

Köln, 09.04.2019

## Nachträgliche Abschaltung bestandskräftig genehmigter Windenergieanlagen aufgrund von einwandernden Arten, insbesondere kollisionsgefährdeten Vögeln

Katharina Fielenbach, Dr. Benedikt Walker

Das Artenschutzrecht ist seit vielen Jahren ein heikles und entscheidendes Thema bei der Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA). Vorhabenträger sind daher regelmäßig erleichtert, wenn diese Thematik im Rahmen des Genehmigungsverfahrens abgearbeitet wurde und eine bestandskräftige Genehmigung vorliegt. Allerdings unterliegt – was wenig bekannt ist – die Bestandskraft gewissen Grenzen. So haben im letzten Jahr Naturschutzbehörden die Abschaltung von bestandskräftig genehmigten WEA aufgrund von drohenden Verstößen gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG angeordnet. Diese Anordnungen beziehen sich regelmäßig auf eine Abschaltung im Brutzeitraum – je nach Art von März/April bis August eines Jahres von vor Sonnenauf- bis nach Sonnenuntergang. Nachfolgend wird beleuchtet, auf welcher Rechtsgrundlage und unter welchen Voraussetzungen eine solche Abschaltanordnung ergehen kann. Darüber hinaus werden Fragen des Rechtsschutzes und möglicher Entschädigungen erörtert.

### Rechtsgrundlage

Naturschutzbehörden stützen Abschaltanordnungen i.d.R. auf die naturschutzrechtliche Generalklausel des § 3 Abs. 2 BNatSchG. Daneben kommen aber auch immissionsrechtliche Instrumente wie die nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG oder der Teilwiderruf nach § 21 BImSchG in Betracht, welche von der Immissionsschutzbehörde auszuüben sind. Beruft sich eine Behörde auf die falsche Ermächtigungsgrundlage, kann die Anordnung rechtswidrig sein, weil die unzuständige Behörde gehandelt hat.

§ 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG beschränkt sich auf die Erfüllung immissionsrechtlicher Verpflichtungen, so dass sie als Ermächtigungsgrundlage für die Durchsetzung von artenschutzrechtlichen Pflichten des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht in Betracht kommt.

Ein Teilwiderruf der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG setzt zum einen voraus, dass die Abschaltung eine Intensität er-

reicht, die als Teilentzug der Genehmigung zu werten ist. Das wurde von der Vielzahl der Gerichte bislang bei einmaligen Abschaltungen über den Brutzeitraum eines Jahres abgelehnt. Eine andere Wertung dürfte aber gelten, wenn sich die Abschaltung für mehrere Jahre oder gar unbefristet angeordnet worden ist und damit die Genehmigung in Frage stellen. Zum anderen setzt ein Widerruf nach der herrschenden Rechtsprechung voraus, dass er sich auf Tatsachen stützt, die erst nach Erteilung der Genehmigung eingetreten sind.

§ 3 Abs. 2 BNatSchG kommt als Ermächtigungsgrundlage immer dann in Betracht, wenn es sich um Gefahrenabwehrmaßnahmen handelt, die die Genehmigung selbst nicht in Frage stellen. Das ist von den Gerichten bislang bei Abschaltungen über den Brutzeitraum eines Jahres bejaht worden.

### Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 BNatSchG

#### Verstoß gegen BNatSchG und Verhältnismäßigkeit

§ 3 Abs. 2 BNatSchG setzt voraus, dass eine Vorschrift des BNatSchG oder eine auf Grundlage des BNatSchG erlassene Norm verletzt ist. Bei der Abschaltung von WEA geht es i.d.R. um eine Verletzung des Tötungsverbotes nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko in diesem Sinne kann z.B. vorliegen, wenn sich kollisionsgefährdete Vögel nach Errichtung und Inbetriebnahme einer WEA in einer naturschutzfachlich als bedenklich eingestuften Nähe zur WEA angesiedelt haben.

Zum einen ist hier häufig streitig, welche Abstandsregelungen zugrunde zu legen sind. Insofern gibt es zwar grundsätzlich anerkannte Fachliteratur, wie etwa das Helgoländer Papier, welche jedoch in den Bundesländern unterschiedlich umgesetzt wird. Soweit in der Fachliteratur keine eindeutigen oder sogar sich inhaltlich widersprechende Aussagen getroffen werden, muss die von der Behörde zugrunde gelegte Einschätzung begründet und plausibel sein.

Zum anderen gibt es auch Vogelarten, die von der Fachwissenschaft nicht einheitlich als generell kollisionsgefährdet angesehen werden, wie etwa der Schwarzstorch. Bei diesen kann bei einem Vorkommen in einem Prüfradius nicht generell von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgegangen werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob diese Vögel ein gefahrgeneigtes Verhalten zeigen. Nach dem Amtsermittlungsgrundsatz kommt dabei der Behörde (und somit nicht dem Anlagenbetreiber) die Aufgabe zu, die Verletzung des BNatSchG nachzuweisen. Sie ist verpflichtet, den Einzelfall sorgfältig zu prüfen und auf einer fundierten Tatsachengrundlage zu entscheiden. Ein Verstoß gegen diese Pflicht kann die Aufhebung einer Abschaltanordnung rechtfertigen. Nicht zuletzt muss die Behörde den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten.

## Erkennen

Droht eine Verletzung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, muss die zuständige Behörde die entsprechenden Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen treffen. Dabei muss sie insbesondere die Legalisierungswirkung der Genehmigung und den möglichen Schaden für den Anlagenbetreiber berücksichtigen. Dieser ist abzuwägen gegen die drohenden Verstöße gegen das Tötungsverbot.

## Rechtsschutzmöglichkeiten

Bei Abschaltanordnungen wird wegen der drohenden Kollisionen stets die sofortige Vollziehung angeordnet. Eine Klage vor dem Verwaltungsgericht hat daher keine aufschiebende Wirkung; die WEA müssen unverzüglich nach Erhalt der Anordnung abgeschaltet werden. Hier kann nur ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, gerichtet auf die Aufhebung des Sofortvollzugs, helfen. Allerdings ist bei der derzeitigen Belastung der Gerichte regelmäßig mit einer Dauer des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens von mehreren Wochen bis sogar Monaten zu rechnen. Im schlimmsten Fall läuft der Abschaltzeitraum (z.B. bis Mitte August) ab, bevor ein Gericht entschieden hat. In diesem Fall kann der Anlagenbetreiber nur noch die Rechtswidrigkeit der Abschaltanordnung feststellen lassen, um auf dieser Basis ggf. eine Entschädigung geltend machen zu können.

## Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche

Aufgrund einer Abschaltanordnung können dem Anlagenbetreiber erhebliche Schäden entstehen. Diese liegen

zum einen in der entgangenen Vergütung für die Einspeisung von Strom, zum anderen fallen bei Stillstand der WEA Zusatzstromkosten an sowie ggf. zusätzlich Kosten beim technischen Betriebsführer. Für diese Schäden können dem Anlagenbetreiber Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche zustehen.

Liegt eine **rechtswidrige Anordnung** vor, etwa weil die Behörde den Sachverhalt nicht zutreffend ermittelt hat, kann der Anlagenbetreiber den ihm entstandenen Schaden als Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG geltend machen. Voraussetzung für eine solche Amtshaftung ist, dass schuldhaft eine Amtspflicht verletzt worden ist. Daneben kommt auch ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff in Betracht.

Im Falle einer rechtmäßigen Abschaltanordnung kommt regelmäßig nur ein Entschädigungsanspruch nach § 68 Abs. 1 BNatSchG i.V.m. Landesrecht in Frage. Danach kann der Anlagenbetreiber eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn die Beschränkung seines Eigentums, die aufgrund einer Vorschrift des BNatSchG eingetreten ist, eine unzumutbare Belastung darstellt, der auch nicht durch andere Maßnahmen abgeholfen werden kann. In der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit der WEA durch die Abschaltanordnung liegt eine Eigentumsbeschränkung. Diese ist grundsätzlich dann unzumutbar, wenn die bisher ausgeübte Nutzung oder objektiv gegebene Nutzungsmöglichkeit ausgeschlossen oder wesentlich eingeschränkt wird. Für die Unzumutbarkeit einer Abschaltanordnung spricht, dass der Anlagenbetreiber die WEA nur noch in sehr eingeschränktem Maß nutzen kann. Abschaltanordnungen gelten regelmäßig für den Nist- und Brutzeitraum, der sich auf bis zu sechs Monate erstrecken kann. Bei einer typischen Abschaltung von vor Sonnenaufgang bis nach Sonnenuntergang stehen die betroffenen WEA in den Sommermonaten an zwei Drittel des Tages still. Dies kann zu erheblichen Umsatzeinbußen führen. Rechtsprechung dazu, ob diese als unzumutbar i.S.d. § 68 Abs. 1 BNatSchG zu werten sind, gibt es – soweit ersichtlich – noch keine.

## Fazit

Die Möglichkeit der nachträglichen Einschränkung des Betriebs von WEA aufgrund von Artenschutzbelangen ist derzeit noch wenig bekannt. Allerdings ist auch nur sehr schwer vorhersehbar, bei welchen Vorhaben sich dieses Risiko realisiert. Jedenfalls bei WEA bzw. Windparks in Dichtezentren oder anderen Gebieten mit häufigen Vor-

kommen von schlaggefährdeten Vögeln sollten Anlagenbetreiber sowie finanzierende Banken dieses Risiko mit einkalkulieren. Sofern eine nachträgliche Anordnung ergeht, ist eine unverzügliche Prüfung des Sachverhalts,

die Einschaltung eines Rechtsanwalts sowie ggf. die Anstrengung eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens zu empfehlen, um Schaden abzuwenden.

## Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. die Autoren Katharina Fielenbach unter +49 221 33660-627 oder [kfielenbach@goerg.de](mailto:kfielenbach@goerg.de) sowie Dr. Benedikt Walker unter +49 221 33660-724 oder [bwalker@goerg.de](mailto:bwalker@goerg.de) an. Informationen zu den Autoren finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

## Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90