



Genehmigungsverfahren, artenschutzrechtliches Tötungsverbot, Rotmilan, Prüfbereich, Mindestabstand, Windenergie-Erlass Bayern, Helgoländer Papier  
**VGH München, Urteil vom 27. Mai 2016 – 22 BV 15.2003**

**1. Bei Lage eines Brutplatzes innerhalb des engeren Prüfbereichs um eine Windkraftanlage [...] gilt eine widerlegliche Vermutung für das Bestehen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG). Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass der engere Prüfabstand in den Abstandsempfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten als „Mindestabstand“ bezeichnet wird. (amtlicher Leitsatz)**

**2. Legt der Vorhabenträger in einem solchen Fall stichhaltige Anhaltspunkte für eine Meidung oder einen seltenen Überflug des betreffenden Windenergieanlagen-Standorts substantiell dar, so ist der Sachverhalt insoweit weiter aufzuklären. (amtlicher Leitsatz)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Im vorliegenden Fall hatte die beklagte Genehmigungsbehörde die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen abgelehnt. Dies begründete sie in erster Linie damit, dass im Fall der Verwirklichung des Vorhabens gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verstoßen würde. Die Standorte der geplanten Anlagen befänden sich im Bereich von Bruträumen und Nahrungshabitaten des Rotmilans. Gegen diese Einschätzung ging die Klägerin gerichtlich vor und wollte die Genehmigungsbehörde zur Erteilung der Genehmigung verurteilt wissen.

### **Inhalt der Entscheidung**

Mit seiner Entscheidung hob der VGH München den ablehnenden Bescheid der Behörde auf und verpflichtete diese zur Neuentscheidung unter Beachtung seiner Rechtsauffassung.

Zunächst hielt das Gericht fest, dass der Genehmigungsbehörde bei der Prüfung, ob durch die Errichtung und den Betrieb der Anlagen gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) verstoßen wird, ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum zustehe. Dabei mache der zum Entscheidungszeitpunkt noch gültige Windkraft-Erlass 2011<sup>1</sup> als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ Vorgaben für die artenschutzrechtliche Prüfung. Für den Rotmilan sehe der Windkraft-Erlass 2011 einen engen Prüfbereich rund um die Brutplätze und einen weiten Prüfbereich um das Nahrungshabitat vor. Innerhalb des engen Prüfbereichs gelte die widerlegbare Vermutung, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bestehe. Lägen – wie im vorliegenden Fall – Anhaltspunkte dafür vor, dass das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht ist, sei der Sachverhalt anhand einer Raumnutzungsanalyse weiter aufzuklären. Eine Verkürzung der Prüfung durch die Annahme eines „Vorsorgetatbestands“ ließen die Richter nicht zu.

Im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung urteilten die Münchener Richter weiter, dass sich die Größe der Prüfbereiche allerdings nicht nach den Vorgaben des Windkraft-Erlasses 2011, sondern nach

---

<sup>1</sup> Der Windkraft-Erlass Bayern vom 20. Dezember 2011 wurde mittlerweile durch den Windenergie-Erlass Bayern vom 19. Juli 2016 ersetzt.

denen des Helgoländer Papiers<sup>2</sup> richte. Diese Abstandsvorgaben hätten sich als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt.

Letztendlich befasste sich der VGH mit der Frage, ob der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG einschlägig ist. Selbst wenn ein Vorhaben grundsätzlich gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verstößt, ist eine Ausnahme nach § 45 Abs. 1 Nr. 7 BNatSchG denkbar, wenn andere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses für die Verwirklichung sprechen, zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der geschützten Populationen einer Art dadurch nicht verschlechtert. Die umstrittene Frage, ob der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 1 Nr. 7 BNatSchG bei Windenergieanlagen überhaupt einschlägig sein kann, adressierte das Gericht nicht. Stattdessen stellte es vorrangig auf die Frage der Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Rotmilan-Population ab. Die Behörde hatte eine Verschlechterung insbesondere mit dem Argument angenommen, dass das in Frage stehende Gebiet von mehreren Rotmilan-Paaren genutzt würde und mögliche Verluste in solchen Kerngebieten eine besondere Relevanz zukäme. Dieses Ergebnis sei im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative vertretbar, so das Gericht.

## Fazit

Bei der Bewertung, ob ein Verstoß gegen das Tötungsverbot vorliegt, kommt der Behörde nach Auffassung des VGH eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Insoweit reiht sich die Entscheidung in die ständige Rechtsprechung zum Tötungsverbot ein.<sup>3</sup> Unter Rückgriff auf seine bisherige Rechtsprechung geht das Gericht weiter davon aus, dass sich die Vorgaben für die artenschutzfachliche Prüfung aus dem Windkraft-Erlass 2011 ergeben.<sup>4</sup> Dabei macht das Gericht deutlich, dass die im engen Prüfbereich geltende Vermutung für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko widerlegt werden kann und zeigt insoweit auch das Prüfprogramm auf.

Weiter wertet der Gerichtshof die im Helgoländer Papier genannten Prüfradien zu Rotmilan-Horsten erneut und ohne Begründung als „allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft“. Diese Einordnung des Helgoländer Papiers wird weder von anderen Gerichten noch in der juristischen Literatur geteilt.<sup>5</sup> Da der VGH trotz dieser Einordnung des Papiers an der Einschätzungsprärogative der Genehmigungsbehörde festhält, spricht vieles dafür, dass es den Richtern in erster Linie um ein Ersetzen der Prüfradien des Windkraft-Erlasses 2011 durch die des Helgoländer Papiers ging. Bereits im vorhergegangenen Verfahren hatten das Landesumweltministerium und das Landesumweltamt vorgebracht, dass der Stand des Windkraft-Erlasses 2011 in Bezug auf den Rotmilan durch das Helgoländer Papier überholt sei.<sup>6</sup>

Unklar ist, ob der VGH seine Rechtsprechung zum Helgoländer Papier auch nach Inkrafttreten des neuen Windenergie-Erlasses vom 19. Juli 2016 aufrechterhalten wird.<sup>7</sup> Der neue Windenergie-Erlass 2016 hat die Prüfradien des Helgoländer Papiers ausdrücklich übernommen, sodass sich künftig ein Rückgriff auf das Papier zur Begründung weiterer Prüfradien erübrigt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden:

<http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-50119?hl=true>

---

<sup>2</sup> Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, Stand April 2015.

<sup>3</sup> BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1.12; BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40.11.

<sup>4</sup> VGH München, Urteil vom 18. Juni 2014 – 22 B 13.1258; VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14.1875.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. VG Minden, Beschluss vom 8. November 2016 – 11 L 1110/16; VG Aachen, Beschluss vom 2. September 2016 – 6 L 38/16; OVG Lüneburg, Urteil vom 9. Juli 2016 – 12 KN 187/15; Schlacke/Schnittker, in: FA Wind (Hrsg.), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten – Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015), 2015, S. 23 ff.

<sup>6</sup> VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14.1875

<sup>7</sup> Vgl. zu den Aussagen des VGH München auch Ruß, Windenergie und Artenschutz – Größere Abstände für den Rotmilan nach dem Neuen Helgoländer Papier und dem bayerischen Winderlass 2016, NuR 2016, 686.