



**Füßer & Kollegen**

Im Internet unter: <http://www.fuesser.de>

Rechtsanwälte

**Die Ansiedlung windenergieanlagen-sensibler Arten nach  
Genehmigungserteilung**

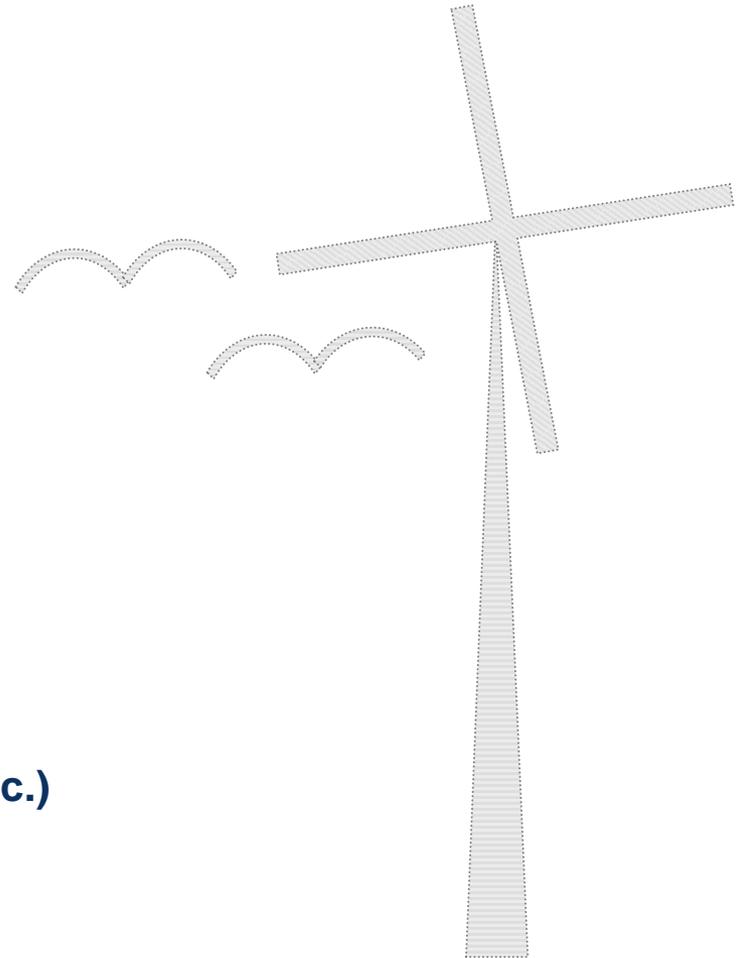
**Herausforderungen und Lösungen aus rechtlicher Sicht**

**Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Marcus Lau**

Leipzig

## Fallkonstellationen

- **Ansiedlung nach Genehmigungs-erteilung, aber vor Baubeginn**
- **Ansiedlung nach Baubeginn, aber vor Inbetriebnahme**
- **Ansiedlung nach Inbetriebnahme**
  
- **Ansiedlung aufgrund natürlicher Ursachen**
- **Ansiedlung aufgrund gezielten menschlichen Zutuns (Nisthilfen etc.)**



## **Ansiedlung nach Genehmigungserteilung**

- **Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG würde mit Inbetriebnahme ausgelöst; die durch die Genehmigung bewirkte Privilegierung nach § 44 Abs. 5 BNatSchG wirkt fort**
- **Legalisierung durch die bestehende Genehmigung?**
  - **wäre unionsrechtlich kritisch (vgl. EuGH, Urt. v. 20.10.2005, C-6/04, Slg. 2005, I-9056, Rn. 113, Gibraltar)**
  - **nachträgliche Ansiedlung zudem schon nicht von der Legalisierungswirkung der Genehmigung erfasst (vgl. OVG Magdeburg, Urt. v. 22.4.2015, 2 L 47/13, juris, Rn. 72)**

## **Ansiedlung nach Genehmigungserteilung**

### **▪ Konfliktlösungsmöglichkeiten**

- Anordnung von Vermeidungsmaßnahmen (z.B. Abschaltzeiten), sofern nach § 12 Abs. 2a BImSchG ein entsprechender Auflagenvorbehalt existiert**
- Erteilung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG; die bestehende Genehmigung stärkt aufgrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit das Gewicht des Vorhabens (vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.2016, C-504/14, ECLI:EU:C:2016:847, Rn. 41, Caretta II)**
- (Teil-)Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG; Ermessen bei fehlender Ausnahmefähigkeit auf Null reduziert**
- nicht: Anordnungen nach § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG (OVG Magdeburg, Urt. v. 9.11.2016, 2 L 112/14, juris, Rn. 62)**

## **Ansiedlung nach Genehmigungserteilung**

- **Möglichkeit des Einschreitens der Naturschutzbehörden?**
  - **Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG endet mit Genehmigungserteilung, daher gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG grundsätzlich möglich (OVG Lüneburg, Beschl. v. 25.7.2011, 4 ME 175/11, NuR 2011, 891)**
  - **kein Übergriff in die fachrechtliche Genehmigung erlaubt → möglich sind nur Maßnahmen, die zum Gegenstand einer Nebenbestimmung nach § 12 Abs. 1 BImSchG hätten gemacht werden können sowie Maßnahmen, die noch verhältnismäßig sind i.S.d. Rechtsgedankens des § 17 Abs. 2 S. 1 BImSchG**
  - **Darlegungs- und Beweislast bei der Behörde, auch kein über die bloße Duldung hinausgehender Gefahrerforschungseingriff (vgl. § 24 Abs. 1 VwVfG)**

## **Ansiedlung nach Inbetriebnahme**

- **Verbotstatbestandsverwirklichung des § 44 Abs. 1 BNatSchG?**
  - **verbotener Erfolg? → (+)**
  - **verbotene Handlung? → (-); Anlage läuft schon, das Nichtabschalten ist ein Unterlassen und nicht ein positives Tun („verboten, ... zu töten“)**
  - **kann das Unterlassen einem positiven Tun gleichgestellt werden? → nur im Falle einer Garantenstellung, z.B. der sog. Ingerenz (= vorangegangenes Schaffen einer Gefahrenlage); hier aber (-), da Anlagenbau/-inbetriebnahme legal erfolgte**
  - **sonstige Verantwortlichkeit? → (+), „Haftung“ als Zustandsstörer (vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.2009, 25 K 64/09, juris, Rn. 26; VG Ansbach, Urt. v. 17.6.2010, AN 5 K 10.0042, NuR 2011, 70, 72)**

## **Ansiedlung nach Genehmigungserteilung**

- **Konfliktlösungsmöglichkeiten**
  - **wie bei Ansiedlung nach Genehmigungserteilung**
  - **(Teil-)Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG → Ermessen auf Null reduziert?**

## **Ansiedlung nach Genehmigungserteilung**

- **Pflicht zum Einschreiten aus dem Unionsrecht?**
  - **Frage nach der Verbotsverwirklichung nach Art. 12 Abs. 1 FFH-RL, Art. 5 VRL → (-), da zum Zeitpunkt von Bau und Inbetriebnahme keine Absicht und bei Gefahreintritt kein positives Handeln vorliegen (bloßes Unterlassen reicht auch unionsrechtlich nicht aus)**
  - **Handlungspflicht aus Art. 12 Abs. 4 FFH-RL, Art. 13 VRL? → (+), wenn ein Vorkommen einer europäisch besonders geschützten Art betroffen ist, das für die Erhaltung der Art von herausragender Bedeutung ist und die Art dort besonderen Risiken ausgesetzt ist (vgl. GAin *Kokott*, Schlussanträge v. 15.12.2005, C-221/04, Slg. 2006, I-4518, Rn. 62, Fuchsjagd)**

## **Ansiedlung nach Genehmigungserteilung**

- **Pflicht zum Einschreiten aus dem Unionsrecht?**
  - von herausragender Bedeutung ist ein Artvorkommen, wenn die betroffene Population für die Stabilität des Erhaltungszustands der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet innerhalb Deutschlands aus naturschutzfachlich belastbaren Gründen unverzichtbar erscheint
  - unter diesen Voraussetzungen besteht eine Pflicht zum Einschreiten, mithin Ermessensreduzierung auf Null; ansonsten gelten die allg. Ermessensgrundsätze einschließlich der Grundsätze zur Störerauswahl (wichtig insb. bei Ansiedlung aufgrund gezielten menschlichen Zutuns); siehe vor allem auch die Funktionssicherung nach § 4 S. 1 Nr. 5 BNatSchG

## **Ansiedlung nach Baubeginn**

- **Situation wie bei Ansiedlung nach Genehmigungserteilung oder wie bei Ansiedlung nach Inbetriebnahme?**
  - **nach rechtlicher Wertung (einheitlicher Willensentschluss, einheitliche Genehmigung, Vertrauens- /Investitionsschutz) bilden Bau und Betrieb eine Handlungseinheit →  
Behandlung wie Ansiedlung nach Inbetriebnahme (ebenso offenbar BVerwG, Urt. v. 28.3.2013, 9 A 22.11, juris, Rn. 123; EuGH, Urt. v. 10.11.2016, C-504/14, ECLI:EU:C:2016:847, Rn. 158, Caretta II)**

## **Adaptive Management**

- **Erzwingen von Auflagenvorbehalten wegen des Risikos nachträglicher Ansiedlung von Arten?**
  - **Grenze zwischen präventiver Rechtmäßigkeitskontrolle im Rahmen des Genehmigungsverfahrens und Vollzugsüberwachung als repressive Rechtmäßigkeitskontrolle darf wegen der jeweils unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen nicht verwischt werden → Reaktion bereits auf Genehmigungsebene nur möglich, wenn ein signifikant erhöhtes Ansiedlungsrisiko besteht**

**Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit**