsanwendung keinem fachwissenschaftlichen Erkenntnisvakuum zu überlassen. Jedenfalls eine untergesetzliche Maßstababbildung, wie beispielsweise durch die Einsetzung fachkundiger Gremien, sollen dafür sorgen, dass die behördliche Entscheidung vorhersehbar wird. Was der Gesetzgeber aus diesen Hinweisen macht, bleibt zunächst offen, ein großer zeitlicher Druck besteht jedenfalls nicht. Erfreulich wäre allerdings, wenn sich der Bundesgesetzgeber dieser Fragen annimmt und das Erlass- und Leitfadenwirrwarr, das die Länder verursacht haben und das letztlich dazu führt, dass Wertungen hinsichtlich der Auswirkungen der Windkraftnutzung auf störungs- bzw. schlagopfergefährdete Tiere von Land zu Land unterschiedlich ausfallen, beseitigt wird. Es bleibt abzuwarten; die Entscheidung ist – wie zu erwarten war – jedenfalls kein Durchbruch in Sachen Artenschutz und Windkraftnutzung.

Unsere Themen

- Artenschutz I: Einschätzungsprärogative ade? Das Bundesverfassungsgericht entscheidet zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz
- Artenschutz II: Ausnahme als Lösung? Artenschutzrechtliche Ausnahme kritisch betrachtet.
- Sammeln bringt Freude ...
- Aktuelle Rechtsprechung

Artenschutz II: Ausnahme als Lösung? Artenschutzrechtliche Ausnahme kritisch betrachtet.

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Dass artenschutzrechtliche Fragestellungen zurzeit einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, dass der Ausbau der Windenergienutzung stockt, werden nur Wenige infrage stellen. In fast jedem Projekt gibt es mehr oder minder beschränkende Auflagen zum Artenschutz, oder es kann sogar sein, dass ein Projekt an möglichen Verstößen gegen artenschutzrechtliche Bestimmungen abschließend scheitert. Selbst wenn man die Genehmigung erhält, bleiben artenschutzrechtliche Probleme in der Folge eines Drittschutzes gegen die Genehmigung höchst relevant.

Einige Landeserlasse und in der Folge auch die entsprechenden Zulassungsbehörden sehen eine Lösung des Problems in der Ausnahme von artenschutzrechtlichen Bestimmungen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG). Hier wird trotz der Einschlägigkeit der Verbote auf der Rechtsfolgenseite die Zulässigkeit eines Vorhabens bescheinigt. Grob gesagt ist damit eine Abwägung verbunden, die die berührten artenschutzrechtlichen Interessen hinter die Projektinteressen zurückstellt.

Es stellt sich hier bereits ein erstes verfahrensrechtliches Problem, denn man

kann mit guten Gründen behaupten, dass eine solche Befreiung in einem einfachen Genehmigungsverfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung und Umweltverträglichkeitsprüfung jedenfalls problematisch ist. Denn dass ein Vorhaben, das potenziell artenschutzrechtliche Verbote erfüllt, keine nachteiligen Umweltauswirkungen auslöst, liegt nicht sonderlich nahe. Auch könnten die Erkenntnisse aus der Umweltverträglichkeitsprüfung erst die notwendige Tatsachenbasis für die Abwägung zwischen Windenergie und Artenschutz bieten.

Dass aber auch im Tatbestand der Norm Probleme stecken, zeigt eine neue Entscheidung des Niedersächsischen Obergerichtes (Urteil vom 25. Oktober 2018 – 12 LB 118/16). Hier hatte sich das Gericht auf die Klage eines Umweltverbandes hin mit verschiedenen artenschutzrechtlichen Befreiungen (für Feldlerche, Turmfalke und Mäusebussard) zu befassen. Das Gericht hielt die Zulassung der betroffenen Anlagen für rechtswidrig, da bei der Befreiung keine hinreichende Alternativenprüfung stattgefunden habe. Auch das ist eine Voraussetzung der Befreiung, es muss nämlich sichergestellt sein, dass die Verbotsverwirklichung sich nicht dadurch

beseitigen lässt, dass das Projekt schlicht woanders verwirklicht wird. Für den betroffenen Vorhabenträger ist eine solche Prüfung schlecht oder kaum denkbar, denn er verfügt ja im Zweifel über keine weiteren Vorhabengrundstücke. Das Gericht fordert jedoch eine jedenfalls landkreisweite Alternativenprüfung, die im vorliegenden Fall fehlte. Damit zeigt sich, dass eine durchaus komplexe Arbeit vor der Zulassungsbehörde stehen kann, wenn eine entsprechende Ausnahme erteilt wird.

Diese Rechtsprechung zeigt aber nur ein Problem des ohnehin relativ komplexen Tatbestands der Ausnahme und der zahlreichen damit verbundenen und noch offenen Rechtsfragen. Ein Königsweg, um artenschutzrechtliche Probleme zu lösen, ist die Ausnahme nicht. Vielmehr bedarf es hier einmal einer kritischen Prüfung der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Verbote und der Ermittlung der wirklichen Konflikte zwischen insbesondere der Avifauna und der Windenergienutzung.

Aktuelle Rechtsprechung

Kein Anspruch auf Baulastübernahme

Oberlandesgericht Rostock, Urteil vom 15. März 2018 – 3 U 72/16

Das Oberlandesgericht hat festgestellt, dass sich ein Anspruch des Vorhabenträgers auf Übernahme einer Wegebauast aus dem durch die Grunddienstbarkeit begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis als Nebenverpflichtung ergeben kann. Dies setzt u.a. voraus, dass die Grunddienstbarkeit zur Herstellung der Bebaubarkeit des begünstigten Grundstücks bestellt wurde, die Baulast inhaltlich der bestellten Grunddienstbarkeit entspricht und die Parteien keinen Anlass hatten, die Übernahme der Baulast in Erwägung zu ziehen.

Verstoß gegen Nachrüstungsspflichten

Landgericht Dortmund, Urteil vom 20. Juni 2018 – 10 O 102/16

In dieser Entscheidung hat das Landgericht festgestellt, dass sich die Förderung nach dem EEG für den in einer Biogasan-

lage produzierten und in das Netz eingespeisten Strom auf „Null“ reduziert, wenn der Anlagenbetreiber seine Nachrüstungsspflichten aus der Systemstabilitätsverordnung nicht vollständig erfüllt hat, wobei die Nachrüstung erst mit der erfolgreichen Übermittlung der Nachrüstbestätigung an den Netzbetreiber als abgeschlossen anzusehen ist. Dass der Anlagenbetreiber auch hinsichtlich des Zugangs der Nachrüstungsbestätigung beim Netzbetreiber beweisbelastet ist, ergibt sich der Auffassung des Gerichts nach aus § 13 Abs. 4 SysStabV.

Keine Entschädigung für netzausbaubedingte Ertragsverluste

Landgericht Halle, Urteil vom 4. Juli 2018 – 4 O 272/17

Das Landgericht Halle hat sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage beschäftigt, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Windenergieanlagenbetreiber bei netzausbaubedingten Abschaltungen einen Anspruch gegen den Netzbetreiber auf Erstattung der damit einhergehenden Ertragsverluste hat. Das Gericht hat die Auffassung vertreten, dass

diese Abschaltungen entschädigungslos hinzunehmen seien, sie insbesondere keine entschädigungspflichtigen Einspeisemanagementmaßnahmen nach § 15 EEG darstellen würden. Wir halten die vom Gericht vertretene Auffassung für unzutreffend und haben bereits Berufung gegen das Urteil eingelegt.

Keine drittschützende Wirkung

Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 4. Juli 2018 – 8 A 47/17

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Obergericht bestätigt, dass Vorschriften zum Schutz von FFH-Gebieten, hier § 34 BNatSchG, keine drittschützende Wirkung haben. Es hat ausgeführt, dass privaten Klägern wegen derartiger Rechtsverletzungen von vornherein kein Aufhebungsanspruch zustehen kann, weswegen es von einer materiell-rechtlichen Prüfung abgesehen hat. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über die Zulassung der Revision bleibt aber noch abzuwarten.

Sammeln bringt Freude ...

Rechtsanwältin Charlotte Probst

Jüngst wurden im Bundestag mit dem sog. „Energiesammelgesetz“ Regelungen zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG), des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (KWKG), des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und weiterer energierechtlicher Vorschriften verabschiedet. Insbesondere im EEG sind hiermit teils weitreichende Änderungen verbunden, die vor allem Betreiber von Windenergie- und Solaranlagen betreffen können. Zu den wichtigsten Neuerungen gehören u.a. die Folgenden.

Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung

In technischer Hinsicht müssen Betreiber von Windenergieanlagen an Land sowie auf See, die nach den Vorgaben des Luftverkehrsrechts zur Nachtkennzeichnung verpflichtet sind, diese laut Gesetzentwurf – vorbehaltlich spezieller Anforderungen für Offshore-Anlagen – mit einer Einrichtung zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung ausstatten. Die Pflicht gilt ab dem 1. Juli 2020.

Zusätzliche Ausschreibungsmengen

Neu in das EEG 2017 aufgenommen werden – entsprechend den Ankündigungen im Koalitionsvertrag – Regelungen zu Sonderausschreibungen für Wind und Photovoltaik. Mit dieser Maßnahme wird angestrebt,

Deutschland durch die Emissionsreduktionen wieder näher an das Klimaschutzziel 2020 heranzurücken. Insgesamt sollen gemäß des Gesetzentwurfs bis 2021 je 4 Gigawatt Solaranlagen und Windenergieanlagen an Land zusätzlich zu den laufenden Gebotsverfahren ausgeschrieben werden. Die Sonderausschreibungen werden nicht auf den bestehenden 52-Gigawatt-Deckel für Solaranlagen angerechnet.

Außerdem enthält der Gesetzentwurf konkrete Mengenvorgaben für die Innovationsausschreibungen. Grundsätzlich sollen diese als Testfeld für mehr Wettbewerb und voranschreitende Netz- und Systemintegration dienen. Bis 2021 ist ein Ausschreibungsvolumen von insgesamt 1,15 Gigawatt vorgesehen, gestaffelt auf die Jahre 2019 bis 2021. Diese Mengen werden von den regulären Ausschreibungsmengen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen abgezogen. Zusätzlich wird die Verordnungsmächtigung für Innovationsausschreibungen entsprechend angepasst.

Geplante Förderkürzungen für Solaranlagen

Ein wesentlicher und umstrittener Punkt ist die Absenkung der Förderung für mittelgroße Solaranlagen ab 40 bis 750 Kilowatt. Der ursprüngliche Entwurf sah hier eine Kürzung um 20 Prozent auf 8,33 Cent pro Kilowattstunde ab dem 1. Januar 2019



Charlotte Probst ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Vertragsgestaltung und Energierecht tätig.

vor; betroffen hiervon wären auch bereits in Planung befindliche Anlagen. Im Rahmen von Verhandlungen wurde schließlich ein Kompromiss hinsichtlich dieser Sonderkürzungen gefunden. Um einen derart gravierenden Einschnitt beim Ausbau der Solarenergie – insbesondere bei Mieterstrommodellen sowie Gewerbelösungen – zu verhindern, wird die Kürzung moderat auf etwa 15 Prozent (8,9 Cent pro Kilowattstunde) abgemildert. Außerdem wird eine sukzessive Absenkung zur Gewährung einer ausreichenden Übergangszeit eingefügt. Die Wirtschaftlichkeit geförderter Mieterstrommodelle soll schließlich über eine Änderung des Abschlags für die Leistungsklasse > 40 Kilowatt von 8,5 Cent pro Kilowattstunde auf 8,0 Cent pro Kilowattstunde sichergestellt werden.

Zuschlag für EEG-Förderung

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 5. September 2018 – VI-3 Kart 80/17 (V)

In seiner Entscheidung hat das Oberlandesgericht aufgezeigt, dass bei einer auf Zuschlagserteilung gerichteten Beschwerde nach § 83a EEG 2017 – inzident – die Zulässigkeit und Bezuschlagung von Geboten Dritter geprüft würde; hier die notwendigen Nachweise (hier Eigenerklärung als Bürgerenergiegesellschaft) für den Zuschlag. Im Übrigen hat das Gericht in seiner Entscheidung bestätigt, dass eine zum Gebotsausschluss berechtigte Absprache über die Gebotswerte nicht bereits dann anzunehmen ist, wenn mehrere Bieter über ein und dieselbe Komplementär-GmbH, vertreten durch denselben Geschäftsführer, verfügen.

Amtshaftungsanspruch bei rechtswidriger Nebenbestimmung

Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 18. September 2018 – 8 A 1884/16

In dieser Entscheidung hat sich das Oberverwaltungsgericht mit der Frage be-

schäftigt, ob bei einer rechtswidrigen Nebenbestimmung, durch die Abschaltungen einer Windenergieanlage aus Turbulenzgründen zum Schutz der Standsicherheit einer benachbarten Windenergieanlage angeordnet wurden, ein Interesse an der Fortführung der Rechtsstreits besteht, wenn die streitige Nebenbestimmung von der beklagten Behörde zwischenzeitlich aufgehoben wurde. Diese Frage hat das Gericht bejaht und ausgeführt, dass in einem solchen Fall ein Amtshaftungsanspruch des Genehmigungsinhabers gegenüber der beklagten Behörde in Betracht kommt.

Mangelhafte Gutachten sind keine Verfahrensfehler

Oberverwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 11. Oktober 2018 – 1 A 10581/16

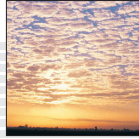
Das Oberverwaltungsgericht hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu „Verfahrensfehlern“ bei der UVP fortgeführt und entschieden, dass Mängel der naturschutzfachlichen Gutachten in der Regel nur im Hinblick auf materiell-rechtliche Verstöße durch anerkannte Umweltvereinigungen, nicht

jedoch durch private Kläger, gerügt werden können. Derartige Mängel sind nicht als „Verfahrensfehler“ im Sinne von § 4 UmwRG einzuordnen, weil sie keine Verstöße gegen Rechtsvorschriften begründen, die die innere Ordnung des Verfahrens betreffen.

Doppelt irrelevant

Oberverwaltungsgericht Hamburg, Beschluss vom 30. Oktober 2018 – 1 Bs 163/18

In dieser Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht die Vorinstanz darin bestätigt, dass die Irrelevanzklausel aus Nr. 3.2.1 Abs. 2 TA Lärm auch dann angewendet werden kann, wenn die Richtwerte aus Nr. 6 TA Lärm bereits aufgrund der Vorbelastung um mehr als 1 dB(A) überschritten werden. In Nr. 3.2.1 Abs. 2 TA Lärm ist geregelt, dass eine Genehmigung für ein Vorhaben auch bei Überschreitung der Richtwerte der Nr. 6 TA Lärm nicht versagt werden darf, wenn die erwartete Zusatzbelastung durch das Vorhaben um mindestens 6 dB(A) unter den Richtwerten aus Nr. 6 TA Lärm liegt.



Kompetente Partner für erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanziierer, Kommunen und Betreiber von Projekten zur Erzeugung erneuerbarer Energien in allen rechtlichen Fragestellungen. Rechtsanwälte der Kanzlei Blanke Meier Evers sind seit 1991 im Bereich der erneuerbaren Energien beratend tätig.

Besondere Expertise besteht unter anderem im Gesellschafts- und Steuerrecht, der Vertragsgestaltung, der Konzeption

von Beteiligungsgesellschaften, der Projektfinanzierung sowie im gesamten Bau-, Planungs- und Einspeiserecht. Wir begleiten darüber hinaus international tätige Unternehmen bei Investitionen in Deutschland und Europa.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit 18 Rechtsanwälte, von denen sich 11 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der erneuerbaren Energien befassen.



- **Dr. Klaus Meier**
Vertragsgestaltung, Projektfinanzierung, Recht der Erneuerbaren Energien
- **Dr. Volker Besch**
Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht
- **Rainer Heidorn**
Vertragsrecht, Öffentliches Baurecht, Energierecht, Kommunales Wirtschaftsrecht
- **Dr. Andreas Hinsch**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**
Vertragsgestaltung, Energierecht, Haftungs- und Gewährleistungsrecht
- **Dr. Jochen Rotstegge**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Lars Wenzel**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Dr. Mahand Vogt**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Benjamin Zietlow**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Thomas Schmitz**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Charlotte Probst**
Vertragsgestaltung, Energierecht

Verlag und Herausgeber:

Blanke Meier Evers – Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)
28217 Bremen

Tel.: 0421 - 94 94 6 - 0

Fax: 0421 - 94 94 6 - 66

info@bme-law.de

www.bme-law.de

Große Johannisstraße 9 (Rathauscontor)
20457 Hamburg

Tel.: +49 40 / 43 21 87 60

Fax: +49 40 / 43 21 87 611

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Druck:

Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle