



BEHÖRDLICHE STEUERUNG NATURSCHUTZFACHLICHER GUTACHTER – RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN

IHR REFERENT

Dr. Sebastian Helmes

RECHTSANWALT FACHANWALT FÜR VERWALTUNGSRECHT

- Seit 2014: Leiter der Abteilung Öffentliches Recht/
Energiewirtschaftsrecht bei STERR-KÖLLN UND PARTNER, Berlin
- Davor Tätigkeit bei führender Energierechtskanzlei (2007-2014)
sowie Abordnung in Rechtsabteilung eines ÜNB (2010 und 2012)
- Begleitung einer Vielzahl von Genehmigungsverfahren und
Verwaltungsgerichtsverfahren bundesweit, schwerpunktmäßig Windenergieanlagen



„Bestandsaufnahme“

„Gefälligkeitsgutachten“

„Abstandsempfehlungen falsch“



„methodische Mängel“

„Kartierung fehlerhaft“

„Behörde winkt durch“

„naturschutzfachliche
Einschätzungsprärogative“

„Bestandsaufnahme“

„stärkere behördliche Steuerung“

„Gütesiegel/Empfehlungsliste“

„Qualitätsicherung“



„Verbindliche inhaltliche Leitlinien“

„Auftrag durch die Behörde“

„Schluss mit Gefälligkeitsgutachten“

Rechtliche Anforderungen
an ein Gütesiegel oder
Prüfzeichen für die Planung
von Windenergieanlagen

Dr. Sebastian Helmes (Sterr-Kölln & Partner mbB, Berlin)

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski und Dr. Mirko Sauer (EWeRK – Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e. V. an der Humboldt-Universität zu Berlin)

Hintergrundpapier im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land

Teil II
Möglichkeiten und Grenzen
der behördlichen Steuerung
naturschutzfachlicher Gutachter

In jüngerer Zeit sind vermehrt auch die arten- und landschaftsschutzfachlichen Gutachten im Zusammenhang mit Windenergieprojekten in den Fokus gerückt. »Schlechte« Gutachten, so der Befund, verzögerten den Planungs- und Genehmigungsprozess und machten den Genehmigungsbescheid angreifbar.

Überblick

DREI UNTERSCHIEDLICHE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN WERDEN DISKUTIERT:

- **Erste Forderung:** „Beauftragung unmittelbar durch die Behörde!“
- **Zweite Forderung:** „Staatliches Gütesiegel oder staatliche Empfehlungsliste!“
- **Dritte Forderung:** „Verbindliche inhaltliche Leitlinien!“

Überblick

DREI UNTERSCHIEDLICHE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN WERDEN DISKUTIERT:

- **Erste Forderung:** „Beauftragung unmittelbar durch die Behörde!“
- **Zweite Forderung:** „Staatliches Gütesiegel oder staatliche Empfehlungsliste!“
- **Dritte Forderung:** „Verbindliche inhaltliche Leitlinien!“

FORDERUNG 1: BEAUFTRAGUNG DURCH BEHÖRDE

Was spricht dafür und was dagegen?

PRO

- Deutlich mehr **Einfluss**
 - auf Auswahl der Gutachter und
 - auf den Inhalt des Gutachtens
 - im Sinne von Methodik etc.
 - nicht gemeint: Ergebnis
- Damit die weitest gehende der drei Varianten
- „Gefälligkeitsgutachten“ ausgeschlossen

CONTRA

- Deutlich mehr **Verantwortung**
 - Fehlerhafte Gutachten können Amtshaftungsansprüche auslösen!
- Folgeprobleme:
 - Vergabe solcher Aufträge

RECHTLICHE SITUATION

- Derzeit ist in der 9. BImSchV ein ganz anderes Regime vorgesehen
 - Die primäre Verantwortung beim Antragsteller
 - Nur sekundäre Verantwortung bei der Genehmigungsbehörde

RECHTLICHE SITUATION

- Fraglich, ob Behörde dies „überspringen“ kann
- Bislang in Rechtsprechung nur geklärt, dass Behörde nicht verpflichtet werden kann, ein eigenes Gutachten anstelle des Gutachters einzuholen
- Andere Frage, ob die Behörde dazu berechtigt wäre
- Unseres Erachtens: nein

- Also nach derzeitiger Rechtslage nur möglich, wenn der Antragsteller trotz Aufforderung kein (den Anforderungen genügendes) Gutachten vorgelegt hat.

Überblick

DREI UNTERSCHIEDLICHE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN WERDEN DISKUTIERT:

- **Erste Forderung:** „Beauftragung unmittelbar durch die Behörde!“
- **Zweite Forderung:** „Staatliches Gütesiegel oder staatliche Empfehlungsliste!“
- **Dritte Forderung:** „Verbindliche inhaltliche Leitlinien!“

Überblick

DREI UNTERSCHIEDLICHE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN WERDEN DISKUTIERT:

- Erste Forderung: „Beauftragung unmittelbar durch die Behörde!“
- **Zweite Forderung:** „Staatliches Gütesiegel oder staatliche Empfehlungsliste!“
- Dritte Forderung: „Verbindliche inhaltliche Leitlinien!“

FORDERUNG 2: GÜTESIEGEL/EMPFEHLUNGSLISTE

Was spricht dafür und was dagegen?

PRO

- Hohe faktische Steuerungswirkung
- Keine „bösen Überraschung“ mehr

CONTRA

- Auch hier macht sich die Behörde angreifbar

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen

RECHTLICHE SITUATION

- Kein Konflikt mit 9. BImSchV, weil Primärverantwortung für Gutachterausswahl beim Vorhabenträger verbleibt
- Aber: Gutachtertätigkeit weist „staatliche Nähe“ auf
 - Wichtigstes Betätigungsfeld für Artenschutzgutachter (grenzt an „Nachfragemonopol“)
 - Gutachten sind Voraussetzung und Grundlage der behördlichen Entscheidung
 - Gütesiegel/Empfehlungsliste stellen einen Eingriff in die grundrechtliche Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) dar
 - Fraglich, ob Berufsausübungsregelung oder sogar faktische Zugangsbeschränkung
 - Kann dahinstehen, weil auch bei (bloßer) Berufsausübungsregelung eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich wäre

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen

RECHTLICHE SITUATION

- Würde eine solche gesetzliche Grundlage geschaffen, müsste weiterhin sichergestellt sein, dass die Auswahlkriterien sachbezogen sind
- „diskriminierungsfrei, objektiv, sachbezogen und verhältnismäßig“
- Nur Faktoren, die die fachliche Kompetenz betreffen und objektiv messbar sind
 - Regelmäßige fachbezogene Fortbildungen
 - Bisherige Referenzen (aber „Newcomer“ dürfen deswegen nicht ausgeschlossen werden)
 - Unzulässig: häufige Bejahung eines artenschutzrechtlichen Zugriffsverbots in der Vergangenheit

DREI UNTERSCHIEDLICHE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN WERDEN DISKUTIERT:

- **Erste Forderung:** „Beauftragung unmittelbar durch die Behörde!“
- **Zweite Forderung:** „Staatliches Gütesiegel oder staatliche Empfehlungsliste!“
- **Dritte Forderung:** „Verbindliche inhaltliche Leitlinien!“

Überblick

DREI UNTERSCHIEDLICHE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN WERDEN DISKUTIERT:

- Erste Forderung: „Beauftragung unmittelbar durch die Behörde!“
- Zweite Forderung: „Staatliches Gütesiegel oder staatliche Empfehlungsliste!“
- **Dritte Forderung:** „Verbindliche inhaltliche Leitlinien!“

FORDERUNG 3: INHALTLICHE LEITLINIEN

Was spricht dafür und was dagegen?

PRO

- Bessere Steuerungswirkung, weil unmittelbar auf die Gutachten bezogen.
- Wenn die Qualität der Gutachten (nicht der Gutachter) Kern der Kritik ist, liegt diese Variante näher als die anderen beiden Vorschläge

CONTRA

- Rechtliche Unsicherheiten
- Fachliche Unsicherheiten

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen

RECHTLICHE SITUATION

- Ausgangspunkt: „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ als mögliche Grundlage
- Was ist das?
 - Traditionell gewährt die Verwaltungsrechtsprechung den Behörden eine „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ im Rahmen der Frage, ob ein artenschutzrechtliches Zugriffsverbot erfüllt ist.
 - Bezieht sich auf die Bestandserfassung als auch auf die Bewertung der Gefahren
 - Rechtsprechung war hoch umstritten
 - (vorläufiger) Schlusspunkt: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (1 BvR 2523/13 und 595/14)

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen

RECHTLICHE SITUATION

- (vorläufiger) Schlusspunkt: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (1 BvR 2523/13 und 595/14)
 - Einschätzungsspielraum ist Ausfluss eines fachlichen Erkenntnisdefizits und damit unausweichlich.
 - Anforderungen, die im Allgemeinen für gerichtlich nicht überprüfbare Einschätzungsspielräume gelten, sind nicht anwendbar.
 - Aber: wenn die Erkenntnisdefizite nicht von allein beseitigt werden, müssen verbindliche (unter-)gesetzliche Maßstäbe geschaffen werden.
 - Inhaltliche Leitlinien sind rechtlich möglich und mittelfristig sogar verfassungsrechtlich geboten

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen

RECHTLICHE SITUATION

- Windenergieerlasse als möglicher Weg?
 - Enthalten bereits heute inhaltliche Vorgaben
 - „Gutachtencheck“: Kritik bezog sich u.a. auf Abweichungen von den dortigen Vorgaben
- Rechtliche Wirkung:
 - „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“, von dessen Vorgaben nicht ohne fachlichen Grund und gleichwertigen Ersatz abgewichen werden darf (VGH München, 18. Juni 2014 – 22 B 13.1358)
 - Verkürzte Untersuchungszeiträume sind möglich, wenn bereits anderweitig genügend Erkenntnisse vorliegen (VGH München, 13. Januar 2016 – 22 ZB 15.1506).
- Nach unserer Auffassung können inhaltliche Leitlinien für Gutachten in den Windenergieerlassen vorgegeben werden.

BEAUFTRAGUNG DURCH DIE BEHÖRDE

- Rechtlich: wegen der 9. BImSchV derzeit **nicht** ohne Weiteres möglich
- Zudem großes Risiko von Amtshaftungsansprüchen

GÜTESIEGEL/ EMPFEHLUNGSLISTE

- Rechtlich: ohne ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage **nicht** möglich
- Praktisch: Schwierigkeiten bei der Umsetzung zu erwarten

INHALTLICHE LEITLINIEN

- Rechtlich: möglich
- Bundesverfassungsgericht: mittelfristig sogar verfassungsrechtlich geboten
 - Praktisch: unmittelbarste Steuerungswirkung

UNSER TEAM – FÜR SIE VOR ORT

info@sterr-koelln.com / www.sterr-koelln.com



Standort Freiburg

Sterr-Kölln & Partner
Emmy-Noether-Str. 2
79110 Freiburg

Tel. +49 761 490540



Standort Berlin

Sterr-Kölln & Partner
An der Kieler Brücke 25
10115 Berlin

Tel. +49 30 28876180



Standort Paris

SK & Partner
8, Rue de Hanovre
75002 Paris

Tel. +33 1 53534670



Standort Strasbourg

Sterr-Kölln & Partner SAS
12, Rue Finkmatt
67000 Strasbourg

Tel. +33 3 88165888

VIELEN DANK FÜR IHRE
AUFMERKSAMKEIT