

ENGEMANN | PARTNER · Kastanienweg 9 · 59555 Lippstadt

Firma
HellwegWind GmbH
Herrn Dr. Marcel Welsing
Vattmannstraße 6
33100 Paderborn

**Mail: marcel.welsing@phymetric.de
cc) tido.hagen@hellwegwind.de**

Dezernat

RA Birkhölzer
d.birkhoelzer@engemann-und-partner.de
d8/1299-24

Sekretariat

Ulrike Bolte
02941 9700-14

Unser Zeichen

665/24 H44

06.12.2024

HellwegWind/Beratung

Sehr geehrter Herr Dr. Welsing,

in der vorbezeichneten Angelegenheit komme ich zurück auf Ihre Mail vom 14.11.2024, mit der Sie mich gebeten hatten, zur Thematik der artenschutzrechtlichen Zulässigkeit der von Ihnen beantragten WEA 5 im Windenergieprojekt „Herzebrock-Clarholz“, in dessen Nahbereich (500 m-Radius) sich auch nach den Feststellungen Ihres Gutachters ein Brutplatz des Rotmilans befindet, näher Stellung zu nehmen. Dieser Bitte komme ich auf diesem Wege gerne nach.

I.

Nach Prüfung der mir vorgelegten Unterlagen, insbesondere des von Ihnen beim Kreis Gütersloh vorgelegten Artenschutzrechtlichen Fachbeitrags (AFB) der Stufe II des Büros Schmal & Ratzbor aus Februar 2024, ist festzustellen, dass **die Voraussetzungen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 i.V. mit § 45b Abs. 8 BNatSchG im vorliegenden Fall zu Ihren Gunsten gegeben sind.**



Johannes Engemann
Rechtsanwalt (bis 2007)

Franz-J. Tigges
Rechtsanwalt u. Notar
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Andreas Schäfermeier
Rechtsanwalt u. Notar
Fachanwalt für Insolvenzrecht

W. Andreas Lahme
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Oliver Frank
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Jörg Klocke
Rechtsanwalt u. Notar
Fachanwalt für Verkehrsrecht
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

Martina Beese
Rechtsanwältin

**Katharina Vieweg-
Puschmann LL.M.**
Rechtsanwältin u. Notarin
Maîtrise en droit

Daniel Birkhölzer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Lars Strakeljahn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Christin Breitling
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht

Lucia Schacht
Rechtsanwältin

Nico Becker
Rechtsanwalt

Dr. Max Wördenweber
Rechtsanwalt

**Kastanienweg 9
59555 Lippstadt**

T: 02941 9700-0
F: 02941 9700-50
www.engemann-und-partner.de

Bürozeiten:

Mo.-Do. 08.00-13.00 Uhr
14.00-18.00 Uhr
Fr. 08.00-13.00 Uhr
14.00-17.00 Uhr

**Engemann und Partner,
Rechtsanwälte mbB,**
Eingetragene Partnerschaft
im Sinne des Partnerschafts-
gesellschaftsgesetzes
AG Essen PR 351

UST-ID: DE125689228

1.

Die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen (WEA) liegt gemäß § 2 Satz 1 EEG im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit, sodass die Voraussetzung des § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG unstreitig erfüllt ist. Somit steht kraft Gesetzes fest, dass nicht nur auch einzelne WEA nach § 45 Abs. 7 BNatSchG ausnahmefähig sein können, sondern für den Betrieb von WEA grundsätzlich auch der spezielle Ausnahmetatbestand der öffentlichen Sicherheit streitet.

Vgl. Lau, in: Frenz/Müggenborg, Kommentar zum BNatSchG, 4. Auflage (2024), § 45b Rn. 16.

Unionsrechtliche Bedenken gegen diese Regelung bestehen nicht.

Vgl. OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 - 22 A 1184/18, ZNER 2023, 53 (amtlicher Leitsatz Ziffer 7 und Rdn. 360 ff.); OVG Schleswig, Beschl. v. 21.07.2023 - 5 MR 2/23, ZNER 2023, 565 (dort Rdn. 55 ff.).

2.

Zumutbare Standortalternativen für die von Ihnen beantragte WEA 5 sind vorliegend ebenfalls nicht gegeben.

Ihren Angaben zufolge ist der Standort der in Rede stehenden WEA 5 weder im aktuell gültigen Flächennutzungsplan der Gemeinde Herzebrock-Clarholz noch im derzeit noch maßgeblichen Regionalplan als Windenergiegebiet ausgewiesen. Auch die in Aufstellung befindliche 1. Änderung des Regionalplans OWL, bezüglich derer im September 2024 eine aktuelle Gebietskulisse vorgelegt worden ist, sieht den Standort Ihrer WEA 5 als Windenergiegebiet vor, sodass die Frage zumutbarer Standortalternativen insoweit nach § 45b Abs. 8 Nr. 3 BNatSchG zu beurteilen ist.

Maßgeblich ist demnach, ob in einem Radius von 20 km um die in Rede stehende WEA zumutbare Standortalternativen vorhanden sind. Für diese Prüfung ist nach dem OVG Münster aufgrund der zwangsläufig vorhandenen, im Tatsächlichen liegenden Schwierigkeiten allein der Maßstab der Plausibilität (Hervorhebung durch den Unterzeichner) anzulegen ist.

Vgl. OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 - 22 A 1184/18, ZNER 2023, 53 (amtlicher Leitsatz Ziffer 8).

In diesem Urteil hat das OVG Münster auf der Grundlage vorgelegter Karten aus dem Energieatlas NRW, die neben bestehenden WEA, erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen (bis 2020), Wohngebäuden inklusive eines 1.000 m Puffers nach § 2 BauGB-AG NRW sowie Wohngebäuden inklusive eines 720 m-Puffers auch die Darstellung von Waldflächen und naturschutzrechtlichen Schutzgebieten beinhalteten, festgestellt, dass diese Darstellungen veranschaulichen, dass innerhalb des Radius von 20 Kilometern um das Vorhaben bereits zahlreiche geeignete Flächen für WEA genutzt werden, was sich im Übrigen auch mit den Erkenntnissen des Senats aus einer Vielzahl anderer Vorhaben aus diesem Bereich decke. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Kartendarstellung insofern unvollständig sei, als sie zusätzlich noch um bestehende Windenergieplanungen ergänzt werden müsste. Diese seien behördlicherseits nur insoweit erfassbar, als sie sich in eingegangenen konkreten Anträgen auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung niederschlugen. Nichts anderes gelte für den Hinweis, dass zwischenzeitlich alle auch nur halbwegs geeigneten Flächen von anderen, konkurrierenden Planern „abgegriffen“ worden seien, indem diese Flächen durch entsprechende Nutzungsverträge mit den Flächeneigentümern gesichert worden seien.

Vgl. OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 - 22 A 1184/18, ZNER 2023, 53 (Randnummer 385).

Darüber hinaus sei es der Genehmigungsinhaberin im Rahmen der Prüfung von Standortalternativen nach § 45 Abs. 7 Satz 2 i.V. mit § 45b Abs. 8 Nr. 3 NatSchG nicht zumutbar, bestehende oder in der Planung befindliche Flächennutzungsplanungen anzugreifen, was für sie mit erheblichen Kosten und prozessualen Risiken verbunden sei. Der Verweis auf ein mögliches Obsiegen in einem Rechtsstreit zeige jedenfalls keine aktuell und bereits tatsächlich vorhandene Alternative auf.

Vgl. OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 - 22 A 1184/18, ZNER 2023, 53 (Randnummer 386).

Vor diesem Hintergrund füge ich als **Anlage** eine auf der Grundlage des Energieatlases NRW gefertigte Karte bei, die die verschiedenen Schutzgebiete im Umkreis von 20 km um die von Ihnen beantragte WEA 5 sowie die vorhandenen bzw. genehmigten WEA in diesem Umkreis aufzeigt. Aus dieser Karte wird deutlich, dass in diesem maßgeblichen Radius von vorneherein nur wenige Flächen vorhanden sind, die für eine Windenergienutzung in Betracht kommen und die bislang noch nicht für eine solche Nutzung von anderen Betreibern hierfür in Anspruch genommen worden sind. Zudem existieren in zahlreichen Kommunen, deren Gebiet sich im relevanten 20 km-Radius befindet, derzeit noch Ausschlussplanungen gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (z.B. in der Stadt Bielefeld, in der Stadt Gütersloh, in der Stadt Harsewinkel, in der Stadt Rietberg oder in der Gemeinde Steinhagen), was die zur Verfügung stehenden Flächen für eine Windenergienutzung noch einmal ganz erheblich verkleinert.

Unabhängig davon ist bezüglich der überhaupt in Betracht kommenden Flächen davon auszugehen, dass diese in aller Regel bereits durch andere Projektierer zivilrechtlich mit Nutzungsvertrag gesichert worden sind bzw. für diese Flächen ggf. sogar schon immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanträge gestellt worden sind. Dies dürfte im besonderen Maße für diejenigen Flächen gelten, die in der Gebietskulisse des Entwurfs der 1. Änderung des Regionalplans OWL aus September 2024 als Windenergiegebiete dargestellt sind.

Angesichts dessen ist es nach unserem Dafürhalten plausibel und ohne weiteres nachvollziehbar, dass Ihnen für die Realisierung der WEA 5 auch innerhalb eines Radius von 20 Kilometern um diesen Standort keine zumutbaren Standortalternativen zur Verfügung stehen.

3.

Schließlich dürfte in Ihrem Fall auch die Voraussetzung des § 45b Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG gegeben sein, also die begründete Annahme, dass sich der Erhaltungszustand der hier durch Ihre WEA 5 betroffenen lokalen Population des Rotmilans unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert. Ich nehme insoweit Bezug auf die umfangreichen Ausführungen zum Rotmilan im Kapitel 5.1.3.3.4 des ASP aus Februar 2024,

insbesondere zu dessen allgemeiner Bestandsentwicklung sowie speziell zu dessen Bestandsentwicklung im benachbarten Kreis Paderborn. Hieraus können meiner Einschätzung nach ohne weiteres Rückschlüsse auf die Auswirkungen Ihrer WEA 5 auf den Erhaltungszustand des Rotmilans in dem gemäß § 45b Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG maßgeblichen Gebiet des Kreises Gütersloh gezogen werden.

Sollte der Kreis bezüglich dieser Tatbestandsvoraussetzung Bedenken haben, gehe ich davon aus, dass Ihr Gutachterbüro ggf. noch entsprechende Ergänzungen im ASP vornehmen kann und wird. Losgelöst hiervon dürfte jedoch aufgrund der umfangreichen Ausführungen im ASP jedenfalls die Voraussetzung des § 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG zu bejahen sein, also die Annahme, dass sich der Zustand der Rotmilanpopulation in dem betroffenen Land - hier NRW - oder auf Bundesebene unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert.

4.

Da die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 i.V. mit § 45b Abs. 8 BNatSchG - wie vorstehend dargelegt - erfüllt sind, besteht für Sie nach § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG ein Anspruch auf Erteilung der beantragten Ausnahme, sodass diese vom Kreis Gütersloh zu erteilen sein wird.

II.

Ich hoffe, Ihnen mit der vorliegenden Stellungnahme in der Sache weitergeholfen zu haben, und stehe für etwaige Rückfragen hierzu selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Daniel Birkhölzer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht