



Abstandsempfehlungen für Windenergie- anlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten

Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung
des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der
Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015)



Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

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)

Prof. Dr. Sabine Schlacke, Ass. iur. Daniel Schnittker

Inhalt

Aufgabenstellung	4
1. Einleitung	5
1.1 Steuerung der Windenergienutzung im Überblick	7
1.1.1 Wirtschaftliches Anreizsystem	7
1.1.2 Genehmigung von Windenergieanlagen	7
1.1.3 Planerische Steuerung	9
1.2 Bedeutung der artenschutzrechtlichen Anforderungen für das Zulassungs- und Planungsverfahren ..	11
1.2.1 Unionsrechtliche Grundlage des nationalen Artenschutzes	11
1.2.2 Die besonderen artenschutzrechtlichen Vorschriften im BNatSchG	11
1.2.3 Der Habitatschutz nach dem BNatSchG	14
1.2.4 Die Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Vorgaben im Rahmen der Anlagenzulassung nach dem BImSchG	14
1.2.5 Artenschutzrechtliche Vorschriften und ihre Bedeutung in der Raumordnungsplanung	16
1.2.6 Artenschutzrechtliche Vorgaben und ihre Bedeutung in der Bauleitplanung	17
2. Das Helgoländer Papier 2007	18
2.1 Inhalt und Anspruch des Helgoländer Papiers 2007	18
2.2 Die Rechtsnatur des Helgoländer Papiers 2007	19
2.2.1 Fehlende Verrechtlichung	19
2.2.2 Transformationsakte und Bindungswirkung	19
2.3 Aussagen von verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung und Literatur zum Helgoländer Papier 2007	23
2.3.1 Juristische Literatur	23
2.3.3 Zwischenergebnis	28
3. Bedeutung des Helgoländer Papiers 2015 für die Planungs- und Zulassungsebene	30
3.1 Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Genehmigungsentscheidung nach dem BImSchG	31
3.1.1 Naturschutzfachliche Bedeutung von Abstandsempfehlungen	31
3.1.2 Möglichkeit einer Indizwirkung	31
3.1.3 Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen und Ausnahme oder Befreiungstatbeständen ..	32
3.1.4 Abweichung von Abstandsempfehlungen der Länder	32
3.2 Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Regionalplanung	32
3.2.1 Bedeutung empfohlener Abstände zu Brutplätzen	32
3.2.2 Bedeutung empfohlener Abstände zu Vogelschutzgebieten	33
3.3 Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Flächennutzungsplanung	34
3.3.1 Bedeutung empfohlener Abstände zu Brutplätzen	34
3.3.2 Bedeutung empfohlener Abstände zu Vogelschutzgebieten	35

4. Zusammenfassung	35
4.1 Welche aktuelle Rechtslage (Literatur und Rechtsprechung) zum Schutz der Avifauna vor der Planung bzw. dem Bau von Windenergieanlagen besteht? Welche europarechtlichen Anforderungen sind hierfür maßgeblich?	35
4.2 Welche bundes- oder landesrechtlichen Regelungen sind für die Berücksichtigung des HP 2007 bislang getroffen?	36
4.3 Welche Änderungen ergeben sich durch das aktualisierte HP 2015 für die Planungspraxis auf den verschiedenen Ebenen?	36
4.4 Besteht eine Rechtspflicht, die Abstandsempfehlungen des HP 2015 aufzugreifen? Wenn ja, wen und unter welchen Voraussetzungen trifft diese Rechtspflicht? Wie ist in diesem Zusammenhang der im HP 2015 verwendete Begriff »Mindestabstand« zu bewerten?	36
4.5 Erlaubt die Bezugnahme auf das HP 2015 den zuständigen Behörden, von einer Einzelfallprüfung abzusehen? Besteht eine Rechtspflicht, die Unterschreitung der im HP 2015 bezeichneten Abstände zu ermöglichen, wenn durch naturschutzfachliche Erkenntnisse (Raumnutzungsanalysen) dokumentiert ist, dass Artenschutzkonflikte innerhalb der Abstandsflächen nicht zu befürchten sind, oder durch geeignete Vermeidungsmaßnahmen abgewendet werden können?	37
4.6 In welchem Verhältnis stehen landesspezifische Regelungen, welche Abstandsempfehlungen oder -regelungen enthalten, zum HP 2015 und welche Anforderungen müssen landesspezifische Abweichungen ggf. erfüllen (bspw. fachliche Begründungen, inhaltliche Ausgestaltung)?	37
4.7 Welche konkreten Anforderungen ergeben sich aus dem HP 2015 für die Genehmigungspraxis?	37
Literaturverzeichnis	38
Anhang	40
Impressum	41

Aufgabenstellung

Die Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW) hat im Jahr 2007 »Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten«, das sogenannte Helgoländer Papier (HP2007), veröffentlicht. Eine überarbeitete Fassung wurde im Mai 2015 publiziert (HP2015). Die Abstandsempfehlungen wurden vorgeblich neuer naturschutzfachlicher Erkenntnisse und Erfahrungen teilweise verändert. Die darin bezeichneten »empfohlenen Mindestabstände« richten sich insbesondere an die Genehmigungsebene, betreffen jedoch auch die vorgelagerten Planungsebenen der Raumordnungs- und Bauleitplanung. Das HP2007 wurde in der Planungs- und Genehmigungspraxis häufig als Maßstab im Rahmen der artenschutzrechtlichen Bewertung herangezogen. Auf Landesebene wurde es, teilweise mit Abweichungen, in Erlasse, Leitfäden oder sonstige Planungshilfen transformiert. Auch im Rahmen gerichtlicher Entscheidungsfindung hat das HP2007 eine Rolle gespielt.

Aus Anlass der Neufassung sollen im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land e.V. rechtliche Qualität und Relevanz des HP2015 begutachtet und die Implikationen für die Planungs- und Zulassungsebene dargestellt und bewertet werden. Eine Befassung mit dem gebietsbezogenen Artenschutz erfolgt dabei lediglich cursorisch. Der Fokus liegt auf der Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Prüfung des Tötungsverbots des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Hierzu werden juristische Literatur und Rechtsprechung zur Anwendung des HP2007 umfassend ausgewertet. Weiterhin wird der mögliche Umgang mit dem HP2015 für die Planungs-träger und Genehmigungsbehörden aufgezeigt und bewertet. Bestehende oder möglicherweise zu erwartende rechtliche Hindernisse werden benannt und soweit möglich einer Lösung zugeführt. Hierbei sind ebenfalls europarechtliche Implikationen zu berücksichtigen, soweit der unionsrechtliche Hintergrund des deutschen Artenschutzrechts dies gebietet. Eine Bewertung des Entstehungsprozesses und der durchaus kontrovers diskutierten naturschutzfachlichen Grundlagen des HP2015 ist hingegen nicht Gegenstand des Gutachtens. Lediglich wenn insoweit hieraus juristische Konsequenzen als solches folgen, werden diese aufgezeigt.

1. Einleitung

Die Intensivierung der Windenergienutzung ist als ein Baustein der Energiewende erklärtes Ziel von Bund und Ländern. Sie bezweckt eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung sowie Klima- und Umweltschutz. Der Bundesgesetzgeber hat in § 1 Abs. 2 des Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien (EEG 2014) Ausbaupfade für den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch gesetzlich fixiert und strebt hierbei letztlich eine Quote von mindestens 80 % bis zum Jahr 2050 an. § 3 Nr. 1 EEG 2014 formuliert die diesbezüglich konkret angestrebte Erweiterung der Windenergienutzung an Land, deren installierte Leistung jährlich um 2500 Megawatt (netto) steigen soll. Auch die Bundesländer treiben die Energiewende vermehrt durch eigene Rechtsetzung voran, indem sie sich zum Beispiel in Klimaschutzgesetzen eigene Klimaschutzziele auferlegen und der Windenergienutzung einen erheblichen Beitrag zu ihrer Erreichung zuweisen. So hat unter anderem Baden-Württemberg in einem Klimaschutzgesetz (KSG BW) landesweite Reduktionsziele bezüglich Treibhausgasemissionen kodifiziert (§ 4 Abs. 1 KSG BW) und dem Ausbau erneuerbarer Energien in

§ 5 S. 1 KSG BW eine »besondere Bedeutung« zugewiesen. Im sogenannten »Integrierten Energie- und Klimaschutzkonzept« (IEKK) wird konkret ein Anteil des aus Windkraft erzeugten Stroms an der Gesamtstromerzeugung von 10 % vorgesehen, was die Errichtung und den Betrieb von ca. 1200 zusätzlichen Windenergieanlagen (WEA) mit einer Leistung von durchschnittlich 3 Megawatt erforderlich macht.¹ Vergleichbare Regelungen finden sich in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen², Rheinland-Pfalz³ und Bremen⁴. Ähnliche Entwicklungen deuten sich in Berlin⁵, Brandenburg⁶, Niedersachsen⁷, Saarland⁸, Sachsen-Anhalt⁹, Schleswig-Holstein¹⁰ und Thüringen¹¹ an. In Bayern, Sachsen und Hessen¹² werden unverbindliche Klimaschutzziele durch (ebenfalls unverbindliche) politische Klimaschutzpläne oder -programme umgesetzt.¹³ Die Intensivierung der Windkraftnutzung ist somit ein von einem breiten Konsens getragenes politisches Ziel, welches sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene eine entsprechende Verrechtlichung erfahren hat.

¹ Windenergieerlass BW vom 09.05.2012 (Az.: 64-4583/404), S. 5. Das IEKK ist abrufbar unter <http://um.baden-wuerttemberg.de/de/klima/klimaschutz/integriertes-energie-und-klimaschutzkonzept-iek/> (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

² GV NRW 2013, S. 29.

³ GVBl. Rh.-Pf. 2014, S. 188.

⁴ Brem.GBl. 2015, S. 124.

⁵ Zum Entwurf eines Energiewendegesetzes Berlin, das im Oktober 2013 vorgestellt wurde und verbindliche Ziele zur Senkung der Treibhausgasemissionen beinhaltet, vgl. <http://www.stadtentwicklung.berlin.de/umwelt/klimaschutz/energiewendegesetz/> (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

⁶ Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes in Brandenburg (Brandenburgisches Klimaschutzgesetz -BbgKSG), LT-Drs. 5/8523 v. 13.02.2014.

⁷ Niedersachsen beabsichtigt bis spätestens 2015 ein Klimaschutzgesetz mit verbindlichen Klimaschutzziele vorzulegen, vgl. Erneuerung und Zusammenhalt. Nachhaltige Politik für Niedersachsen, Koalitionsvertrag zwischen SPD und Bündnis 90/Die Grünen für die 17. Wahlperiode des Niedersächsischen Landtags 2013–2018, S. 81, abrufbar unter http://www.gruene-niedersachsen.de/fileadmin/docs_lv/downloads/Dokumente/Rot-Gruener_Koalitionsvertrag_Nds_2013_2018_web.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

⁸ Entwurf eines saarländischen Klimaschutzgesetzes v. 20.06.2003, LT-Drs. 15/545.

⁹ Entwurf eines Klimaschutzgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt (KISchG LSA), LT-Drs. 6/2369 v. 30.08.2013.

¹⁰ Bericht der Landesregierung: Energiewende und Klimaschutz in Schleswig-Holstein – Ziele, Maßnahmen und Monitoring, LT-Drs. 18/889, S. 8. Ein Gesetzentwurf liegt noch nicht vor.

¹¹ Klimaschutzgesetz des Freistaates Thüringen v. 15.1.2014, LT-Drs. 5/7145.

¹² Zwar enthält das Hessische Energiegesetz vom 21.11.2012 (GBl. 2012 S. 444) in § 1 Abs. 1 HEG u. a. das Ziel, dass die Deckung des Endenergieverbrauchs von Strom und Wärme möglichst zu 100 Prozent aus erneuerbaren Energiequellen bis zum Jahr 2050 erfolgen soll, und in § 1 Abs. 3 HEG die Anforderung, dass weiterhin im Landesentwicklungsplan die Vorgabe erfolgt, in den Regionalplänen Windvorrangflächen mit Ausschlusswirkung in einer Größenordnung von 2 Prozent der Landesfläche in substanzuell geeigneten Gebieten festzulegen. Hierbei handelt es sich allerdings nicht um Klimaschutzziele i.S.v. Treibhausgasreduktionszielen. Insofern ist das Hess. Energiegesetz kein Klimaschutzgesetz. Allenfalls dienen die genannten Zielsetzungen mittelbar dem Klimaschutz.

¹³ Vgl. Stäsche, EnWZ 2014, S. 297 m.w.N.

Andererseits birgt der forcierte Ausbau der Windenergienutzung nicht unerhebliches Konfliktpotenzial. Neben der Inanspruchnahme von Fläche kommt es zu nachteiligen Umweltauswirkungen wie zum Beispiel Lärmemissionen. Auch der im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) verankerte Artenschutz kann der Windenergienutzung im Einzelfall entgegenstehen,¹⁴ da insbesondere Vögel und Fledermäuse mit Rotorblättern von WEA kollidieren und auf diese Weise Schaden nehmen oder getötet werden können. Die Nutzung von Windenergie bewegt sich somit in einem Spannungsfeld, das einerseits durch den individuenbezogenen, rechtlich normierten Artenschutz und andererseits durch den politisch intendierten und z. T. rechtlich verankerten Klima- und Umweltschutz geprägt wird.¹⁵

Vor diesem Hintergrund hat die Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW) erstmals im Jahr 2007 »Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten«¹⁶, auch bekannt als Helgoländer Papier (HP 2007), veröffentlicht. Diese beruhen auf der Auswertung einer Datensammlung, in welcher seit dem Jahr 2002 die bundesweit als sogenannte Schlagopfer durch Kollisionen mit WEA zu Tode gekommenen Vögel erfasst sind.¹⁷ Leitgedanke der Abstandsempfehlungen ist es, dass das Schlagopferisiko am effektivsten durch die Auswahl geeigneter, konfliktarmer Standorte reduziert werden kann.¹⁸ Nunmehr hat die LAG VSW als Ergebnis einer vierjährigen Überarbeitung eine aktualisierte Fassung des HP veröffentlicht (HP 2015).

Die im HP 2007 enthaltenen Abstandsempfehlungen wurden in der Planungs- und Genehmigungspraxis im Rahmen der artenschutzrechtlichen Bewertung und Prüfung als Entscheidungsgrundlage herangezogen. Auf Landesebene wurden sie (teilweise mit Abweichungen)

in Erlasse, Leitfäden oder sonstige Planungshilfen transformiert.¹⁹ Auch bei der gerichtlichen Entscheidungsfindung hat das HP 2007 immer wieder eine Rolle gespielt.²⁰ Hierbei haben sich eine Vielzahl von Unsicherheiten ergeben, ob und inwieweit die Abstandsempfehlungen der naturschutzrechtlichen Bewertung zugrunde gelegt werden dürfen, in welchem Umfang von ihnen abgewichen werden darf oder ob sie sogar die behördliche Bewertung einer Konfliktsituation ersetzen können.

Da auch für die Zukunft zu erwarten ist, dass das HP 2015 von Planungsträgern und Genehmigungsbehörden zur Bewältigung artenschutzrechtlicher Konflikte herangezogen wird, sollen die Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Entscheidungsfindung im Rahmen dieser Begutachtung analysiert und bestehende rechtliche Unsicherheiten aufgezeigt und soweit möglich, einer Lösung zugeführt werden.

Hierzu wird zunächst der rechtliche Rahmen vorgestellt, der für die Ansiedlung und planerische Steuerung der Windenergienutzung einschlägig ist. Besonderes Augenmerk liegt auf der Darstellung der artenschutzrechtlichen Normierungen, welche der Zulassung und Planung von Anlagen entgegenstehen können. Anschließend werden das HP 2007 und seine Umsetzungen durch die Länder auf ihre Rechtsnatur und eine damit eventuell einhergehende Bindungswirkung untersucht. Auch die Bedeutung der Abstandsempfehlungen als solche zum Beispiel für Abwägungs- und Zulassungsentscheidungen wird anhand von Rechtsprechung und Literatur ausgearbeitet. Die Übertragung dieser Ergebnisse auf das HP 2015 bildet dann den Ausgangspunkt für eine Bewertung der Abstandsempfehlungen mit Blick auf ihre Relevanz für die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien für eine zulässige Steuerungsplanung der Ansiedlung von WEA.

¹⁴ Überblick bei Hinsch, ZUR 2011, 191.

¹⁵ Zum Konflikt zwischen Windenergienutzung und Artenschutz, aber auch zur vom Klimawandel ausgehenden Gefahr für die Biodiversität Hinsch, ZUR 2011, 191.

¹⁶ Ber. Vogelschutz 44 (2007), 151–153.

¹⁷ Ausführungen zur Datengrundlage sind abrufbar unter <http://www.vogelschutzwarten.de/windenergie.htm> (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

Die Daten werden bei der VSW Brandenburg erfasst und sind abrufbar unter <http://www.lugv.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.312579.de> (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁸ Siehe hierzu im Detail unten 2.1.

¹⁹ Siehe hierzu unten 2.2.2.

²⁰ Vgl. exemplarisch VGH Kassel, ZUR 2014, 366.

1.1 Steuerung der Windenergienutzung im Überblick

Der Rechtsrahmen des Ausbaus der Windenergienutzung ist maßgeblich geprägt von einem wirtschaftlichen Anreizsystem (EEG-Förderung). Der Gesetzgeber hat dieses mit dem Abbau bauplanungsrechtlicher Hürden kombiniert, indem er Windenergienutzung im Außenbereich privilegiert hat. Zum Schutz des Freiraums und folglich als Korrektiv können Regional- und Flächennutzungsplannungen die Ansiedlung von WEA durch die Ausweisung von Konzentrationszonen steuern. Die Rechtsprechung hat insoweit Anforderungen entwickelt, die eine der gesetzgeberischen Privilegierung widersprechende regional- oder kommunalplanerische Verhinderungsplanung vermeidet. Die Genehmigung der einzelnen Anlage auf der Zulassungsebene ist dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BlmSchG) oder den Landesbauordnungen unterworfen.²¹

1.1.1 Wirtschaftliches Anreizsystem

Mit dem EEG 2014 hat der Bundesgesetzgeber einen Mechanismus zur finanziellen Förderung für Strom aus erneuerbaren Energien geschaffen.²² Neben einer unmittelbaren finanziellen Zuwendung pro erzeugter Kilowattstunde Strom privilegiert das Gesetz die Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energie durch einen Vorrang beim Netzanschluss und der anschließenden Stromspeisung. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes ist auf diese Weise der Anteil der erneuerbaren Energien am Bruttostromverbrauch von 6,2 % im Jahr 2000 auf 27,8 % im Jahr 2014 gewachsen.²³ Das vom Gesetzgeber installierte Fördersystem enthält jedoch keine die konkrete Anlagenansiedlung steuernden oder gar planerischen Elemente, sondern beschränkt sich auf zivilrechtliche Regelungen und die Vorgabe der bereits eingangs erwähnten Ausbaupfade (§ 3 EEG 2014). Lediglich deren

Einhaltung soll durch eine Preissteuerung sichergestellt werden.²⁴ Es besteht somit die Notwendigkeit einer flankierenden Steuerung der Ansiedlung von WEA, um die Belange der durch die Förderung motivierten Vorhabenträger mit konfligierenden Interessen von Mensch und Umwelt in Einklang zu bringen. Hierzu dient sowohl der Genehmigungsvorbehalt zulasten der Anlagen als auch die mögliche Ansiedlungssteuerung durch Regional- und Bauleitplanung.

1.1.2 Genehmigung von Windenergieanlagen

WEA sind Anlagen im Sinne des § 3 Abs. 5 BlmSchG und gleichzeitig bauliche Anlagen im Sinne der Landesbauordnungen.²⁵ Eine oder mehrere Anlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m sind nach § 4 Abs. 1 BlmSchG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 4. BlmSchV, Nr. 1.6 des Anhangs 1 zur 4. BlmSchV genehmigungspflichtig.²⁶ Im Übrigen bemisst sich die Genehmigungspflicht nach den Landesbauordnungen.²⁷

1.1.2.1 Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung

Unterfallen die geplante Errichtung einer oder mehrerer WEA dem Erfordernis einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, bestimmt sich die Genehmigungsfähigkeit nach § 6 Abs. 1 BlmSchG. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BlmSchG und einer auf Grund des § 7 BlmSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Voraussetzungen erfüllt werden und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Es ist folglich sicherzustellen, dass insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren

²¹ Auf in der Praxis nicht mehr bedeutsame genehmigungsfreie Anlagen wird im Folgenden nicht eingegangen.

²² Zur Historie des EEG sowie zum Charakter der aktuellsten reformierten Fassung vgl. Wustlich, NVwZ 2014, 1113.

²³ Vgl. http://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/zeitreihen-zur-entwicklung-der-erneuerbaren-energien-in-deutschland-1990-2014.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

²⁴ Wustlich, NVwZ 2014, 1113 (1115).

²⁵ Vgl. exemplarisch den Anlagenbegriff des § 2 Abs. 1 BauO NRW.

²⁶ Hierzu Wustlich, NVwZ 2005, 996.

²⁷ Zur Genehmigung von sogenannten Kleinwindenergieanlagen siehe Bovet, ZUR 2010, 9.

sowie erhebliche Nachteile und Belästigungen für die Allgemeinheit nicht hervorgerufen werden. Durch die Anknüpfung an »andere öffentlich-rechtliche Vorschriften« werden neben dem Bauplanungs- und Bauordnungsrecht auch die Vorschriften des BNatSchG zum Prüfungsmaßstab. Gemäß § 13 BImSchG kommt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sogenannte Konzentrationswirkung zu, das heißt sie schließt andere die Anlage betreffende Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen mit Ausnahme der in § 13 BImSchG genannten Vorbehalte – Planfeststellungen sowie berg- und atomrechtliche Zulassungen und wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen nach § 8 i.V.m. § 10 WHG.

1.1.2.2. Die bauordnungsrechtliche Genehmigung

Richtet sich die Genehmigungsfähigkeit nach den Landesbauordnungen, so ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn einem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.²⁸ Folglich besteht eine weitgehende Übereinstimmung mit den Voraussetzungen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.

1.1.2.3 Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer WEA als einer baulichen Anlage im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB richtet sich nach den §§ 29 ff. BauGB.²⁹ Hierbei ist grundsätzlich zwischen dem Geltungsbereich eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB), dem unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) und dem Außenbereich (§ 35 BauGB) zu differenzieren. Für die Genehmigungspraxis sind die ersten beiden Varianten von geringer Relevanz. Wenn ein

Bebauungsplan existiert, ist die Standortwahl für WEA bereits getroffen,³⁰ und im unbeplanten Innenbereich finden sich kaum Standorte, für die ein Antrag auf Errichtung und Betrieb einer WEA Aussicht auf Erfolg hat. Der Genehmigungspraxis bereiten vor allem die Voraussetzungen des § 35 BauGB Probleme, sodass im Folgenden lediglich auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von WEA im Außenbereich eingegangen wird.

Anlagen zur Nutzung von Windenergie sind gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich bauplanungsrechtlich privilegiert. Der Gesetzgeber gibt damit zu erkennen, dass eine Ansiedlung solcher Anlagen im Außenbereich erwünscht ist.³¹ WEA sind somit bauplanungsrechtlich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und eine ausreichende Erschließung gesichert ist. § 35 Abs. 3 BauGB enthält hierbei den Anknüpfungspunkt für die Möglichkeiten planerischer Steuerung.

Gemäß § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB stehen öffentliche Belange einem raumbedeutsamen Vorhaben³² nach § 35 Abs. 1 BauGB nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Dieser Ausschlussbestand macht somit eine Vorprüfung einschlägiger Regionalplanung erforderlich³³ und schließt eine Wertungsmöglichkeit für die Baurechtsbehörde im Genehmigungsverfahren aus. Umgekehrt stehen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB einem privilegierten Vorhaben öffentliche Belange zumindest in der Regel entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Die Vorschrift nimmt somit auf die grundsätzlich mögliche regionalplanerische³⁴ oder

²⁸ Vgl. beispielhaft den Genehmigungstatbestand des § 75 Abs. 1 BauO NRW. Die Frage einer Genehmigungsbedürftigkeit baulicher Anlagen und der Umfang der zu prüfenden Vorschriften variiert zwischen den Bundesländern und hängt zudem von der konkreten Art des Vorhabens ab, vgl. exemplarisch die Regelungen der § 63 Abs. 1, § 68 Abs. 1 BauO NRW.

²⁹ Die Eigenschaft einer WEA als bauliche Anlage im Sinne des Bauplanungsrechts folgt dabei bereits aus ihrer Nennung im Rahmen von § 35 Abs. 1 BauGB. Über die Begriffsmerkmale des bauordnungsrechtlichen Anlagenbegriffs hinaus entfaltet eine WEA insofern sogenannte bodenrechtliche Relevanz als dass ihre Verwirklichung einen Bedarf an Bauleitplanung auslöst. Der Gesetzgeber hat dieses Bedürfnis in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB kodifiziert. Vgl. zum bauplanungsrechtlichen Anlagenbegriff Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Auflage 2014, § 29 Rn. 1 ff.

³⁰ Zudem kann der Artenschutz nach § 44 Abs. 1 BNatSchG wegen § 44 Abs. 5 BNatSchG eine zurückgenommene Bedeutung haben.

³¹ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Auflage 2014, § 35 Rn. 46.

³² Zum Begriff der Raumbedeutsamkeit vgl. Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 3 Rn. 100 ff.

³³ Hierzu Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Auflage 2014, § 35 Rn. 108 ff.

³⁴ Teilweise haben die Länder ihre Landesplanungsgesetze novelliert und der Regionalplanung eine Konzentrationszonenplanung mit Ausschlusswirkung verwehrt, vgl. z. B. für Baden-Württemberg § 11 Abs. 7 S. 1 LplG BW.

kommunale Konzentrationsplanung Bezug, nach welcher durch die Ausweisung räumlicher Konzentrationszonen für bestimmte Nutzungen gleichzeitig die Unzulässigkeit entsprechender Nutzungen im übrigen Außenbereich herbeigeführt werden soll. Selbst eine wirksame Ausschlussplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB begründet jedoch lediglich eine Regel-Ausnahme-Vermutung für die Unzulässigkeit von WEA an anderer Stelle.³⁵ Eine Einzelfallprüfung ist somit dort (außerhalb der Konzentrationszone) nicht entbehrlich.³⁶ Zudem suspendiert die Vorschrift nicht § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB, d. h. eine Unzulässigkeit kann sich auch aus dem Entgegenstehen anderer öffentlicher Belange ergeben.³⁷

1.1.3 Planerische Steuerung

Der planerischen Steuerung der Ansiedlung von WEA kommt nach dem oben Gesagten besondere Bedeutung zu.³⁸ Um eine Konzentration der Anlagen im Außenbereich zu erzielen, sieht § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB einen Planungsvorbehalt zugunsten gemeindlicher Flächennutzungsplanung sowie der Regionalplanung vor, die eine Beschränkung auf bestimmte Gebiete und Flächen erlauben (sogenannte Konzentrationszonen). Damit eine solche Planung jedoch der grundsätzlichen Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB weiterhin Rechnung trägt, hat die Rechtsprechung ein abgeschichtetes Anforderungsprofil an die planerische Steuerung formuliert, welches sowohl für die Regional- als auch die Flächennutzungsplanung Geltung beansprucht.³⁹

1.1.3.1 Unzulässigkeit einer Verhinderungsplanung

Bei der Planaufstellung darf die Windenergienutzung nicht vollständig ausgeschlossen werden (echte

Verhinderungsplanung), weil sich aus der Privilegierung der Windenergienutzung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ableiten lässt, dass dieser im Außenbereich substantiell Raum geschaffen werden muss.⁴⁰ Der echten Verhinderungsplanung gleichgestellt und damit ebenfalls unzulässig ist die sogenannte Feigenblatt-Planung, welche in der Sache gleichsam die Ansiedlung von WEA zu hindern versucht und nur den Anschein planerischer Steuerung trägt. Ein Ausschluss auf weiten Teilen des Plangebiets ist demnach nur gerechtfertigt, wenn sichergestellt wird, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen und die ausgewiesenen Flächen für eine wirtschaftliche Nutzung der Windenergie geeignet sind. Andernfalls nutzt die Gemeinde die planerische Steuerung zum Zweck der Verhinderung der Ansiedlung von WEA insgesamt.⁴¹

1.1.3.2 Abschnittsweise Planerarbeitung und Tabuzonen

Das der Planung zugrunde liegende Konzept muss darüber hinaus abschnittsweise erarbeitet werden. Im ersten Planungsschritt hat der Planungsträger Tabuzonen zu ermitteln, welche sich für die Nutzung von Windenergie nicht eignen. Dabei schließen sogenannte harte Tabuzonen die Errichtung von WEA aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen aus. In weichen Tabuzonen sind WEA zwar möglich, aber planerische Erwägungen, z. B. räumliche Entwicklungsvorstellungen oder andere öffentliche Belange stehen diesen entgegen.⁴² Im Ergebnis muss der Windkraftnutzung durch das vom Planungsträger verwendete Konzept substantiell Raum verschafft werden.⁴³

Zu den harten Tabuzonen zählen zunächst Flächen mit zu geringer Windhöflichkeit,⁴⁴ auf denen nach aktuellem

³⁵ Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 7 Rn. 33.

³⁶ Rieger, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 165.

³⁷ Gleiches gilt selbstverständlich für die einzuhaltenden anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

³⁸ Für die kommunale Steuerung siehe Scheidler, KommJur 2012, 367. Zu den planungsrechtlichen Anforderungen im Allgemeinen Köck, ZUR 2010, 507.

³⁹ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Auflage 2014, § 35 Rn. 120.

⁴⁰ BVerwG, BauR 2003, 828.

⁴¹ BVerwG, BauR 2003, 828.

⁴² Spannowsky, ZfBR-Beil. 2012, 53 (59); aus der Rechtsprechung vgl. zuletzt OVG Thüringen, ThürVbl 2015, 111.

⁴³ Umstritten ist, ob das im Folgenden dargestellte Konzept des BVerwG zwingend ist oder nur eine von mehreren Möglichkeiten darstellt, ein schlüssiges Plankonzept zu entwickeln (vgl. hierzu Scheidler, KommJur 2012, 367 (368)).

⁴⁴ OVG Berlin, NuR 2011, 794 (801).

Stand der Technik ein wirtschaftlicher Betrieb von WEA (tatsächlich) nicht möglich ist. Ferner können über aus immissionsschutzrechtlichen Gründen ohnehin freizuhaltende Flächen hinausgehende Schutzabstände als Ausdruck planerischer Vorsorge festgelegt werden.⁴⁵ In der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet wird die Frage, inwieweit der Gebietsschutz durch das BNatSchG die Annahme harter Tabuzonen rechtfertigt.⁴⁶ Letztlich wird es auf eine Einzelfallbetrachtung des Gebiets ankommen, welche die Verträglichkeit von Windenergienutzung und Schutzzweck des Gebiets zum Gegenstand hat und darüber hinaus die Möglichkeit von Ausnahmen und Befreiungen in den Blick nimmt. Gleichsam entfalten nicht durch Ausnahmen oder Befreiung überwindbare artenschutzrechtliche Verbote im Sinne des § 44 Abs. 1 BNatSchG eine Sperrwirkung für die Errichtung und den Betrieb von WEA und können insoweit ebenfalls harte Tabuzonen bedingen. Hierbei sind sogenannte hochsensible Bereiche (Ausnahmen und Befreiungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bzw. § 67 Abs. 2 BNatSchG kommen nicht in Betracht) zwingend, bloße sensible Bereiche, in denen also die genannten naturschutzrechtlichen Ausnahmen möglich sind, nach planerischem Ermessen freizuhalten.⁴⁷ Harte Tabuzonen stellen zudem Schutzbereichszonen und ihre etwaigen Bauschutzbereiche dar, z.B. Flughäfen und militärische Schutzbereiche.⁴⁸ Abstände zu Stromleitungen, Radaranlagen, Richtfunkstrecken oder Wetterstationen sind freizuhalten, soweit Beeinträchtigungen ihrer Funktionsfähigkeit tatsächlich zu erwarten sind.⁴⁹ Auch vorgeschriebene Abstandsflächen zu Straßen können von der Gemeinde nicht für Windkraftnutzung vorgesehen werden, gleiches gilt für

Überschwemmungsgebiete im Sinne des § 78 WHG. Mit Blick auf die Ausnahmemöglichkeit des § 78 Abs. 2 WHG gilt das zum Naturschutzrecht Gesagte. Wo eine Ausnahme möglich ist, steht die Freihaltung des Gebiets im planerischen Ermessen.

1.1.3.3 Abwägung und Gebot der substantiellen Raumverschaffung

Nach Abzug der Tabuzonen verbleiben sogenannte Potenzialflächen im Gemeindegebiet. Nunmehr ist bezüglich dieser Flächen eine Abwägung der Belange, die gegen eine Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung sprechen, mit der sich aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ergebenden Vorgabe durchzuführen, dass der Windenergienutzung substantiell Raum verschafft werden muss.⁵⁰ Je geringer die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen ausfallen, desto mehr ist die Ausweisung weicher Tabuzonen zu überprüfen und gegebenenfalls zu reduzieren.⁵¹ Können in den windtechnisch besonders geeigneten Lagen keine ausreichend großen Flächen bereitgestellt werden, müssen weniger geeignete Flächen überprüft werden.⁵² Ob der Windenergie nach einem entsprechend den oben genannten materiell- und verfahrensrechtlichen Vorgaben aufgestellten Plankonzepts substantiell Raum verschafft wurde, lässt sich, wie bereits angedeutet, nicht pauschal beurteilen. Rein zahlenmäßige Betrachtungen sind hierbei für sich genommen ungeeignet, jedoch kann das Verhältnis zwischen Potenzialflächen und tatsächlich ausgewiesenen Konzentrationszonen als ein Näherungswert herangezogen werden.⁵³ Die Rechtsprechung hat diesbezüglich keinen Schwellenwert benannt. Sie misst

⁴⁵ OVG Berlin, NuR 2011, 794 (801). Eine Übersicht über in der Rechtsprechung aus immissionsschutzrechtlichen Gründen als (un-)zulässig gewertete Abstände bietet Scheidler, VerwArch 2012, 587 (594 f.). Hierbei dürfte es sich dann um sog. weiche Tabuzonen handeln, da die Abstände aus einer planerischen Vorsorgeentscheidung resultieren.

⁴⁶ Scheidler, VerwArch 2012, 587 (595 ff.) m.w. N.

⁴⁷ BVerwG, NVwZ 2010, 1561 (1563). Letztere Gebiete können daher auch als weiche Tabuzonen bezeichnet werden. Ob auf der Planungsebene eine abschließende Beurteilung der Voraussetzungen der §§ 44 Abs. 1, 45 Abs. 7 oder 67 Abs. 2 BNatSchG vorgenommen werden kann, ist einer Einzelfallbetrachtung vorbehalten.

⁴⁸ Vgl. insoweit §§ 12, 14 LuftVG.

⁴⁹ Vgl. Übersicht bei Scheidler, VerwArch 2012, 587 (597) m.w.N. Gesetzlich vorgeschriebene Mindestabstände jenseits von Verwaltungsvorschriften existieren insoweit jedoch nicht.

⁵⁰ BVerwG, BauR 2010, 82 (83).

⁵¹ BVerwG, NVwZ 2008, 559 (560).

⁵² OVG Münster, BauR 2006, 1715. Das Gutachten geht insoweit nicht auf die besondere Situation einer Teilfortschreibung ein. Inhaltlich wäre bei einer Fortschreibung eine Neuprüfung der Gebietskulisse angezeigt.

⁵³ Mitschang, BauR 2013, 29 (33).

dem Verhältnis aber zum Teil eine Indizwirkung bei.⁵⁴ Selbst wenn ein Grenzwert bestünde, wäre zusätzlich eine Beurteilung anhand der Umstände des Einzelfalls

erforderlich, um die örtlichen Gegebenheiten des Planungsgebiets und die zur Verfügung stehende Potenzialfläche angemessen zu berücksichtigen.⁵⁵

1.2 Bedeutung der artenschutzrechtlichen Anforderungen für das Zulassungs- und Planungsverfahren

Im Folgenden wird die Bedeutung der artenschutzrechtlichen Vorgaben sowohl im Genehmigungs- als auch Planungsverfahren dargestellt. Einer Differenzierung zwischen der Genehmigung nach dem BImSchG und derjenigen nach den Landesbauordnungen wird aufgrund der praktischen Irrelevanz letzterer nicht nachgegangen. Einer getrennten Betrachtung unterliegen jedoch die Ebenen der Raumordnungs- und der Bauleitplanung aufgrund ihres unterschiedlichen Betrachtungsmaßstabs.

Der Artenschutz im BNatSchG beruht dabei im Wesentlichen auf Vorgaben des Unionsrechts, welches eine Doppelstrategie vorsieht: Auf der einen Seite wird ein habitatsbezogener Ansatz durch Ausweisung und Unterschutzstellung bestimmter Gebiete, namentlich des Schutzgebietsnetzes Natura 2000, und auf der anderen Seite ein europaweit flächendeckender artbezogener Ansatz verfolgt.⁵⁶

1.2.1 Unionsrechtliche Grundlage des nationalen Artenschutzes

Das Schutznetz Natura 2000 beruht auf der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie 92/43/EWG⁵⁷ (FFH-RL) und umfasst nach deren Art. 3 Abs. 1 auch die europäischen Vogelschutzgebiete, welche von den Staaten der Europäischen Vogelschutzrichtlinie 79/409/EWG⁵⁸ (VRL), nunmehr

neu gefasst in Richtlinie 2009/147/EG⁵⁹, gemeldet werden müssen. Anhang I und II der FFH-RL listen die zu schützenden Arten auf, ergänzt um die europäischen Vogelarten aus Anhang I der VRL, die Zugvögel und ihre notwendigen Lebensraumtypen. Auch der nicht gebietsbezogene Artenschutz beruht auf den genannten Richtlinien, vgl. Art. 12 FFH-RL sowie Art. 5 VRL.⁶⁰ Im Folgenden werden die entsprechenden Umsetzungen im BNatSchG vorgestellt, wobei der Schwerpunkt auf dem klassischen Artenschutzrecht liegt.

1.2.2 Die besonderen artenschutzrechtlichen Vorschriften im BNatSchG

Die einschlägigen artenschutzrechtlichen Vorschriften entstammen den §§ 39 ff. BNatSchG. Diese enthalten in den §§ 39–43 BNatSchG allgemeine Regelungen zum Artenschutz. Mit Blick auf die zu prüfende Bedeutung der »Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten« ist jedoch dem in den §§ 44–47 BNatSchG normierten besonderen Artenschutz Beachtung zu schenken.⁶¹ § 44 Abs. 1 BNatSchG normiert hierbei Zugriffsverbote zugunsten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten, der streng geschützten Arten sowie der europäischen Vogelarten.

⁵⁴ BVerwG, NVwZ 2004, 984 (985).

⁵⁵ OVG Berlin, NuR 2011, 794 (799 f.). Aufgrund der Verschiedenheit und mangelnden Verallgemeinerungsfähigkeit wird einzelnen konkreten Verhältnisaussagen aus der Rechtsprechung nicht weiter nachgegangen.

⁵⁶ Möckel, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, Vorbem. zu § 31–36 Rn. 1.

⁵⁷ Richtlinie des Rates v. 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. Nr. L 206 v. 22.7.1992, S. 7 ff.

⁵⁸ Richtlinie des Rates v. 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. Nr. L 103 v. 25.4.1979, S. 1 ff.

⁵⁹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. Nr. L 20 v. 26.1.2010, S. 7.

⁶⁰ Vgl. hierzu umfassend Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, Vorbem. zu §§ 44–47 Rn. 10 ff.

⁶¹ Alle europäischen Vogelarten sind besonders geschützte Tiere im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG.

1.2.2.1 Das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG

Gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG) nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Das individuenbezogene Tötungsverbot ist jedoch entgegen seiner Formulierung nicht absolut zu verstehen.⁶² Dass der Betrieb von WEA zu einer Tötung von Vögeln (dem sogenannten Vogelschlag) und Fledermäusen führt, lässt sich nicht mit völliger Sicherheit ausschließen. Bereits zum Zeitpunkt der Zulassung der Anlage steht damit fest, dass dem Anlagenbetrieb eine Erhöhung des Tötungsrisikos innewohnt. Da der Tatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG über unionsrechtliche Anforderungen hinausgehend unabhängig davon erfüllt ist, ob die Tötung intentional erfolgt ist,⁶³ stünde das artenschutzrechtliche Tötungsverbot einer Anlagenzulassung zumeist entgegen.⁶⁴ Die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nimmt daher die Verwirklichung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nur dann an, wenn das Tötungsrisiko geschützter Arten durch ein Vorhaben signifikant erhöht wird.⁶⁵ Zwar wurde diese Einschränkung zunächst nur bezüglich Verkehrsinfrastrukturprojekten formuliert, sie wird jedoch von den Instanzengerichten in der Prüfung von Zulassungsentscheidungen von WEA übernommen⁶⁶ und ist mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar.⁶⁷ Die Rechtsprechung trägt damit dem Umstand Rechnung, dass auch geschützte Arten zunächst einem natürlichen, darüber hinaus aber auch einem sozialadäquaten

umwelttypischen Lebensrisiko ausgesetzt sind. Letzteres besteht darin, dass in einer von Menschen besiedelten und gestalteten Umwelt Konflikte mit Tieren nie völlig ausgeschlossen sind. Nicht gefolgt werden kann einer weiteren Relativierung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in der Weise, dass eine signifikant erhöhte Tötungsgefahr nur dann bestehen könne, wenn diese sich spürbar auf die vorhandene Population auswirke.⁶⁸ Ein solches Normverständnis kollidiert systematisch mit dem Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG, der explizit einen Bezug zur lokalen Population herstellt,⁶⁹ und widerspricht dem Ansatz eines individuellen Artenschutzes, dessen Ausdruck das Tötungsverbot ist.⁷⁰

1.2.2.2 Das Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es ebenfalls untersagt, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG) und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören. Der Tatbestand des Störungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG erfasst im Gegensatz zum Tötungsverbot nur die streng geschützten Tierarten sowie europäische Vogelarten. Zeitlich greift der Schutz entsprechend des Wortlauts der Norm hauptsächlich während besonders sensibler, für die Arterhaltung relevanter Phasen.⁷¹ Unter dem Tatbestand der Störung ist ohne Rücksicht auf die Ursache jede Einwirkung zu verstehen, die zu einem physischen Unwohlsein der Tiere führt.⁷² Der Begriff ist mit jenem der Beunruhigung aus § 39 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vergleichbar.⁷³ Gemäß der gesetzlichen Formulierung muss die Störung erheblich sein,

⁶² Hinsch, ZUR 2011, 191 (193).

⁶³ Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 15.

⁶⁴ Dies hätte zur Konsequenz, dass eine Anlagenzulassung nur über den Ausnahme- oder Befreiungstatbestand des § 45 Abs. 7 bzw. § 67 Abs. 2 BNatSchG erzielbar wäre.

⁶⁵ BVerwGE 131, 274.

⁶⁶ VG Minden, Urt. v. 13.01.2010–11 K 352/09.

⁶⁷ Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 6 und 15 f.

⁶⁸ So jedoch VG Minden, NuR 2010, 891. Zur Sinnhaftigkeit bei einem allgemeinen Verständnis des Artenschutzes im Sinne der Sicherung der biologischen Vielfalt Hinsch, ZUR 2011, 191 (194).

⁶⁹ Siehe hierzu unten 1.2.2.

⁷⁰ So zutreffend Niederstadt/Krüsemann, ZUR 2007, 247 (248).

⁷¹ Kratsch, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 44 Rn. 19. Zu den Zeiträumen vgl. im Detail Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 20.

⁷² Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 21.

⁷³ Louis, NuR 2009, 91 (95).

um den Eintritt des Verbotstatbestands hervorzurufen. Dies ist der Fall, wenn durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population verschlechtert wird. Das Störungsverbot ist somit nicht originär individuenbezogen. Überwiegend wird die lokale Population als die Gesamtheit der Individuen definiert, die während einer bestimmten Phase des jährlichen Zyklus in einem anhand ihrer Habitatsprüche abgrenzbaren Raum vorkommen.⁷⁴ Die Bestimmung einer lokalen Population fällt daher umso schwerer, je größer ein Habitat ist, das eine Art für sich beansprucht. Eine Verschlechterung des Erhaltungszustands ist ausweislich der gesetzgeberischen Begründung insbesondere dann anzunehmen, wenn die Überlebenschancen, der Bruterfolg oder die Reproduktionsfähigkeit beeinträchtigt werden. Dies ist artspezifisch und für den jeweiligen Einzelfall zu beurteilen und festzustellen.⁷⁵

1.2.2.3 Das Zerstörungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG

§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verbietet es, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören.⁷⁶ Unter Fortpflanzungsstätten sind Nist- und Brutstätten zu verstehen, die im Gegensatz zum Nahrungshabitat engräumlich geschützt sind.⁷⁷ Gleiches gilt für die Ruhestätten, in denen sich ein Tier eine gewisse Zeit aufhalten oder Zuflucht suchen muss.⁷⁸ Da die Errichtung einer WEA jedoch nur ein geringes Maß an Fläche in Anspruch nimmt, sind bauwerkbedingte Konflikte mit geschützten Lebensstätten⁷⁹ zu vernachlässigen. Die störende Wirkung einer Anlage, die

sich durch das jeweilige Meideverhalten von Vogelarten manifestiert, kann jedoch im Rahmen des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG relevant sein. Hierbei ist jedoch ebenfalls eine zumindest mittelbare Funktionsbeeinträchtigung einer Lebensstätte erforderlich.⁸⁰ Dies führt dazu, dass die bloße Beunruhigungswirkung einer WEA, aus der die Nichtnutzung einer Lebensstätte resultiert, mangels Substanzbeeinträchtigung⁸¹ unter den Störungs- und nicht den Zerstörungstatbestand zu subsumieren ist.⁸² Das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG spielt somit im Ergebnis nur während der Bauphase der WEA eine Rolle⁸³, auf die insbesondere mit Bauzeitbeschränkungen reagiert werden kann.⁸⁴

1.2.2.4 Die Zulassung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

§ 45 Abs. 7 BNatSchG sieht die Möglichkeit der Zulassung einer Ausnahme unter Wahrung der dort genannten Voraussetzungen vor, sollte im Einzelfall ein artenschutzrechtliches Verbot einer Anlagengenehmigung entgegenstehen. Für WEA kommen die Rechtfertigungsgründe des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG in Betracht.⁸⁵ Voraussetzung ist ferner das Fehlen einer zumutbaren Alternative zur Ausnahmezulassung und dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtert. Dies ist im Einzelfall zu prüfen. Die Vorschrift nimmt somit nicht das Individuum (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) oder die lokale Population (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) in den Blick, sondern betrachtet die Art innerhalb ihres gesamten natürlichen Verbreitungsgebiets.⁸⁶ Mit anderen Worten die Vorschrift führt eine subsidiäre Generalisierung des Artenschutzes herbei. Ausnahmen

⁷⁴ Dolde, NVwZ 2008, 121 (123).

⁷⁵ Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 25.

⁷⁶ Eine Legalausnahme sieht insoweit § 44 Abs. 5 BNatSchG für nach § 15 BNatSchG zulässige Eingriffe in Natur und Landschaft sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Abs. 2 S. 1 BNatSchG, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuches zulässig sind, vor. Hiernach liegt u.a. ein Verstoß gegen das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG nicht vor, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.

⁷⁷ Dolde, NVwZ 2008, 121 (123); BVerwG, NVwZ 2006, 1161.

⁷⁸ Hinsch, ZUR 2011, 191 (194 f.).

⁷⁹ Der Begriff wird im Rahmen des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG als Oberbegriff zu Fortpflanzungs- und Ruhestätten verwendet.

⁸⁰ Mit Beispiel Louis, NUR 2009, 91 (95).

⁸¹ Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 22.

⁸² Louis, NUR 2009, 91 (95).

⁸³ Brandt, ZNER 2010, 33 (38).

⁸⁴ Hinsch, ZUR 2011, 191 (195).

⁸⁵ European Commission, guidance document, wind energy development and Natura 2000, Oct 2010, S. 10. Ebenso Hinsch, ZUR 2011, 191 (196). A.A. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2009, Rn. 277.

⁸⁶ BVerwG, NuR 2010, 870 (873).

sind nach dem Wortlaut der Norm auch dann möglich, wenn sich der Erhaltungszustand einer betroffenen Art bereits als schlecht darstellt. Dies setzt allerdings den sachgemäßen Nachweis voraus, dass sich der ungünstige Erhaltungszustand der Art nicht weiter verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindert wird.⁸⁷

Grundsätzlich ist im Falle der Verwirklichung eines Verbotstatbestandes auch auf Antrag eine Befreiung nach § 67 Abs. 2 S. 1 BNatSchG denkbar. Diese setzt jedoch eine unzumutbare Belastung im Einzelfall voraus. Eine solche läge nur vor, wenn in einer atypischen Sachverhaltskonstellation das Interesse, gerade an dem konkret gewählten Standort eine Windenergieanlage zu betreiben, die artenschutzrechtlichen Verbote nach einer Abwägung zurücktreten lassen würde.⁸⁸ In der Praxis hat die Vorschrift daher keine nennenswerte Relevanz zugunsten von Anlagenbetreibern entfaltet,⁸⁹ sodass sie im Folgenden außer Betracht bleibt.

1.2.3 Der Habitatschutz nach dem BNatSchG

Der unionsrechtlich determinierte Habitatschutz ist in den §§ 31–36 BNatSchG umgesetzt. § 31 BNatSchG verpflichtet den Bund und die Länder auf den Ausbau und Schutz des ökologischen Netzes Natura 2000. Hierzu wurde die Grundentscheidung getroffen, die Natura 2000-Gebiete entsprechend ihrer Erhaltungsziele im vorhandenen System der Schutzgebiete nach § 20 Abs. 2 BNatSchG zu realisieren.⁹⁰ Natura 2000-Gebiete können somit in ohnehin bestehende Schutzgebiete fallen oder durch ihre Neuausweisung verwirklicht werden. Unabhängig von der konkret gewählten Gebietskategorie⁹¹ bestimmen §§ 33 und 34 BNatSchG einen Mindestschutzstandard,⁹²

ohne dass gemäß § 34 Abs. 6 S. 6 BNatSchG strengere, aus dem konkreten Gebietstyp resultierende Schutzregelungen verdrängt werden würden. Entsprechend der Systematik des BNatSchG vermittelt das Naturschutzgebiet nach § 23 BNatSchG wegen der Verbotregelung des § 23 Abs. 2 BNatSchG den höchsten Schutzstandard, während das Schutzniveau des Landschaftsschutzgebietes nach § 26 BNatSchG aufgrund der Weite des Verbotstatbestandes des § 26 Abs. 2 BNatSchG als teilweise sogar zu gering angesehen wird,⁹³ um den unionsrechtlichen Vorgaben an Natura 2000-Gebiete zu entsprechen. Im Ergebnis kann jedoch auch ein Landschaftsschutzgebiet bei entsprechender Schutzgebietserklärung den Anforderungen genügen.⁹⁴

Für die weitere Begutachtung soll der Habitatschutz nur eine untergeordnete Rolle spielen, obwohl auch im Rahmen der Prüfung einer Gebietsverträglichkeit die Anwendung von Schutzabständen empfohlen wird und seitens der LAG VSW entsprechende Abstandsempfehlungen vorliegen. Die Art und Weise der Berücksichtigung von Abstandsempfehlungen im Rahmen von Verträglichkeitsprüfungen folgt jedoch grundsätzlich demjenigen bei der Prüfung der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG.

1.2.4 Die Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Vorgaben im Rahmen der Anlagenzulassung nach dem BImSchG

Artenschutzrechtliche Vorschriften sind andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und somit Teil der Genehmigungsvoraussetzungen.⁹⁵ Da die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gemäß § 13 BImSchG Konzentrationswirkung entfaltet und sich das

⁸⁷ BVerwG, 2010, 2534.

⁸⁸ Auch eine solche Sachverhaltskonstellation würde der Behörde lediglich einen Ermessensspielraum für die Befreiungsentscheidung eröffnen. Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, dass hierbei wirtschaftliche Interessen einen geringeren Wert besitzen als beispielsweise die Privatnützigkeit von Eigentum zur Lebensgestaltung, vgl. VG Hannover, NuR 2010, 512, und VG München, Urt. v. 27.9.1999–M 8 K 99.1508 m.w.N.

⁸⁹ Hinsch, ZUR 2011, 191 (197). Gleiches gilt für die Bebauungsplanung, vgl. Otto, DVBl 2011, 936 (939).

⁹⁰ Vgl. § 32 Abs. 2 BNatSchG, der auf die Schutzgebietstypen des § 20 Abs. 2 BNatSchG verweist.

⁹¹ Wolf, ZUR 2009, 452.

⁹² Thum, NuR 2006, 687 (689).

⁹³ Fischer-Hüftle, ZUR 1999, 67.

⁹⁴ Möckel, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 32 Rn. 68.

⁹⁵ Scheidler, NuR 2009, 232 (236 f.).

Zulassungsverfahren ausschließlich nach § 10 BImSchG in Verbindung mit der der 9. BImSchV bemisst,⁹⁶ obliegt die Prüfung sowohl der artenschutzrechtlichen Voraussetzungen als auch der Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG der Immissionsschutzbehörde. Die Naturschutzbehörde wird im Rahmen der Behördenbeteiligung angehört, sonstige Einvernehmens-, Benehmens- oder Zustimmungserfordernisse existieren nicht.⁹⁷ Die Regelung des § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG führt auch mit Blick auf den Artenschutz zu einer Mitwirkungslast des Antragstellers, der die für die Prüfung erforderlichen Zeichnungen, Erläuterungen und sonstigen Unterlagen seinem Antrag beizufügen hat. Hieraus folgt jedoch keine Beweislast in dem Sinne, dass der Antragsteller beweisen muss, dass eine artenschutzrechtliche Bestimmung dem Vorhaben nicht entgegensteht. Es besteht auch keine besondere Aufklärungslast, es sei denn, es liegen konkrete Anhaltspunkte für die Verwirklichung eines artenschutzrechtlichen Verbots vor.⁹⁸ Die Intensität der Darlegungslast lässt sich somit nicht abstrakt bestimmen, sondern hängt von der im Einzelfall vorgefundenen Situation ab.⁹⁹

Der Anlagenzulassung stehen die Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG dann entgegen, wenn sie verwirklicht werden.¹⁰⁰ M.a.W. es ist eine positive Prognose dahingehend erforderlich, dass die Verbotstatbestände verwirklicht werden würden. Diese Erkenntnis mag auf den ersten Blick keine besondere Erwähnung wert sein, jedoch verdeutlicht sie eine wichtige Abgrenzung zu anderen naturschutzrechtlichen Bestimmungen wie zum Beispiel dem durch § 34 BNatSchG vermittelten Schutz von Natura 2000-Gebieten.¹⁰¹ Deren Schutzstandard hat

gemäß § 34 Abs. 2 BNatSchG bereits dann die Unzulässigkeit von Projekten zur Folge, wenn eine Verträglichkeitsprüfung ergibt, dass ein Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann. Die ordnungsrechtliche Ausgestaltung des § 44 Abs. 1 BNatSchG hat zur Konsequenz, dass die Genehmigungsbehörde sich gerade nicht letzte Sicherheit über den Nichteintritt eines Verbotstatbestandes verschaffen muss.¹⁰² Dies unterliegt vielmehr einer sogenannten naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative mit der Folge einer bloßen Vertretbarkeitskontrolle durch die Gerichte.¹⁰³ Sie ist jedoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, um nicht dem Vorwurf der Rechts- bzw. Verfassungswidrigkeit vor dem Hintergrund der §§ 24, 86 VwGO und Art. 19 Abs. 4 GG ausgesetzt zu sein.¹⁰⁴ Grund für die Zubilligung einer (naturschutzfachlichen) Einschätzungsprärogative ist, dass das Artenschutzrecht Rechtsfolgen an ökologische Bewertungen und Einschätzungen knüpft, für die weder normkonkretisierende Maßstäbe existieren, noch die Einsetzung von Gremien mit der notwendigen Sachkunde für die Entscheidungsfindung vorgesehen ist.¹⁰⁵ Da die zuständige Behörde und in der Folge auch ein mit der Sache befasstes Gericht insoweit auf naturwissenschaftliche Beiträge wie Fachgutachten angewiesen sind, muss deren Entscheidungsfindung den naturwissenschaftlichen Sachstand verarbeiten. Dieser ist jedoch bis dato nicht hinreichend gefestigt, so dass sich unterschiedliche naturschutzfachliche Einschätzungen gegenüberstehen können. Mit anderen Worten: Es haben sich bisher keine naturschutzfachlichen Standards bzw. Fachkonventionen zur Beurteilung der fraglichen Sachverhalte herausgebildet.¹⁰⁶ Das BVerwG fordert

⁹⁶ BVerwG, NVwZ 2003, 750 (751).

⁹⁷ Hirsch, ZUR 2011, 191 (192).

⁹⁸ Louis, NuR 2009, 91 (99).

⁹⁹ Brand, ZNER 2010, 33 (36). Regelmäßig zählt eine artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme zu den Antragsunterlagen, vgl. Schuster, VBIBW 2009, 174 (177). In der Praxis spielt die Frage der Darlegungslast keine Rolle, vgl. Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 12.

¹⁰⁰ Hirsch, ZUR 2011, 191 (192 f.).

¹⁰¹ Siehe hierzu oben 1.1.3.3.

¹⁰² BVerwG, NVwZ 2010, 123; Stürer, BauR 2010, 1521 (1528).

¹⁰³ Zu unterscheiden ist die Frage der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative von der Verteilung der Darlegungslast. Die behördliche Beurteilung knüpft unweigerlich an den vorhandenen Sachverhalt an und dies zunächst ohne Rücksicht darauf, wer diesen beigebracht hat oder hätte müssen. Umgekehrt kann jedoch eine unzureichend aufbereitete tatsächliche Entscheidungsgrundlage der Inanspruchnahme einer Einschätzungsprärogative entgegenstehen.

¹⁰⁴ Brand, NuR 2013, 482 (483); Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 m.w.N.

¹⁰⁵ Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (243 f.).

¹⁰⁶ BVerwGE 131, 274; BVerwG, NVwZ 2014, 524.

insoweit eine umfassende Ermittlung des Sachverhalts, seine Bewertung und die Beurteilung des Ausnahmetatbestands des § 45 Abs. 7 BNatSchG. Dies bedeutet, dass die Zulassungsbehörde den naturwissenschaftlichen status quo ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde legen muss. Nur wenn dann noch Uneinigkeit besteht, ist Raum für eine Einschätzungsprärogative.¹⁰⁷ Eine naturschutzfachliche Einschätzung ist einer anderen erst dann vorzuziehen, wenn sich diese durchgesetzt hat und die gegenteilige Annahme nicht mehr vertretbar ist. Die Sachverhaltsermittlung wiederum muss wissenschaftlichen Maßstäben genügen und anlassentsprechend sein, das heißt, der im Ausgangspunkt vorgefundene Sachverhalt muss mit einer hinreichenden Ermittlungstiefe beantwortet worden sein.¹⁰⁸ Vergleichbar mit anderen Varianten derartiger tatbestandlicher Beurteilungsspielräume ist somit von der Behörde zu gewährleisten und von den Gerichten überprüfbar, ob die Entscheidungsfindung methodisch nicht zu beanstanden ist, nicht auf unrealistischen Sachverhaltsannahmen beruht und hinreichend begründet wurde.¹⁰⁹ Sie darf umgekehrt keine groben, offen erkennbaren Mängel oder Widersprüche aufweisen, keine Zweifel an der Sachkunde bzw. Unparteilichkeit von Gutachtern ignorieren oder einen substantiierten Vortrag eines Beteiligten oder eigene Überlegungen ausblenden.¹¹⁰

Bei der Prüfung der Frage, ob artenschutzrechtliche Verbote einer Anlagenzulassung entgegenstehen, hat die Behörde auch sogenannte Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen zu berücksichtigen.¹¹¹ Diese modifizieren das Vorhaben in einer Weise, dass zum Beispiel das Tötungsrisiko einer Art unter die Signifikanzschwelle sinkt oder dass eine Störung nicht mehr erheblich ist.¹¹² Solche Maßnahmen können tatbestandsausschließend

oder aber im Rahmen der Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zu berücksichtigen sein.¹¹³ Die Beurteilung ihrer Wirksamkeit unterliegt wiederum der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative.

1.2.5 Artenschutzrechtliche Vorschriften und ihre Bedeutung in der Raumordnungsplanung

Für die Raumordnungs- und die Regionalplanung im Besonderen spielt der durch die Natura 2000-Gebiete (§ 34 BNatSchG) vermittelte gebietsbezogene Artenschutz eine Rolle.¹¹⁴ Der Raumordnungsplanung sind die Schutzgebiete bekannt und ihr Betrachtungsmaßstab steht deren Berücksichtigung grundsätzlich nicht entgegen. Artenschutz ist gemäß §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 2 Nr. 1 und 6 ROG zudem Teil der Leitvorstellung und Grundsatz der Raumordnung und damit ein Belang, der in einer raumplanerischen Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen ist. Eine unmittelbare Verbindung zu den artenschutzrechtlichen Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG besteht jedoch nicht, da durch Planung selbst keine Tötung oder Störung von Arten verwirklicht wird.¹¹⁵ Die Verbote sind ihrem Wesen nach vielmehr ordnungsrechtlicher Natur und limitieren den »Störer«, der gegen sie verstoßen würde.¹¹⁶ Allerdings ist eine Planung unzulässig, die wegen entgegenstehender artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände nicht vollzugsfähig ist.¹¹⁷ Dies gilt insbesondere auch für eine zielförmige Planung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung. Neben den ohnehin zu berücksichtigenden Belangen des Artenschutzes darf der Planungsträger somit auch die Verbotstatbestände nicht unbeachtet lassen. Jedoch scheitert eine Planung nur dann, wenn der Eintritt eines Verbotstatbestands

¹⁰⁷ BVerwG, NVwZ 2014, 524.

¹⁰⁸ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 597 (598).

¹⁰⁹ BVerwG, ZUR 2011, 146 m.w.N. Umfassend hierzu Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (247 f.)

¹¹⁰ BVerwG, Beschl. v. 03.02.2010-7 B 35.09, Rn. 12 – juris.

¹¹¹ Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 44 Rn. 17 m.w.N.

¹¹² BVerwG, ZUR 2009, 141 (149).

¹¹³ Hinsch, ZUR 2011, 191 (195 f.).

¹¹⁴ Scheidler, ZfBR 2009, 750 (753) m.w.N.

¹¹⁵ OVG Koblenz, NuR 2008, 410.

¹¹⁶ VGH Kassel, NuR 2008, 410.

¹¹⁷ Für die Flächennutzungsplanung mit Blick auf § 1 Abs. 3 BauGB siehe BVerwG, BauR 1997, 978. Die Erwägungen dürften aus rechtsstaatlichen Gründen auf die Regionalplanung übertragbar sein.

dauerhaft – auch unter Berücksichtigung von Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten¹¹⁸ – unüberwindbar ist.¹¹⁹ Dies dürfte für die Regionalplanung aufgrund ihres großräumigen Ansatzes und trotz der Notwendigkeit einer abschließenden Abwägung bei zielförmigen Festlegungen¹²⁰ noch seltener der Fall sein als für die Flächennutzungsplanung,¹²¹ welche grundsätzlich bereits nur das jeweilige gesamte Gemeindegebiet betrachtet. Entsprechend der Regelung des § 7 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 ROG sind bei der Aufstellung der Raumordnungspläne die öffentlichen und privaten Belange, sofern sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen. Umgekehrt dürfen artenschutzrechtliche Konflikte auf niedrigere Planungsstufen oder auf die Genehmigungsebene verlagert werden, soweit eine Konfliktlösung dort möglich ist.¹²² Dies kann für lokale Verbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG, die durch Auswirkungen im Nahbereich der Anlage ausgelöst werden, der Fall sein. Auch die Möglichkeit von Vermeidungsmaßnahmen im engeren Sinn kann häufig nur anlagenbezogen beurteilt werden. Vertretbar dürfte es daher sein, dass auf Ebene der Regionalplanung lediglich der Frage nachgegangen wird, ob ein Gebiet für die Windenergienutzung ausgewiesen werden soll, in welchem unter Berücksichtigung des Betrachtungsmaßstabs bereits zum Entscheidungszeitpunkt absehbar ist, dass ein artenschutzrechtliches Verbot in einem erheblichen Teil des Gebiets einer Anlagenzulassung insgesamt entgegenstehen wird. Umgekehrt bedarf es einer letztabgewogenen Entscheidung, wenn im Rahmen eines gesamtträumlichen Konzepts bestimmte Flächen der Windenergienutzung

aus Gründen des individuenbezogenen Artenschutzes vorenthalten werden sollen.¹²³ Dies könnte zum Beispiel jeweils für sogenannte Dichtezentren und bekannte Flugkorridore geschützter Vogelarten anzunehmen sein, deren Verarbeitung durch die Regionalplanung jedoch nicht einheitlich erfolgt.

1.2.6 Artenschutzrechtliche Vorgaben und ihre Bedeutung in der Bauleitplanung

Entsprechend obiger Ausführungen besteht auch zur Bauleitplanung mit Ausnahme des planfestsetzungsersetzenden Bebauungsplans kein unmittelbarer Bezug des § 44 Abs. 1 BNatSchG.¹²⁴ So wie auch die Träger der Raumordnungsplanung sind auch die Kommunen nicht die Adressaten der Verbotstatbestände. Allerdings darf die Bauleitplanung umgekehrt nicht blind für die Bedeutung der artenschutzrechtlichen Verbote sein. Dies folgt für den Artenschutz selbst zunächst aus §§ 1 Abs. 5, 6 Nr. 7 a) BauGB, den der Gesetzgeber zum abwägungsrelevanten Belang erhebt. § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB postuliert ferner, dass die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen haben, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Dies ist ein Bauleitplan jedoch nur dann, wenn er seinen städtebaulichen Gestaltungsauftrag erfüllen kann¹²⁵ und seine Verwirklichung nicht dauerhaft an artenschutzrechtlichen Verboten scheitert, die auch über § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht überwunden werden können.¹²⁶ Dies setzt eine Prognose der Gemeinde voraus,¹²⁷ deren Grundlage insbesondere eine Bestandsermittlung ist, deren Tiefe

¹¹⁸ VGH Kassel, NuR 2008, 410.

¹¹⁹ Scheidler, VerwArch 2012, 587 (596).

¹²⁰ Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 7 Rn. 23.

¹²¹ Bereits hierfür zurückhaltend OVG Münster, DVBl 2013, 1129.

¹²² Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 7 Rn. 29 ff mit zutreffender Differenzierung zwischen einem Zielkern und einem Zielrahmen. Nur Ersterer bedarf einer abschließenden Abwägung, im Übrigen kann auch bei zielförmigen Festlegungen eine Abschtichtung von zu bewältigenden Konflikten erfolgen. So wohl OVG Berlin, Urteil v. 26.11.2010 – 2 A 32/08, Rn. 32 ff.

¹²³ Die Möglichkeit einer Ausschlussplanung ist in einzelnen Bundesländern durch Novellierungen der Landesplanungsgesetze ausgeschlossen worden, vgl. exemplarisch § 11 Abs. 7 S. 1 Hs. 2 LplG BW.

¹²⁴ Gellermann/Schreiber, Schutz wild lebender Tiere und Pflanzen, 2007, S. 106. Anderes gilt für nur national geschützten Arten aufgrund der Regelungen des § 44 Abs. 5 S. 1 und 5 BNatSchG. Hier findet gerade eine Verlagerung des artenschutzrechtlichen Konflikts auf die Ebene der Bauleitplanung statt, vgl. Otto, DVBl 2011, 936 (939).

¹²⁵ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 76. Auflage 2015, § 44 Rn. 48.

¹²⁶ Mitschang/Wagner, DVBl 2010, 1459. Aus der Rechtsprechung BVerwG, NVwZ-RR 1998, 162 (163). In diesem Fall dürften ebenso die Grundzüge der Planung berührt sein, vgl. Louis, NuR 2009, 91 (100). Umfassend zum Verhältnis der Bebauungsplanung zu § 45 Abs. 7 BNatSchG Otto, DVBl 2011, 936 (940 ff.).

¹²⁷ Einen begrüßenswerten Ansatz zur Systematisierung bietet Schuster, VBilBW 2009, 174 (175 ff.).

jedoch nicht derjenigen der Zulassungsebene entsprechen muss.¹²⁸ Sie hängt von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab und hat dem Zweck gerecht zu werden, den Planungsträger in die Lage zu versetzen, die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verbotstatbestände grob zu überprüfen.¹²⁹ Je tiefer jedoch die Ermittlungsdichte durch die Gemeinde ist, desto eher lässt sich ausschließen, dass in der späteren Phase des Planvollzugs dauerhafte artenschutzrechtliche Hindernisse auftauchen. Auch im Rahmen der Bauleitplanung selbst fordern § 2 Abs. 4 S. 3 und S. 5 BauGB grundsätzlich eine

Abschichtung und ebenenspezifische Konkretisierung der Prüfung.¹³⁰ Einen Sonderfall bildet das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG, dem primär mit der Festsetzung vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen im Sinne des § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG begegnet werden kann.¹³¹ Wenn dies nicht möglich ist, kann die Gemeinde unter Vornahme einer worst-case-Betrachtung – sowohl mit Blick auf die Bestandsaufnahme als auch die Bewertung des Kollisionsrisikos – in die Ausnahmelage gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG hineinplanen.

2. Das Helgoländer Papier 2007

Der abstrakten Darstellung der Bedeutung der artenschutzrechtlichen Vorschriften für die Planung und Zulassung von WEA folgt eine Darstellung der Inhalte des HP2007 mit einer anschließenden Qualifizierung der Rechtsnatur. Hierbei wird insbesondere auch auf den

durch die LAG VSW selbst formulierten Anspruch an die Abstandsempfehlungen eingegangen, um Missverständnisse zu beseitigen, die sich aus der Wortwahl oder der interdisziplinären Betrachtung zwischen fachlichem Naturschutz und naturschutzrechtlicher Perspektive ergeben.

2.1 Inhalt und Anspruch des Helgoländer Papiers 2007

Die LAG VSW hat am 12.10.2006 die nach eigenem Bekunden aus artenschutzfachlicher Perspektive notwendigen Abstandsregelungen für WEA zu avifaunistisch bedeutsamen Gebieten sowie Brutplätzen besonders stöempfindlicher oder durch WEA besonders gefährdeter Vogelarten definiert.¹³² In überarbeiteter Form sind diese zum Inhalt des HP2007 geworden. In tabellarischer Form werden Abstandsempfehlungen gegeben, die als Abwägungsgrundlage für die Regional- und Bauleitplanung dienen und zu sachgerechten Entscheidungen in immissionsschutzrechtlichen Verfahren beitragen sollen. Die Empfehlungen sollen als Mindestanforderungen in

Ergänzung zu bestehenden landesrechtlichen Regelungen verstanden werden.¹³³ Der Empfehlungscharakter hat zur Folge, dass eine Einzelfallprüfung eines jeden zu verwirklichenden Vorhabens zu erfolgen hat und nicht durch die Abstandsempfehlungen ersetzt wird. Inhaltlich wird differenziert: Ausschluss- bzw. Tabubereiche sind Mindestabstände zwischen einem Brutplatz oder Revierzentrum der genannten Art und Prüfbereiche sind Abstandsradialen um WEA, innerhalb derer zu prüfen ist, ob Nahrungshabitate der betreffenden Art vorhanden sind.¹³⁴ Letztere seien, ebenso wie die zu ihnen führenden Flugkorridore, freizuhalten.

¹²⁸ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 76. Auflage 2015, § 44 Rn. 49.

¹²⁹ BVerwG, NuR 2008, 495.

¹³⁰ Hierzu Reidt, NVwZ 2010, 8 (9 f.).

¹³¹ Otto, DVBl 2011, 936 (937).

¹³² LAG VSW, Abstandsregelungen für Windenergieanlagen, in: Berichte zum Vogelschutz 2007, 151.

¹³³ LAG VSW, Abstandsregelungen für Windenergieanlagen, in: Berichte zum Vogelschutz 2007, 151 (152).

¹³⁴ LAG VSW, Abstandsregelungen für Windenergieanlagen, in: Berichte zum Vogelschutz 2007, 151 (152).

Dieser selbstformulierte Anspruch bedarf der Präzisierung und rechtlichen Einordnung. Soweit (teilweise) der Begriff der »Abstandsregelungen« verwendet wird, lässt dieser nicht auf Normen im juristischen Sinne schließen.¹³⁵ Die Abstände sind, so wie an anderer Stelle zutreffend formuliert, komprimiertes naturschutzfachliches Wissen mit empfehlendem Charakter.¹³⁶ Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass die Empfehlungen neben länderspezifischen Regelungen existieren. Eine Verknüpfung etwa in Form einer Ergänzung kann nur insoweit stattfinden, als dass landesrechtliche Vorgaben dies zum Beispiel durch regelfallartige Formulierungen zulassen. Hieraus folgt im

Ergebnis eine doppelte Relativierung. Zum einen sind die Abstandsempfehlungen des HP 2007 zunächst das Ergebnis einer rein naturschutzfachlichen Expertise. Ob das Naturschutzrecht denselben Schutzstandard überhaupt gewährleisten will, ist hiervon unabhängig zu ermitteln. Zum anderen hat selbst der naturschutzfachlich begründete Abstand ausschließlich empfehlenden Charakter. Insoweit machen die Abstandsempfehlungen die Einzelfallprüfung eines Vorhabens nicht entbehrlich. Dies gilt insbesondere auch für Entscheidungen der Träger von Regional- und Bauleitplanung, die eine eigene Abwägung vorzunehmen haben.¹³⁷

2.2 Die Rechtsnatur des Helgoländer Papiers 2007

Die Inhalte des HP 2007 sind von den Ländern erfasst und bei der Erarbeitung von Erlassen, Leitlinien oder Planungshilfen (teilweise) berücksichtigt worden. Diese werden im Überblick dargestellt. Das Hauptaugenmerk soll jedoch auf der jeweiligen Bindungswirkung der Transformationsakte und der diesbezüglichen Aussagen von juristischer Literatur und Rechtsprechung liegen.

aus der Sicht der Vogelschutzwarten bestehenden naturwissenschaftlichen status quo des Vogelschutzes dar. Dem entspricht das Selbstverständnis der Vogelschutzwarten, die ihren Arbeitsschwerpunkt in der Erarbeitung fachlicher Grundlagen für den Vogelschutz, die Beratung von Verwaltung, Politik und Bevölkerung sowie in der Förderung des Vogelschutzes in der Öffentlichkeit sehen.¹⁴⁰

2.2.1 Fehlende Verrechtlichung

Das HP 2007 selbst ist keine Rechtsnorm. Die LAG VSW, die das HP 2007 zu verantworten hat, besteht zwar aus den Vogelschutzwarten der Länder¹³⁸ und sonstigen Fachbehörden, die für den ornithologischen Artenschutz zuständig sind. Sie ist aber kein gesetzlich legitimierter hoheitlicher Normgeber. Darüber hinaus haben die formulierten Abstandsempfehlungen keinen demokratischen Legitimationsprozess durchlaufen.¹³⁹ Mit anderen Worten: Sie stellen kein materielles Recht, sondern den

2.2.2 Transformationsakte und Bindungswirkung

Der naturschutzfachliche Beitrag der LAG VSW wurde von diversen Bundesländern verarbeitet und teilweise erweitert.¹⁴¹ Diese Umsetzungsakte werden exemplarisch und in gebotener Kürze dargestellt und auf ihre Bindungswirkung untersucht.¹⁴²

¹³⁵ So auch Brandt, ZNER 2015, 336.

¹³⁶ Gleichwohl können die Abstandsempfehlungen auch aus naturschutzfachlicher Sicht keine Absolutheit beanspruchen, da ebenso abweichende wissenschaftliche Ansichten vorliegen. Zum Fehlen einer sogenannten Fachkonvention vgl. Brandt, ZNER 2015, 336 (337).

¹³⁷ Zur teilweise gegenläufigen Verwaltungspraxis vgl. Brandt, ZNER 2015, 336.

¹³⁸ Vogelschutzwarten können selbst staatlich oder staatlich getragen sein. In Ländern, in denen keine Vogelschutzwarten existieren, übernehmen Fachbehörden deren Aufgaben.

¹³⁹ Dies gilt insbesondere auch trotz Befassungen staatlicher Stellen mit dem HP, z.B. der Umweltministerkonferenz. Für das HP 2015 vgl. hierzu Brandt, ZNER 2015, 336.

¹⁴⁰ LAG VSW, Strategiepapier, S. 1 Abrufbar unter <http://www.vogelschutzwarten.de/downloads/strategie.pdf> (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁴¹ Hinsch, ZUR 2011, 191 (193).

¹⁴² Eine vollständige Übersicht ist abrufbar unter <http://www.vogelschutzwarten.de/windenergie.htm> (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

2.2.2.1 Baden-Württemberg

Das Land Baden-Württemberg hat durch die Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz zunächst »Hinweise für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen« veröffentlicht, welche die artenschutzrechtliche Prüfung nach den §§ 44 ff. BNatSchG für europäische Vogelarten betreffen. Darauf bauen die »Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen« auf. Zudem hat das Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg »Hinweise zu den artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen« veröffentlicht. Diese ergänzen den »Windenergieerlass Baden-Württemberg«¹⁴³, der eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift darstellt.¹⁴⁴ Die Hinweise für den Untersuchungsumfang als auch die Bewertungshinweise stellen für Planungsträger eine Hilfestellung dar, für die Zulassungsbehörden beanspruchen sie jedoch Verbindlichkeit. Letztlich sind die Hinweise für die Planungsträger, so wie auch das HP selbst, ein naturschutzfachlicher Beitrag, der jedoch auf Baden-Württemberg zugeschnitten ist. Mit anderen Worten es handelt sich ebenfalls um eine zwar pauschalisierende Herangehensweise, deren Grad an Verallgemeinerung jedoch deutlich geringer ist.

Die der Rechts- und Fachaufsicht unterworfenen Zulassungsbehörden wiederum sind durch den Windenergieerlass, der die behördlichen Hinweise aufgreift, gebunden. Die in den Hinweisen skizzierte Vorgehensweise stellt dabei aber nicht die einzig rechtmäßige Abarbeitung der §§ 44 ff. BNatSchG dar. Ein abweichendes Vorgehen ist nicht per se unvertretbar. Vielmehr wird ein Rahmen vorgegeben, an den sich der Planungsträger halten kann, dies aber nicht muss. M.a.W. eine rechtliche Bindung besteht nicht.

2.2.2.2 Bayern

Für das Land Bayern existieren »Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen« als gemeinsame Bekanntmachung mehrerer Ministerien.¹⁴⁵ Die Verbotstatbestände sind danach im Rahmen der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung zu untersuchen, für die wiederum eine Arbeitshilfe des Landesamtes für Umwelt existiert, welche explizit (nur) für die Naturschutzbehörden für verbindlich erklärt wurde.¹⁴⁶ Eine Bindungswirkung für Planungsträger oder der Immissionsschutzbehörde ist nicht intendiert. Die Hinweise greifen die Systematik der zwei verschiedenen Prüfbereiche aus dem HP 2007 auf und reduzieren sie artspezifisch auf bayerische Verhältnisse. Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage handelt es sich bei den Hinweisen um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften.

2.2.2.3 Brandenburg

Das Land Brandenburg stellt »Tierökologische Abstandskriterien für die Errichtung von Windenergieanlagen in Brandenburg«¹⁴⁷ (TAK) bereit, die ebenfalls als norminterpretierende Verwaltungsvorschriften einzuordnen sind. Diese weisen ebenfalls eine Zweistufigkeit auf, indem sie zwischen Schutz- und Restriktionsbereichen unterscheiden. Als Schutzbereiche werden artenschutzfachlich begründete Abstände zu den Fortpflanzungs- und Ruhestätten bedrohter und störungssensibler Vogelarten, zu Brutkolonien störungssensibler Vogelarten, zu Schwerpunktgebieten gemäß Artenschutzprogramm Brandenburg sowie zu bedeutenden Rast- und Überwinterungsgewässern störungssensibler Zugvögel definiert, innerhalb derer tierökologische Belange der Errichtung von WEA grundsätzlich entgegenstehen. Als Restriktionsbereiche werden Zonen bezeichnet, in denen tierökologische Belange des Naturschutzes zu Einschränkungen oder Modifikationen im Planungsprozess, wie etwa Verkleinerungen oder Verlagerungen von Anlagestandorten führen können. Intendiert wird ein landesweit

¹⁴³ Abrufbar unter https://mvi.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mvi/intern/dateien/PDF/Windenergieerlass_120509.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁴⁴ Eine Einordnung als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift mit Außenwirkung scheidet demgegenüber bereits in Ermangelung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für ihren Erlass aus.

¹⁴⁵ Abrufbar unter http://www.stmwi.bayern.de/fileadmin/user_upload/stmwivt/Publikationen/Windenergie-Erlass.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁴⁶ SMU v. 29.04.2011 – Az: 62g-U8640.0-2008/16-32.

¹⁴⁷ Abrufbar unter http://www.mlul.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.3310.de/tak_anl1.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

einheitlicher Bewertungsmaßstab beim besonderen Artenschutz. Ein an die Naturschutzbehörden gerichteter Erlass des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz manifestiert die Bedeutung der Abstandskriterien insoweit, als dass sie die fachliche Grundlage der Stellungnahmen der Naturschutzbehörden in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für WEA und in der kommunalen Bauleitplanung bilden. Bei Beachtung der definierten Schutzbereiche und -abstände werden die genannten Verbotstatbestände grundsätzlich nicht berührt. Nur sofern die Abstände im Schutzbereich unterschritten werden sollen und dies noch nicht in der Abwägungsentscheidung bei der Aufstellung eines Regionalplanes berücksichtigt wurde, ist im Einzelfall näher zu prüfen, inwieweit die Verbotstatbestände berührt werden. Eine Verringerung der definierten Abstände ist möglich, wenn als Ergebnis einer vertieften Prüfung festgestellt werden kann, dass beispielsweise aufgrund der speziellen Lebensraumanforderungen der Art nicht der gesamte Radius des Schutzabstandes um den Brutplatz für den Schutz der Individuen benötigt wird.

2.2.2.4 Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland

Für das Land Hessen existiert ein Leitfaden zur »Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen«. ¹⁴⁸ Der Leitfaden versteht sich als Planungshilfe, indem er das bestehende Recht sowie den Status quo der naturschutzfachlichen Standards beschreibt. Er beansprucht keine Verbindlichkeit, ¹⁴⁹ sondern hat lediglich empfehlenden Charakter und stellt die Planung und Genehmigung ausdrücklich unter Vorbehalt einer Einzelfallprüfung. Der Leitfaden greift die Inhalte des HP2007 auf und spezifiziert sie für das Landesgebiet. Werden die genannten Mindestabstände eingehalten, dürfen Planungsträger und

Genehmigungsbehörden von einem nicht signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgehen. Bei Unterschreitung sowohl der Mindestabstände als auch der Prüfbereiche soll zunächst eine Einzelfallprüfung in Form einer Raumnutzungsanalyse erforderlich sein. Andernfalls ist das Ausnahmeverfahren durchzuführen.

Dieses Verständnis der Abstandsempfehlungen ist ebenfalls für Rheinland-Pfalz und das Saarland zu konstatieren, da deren Leitfäden auf einem gemeinsamen Gutachten der staatlichen Vogelschutzwarten Hessen, Rheinland-Pfalz¹⁵⁰ und Saarland¹⁵¹ beruhen.

2.2.2.5 Niedersachsen

Der Niedersächsische Landkreistag e. V. hat »Hinweise zur Berücksichtigung des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei Standortplanung und Zulassung von Windenergieanlagen«¹⁵² herausgegeben. Die enthaltenen Abstandsempfehlungen sind ausdrücklich an das HP2007 angelehnt. Verbindlichkeit entfalten die Hinweise nicht. Anderes gilt für den in der Entwurfsfassung vorliegenden Windenergieerlass,¹⁵³ der für Behörden verbindlich wird, soweit sie bei der Genehmigung und Überwachung von WEA tätig werden. Für Planungsträger wird er als Orientierungshilfe zur Abwägung dienen. Ergänzt wird der Erlass durch den Leitfaden zur »Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen«¹⁵⁴. Dieser formuliert eigene, ebenfalls zweistufige Prüfradien, durch die jedoch explizit keine Zonen geschaffen werden sollen, in denen die Errichtung von WEA ausgeschlossen sein soll. Die Radien sollen ausdrücklich eine bloße Indizwirkung bezüglich des (Nicht-) Eintritts der Verbotstatbestände begründen und die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung aufzeigen.

¹⁴⁸ Abrufbar unter <http://vswffm.de/v/vsw/content/e3884/e4650/e4651/HessenStandWKA-Erlass20121129endgltig.pdf> (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁴⁹ Der Leitfaden selbst spricht einerseits von „kein starrer Rahmen“ und „jeweiliger Einzelfall entscheidet“ und andererseits von einer Beachtungspflicht. Intendiert sein dürfte eine Bindung an den Leitfaden als solchen, während die enthaltenen Vorgaben wiederum keinen starren Rahmen setzen.

¹⁵⁰ Abrufbar unter http://www.mulewf.rlp.de/fileadmin/mufv/img/inhalte/natur/Gutachten-Windenergienutzung_in_RLP_13.09.12.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁵¹ Abrufbar unter http://www.saarland.de/dokumente/thema_naturschutz/Leitfaden_Artenschutz_Windenergie_Schlussfassung_19Juni2013.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁵² Abrufbar unter http://www.nlt.de/pics/medien/1_1414133175/2014_10_01_Arbeitshilfe_Naturschutz_und_Windenergie__5__Auflage__Stand_Oktober_2014_Arbeitshilfe.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁵³ Abrufbar unter http://www.umwelt.niedersachsen.de/download/96713/Entwurf_Planung_und_Genehmigung_von_Windenergieanlagen_an_Land_in_Niedersachsen_und_Hinweise_fuer_die_Zielsetzung_und_Anwendung_Windenergieerlass_Stand_05.05.2015_.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁵⁴ Abrufbar unter http://www.umwelt.niedersachsen.de/download/96712/Entwurf_Leitfaden_-_Umsetzung_des_Artenschutzes_bei_der_Planung_und_Genehmigung_von_Windenergieanlagen_in_Niedersachsen_05.05.2015_.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

2.2.2.6 Nordrhein-Westfalen

In NRW regeln diverse Leitfäden, Verwaltungsvorschriften und Erlasse das Verhältnis von Artenschutz und der Planung und Genehmigung von WEA.¹⁵⁵ Im Ergebnis kann auf die Ausführungen zur Situation im Land Niedersachsen verwiesen werden, da auch in NRW von einer bloßen Indizwirkung der im HP2007 enthaltenen Abstandsempfehlungen ausgegangen wird. Eine Bindungswirkung besteht somit nicht.

2.2.2.7 Schleswig-Holstein

Das Landesamt für Natur und Umwelt des Landes Schleswig-Holstein hat »Empfehlungen zur Berücksichtigung tierökologischer Belange bei Windenergieplanungen in Schleswig-Holstein«¹⁵⁶ formuliert, die sich als naturschutz- und artenschutzfachliche Ergänzung zu den Vorgaben der Landesplanung inklusive des Windkraft-erlasses¹⁵⁷ verstehen und keine Bindungswirkung beanspruchen. Die Empfehlungen orientieren sich an den Mindestabständen und Prüfbereichen des HP2007 und beziehen sich explizit auf die Arbeit der LAG VSW. Während die Empfehlungen selber eine Raumnutzungsanalyse bei einer Anlagenrealisierung im Prüfbereich vorgeben, hat das Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein gemeinsam mit dem Ministerium für Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein ebenfalls »Empfehlungen für artenschutzfachliche Beiträge im Rahmen der Errichtung von WEA in Windeignungsräumen mit entsprechenden artenschutzrechtlichen Vorbehalten«¹⁵⁸ formuliert. Hierin werden Untersuchungsstandards festgelegt, die eine Anlagenzulassung auch bei Unterschreitung empfohlener Mindestabstände ermöglichen. Diese sind gegenüber der im Prüfbereich vorgesehenen Untersuchungstiefe intensiviert, da aus der Unterschreitung der Mindestabstände eine Indizwirkung folgen soll, nach welcher ein

Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG regelmäßig entgegensteht. Die für Schleswig-Holstein einschlägigen Empfehlungen orientieren sich somit zwar an den Abstandsempfehlungen der LAG VSW, sehen jedoch ausdrücklich die Möglichkeit einer Anlagenzulassung auch innerhalb der Mindestabstände vor und stellen eine diesbezügliche Planungshilfe bereit.

2.2.2.8 Zwischenergebnis

Die Transformationsakte der Länder sind vielgestaltig und haben die Abstandsempfehlungen des HP2007 entweder übernommen oder landesspezifisch modifiziert. Zu differenzieren ist zwischen nicht rechtsförmigen, das heißt, nicht von einem Normgeber stammenden Planungshilfen, die ebenso wie das HP2007 selbst lediglich wissenschaftliche Fachbeiträge darstellen, und der Umsetzung der Abstandsempfehlungen in Erlassen, welche nachgeordnete Behörden im Rahmen der Norminterpretation binden.¹⁵⁹ Soweit ersichtlich erfolgt überwiegend keine rechtliche Bindung von Trägern der Landesentwicklungs- oder Bauleitplanung. Für die kommunale Bauleitplanung dürfte dies aus der in Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich abgesicherten Garantie der Selbstverwaltung folgen, welche die gemeindliche Planungshoheit umfasst.¹⁶⁰ Die Gemeinden unterliegen bei der Wahrnehmung dieses Aufgabenbereichs lediglich der Rechtsaufsicht, sodass durch die Länder keine Vorgaben hinsichtlich der Zweckmäßigkeit planerischen Handelns gemacht werden können. Auch gegenüber den Trägern der Regionalplanung haben die Länder überwiegend lediglich eine Rechtsaufsicht installiert. Mit anderen Worten diesen kommt dann eine Art einfach-rechtliche Planungshoheit zu.

Inhaltlich teilen die Transformationsakte der Länder den Ansatz, die Abstandsempfehlungen nicht zur Begründung von absoluten Tabubereichen heranzuziehen, in

¹⁵⁵ Vgl. insoweit den Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in NRW“, S. 8; abrufbar unter http://www.naturschutzinformationen-nrw.de/artenschutz/web/babel/media/20131112_nrw_leitfaden_windenergie_artenschutz.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁵⁶ Abrufbar unter <http://www.umweltdaten.landsh.de/nuis/upool/gesamt/windenergie/windenergie.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.09.2015).

¹⁵⁷ Abrufbar unter <http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=VVS-H-2320.7-StK-20121226-SF&psml=bssshoprod.psml&max=true> (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁵⁸ Abrufbar unter http://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/E/ingriffsregelung/Downloads/Grossvoegel_WEA.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

¹⁵⁹ Tangiert sind hiervon die Genehmigungsbehörden sowie am Genehmigungsverfahren beteiligten Behörden. Vgl. hierzu Antweiler/Gabler, BauR 2009, 39 (45).

¹⁶⁰ BVerfGE 56, 298 (310). Zu Rechtsnatur und Bindungswirkung norminterpretierender Verwaltungsvorschriften Bock, JA 2000, 390 ff.

denen Konzentrationszonen für die Windenergienutzung nicht geplant oder Anlagen genehmigt werden dürfen. Vielmehr sollen die Abstandsempfehlungen den Umgang mit den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG erleichtern. Bei Einhaltung der Empfehlungen dürfen Planungsträger und Genehmigungsbehörden in der Regel davon ausgehen, dass die artenschutzrechtlichen Verbote nicht berührt sind. Umgekehrt führt die Nichteinhaltung der Mindestabstände zu der Indizwirkung, dass die Verbotstatbestände verwirklicht sein könnten. Dies macht eine tiefere Sachverhaltsermittlung notwendig. Gleiches gilt für die Planung oder Zulassung von Anlagen im sogenannten Prüfbereich, wobei in diesem Fall keine

Indizwirkung für das Entgegenstehen eines artenschutzrechtlichen Verbots besteht, sondern eine Betrachtung der Raumfunktionen mit Blick auf regelmäßig frequentierte Nahrungshabitats und Flugkorridore erfolgen soll.

Eine weitere Gemeinsamkeit der Transformationsakte stellt der Vorbehalt des Einzelfalls dar, unter den die Länder die Anwendung der Abstandsempfehlungen stellen. Planungsträger und Behörden dürfen die Abstandsempfehlungen als Ausgangspunkt ihrer Entscheidungen heranziehen, werden jedoch nicht von der Berücksichtigung der naturräumlichen Gegebenheiten und der Bewertung artspezifischen Verhaltens im Einzelfall befreit.¹⁶¹

2.3 Aussagen von verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung und Literatur zum Helgoländer Papier 2007

Im Folgenden wird die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und das rechtswissenschaftliche Schrifttum auf Aussagen zum HP2007 untersucht. Hierdurch wird erkennbar, ob der Umgang von Planungsträgern und Behörden mit den Abstandsempfehlungen rechtmäßig erfolgt und zu gerichtsfesten Ergebnissen führt.

2.3.1 Juristische Literatur

Ausführungen der juristischen Literatur zu den Abstandsempfehlungen sind nur vereinzelt vorhanden und vollziehen meist konkrete gerichtliche Entscheidungen nach.¹⁶² Grundsätzliche Überlegungen zu ihrer Reichweite stellt nur Hinsch an, wobei sich auch sein Beitrag an exemplarischen Aussagen der Rechtsprechung orientiert.¹⁶³

Hinsch misst den Abstandsempfehlungen eine Regel-Ausnahme-Wirkung bei. Bei Einhaltung der Vorgaben liege ein Verstoß gegen artenschutzrechtliche Verbote fern. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, bedarf es einer besonderen Prüfung des § 44 Abs. 1 BNatSchG.¹⁶⁴

Ein Abweichen von den Empfehlungen im Sinne eines Überschreitens bedürfe einer naturschutzfachlichen Begründung.¹⁶⁵ Umgekehrt seien die Abstandsempfehlungen insofern zu relativieren, als dass WEA innerhalb der empfohlenen Abstände um Brutplätze nicht per se unzulässig seien. Hinsch zeigt in diesem Zusammenhang den Umstand auf, dass die Abstandsempfehlungen von der Idee getragen sind, Konflikte von geschützten Vogelarten mit WEA in Form der Einhaltung von Abständen durch räumliche Trennung zu vermeiden. Grundlage hierfür ist die Beobachtung des Flugverhaltens einzelner Vogelarten, das statistisch gehäuft innerhalb bestimmter Radien um den Horststandort stattfindet. Das Bedürfnis einer räumlichen Trennung folge hieraus jedoch nur für Vogelarten, die tatsächlich einem Kollisionsrisiko mit WEA ausgesetzt sind.¹⁶⁶ Insoweit seien zum Beispiel die weitreichenden Abstandsempfehlungen für den Schwarzstorch nur von einem Vorsorgegedanken getragen, da für die Vogelart bisher nur eine singuläre Kollision überhaupt nachgewiesen sei. Hinsch kritisiert, dass die Abstandsempfehlungen ebenfalls auf Erwägungen zur Schutzwürdigkeit einzelner Vogelarten und ihrer

¹⁶¹ So auch Scheidler, *VerwArch* 2012, 587 (592).

¹⁶² Vgl. Rolshoven, *ZNER* 2010, 56.

¹⁶³ Hinsch, *ZUR* 2011, 191 (193 f.).

¹⁶⁴ Die Aussage ist aus zwei Entscheidungen des OVG Weimar (*ZfBR* 2008, 60 und *DVBl* 2010, 461) abgeleitet.

¹⁶⁵ So auch OVG Lüneburg, *Urt. v. 12.11.2008 – 12 LC 72/07*.

¹⁶⁶ Für den Rotmilan bejahend *VG Cottbus, Urt. v. 13.12.2007 – 3 K 1923/03*.

Populationsstärke beruhen. Umgekehrt sei jedoch auch nicht zwingend eine konkrete Raumnutzungsanalyse notwendig, da die Relevanz der Vorhabenflächen aus naturschutzfachlicher Sicht meist bereits aufgrund ihrer Beschaffenheit bewertbar sei.

Deutlicher formuliert Rolshoven Kritik an den Abstandsempfehlungen.¹⁶⁷ Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des VG Minden¹⁶⁸ wendet er sich gegen die Rechtsprechung verschiedener Oberverwaltungsgerichte, welche die Abstandsempfehlungen vorgeblich zur Begründung von Tabuzonen für WEA um Rotmilanhorste heranziehen.¹⁶⁹ Im Ergebnis formuliert der Autor Kritik an der Auslegung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch das BVerwG, indem er die Signifikanzschwelle als unpraktikabel bezeichnet und eine Berücksichtigung des Erhaltungszustandes der betroffenen Art und ihrer lokalen Population auch im Rahmen des Tötungsverbots fordert. Hierzu führt er einen Vergleich zwischen der Mortalitäts- und der Reproduktionsrate am Beispiel des Rotmilans an, die auf eine konstante Population und eine im Vergleich unbedeutende Mortalität durch WEA schließen lasse. Diesem Ansatz dürfte jedoch eine gefestigte bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung entgegenstehen. Eine Parallele zu den Ausführungen von Hinsch kann aber gezogen werden, insoweit auf eine Betrachtung des artspezifischen Kollisionsrisikos abgestellt wird. Rolshoven benennt hierzu die durchschnittliche Flughöhe des Rotmilans zwischen 40 und 80 Metern, sodass die Kollisionswahrscheinlichkeit mit modernen WEA gering sei. Auch gegenüber dem Wert von Raumnutzungsanalysen zeigt er sich skeptisch, da sie angesichts des ornithologischen Wissensstandes bezüglich der von Vogelarten bevorzugt genutzten Flächen entbehrlich seien.

2.3.2 Verwaltungsgerichtsbarkeit

Im Anschluss werden die verwaltungsgerichtlichen Aussagen zum Umgang mit Abstandsempfehlungen durch Planungsträger und Zulassungsbehörden dargestellt. Hierbei wird, soweit möglich, eine Differenzierung nach Bundesländern vorgenommen und der Frage Beachtung geschenkt, ob bestimmte Aussagen der Instanzengerichte obergerichtlich oder höchstrichterlich akzeptiert wurden. Eine vollumfassende Darstellung der Rechtsprechung ist kaum möglich und auch nicht angezeigt. So sind beispielsweise für das Land Schleswig-Holstein soweit ersichtlich keine relevanten Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorhanden.¹⁷⁰ Vielmehr werden nachfolgend systematisierend die verschiedenen Möglichkeiten der Verarbeitung der Abstandsempfehlungen und die Bedeutung aufgezeigt, welche die Gerichte ihnen beimessen.

2.3.2.1 Bayern

Der VGH München hat sich zunächst in einem Beschluss¹⁷¹ von 2012 zur Relevanz der Abstandsempfehlungen der LAG VSW für die Anlagenzulassung geäußert. Das Gericht folgt hierin der behördlichen Einschätzung, dass bei einer Vorhabenrealisierung außerhalb der durch die LAG VSW benannten Tabuzonen für Rotmilan und Schwarzstorch naturschutzfachlich vertretbar ein erhöhtes Kollisionsrisiko verneint werden könne. Die streitgegenständlichen Anlagen waren im Prüf-, nicht im Tabubereich geplant. Das Gericht bezog jedoch nur mit Blick auf die eingehaltenen Tabubereiche Stellung. Den Prüfbereichen maß es keine sonstige Bedeutung zu.

Eine andere Wirkweise der Abstandsempfehlungen zeigt der VGH München in einer vom BVerwG¹⁷² bestätigten Entscheidung¹⁷³ aus 2014 auf, in welcher er zunächst kritisch anmerkte, dass das mit der Sache befasste VG Regensburg die naturschutzfachliche

¹⁶⁷ Rolshoven, ZNER 2010, 56.

¹⁶⁸ VG Minden, NuR 2010, 891.

¹⁶⁹ Namentlich wird auf OVG Koblenz, NVwZ-RR 2007, 309, und OVG Weimar, NuR 2007, 757, Bezug genommen.

¹⁷⁰ Die „Empfehlungen zur Berücksichtigung tierökologischer Belange bei Windenergieplanungen in Schleswig-Holstein“ (s. hierzu oben B. II. 2. g.) beziehen sich selbst ausschließlich auf Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit anderer Bundesländer.

¹⁷¹ VGH München, Beschl. v. 26.01.2012 – 22 CS 11.2783 – juris Rn. 10 ff.

¹⁷² BVerwG, Beschl. v. 16.09.2014 – 4 B 48.14.

¹⁷³ VGH München, ZUR 2014, 634.

Einschätzungsprärogative der Zulassungsbehörde nicht respektiert habe, indem es umfangreiche Beweiserhebungen durchführte. Zudem monierte er, dass die behördliche Ablehnungsentscheidung ohne fachlichen Grund und entsprechende Ausführungen von den im Bayerischen Windkrafterlass formalisierten artenschutzrechtlichen Prüfungsstandards abgewichen sei. Dieser Gedanke müsste, obgleich das Gericht feststellt, dass der Windkrafterlass die Behörde nicht unmittelbar binde, sondern lediglich ein antizipiertes Sachverständigengutachten darstelle, konsequenterweise auf die in Anlage 2 zum Windkrafterlass enthaltenen Abstandsempfehlungen übertragbar sein.

2.3.2.2 Berlin-Brandenburg

Das OVG Berlin-Brandenburg befasst sich in zwei Urteilen mit der Bedeutung der Abstandsempfehlungen der LAG VSW sowohl für die Flächennutzungs-¹⁷⁴ als auch für die Bebauungsplanung.¹⁷⁵ Im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens hat das OVG Berlin-Brandenburg einen sachlichen Teilflächennutzungsplan zur Windenergienutzung für unwirksam erklärt. Hierbei führt es unter anderem aus, dass auf der Planungsebene eine Behandlung von Natura 2000-Gebieten als harte Tabuzonen durch die Gemeinde nicht ausgeschlossen sei, obwohl die Genehmigung von WEA nur dann unzulässig ist, wenn ihre Errichtung und ihr Betrieb erhebliche Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen verursachen können. Dieser bereits rechtlich fragwürdige Ansatz, den das OVG in der Sache nicht begründet, wird ergänzt durch die Annahme, dass auch die in den für Brandenburg formulierten TAK für die Errichtung von WEA¹⁷⁶ enthaltenen Tabu- bzw. Schutzbereiche zu den harten Tabuzonen zählen. Obgleich das Gericht erkennt, dass die TAK selbst lediglich für die Zulassungsebene im Rahmen der Prüfung des § 44 Abs. 1 BNatSchG verbindlich sind, misst es

ihnen eine Indizwirkung für die Bauleitplanung insoweit zu, als dass eine Fläche für die Windenergienutzung in den definierten Tabubereichen letztlich nicht realisierbar und der Plan daher entgegen § 1 Abs. 3 BauGB nicht erforderlich sei. Einschränkend ist jedoch anzumerken, dass das Gericht explizit auf den zu entscheidenden Fall abstellt und eine Behandlung der in den TAK festgelegten Tabubereiche »im vorliegenden Zusammenhang« als harte Tabuzonen nicht zu beanstanden sei. Dennoch kann der Entscheidung insoweit nicht gefolgt werden, als dass sie zum einen den Anwendungsbereich der TAK entgegen ihres eigenen Anspruchs auf die Planungsebene ausdehnt. Zum anderen dürfte gerade für die Ebene der vorbereitenden Flächennutzungsplanung ein leicht zurückgenommener Maßstab gelten, da über die konkrete Verortung von späteren Anlagen noch keine Aussagen getroffen werden.¹⁷⁷ Ferner enthält die Entscheidung keine Ausführungen zu eventuell möglichen Vermeidungsmaßnahmen oder die Möglichkeit einer Ausnahme oder Befreiung. Der Annahme einer Indizwirkung im oben genannten Sinn dürfte vor diesem Hintergrund nur eine abgeschwächte Bedeutung zukommen.

In einem weiteren Normenkontrollverfahren hat sich das OVG Berlin-Brandenburg¹⁷⁸ zur möglichen Vollzugsunfähigkeit eines Bebauungsplans befasst. Bereits einführend äußert das Gericht hier, dass es bei der Prüfung des § 1 Abs. 3 BauGB entscheidend auf die Unüberwindbarkeit der artenschutzrechtlichen Verbote ankomme und insoweit vorausschauend durch den Plangeber zu ermitteln sei, ob Ausnahmen oder Befreiungen nach § 45 Abs. 7 bzw. § 67 Abs. 2 BNatSchG in Betracht kommen. Ebenso erachtet es die teilweise Festlegung eines Baufeldes für Windenergienutzung innerhalb eines unter Zugrundelegung der Abstandsempfehlungen eigentlich als Tabuzone zu behandelnden Bereichs als nicht rechtswidrig. Im Einzelfall sei auch dort eine Verwirklichung von Anlagen unter Wahrung von ausreichenden Schutzabständen

¹⁷⁴ OVG Berlin-Brandenburg, NuR 2011, 794. Das BVerwG hat die Entscheidung bestätigt, vgl. BVerwGE 145, 231. Den Ausführungen des BVerwG kann jedoch nur entnommen werden, dass die planende Gemeinde eine Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen hätte transparent machen müssen.

¹⁷⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.11.2010 – OVG 2 A 32/08 – juris Rn. 32 ff.

¹⁷⁶ Siehe hierzu oben 2.2.2.3.

¹⁷⁷ Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Auflage 2014, § 5 Rn. 13. Insoweit dem Flächennutzungsplan die Steuerungswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zukommen soll, setzt er zwar eine parzellenschärfte Standortplanung im Sinne einer „Verortungsplanung“ voraus, über einen konkreten Anlagenstandort im Baufeld ist hierbei jedoch noch nicht entschieden.

¹⁷⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.11.2010 – OVG 2 A 32/08 – juris Rn. 32 ff.

möglich. Die von der unteren Naturschutzbehörde im Aufstellungsverfahren vorgebrachten Abstandsempfehlungen unterschritten sogar die Empfehlungen der LAG VSW. Diese lagen wiederum der Stellungnahme des Landesumweltamtes zugrunde, deren Bedeutung vom Gericht jedoch nicht weiter thematisiert wurde. Erkennbar dürfte jedoch sein, dass die Abstandsempfehlungen eine gesteigerte Durchsetzungskraft besitzen, wenn sich Fachbehörden diese in ihren Stellungnahmen zu Eigen machen.

Das VG Frankfurt (Oder) befasst sich in einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Genehmigung einer WEA ablehnenden Beschluss¹⁷⁹ mit der Bedeutung von Abstandsempfehlungen und den TAK im Besonderen. Während das Gericht für den Rotmilan und den Schwarzstorch kein Nahrungshabitat und keine Flugkorridore im Prüfbereich feststellt, lag ein Brutplatz des Schreiadlers nicht nur in diesem Abstandsradius, sondern sogar im Schutzbereich um den Horst. Bemerkenswert ist, dass das Gericht den Verzicht auf eine Funktionsraumanalyse des Bereichs um die WEA toleriert, da frühere Analysen gezeigt hätten, dass die Anlage sich nicht in einem Flugkorridor zu Nahrungshabitaten oder selbst in einem solchen befinde. Die Aussagekraft der Entscheidung ist jedoch aufgrund des summarischen Prüfungsmaßstabs zu relativieren. Das VG Cottbus wiederum misst den Abstandsempfehlungen der LAG VSW eine Regelwirkung bei, nach der bei Einhaltung des Tabubereichs von einem Nichtentgegenstehen des Tötungsverbots ausgegangen werden kann.¹⁸⁰

2.3.2.3 Hessen

Der VGH Kassel befasst sich im Rahmen eines ein Urteil des VG Kassel¹⁸¹ bestätigenden Beschlusses¹⁸² zur Anwendung der Abstandsempfehlungen bei der Prüfung des Tötungsverbots aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch die Genehmigungsbehörde. Der VGH betont, dass das VG Kassel zur Bejahung eines Verstoßes gegen das Tötungsverbot rechtsfehlerfrei nicht allein auf die Abstandsempfehlungen der LAG VSW abgestellt, sondern seine naturschutzfachliche Einschätzung auch auf Grundlage abweichender naturwissenschaftlicher Ansichten gebildet habe.¹⁸³ Hinsichtlich des Rotmilans sei ein Ausschlussradius von 1.000 m und ein Prüfbereich von 6.000 m jedoch die »überwiegend« vertretene Ansicht. Ebenfalls bemerkenswert ist die Aussage, dass es irrelevant sei, dass die im Windkrafteerlass des MUGV Brandenburg enthaltenen TAK, welche vom VGH Kassel im Rahmen der Entscheidungsfindung herangezogen wurden, den Rotmilan nicht als WEA-sensibel kennzeichnen. Zuzugeben ist, dass der Windenergieerlass für Hessen keine rechtlich unmittelbare Relevanz besitzt. Der VGH Kassel sperrt sich jedoch gegen eine artspezifische Betrachtung des Kollisionsrisikos im Rahmen der Anwendung von Abstandsempfehlungen. Gleichwohl ist hervorzuheben, dass die Entscheidung des VG Kassel die Auswertung konkret kartierter Flugbewegungen über den geplanten Anlagenstandort zum Gegenstand hatte. Auch angedachte Vergrümnungsmaßnahmen hat das Gericht jedenfalls grundsätzlich in seine Entscheidung einbezogen, aber im konkreten Fall als untauglich verworfen. Deren Berücksichtigung ist aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips geboten, da sie ein milderes Mittel gleicher Eignung gegenüber der Nichtzulassung einer WEA am geplanten Standort darstellen.¹⁸⁴ Abschließend hat sich das Gericht auch mit der Möglichkeit einer Ausnahme oder Befreiung auseinandergesetzt und damit nach zutreffender Ansicht des VGH Kassel das Prüfprogramm der artenschutzrechtlichen Verbote abgearbeitet.

¹⁷⁹ VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 08.06.2015 – VG 5 L 589/14 – juris Rn. 59 ff.

¹⁸⁰ VG Cottbus, Urt. v. 13.12.2007 – 3 K 1923/03 – juris Rn. 42 ff.

¹⁸¹ VG Kassel, 15.06.2012 – 4 K 749/11.

¹⁸² VGH Kassel, ZUR 2014, 336.

¹⁸³ Insoweit besteht Übereinstimmung mit Vorgaben des BVerwG, wonach das Abstellen auf pauschale Abstandsempfehlungen nicht per se unzulässig ist, jedoch weitere Erkenntnisquellen und Literatur auszuwerten sind, vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 123.

¹⁸⁴ Siehe hierzu oben 1.2.1.1. Zum verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vgl. Jarass/Piero, GG, 13. Auflage 2014, Art. 20 Rn. 85.

2.3.2.4 Niedersachsen

Das OVG Lüneburg hat in zwei Entscheidungen zu Abstandsempfehlungen und hierbei insbesondere zum Umgang mit divergierenden Vorgaben Stellung genommen. In einem Urteil¹⁸⁵ aus 2008 zieht das Gericht sowohl die für Niedersachsen formulierten als auch die weitergehenden brandenburgischen Abstandsempfehlungen zur Entscheidungsfindung heran. Beiden Werken schreibt das Gericht lediglich empfehlenden Charakter und eine relative Weite der postulierten Abstände zu. Die kumulative Heranziehung spricht zusätzlich für deren Unverbindlichkeit. Eine weitergehende Argumentation verfolgt das Gericht in einer Entscheidung¹⁸⁶ aus demselben Jahr, in welcher es sich erneut mit den niedersächsischen und den brandenburgischen Abstandsempfehlungen auseinandersetzen musste. Gerade die Divergenz zwischen den empfohlenen Abständen lasse den Rückschluss zu, dass gesicherte Beurteilungskriterien noch nicht bestünden. Es sei seitens der Behörde ein Vortrag notwendig, warum sie von den niedersächsischen Empfehlungen abweichen und die brandenburgischen Kriterien zugrunde legen wolle. Hierfür könnten zum Beispiel Fluguntersuchungen herangezogen werden.

Auch die jüngere Judikatur der Verwaltungsgerichte relativiert die Bedeutung pauschaler Abstandsempfehlungen. So spricht das VG Lüneburg in einem Urteil¹⁸⁷ aus 2007 davon, dass die Auswirkungen von WEA auf Schwarzstörche nicht abschließend geklärt seien, und verweist zur Begründung auf divergierende Abstandsempfehlungen. Hinsichtlich der Rohrweihe zieht das Gericht konkrete gutachtliche Stellungnahmen der Anwendung von Abstandsempfehlungen vor. Hierbei stellt es insbesondere auf die Berücksichtigung der konkreten Raumstruktur ab, die gegen ein erhöhtes Kollisionsrisiko trotz Unterschreitens der Abstände spreche. Auch das VG Hannover kommt in einem Urteil¹⁸⁸ aus 2012 zu dem Ergebnis, dass die (Nicht-)Einhaltung pauschaler

Abstandskriterien nur eine Indizwirkung nach sich ziehen und Anlass für konkrete Sachverhaltsermittlung bieten könne. Harte Tabuzonen können jedenfalls nicht begründet werden.

2.3.2.5 Nordrhein-Westfalen

Ausdrücklich zu den Abstandsempfehlungen der LAG VSW hat sich, soweit ersichtlich, bislang nur das VG Minden in einem Urteil¹⁸⁹ aus 2010 geäußert. Das Gericht relativiert die Bedeutung der Empfehlungen, indem es die Errichtung von WEA auch im Tabubereich für nicht zwingend unzulässig erachtet und eine Einzelfallprüfung der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG für erforderlich hält. Zu Abstandsempfehlungen im Allgemeinen hat das OVG Münster in einem Urteil¹⁹⁰ aus 2012 Stellung bezogen. Das Gericht folgt der Auffassung einer beigeladenen Gemeinde nicht, dass die Unterschreitung von im streitgegenständlichen artenschutzrechtlichen Fachbeitrag vorgesehenen Abständen zu Brutplätzen des Rotmilans (hier: 1000m) zwingend die Versagung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Folge habe. Vielmehr seien konkrete naturschutzfachliche Untersuchungen erforderlich, was insbesondere aus dem Vorliegen gegenläufiger gutachterlicher Stellungnahmen folge. Auch die Möglichkeit geeigneter Vermeidungs- oder Schutzmaßnahmen müsse im Einzelfall geprüft werden.

2.3.2.6 Sachsen-Anhalt

Das OVG Magdeburg hat in insgesamt drei jüngeren Entscheidungen zur Bedeutung von Abstandsempfehlungen Stellung genommen.¹⁹¹ Für den Rotmilan geht das Gericht davon aus, dass eine Anlagenzulassung in einem Abstandsbereich von weniger als 1.000 m zu einem Horststandort grundsätzlich gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstößt und außerhalb dieses Bereichs Anlagen in Flugrouten zu attraktiven und dauerhaft zur Verfügung stehenden Nahrungshabitaten unzulässig sind. Erstaunlich ist, dass das Gericht im konkreten Fall eine

¹⁸⁵ OVG Lüneburg, ZfBR 2008, 366.

¹⁸⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 12.11.2008 – 12 LC 72/07 – juris Rn. 72 ff.

¹⁸⁷ VG Lüneburg, NuR 2008, 363.

¹⁸⁸ VG Hannover, BauR 2013, 640.

¹⁸⁹ VG Minden, ZNER 2010, 192.

¹⁹⁰ OVG Münster, ZUR 2013, 174.

¹⁹¹ OVG Magdeburg, Urteile v. 26.10.2011 – 2 L 6/09 – juris Rn. 59 ff., 19.01.2012 – 2 L 124/09 – juris Rn. 87 ff. und 21.03.2013 – 2 M 154/12 – Rn. 29 ff.. Das BVerwG hat die Entscheidungen aus 2011 und 2012 bestätigt, vgl. BVerwGE 147, 118 und BVerwG, NVwZ 2014, 524.

Anlage auch in einem Abstand von 1.001 m für unzulässig hält und dies damit begründet, dass der Rotmilan sich nicht an starre Grenzen halte. Dieses Verständnis führt zu einer erheblichen Unsicherheit im Umgang mit Abstandsempfehlungen und zeigt gleichzeitig deren Schwäche auf. Mit Vermeidungsmaßnahmen und der Erteilung von Ausnahmen oder Befreiungen hat sich das Gericht nicht befasst. Im Übrigen schließt sich das Gericht hinsichtlich der Bedeutung des Prüfbereichs und des Kollisionsrisikos des Schwarzstorchs der Rechtsprechung des OVG Weimar¹⁹² an.

Das VG Magdeburg geht in einem jüngeren Beschluss¹⁹³ aus 2012 davon aus, dass ein vollständiges Außerachtlassen der Abstandsempfehlungen der LAG VSW ohne nähere Begründung zur Fehlerhaftigkeit einer Anlagenzulassung führt. Das Gericht erstreckt ihren Anwendungsbereich zudem auf die FFH-Verträglichkeitsprüfung. Im Rahmen einer summarischen Prüfung konnte hierbei nicht die Rechtmäßigkeit einer Anlagengenehmigung mit Blick auf ihre FFH-Verträglichkeit und die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG festgestellt werden.

2.3.2.7 Thüringen

Das OVG Weimar hat sich ebenfalls in zwei Entscheidungen maßgeblich mit der Bedeutung der Abstandsempfehlungen bzw. ihrer Umsetzung in Verwaltungsvorschriften befasst. In einer Entscheidung¹⁹⁴ aus 2007 stellt es zunächst fest, dass in der Praxis unterschiedliche Abstände zwischen Brut- und Nahrungshabitaten und WEA vorgeschlagen werden. Im konkreten Fall befand sich die zu beurteilende Anlage deutlich innerhalb des Tabubereichs der Abstandsempfehlungen der LAG VSW. Dies veranlasste das Gericht zu einer konkreten Betrachtung des artspezifischen Kollisionsrisikos des Rotmilans, welches es als hoch einstufte, und den naturräumlichen Gegebenheiten, welche es als attraktiv einstufte. Letztlich konstatierte das Gericht darüber hinaus, dass geeignete Vermeidungsmaßnahmen nicht ersichtlich seien. Nur vor diesem Hintergrund ging das Gericht von

einem echten Tabubereich in einem Radius von 1.000 m um den vorhandenen Horststandort aus.

Eine weitere Relativierung haben die Abstandsempfehlungen in einem Urteil¹⁹⁵ aus 2009 erfahren. Mit Blick auf das Kollisionsrisiko des Schwarzstorchs hat das Gericht einen Anlagenstandort innerhalb des Tabubereichs für zulässig erachtet und die Abstandsempfehlungen der LAG VSW insoweit ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet. Zur Begründung führt das Gericht die konkret vorzufindende Raumsituation an. Bezüglich des Rotmilans hingegen wird ausdrücklich auf die Abstandsempfehlungen als »Schutzkonzept« Bezug genommen. Da sich der Anlagenstandort jedoch nur im Prüfbereich befinde, müssten greifbare Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer besonderen Prüfung sprechen. Das Gericht geht somit bei der Betroffenheit des Prüfbereichs nicht von einem Automatismus aus, der eine gesteigerte Prüfdichte nach sich zieht.

Soweit ersichtlich, schließen sich die Verwaltungsgerichte dem Ansatz des OVG Weimar an, indem sie die Abstandsempfehlungen unter den Vorbehalt einer Einzelfallprüfung stellen und zusätzlich das artspezifische Kollisionsrisiko berücksichtigen.¹⁹⁶

2.3.3 Zwischenergebnis

Die juristische Literatur erkennt die Abstandsempfehlungen der LAG VSW grundsätzlich als einen naturschutzfachlichen und wissenschaftlich fundierten Beitrag an, zeigt jedoch ebenfalls die Grenzen ihrer Aussagekraft auf. Unbestritten sind die wissenschaftlichen Datenquellen,¹⁹⁷ welche zum einen in der Auswertung von Schlagopferfunden und zum anderen in Erhebungen zum Flugverhalten einzelner Arten im Umkreis ihrer hauptsächlichlichen Lebensstätten bestehen. Der Erkenntniswert ist jedoch maßgeblich dadurch begrenzt, dass das artspezifische Gefährdungspotenzial unberücksichtigt bleibt

¹⁹² OVG Weimar, NuR 2010, 368. Siehe hierzu 2.3.2.7.

¹⁹³ VG Magdeburg, Beschl. v. 13.09.2012 – 2 B 278/12 – juris Rn. 19 ff.

¹⁹⁴ OVG Weimar, ZfBR 2008, 60.

¹⁹⁵ OVG Weimar, DVBl 2010, 461.

¹⁹⁶ VG Gera, Urt. v. 09.07.2013 – 5 K 252/12 Ge.

¹⁹⁷ Dies gilt gleichwohl nicht für deren naturschutzfachlichen Erkenntniswert und die aus ihnen zu ziehenden Schlussfolgerungen.

und keine Betrachtung konkreter Raumstrukturen stattfindet. Letzteres ist abstrakt-generellen Abstandsempfehlungen ohnehin verwehrt. Gleichzeitig wird betont, dass die Abstandsempfehlungen nur einer von vielen denkbaren naturschutzfachlichen Beiträgen sind und daher eine Einzelfallbetrachtung für Planungsträger und Zulassungsbehörden in keinem Fall entbehrlich ist. Vielmehr bieten sie eine grobe Anfangsorientierung in der Weise, dass bei der Vorhabenverwirklichung außerhalb der Prüfbereiche kein gesteigerter Aufwand mit Blick auf das Entgegenstehen artenschutzrechtlicher Verbote betrieben werden muss. Ebenso ist eine Realisierung von Vorhaben auch innerhalb der Mindestabstandsempfehlungen nicht ausgeschlossen. Dann muss jedoch eine naturschutzfachlich begründete Einschätzung die Nutzung dieser Räume rechtfertigen. Skepsis besteht bezüglich einer generellen Notwendigkeit individueller Raumnutzungsanalysen, da diese aufwendige Form der Sachverhaltsermittlung im Ergebnis zumindest im Einzelfall mit einfacheren Mitteln ersetzt werden könne. Die Betrachtung und Bewertung der vorhandenen Raumstruktur kann zum Beispiel sichere Rückschlüsse auf arttypische Verhaltensweisen zulassen.¹⁹⁸

Die Aussagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit lassen sich überwiegend auf mit der juristischen Literatur vereinbare Tendenzen reduzieren. Auch die Rechtsprechung erkennt die Abstandsempfehlungen der LAG VSW als einen naturschutzfachlichen Beitrag an, dessen grundsätzliche Qualität unbestritten ist. Ihnen kommt jedoch keine Verbindlichkeit zu. Auch Transformationsakte der Länder, die Abstandsempfehlungen enthalten, werden im Ergebnis als unverbindlich betrachtet. Soweit in ihnen eine Bindung von Zulassungsbehörden vorgesehen ist, resultiert die Unverbindlichkeit aus der in der Verwaltungsvorschrift enthaltenen Wortwahl, die den Abständen ebenfalls nur eine Regelwirkung zuschreibt. Mit anderen Worten die Verwaltungsvorschrift ist verbindlich, sie enthält jedoch selbst lediglich Empfehlungen. Insofern obergerichtliche Rechtsprechung den Abstandsempfehlungen der LAG VSW zumindest scheinbar eine Bindungswirkung zuschreibt,¹⁹⁹ kann dem nicht gefolgt werden. Die Entscheidungen verkennen den empfehlenden Charakter

der Vorgaben und den im- oder explizit zum Ausdruck kommenden Vorbehalt einer Einzelprüfung. Zudem liegen den Entscheidungen jeweils konkrete Sachverhalte in Form von naturräumlichen Gegebenheiten zugrunde, die sich einer Pauschalisierung entziehen.

Ferner ist die Rechtsprechung geneigt, eine Zusammenschau der Transformationsakte verschiedener Bundesländer vorzunehmen, um den lediglich empfehlenden Charakter herauszustellen und die Erkenntnis zu begründen, dass eine naturschutzfachliche Gewissheit im Umgang mit § 44 Abs. 1 BNatSchG nicht existiert. Ein vollständiges Außerachtlassen der Abstandsempfehlungen ist jedoch nur möglich, wenn ersatzweise konkrete gutachtliche Aussagen bzw. insgesamt eine eigene hinreichende Sachverhaltsermittlung durch die Behörde stattgefunden hat. Berücksichtigt eine behördliche Entscheidung pauschale Abstandsempfehlungen, so treten diese stets hinter den Ergebnissen konkreter Sachverhaltsermittlungen in Form von Raumnutzungsanalysen, kartierten Flugbewegungen oder Raumfunktionsanalysen zurück. Einigkeit besteht darin, dass die Empfehlungen lediglich eine Indizfunktion haben, nach der eine Anlagenzulassung im Tabubereich nicht ausgeschlossen ist, sondern einer raum- und artspezifischen Rechtfertigung bedarf. Hierbei spielt insbesondere das artspezifische Kollisionsrisiko eine Rolle, mit welchem ein Unterschreiten der Abstandsempfehlungen gerechtfertigt werden kann. Soll ein Vorhaben außerhalb des Tabubereichs verwirklicht werden, darf grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG nicht einschlägig ist. Auch im Prüfbereich muss eine vertiefte Sachverhaltsermittlung nur erfolgen, soweit die räumliche Situation hierfür Anlass bietet. Überwiegend fordert die Rechtsprechung zudem die Auseinandersetzung mit der Möglichkeit von Vermeidungs- oder Minderungsmaßnahmen, um das Kollisionsrisiko zu senken und eine Anlagenzulassung in Prüf- oder Tabubereichen zu ermöglichen. Abschließend ist die Erteilung von Ausnahmen oder Befreiungen zumindest zu erwägen. Erst dann ist das artenschutzrechtliche Prüfprogramm der §§ 44 ff. BNatSchG abgearbeitet.

¹⁹⁸ Hinsch, ZUR 2011, 191 (194).

¹⁹⁹ Siehe hierzu 2.3.2.2. und 6.

3. Bedeutung des Helgoländer Papiers 2015 für die Planungs- und Zulassungsebene

Das HP 2015²⁰⁰ schreibt die Abstandsempfehlungen des HP 2007 fort, um »in der Regel« artenschutzrechtliche Konflikte bei der Planung²⁰¹ und dem Betrieb von WEA zu vermeiden. Im Unterschied zum HP 2007, das terminologisch von Ausschlussbereichen ausgeht, wird im HP 2015 der Begriff der Mindestabstände verwendet. Da es sich jeweils um Radien handelt, innerhalb derer WEA nicht realisiert werden sollen, wird im Folgenden der Begriff »Tabubereich«²⁰² als Oberbegriff verwendet. Vor dem Hintergrund eines intensivierten und weiter andauernden Ausbaus von WEA, dem Vorliegen neuer naturschutzfachlicher Erkenntnisse und einer weiterentwickelten und konturierten Rechtsprechung hat die LAG VSW die Abstandsempfehlungen angepasst und neue Hinweise zu ihrer Anwendung formuliert.²⁰³ Zudem sind einige Arten nicht mehr Gegenstand der Empfehlungen, während andere Arten erstmals aufgeführt werden. Grundlage ist weiterhin die seit 2002 geführte Datenbank zur Erfassung von Schlagopfern. Auffällig ist, dass ausdrücklich herausgestellt wird, dass sich anhand dieser das artspezifische, relative Kollisionsrisiko abschätzen lasse. Die LAG VSW begegnet damit wesentlichen Einwänden aus Literatur und Rechtsprechung gegen die Tragfähigkeit der Abstandsempfehlungen des HP 2007, der in der mangelnden Berücksichtigung eines artspezifischen Kollisionsrisikos begründet war.²⁰⁴ Weiterhin liegen den Abstandsempfehlungen nunmehr wissenschaftliche Untersuchungen zum Gefährdungspotenzial windenergieanlagensensibler Vogelarten zugrunde, die gebündelt bei der Staatlichen Vogelschutzwarte Brandenburg vorliegen.²⁰⁵

Veränderungen der vorgeschlagenen Abstandsradialen sind insbesondere bei der Wiesenweihe (Prüfbereich nunmehr 3.000 m statt 6.000 m) und dem Rotmilan auszumachen (Tabubereich 1.500 m statt 1.000 m und Prüfbereich 4.000 m statt 6.000 m). Explizit wird auf die eventuelle Notwendigkeit länderspezifischer Abweichungen hingewiesen, welche aus den naturräumlichen Gegebenheiten, der Flächennutzung sowie dem jeweils vorkommenden Artenspektrum herrührt. Für die im Übrigen häufig thematisierten Schwarzstörche, Schreiadler und Seeadler haben sich keine Abweichungen ergeben. Fraglich ist darüber hinaus, ob die Bezugnahme auf das artspezifische Kollisionsrisiko tatsächlich hinreichend in die Novellierung der Abstandsempfehlungen eingeflossen ist. Am Beispiel des Schwarzstörches zeigt sich, dass die artspezifische Betrachtung des Kollisionsrisikos ein Opfer in Deutschland und fünf dokumentierte Verluste insgesamt²⁰⁶ ausweist. Dennoch sind die empfohlenen Abstände unverändert geblieben. Gerade das Kollisionsrisiko des Schwarzstörches ist jedoch in der Rechtsprechung häufig als gering angesehen worden mit der Folge, dass eine Unterschreitung empfohlener Abstände erlaubt wurde. Bereits diese Rechtsprechung stützte sich auf die Dokumentation von nur einem Schlagopfer, sodass zumindest Zweifel angebracht sind, ob die im HP 2015 enthaltenen artspezifischen Betrachtungen aus Sicht der Rechtsprechung ausreichend sind. Jedenfalls wird weiterhin der Vorsorgegedanke der Empfehlungen deutlich.

Die Fortschreibung und weitere wissenschaftliche Fundierung der Abstandsempfehlungen ist darüber hinaus im

²⁰⁰ LAG VSW, Berichte zum Vogelschutz 2014, 15.

²⁰¹ Für die Raumplanung werden die Abstandsempfehlungen mit Blick auf Dichtezentren der windenergieanlagensensiblen Arten für verwertbar erachtet und nicht mehr als generelle Abwägungsgrundlage bezeichnet.

²⁰² Der Begriff folgt allein aus dem selbstformulierten Anspruch des HP 2015. Hierunter ist kein Tabubereich im juristischen Sinne in der Weise zu verstehen, dass Errichtung und Betrieb von WEA dort aus rechtlichen Gründen ausscheiden.

²⁰³ Die LAG VSW verweist ebenfalls auf nunmehr stattfindende Inanspruchnahme von Waldflächen für die Ausweitung der Windenergienutzung. Dieser Umstand hat für die zu begutachtenden Fragestellungen jedoch keine grundsätzlich besondere Bedeutung.

²⁰⁴ Siehe hierzu oben 2.3.

²⁰⁵ Abrufbar unter http://www.lugv.brandenburg.de/media_fast/4055/vsw_dokwind_voegel.pdf (zuletzt geprüft am 05.11.2015).

²⁰⁶ Es fehlen Angaben zum diesbezüglichen Untersuchungsgebiet, insoweit bleibt unklar, worauf sich die fünf dokumentierten Verluste im Vergleich zu einem Opfer in Deutschland beziehen.

Lichte der Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative zu betrachten. Deren Wahrnehmung setzt zum einen voraus, dass noch kein allgemein gültiger, anerkannter bzw. gesicherter Kenntnisstand im Umgang mit den artenschutzrechtlichen Verboten besteht.²⁰⁷ Zum anderen muss sich die behördliche Einschätzung an einem aktuellen naturwissenschaftlichen Kenntnisstand orientieren. Mit ihrer Aktualisierung dürfte dies auf die Abstandsempfehlungen weiterhin oder zumindest wieder zutreffen.

Hieraus folgt jedoch nur, dass die Berücksichtigung der Abstandsempfehlungen durch Planungsträger oder Zulassungsbehörden nicht von vornherein untauglich ist, um die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative auszufüllen. Ob eine Berücksichtigungspflicht existiert, ob eine Nichtberücksichtigung zulässig ist und ob bzw. in welchem Grad sich die Empfehlungen gegenüber sonstigen fachwissenschaftlichen Erkenntnisquellen im Einzelfall durchsetzen (können), soll im Folgenden untersucht werden.

3.1 Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Genehmigungsentscheidung nach dem BImSchG

Die behördliche Genehmigungsentscheidung ist diejenige, für welche die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG den unmittelbaren Maßstab bilden. Bei der hierfür notwendigen Prüfung entfalten die Abstandsempfehlungen der LAG VSW keine rechtliche Wirkung. Vielmehr steht der Behörde die eingangs beschriebene naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Deren Wahrnehmung hat jedoch zur Voraussetzung, dass sich die Behörde mit dem naturschutzfachlichen Status quo der Wissenschaft auseinandersetzt.

3.1.1 Naturschutzfachliche Bedeutung von Abstandsempfehlungen

Hierbei sollten die Abstandsempfehlungen der LAG VSW grundsätzlich nicht außen vor gelassen werden,²⁰⁸ das heißt, die Entscheidungsbegründung sollte zumindest kenntlich machen, dass die Behörde sich mit ihnen befasst hat. Eine vollständige Nichtbeachtung im Sinne einer Nichterwähnung dürfte rechtssicher nur möglich sein, wenn die Behörde ihrer Entscheidung eine qualitativ vergleichbare Sachverhaltsbeurteilung zugrunde legen kann.

3.1.2 Möglichkeit einer Indizwirkung

Berücksichtigt die Behörde grundsätzlich die Abstandsempfehlungen bei der Entscheidungsfindung, ist sie weder einer Bindung unterworfen noch stellen die Abstandsempfehlungen der LAG VSW eine gegenüber anderen naturschutzfachlichen Einschätzungen grundsätzlich vorzugswürdige Ansicht dar. Insbesondere erfüllen sie wohl nicht die Voraussetzungen einer Fachkonvention, welche die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative letztlich entbehrlich machen würde.²⁰⁹ Insoweit darf die Behörde sie nur als einen Indikator für die weitere Prüfung der Verbotstatbestände werten. Eine Anlagenzulassung außerhalb des Prüfbereichs zieht keine weitere Sachverhaltsermittlung nach sich, wenn das Ergebnis der Bestandserfassung von Brutplätzen bzw. bedeutsamen Vogellebensräumen negativ war. Im Prüfbereich muss eine vertiefende Sachverhaltsermittlung und anschließende Bewertung nur erfolgen, wenn wichtige Habitats, insbesondere Nahrungs-, Fortpflanzungs- und Schlafhabitats,²¹⁰ vorhanden sind. Es ist dann zu ermitteln, ob WEA im Einzelfall tatsächlich innerhalb der regelmäßig frequentierten Flugkorridore

²⁰⁷ Siehe hierzu oben 1.2.1.1.

²⁰⁸ Soweit bindende Verwaltungsvorschriften vorliegen, müssen diese selbstverständlich von den Behörden beachtet werden. Eine Bindung an Abstandsempfehlungen entsteht jedoch nur, wenn diese in der Verwaltungsvorschrift gefordert wird. M.a.W. es ist zwischen der Bindung an die Verwaltungsvorschrift und der Bindung an die in ihr enthaltenden Abstandsempfehlungen zu differenzieren.

²⁰⁹ In diesem Zusammenhang wird gegen die Abstandsempfehlungen vorgebracht, dass ihre Erarbeitung nicht hinreichend transparent erfolgt, was eine notwendige fachliche Diskussion nicht zulasse. Auch der für eine Fachkonvention notwendige Grad an Übereinstimmung in der Fachwelt dürfte aus juristischer Perspektive nicht gegeben sein.

²¹⁰ Schlafhabitats wurden im HP 2007 nicht genannt und erst durch das HP 2015 eingeführt. Ob auch Flugkorridore zu diesen einen naturschutzfachlich erhöhten Prüfungsaufwand rechtfertigen, kann an dieser Stelle (noch) nicht beurteilt werden.

zu den Habitaten liegen. Ein Freihalten der Prüfbereiche ohne einzelfallbezogene Begründung ist rechtswidrig. Der empfohlene Tabubereich darf ebenfalls nicht als eine unüberwindbare Zone fungieren. Weicht die Behörde jedoch von der Abstandsempfehlung ab, geht dies mit einem Begründungsaufwand einher, der zum Beispiel durch gutachtliche Stellungnahmen, welche die konkret vorgefundene Raum- und Artsituation zum Gegenstand haben, ausgefüllt werden kann. Hierbei ist insbesondere an Raumfunktions- und Raumnutzungsanalysen und die Beurteilung des artspezifischen Kollisionsrisikos sowie worst-case Betrachtungen zu denken. Mit anderen Worten der »Mindestabstand« ist eine Grenze, ab der mindestens eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden muss. Inwieweit dabei weniger aufwendige Raumfunktionsanalysen die artbezogenen Raumnutzungsanalysen entbehrlich machen, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschließend beurteilt werden.

3.1.3 Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen und Ausnahme oder Befreiungstatbeständen

Bei der Entscheidung, eine Anlage innerhalb des Tabu- oder Prüfbereichs nicht zuzulassen, hat die Behörde sich mit Vermeidungs- oder Minderungsmaßnahmen auseinanderzusetzen, sofern diese nicht offensichtlich

untauglich sind oder aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht kommen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²¹¹ gebietet die Berücksichtigung dieser gegenüber einer Versagung der Genehmigung milderer Mittel.

Kommt die Behörde nach dem Abarbeiten dieses Prüfverfahrens zu dem Ergebnis, dass ein artenschutzrechtliches Verbot der Anlagenzulassung entgegensteht, ist eine Befassung mit der Ausnahmemöglichkeit des § 45 Abs. 7 BNatSchG und, soweit beantragt, mit der Befreiungsmöglichkeit des § 67 BNatSchG erforderlich.

3.1.4 Abweichung von Abstandsempfehlungen der Länder

Haben die Länder die Abstandsempfehlungen der LAG VSW in Verwaltungsvorschriften übernommen oder eigene Empfehlungen erstellt, dürfte sich die Rechtslage nicht maßgeblich anders darstellen. Wenn die Verwaltungsvorschriften die am Genehmigungsverfahren beteiligten Behörden binden, ist jedoch eine vollständige Nichtberücksichtigung der Vorgaben rechtsfehlerhaft. Soweit ersichtlich haben aber im Übrigen alle derzeit gültigen Verwaltungsvorschriften in Bezug auf die Abstände selbst lediglich empfehlenden Charakter, das heißt, sie sind im Einzelfall mit dem soeben aufgezeigten Begründungsaufwand überwindbar.

3.2 Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Regionalplanung

Die Träger der Regionalplanung werden weder durch die Abstandsempfehlungen noch durch Verwaltungsvorschriften der Länder einer strikten rechtlichen Bindung unterworfen. Die Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG entfalten für sie darüber hinaus ohnehin keine unmittelbare Wirkung, da sie nicht deren Adressaten sind.

3.2.1 Bedeutung empfohlener Abstände zu Brutplätzen

Erkenntnisse zu einzelnen Brutplätzen oder -vorkommen sensibler Arten werden – jenseits gemeldeter und durch Verordnung festgelegter Schutzgebiete – auf der Betrachtungsebene der Regionalplanung nur selten vollständig vorhanden sein. Diese müssen auch nicht ermittelt werden, da insoweit eine Abschichtung artenschutzrechtlicher Konflikte auf die nachgelagerte Planungs- oder Genehmigungsebene zulässig ist.²¹²

²¹¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Auflage 2014, Art. 20 Rn. 85.

²¹² Selbst eine abschließende Abwägung auf regionalplanerischer Ebene (Ziel) kann nur ebenenspezifisch erfolgen (§ 7 Abs. 2 ROG) und die erkennbaren Belange einbeziehen bzw. berücksichtigen. Siehe ferner 1.2.5.

In diesem Zusammenhang ist die Bedeutung der Abstandsempfehlungen erheblich zurückgenommen als im Rahmen der Anlagenzulassung. Um eine rechtssichere Planung zu gewährleisten, sollten sie als natur-schutzfachlicher Beitrag nicht außer Acht gelassen werden, soweit sich überhaupt ein Anknüpfungspunkt ergibt. Abweichungen sind unter den oben genannten Voraussetzungen möglich. Der hierfür erforderliche Begründungsaufwand kann verringert sein, soweit die notwendige Sachverhaltsbeurteilung aufgrund des großräumigen Betrachtungsmaßstabs nicht möglich ist. Die Indizwirkung der Abstandsempfehlungen verdichtet sich nicht zu einer starren Beachtungspflicht, nur weil auf Ebene der Regionalplanung unter Umständen nicht ausreichend Erkenntnisse über die Art- und Raumstruktur des zu beplanenden Gebiets oder mögliche Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen vorhanden sind. Da eine Planung nur dann unzulässig ist, wenn feststeht, dass eine Verwirklichung von Festlegungen im überwiegenden Teil eines Plangebiets an artenschutzrechtlichen Verboten scheitert, ist bei Unkenntnis eine Abschtung der Konflikte auf die nachgelagerten Ebenen von Fach- und Bauleitplanung sowie Genehmigung möglich. Im Übrigen kann der Planungsträger nur eine Prognose vornehmen, ob artenschutzrechtliche Verbote einer Anlagenzulassung im Einzelfall auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen und der Möglichkeit von Ausnahmen und Befreiungen entgegenstehen werden.

3.2.2 Bedeutung empfohlener Abstände zu Vogelschutzgebieten

Berücksichtigen muss der Träger der Regionalplanung durch gebietliche Festlegungen geschützte Lebensräume von gegenüber WEA sensiblen Vogelarten (zum Beispiel Europäische Vogelschutzgebiete, FFH-Gebiete oder sonstige Gebietskategorien mit entsprechendem Schutzzweck) und zudem Dichtezentren,²¹³ soweit sie außerhalb geschützter Lebensräume liegen. Teilweise fordert

das Recht diesbezüglich ohnehin eine formalisierte Verträglichkeitsprüfung (vgl. § 34 Abs. 2 i.V.m. § 36 S. 1 Nr. 2 BNatSchG).

Für das von der Rechtsprechung vorgegebene Flächen-suchverfahren begründen die Abstandsempfehlungen jedenfalls keine harten Tabuzonen. Sogar innerhalb von Natura 2000-Gebieten ist die Errichtung von WEA nicht zwingend unzulässig, sondern nur dann, wenn erhebliche Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen verursacht werden können.²¹⁴ Selbst wenn die Umsetzung der Vorgaben der FFH- und der Vogelschutzrichtlinie durch die nach nationalem Naturschutzrecht strengste Schutzgebietskategorie des Naturschutzgebiets nach § 23 BNatSchG erfolgt,²¹⁵ ist eine Anlagenzulassung unter Wahrung restriktiver Voraussetzungen nicht ausgeschlossen.²¹⁶ Für die Regionalplanung, bei der über § 36 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG auch die FFH-Verträglichkeitsprüfung zum Tragen kommt, folgt daraus, dass eine Behandlung von Natura 2000-Gebieten unabhängig davon, ob es sich um Natur- oder Landschaftsschutzgebiete handelt, als harte Tabuzonen möglich,²¹⁷ aber nicht zwingend ist. Falls sie als harte Tabuzone eingeordnet werden, so bedarf dies einer Begründung: Als Gründe kommen etwa der konkrete Gebietscharakter, das Erhaltungsziel oder besondere Schutzzwecke in Betracht. Liegen diese nicht vor, kann lediglich von einer weichen Tabuzone ausgegangen werden. Geht umgekehrt der Planungsträger fehlerhaft von einem im konkreten Fall der Errichtung von WEA entgegenstehenden hohen Schutzstandard von Gebieten aus, die er mit Konzentrationszonen für die Windenergienutzung überplanen will, ist der Plan insoweit nicht vollzugsfähig und (teilweise) unwirksam. Regelmäßig liegt der Planung dann kein schlüssiges gesamträumliches Konzept mehr zugrunde, so dass der Windenergie nicht der erforderliche substanzielle Raum verschafft wird.

²¹³ Vgl. zur unterschiedlichen Handhabung des Begriffs 1.2.5.

²¹⁴ Thyssen, I+E 2011, 134 (141). Scheidler, DVBl 2012, 216 (218 f.).

²¹⁵ Eine Anlagenzulassung in Landschaftsschutzgebieten nach § 26 BNatSchG ist unter weniger strengen Voraussetzungen möglich.

²¹⁶ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 76. Auflage 2015, § 23 Rn. 20. Gleichwohl dürften Windenergieanlagen regelmäßig unzulässig sein, vgl. Scheidler, DVBl 2012, 216 (219).

²¹⁷ BVerwG, BauR 2010, 82 (83).

Die mit Blick auf den gebietlichen Schutz von Vogel Lebensräumen postulierten Abstände sind demgegenüber vom Vorsorgegedanken getragen und können daher lediglich zur Begründung weicher Tabuzonen herangezogen werden. Auch deren Ausweisung, so sie erfolgen soll, muss von einer umfassenden planerischen Abwägung getragen sein, sodass die bloße Bezugnahme auf Abstandsempfehlungen nicht ausreichend ist. Vielmehr bedarf das vorsorgliche Einhalten von Abständen zu Gebieten, deren Zweck der Vogelschutz ist, einer planerischen Rechtfertigung.

Zuzugeben ist, dass eine erhebliche Beeinträchtigung von FFH-Gebieten im Sinne des § 34 BNatSchG auch von außerhalb des Gebietes herrühren kann,²¹⁸ sodass ein Freihalten von Abstandsflächen im Einzelfall planerisch geboten sein kann.²¹⁹ Soweit der Planungsträger hierbei

auf die Abstandsempfehlungen des HP2015 oder entsprechende Empfehlungen der Länder zurückgreifen will, gilt das zum Umgang mit den Abstandsempfehlungen auf der Zulassungsebene Gesagte. Eine schlichte Übernahme ohne weitere Abwägung ist insoweit rechtlich nicht zulässig. Der Planungsträger wird sich mit der art- und raumspezifischen Situation, der Möglichkeit von Vermeidungsmaßnahmen und den Ausnahme- und Befreiungstatbeständen befassen müssen. Ein Freihalten des Abstandsbereichs von WEA kommt nur in Betracht, wenn andernfalls Habitats außerhalb des Schutzgebiets als Gebiete für die Windenergienutzung beplant oder Flugkorridore verstellt würden. Auch eine Abriegelung des Schutzgebiets ist zu verhindern. Mithin dürfte der bloße Verweis auf Abstandsempfehlungen einen zwingenden Abwägungsfehler nach sich ziehen.

3.3 Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Flächennutzungsplanung

Die Ergebnisse zum Umgang der Regionalplanung mit Abstandsempfehlungen sind grundsätzlich auf die Anforderungen an die Flächennutzungsplanung unter Berücksichtigung des kleinräumlicheren Betrachtungsmaßstabs übertragbar. Insbesondere sieht die Rechtsprechung dieselbe schrittweise Erarbeitung des Plankonzepts unter Berücksichtigung harter und weicher Tabuzonen mit dem Ergebnis der Verschaffung substanziellen Raums für die Windenergienutzung vor. Ebenso ist auch die Gemeinde als Trägerin der Flächennutzungsplanung nicht unmittelbar an die Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG gebunden. Eine rechtliche Bindung durch Abstandsempfehlungen der Länder ist aufgrund der gemeindlichen Planungshoheit zudem nicht denkbar.²²⁰

3.3.1 Bedeutung empfohlener Abstände zu Brutplätzen

Soweit jenseits gebietlicher Festlegungen zugunsten des Vogelschutzes Erkenntnisse über Brutplätze oder Lebensstätten geschützter Vogelarten existieren, sind diese im Planungsprozess zu verarbeiten. Der Plangeber darf nach Maßgabe der für die Anlagenzulassung formulierten Kriterien von Abstandsempfehlungen abweichen und den hierfür unter Umständen notwendigen Begründungsaufwand soweit reduzieren, wie es sein Betrachtungsmaßstab erforderlich macht. Im Übrigen ist wie oben gezeigt zu verfahren, das heißt, eine Abschichtung möglicher artenschutzrechtlicher Konflikte auf die Genehmigungsebene ist zulässig. Der Plangeber muss lediglich sicherstellen, dass in für die Windenergienutzung vorgesehenen Zonen auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen sowie Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten artenschutzrechtliche Verbote nicht bereits erkennbar überwiegend entgegenstehen. Ist dies der Fall, ist der Plan nicht erforderlich im Sinne des § 1

²¹⁸ So explizit für Windenergieanlagen OVG Münster, NuR 2011, 59 (60).

²¹⁹ Scheidler, DVBl 2012, 216 (219) m.w.N.

²²⁰ Scheidler, VerwArch 2012, 587 (592).

Abs. 3 BauGB und verschafft der Windenergienutzung zudem nicht den erforderlichen substanziellen Raum.

3.3.2 Bedeutung empfohlener Abstände zu Vogelschutzgebieten

Auch der Umgang mit Schutzabständen zum Zwecke des Vogelschutzes ausgewiesenen Gebieten richtet sich nach den für die Regionalplanung herausgearbeiteten Ergebnissen. Die Flächennutzungsplanung ist nach § 36 S. 1 Nr. 2 BNatSchG an die Vorgaben des § 34 BNatSchG gebunden und muss somit dem Schutzstandard der konkret vorzufindenden FFH-Gebiete entsprechen.

Dienen solche Gebiete ausweislich ihrer Zweckbindung dem Vogelschutz, kommt eine Überplanung nur unter den oben beschriebenen restriktiven Voraussetzungen in Betracht. Das Freihalten von Schutzabständen ist nicht ausgeschlossen, bedarf jedoch der planerischen Rechtfertigung. Hierbei ersetzt der Verweis auf Abstandsempfehlungen keine einzelfallorientierte Begründung. Diese muss den für die Regionalplanung formulierten Anforderungen entsprechen. Insbesondere führt das bloße Heranziehen von Abstandsempfehlungen ohne Würdigung der konkreten Raum- und Artsituation zu einem Abwägungsfehler, da insofern dem Belang des Artenschutzes nur ein pauschales Gewicht zugemessen wurde.

4. Zusammenfassung

Abschließend werden die Kernaussagen des Gutachtens als Antworten auf die in der Leistungsbeschreibung aufgeworfenen Fragestellungen zusammengefasst.

4.1 Welche aktuelle Rechtslage (Literatur und Rechtsprechung) zum Schutz der Avifauna vor der Planung bzw. dem Bau von Windenergieanlagen besteht? Welche europarechtlichen Anforderungen sind hierfür maßgeblich?

Die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen ist an den Vorschriften zum Schutz der Avifauna des BNatSchG zu messen. Zu differenzieren ist zwischen dem Habitat- und Gebietsschutz nach §§ 31 ff. BNatSchG i.V.m. §§ 20 ff. BNatSchG und dem Artenschutz der §§ 39 ff. BNatSchG, wobei der besondere Artenschutz nach den §§ 44 ff. BNatSchG mit Blick auf unionsrechtliche Vorgaben die entscheidende Bedeutung besitzt. Den gemeinsamen unionsrechtlichen Hintergrund bilden die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie sowie die Vogelschutzrichtlinie. Soweit ersichtlich, sind die Normierungen zum Artenschutz und ihre Anwendung in der Rechtsprechung mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Gleiches gilt für die Umsetzung des Habitatschutzes im BNatSchG.

Ob die Ausweisung eines Schutzgebiets im Einzelfall den Anforderungen eines Natura 2000-Gebiets genügt, kann nur einer Prüfung im Einzelfall vorbehalten bleiben. Die §§ 31 ff. BNatSchG gewährleisten insoweit jedoch einen Mindeststandard an Schutz.

Eine unmittelbare Verknüpfung zwischen Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen und naturschutz- und unionsrechtlichen Vorgaben ist nicht vorhanden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Abstandsempfehlungen der LAG VSW oder um solche der Länder handelt. Ein Unterschreiten von Abstandsempfehlungen führt jedenfalls nicht zwingend zur Rechtswidrigkeit von Planungen oder Projekten.

4.2 Welche bundes- oder landesrechtlichen Regelungen sind für die Berücksichtigung des HP 2007 bislang getroffen?

Die Länder haben umfangreiche Abstandsempfehlungen herausgegeben. Die Handlungsformen variieren von Erlassen bis hin zu bloßen Planungshilfen. Sämtliche Abstandsempfehlungen der Länder beanspruchen keine Letztverbindlichkeit, sondern sind nach eigenem Anspruch als Empfehlungen an die Fachbehörden zu werten und durch Einzelfallprüfungen überwindbar. Mit diesem Charakter entfalten sie häufig eine interne Bindungswirkung

gegenüber den Genehmigungsbehörden, da die gewählte Handlungsform als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift einzuordnen ist. Eine außenwirksame Bindungswirkung gegenüber Bürgern oder Gerichten (normkonkretisierend) besteht indes allein schon aufgrund des Empfehlungscharakters und mangels gesetzlicher Grundlage nicht. Auch fehlt eine Bindungswirkung gegenüber Planungsträgern (Regional- und Bauleitplanung).

4.3 Welche Änderungen ergeben sich durch das aktualisierte HP 2015 für die Planungspraxis auf den verschiedenen Ebenen?

Dogmatische Veränderungen im juristischen Umgang mit dem HP 2015 sind grundsätzlich nicht erkennbar. Das HP 2015 ist (wieder) ein naturschutzfachlicher Beitrag, der anderen Beiträgen weder per se unter- noch überlegen ist und einen Teilbereich des aktuellen Status quo ornithologischer Kenntnisse enthält. Unter Umständen wird die Möglichkeit, von den Abstandsempfehlungen abzuweichen, dadurch geschmälert, dass das HP 2015 vorgibt, nunmehr das spezifische Kollisionsrisiko der einzelnen Arten aufgegriffen zu haben. Der Grad der tatsächlichen Veränderungen der Abstandsempfehlungen

könnte jedoch dagegen sprechen. Eine Fachkonvention stellt das HP 2015 nicht dar, m.a.W. seine Berücksichtigung ist nicht das allein rechtmäßige Vorgehen zur Ausfüllung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative bzw. es macht diese nicht obsolet. Zudem geht das HP 2015 nunmehr selbst von der Notwendigkeit länderspezifischer Abweichungen aus. Soweit länderspezifische Abstandsempfehlungen vorliegen und die naturräumlichen Gegebenheiten sowie das Artvorkommen berücksichtigen, dürften diese sich gegenüber den Aussagen des HP 2015 als vorzugswürdig erweisen.

4.4 Besteht eine Rechtspflicht, die Abstandsempfehlungen des HP 2015 aufzugreifen? Wenn ja, wen und unter welchen Voraussetzungen trifft diese Rechtspflicht? Wie ist in diesem Zusammenhang der im HP 2015 verwendete Begriff »Mindestabstand« zu bewerten?

Eine unmittelbare Rechtspflicht zur Berücksichtigung des HP 2015 besteht nicht. Die rechtmäßige Inanspruchnahme der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative durch die Genehmigungsbehörde setzt voraus, dass diese sich mit dem aktuellen naturschutzfachlichen Stand der Wissenschaft auseinandersetzt. Hierzu zählen als ein Ausschnitt auch die Inhalte des HP 2015. Es dürfte daher rechtsfehlerhaft oder zumindest fehleranfällig sein, das HP 2015, vorbehaltlich des Vorhandenseins qualitativ vergleichbare Aussagen auf landesrechtlicher Ebene, vollständig außer Acht zu lassen. Gleiches gilt für Planungsträger, soweit für diese in der konkreten

Planungssituation Anlass besteht, sich mit den oben genannten avifaunistischen Restriktionen des BNatSchG auseinanderzusetzen. Das Unterschreiten der im HP 2015 geforderten Mindestabstände führt jedoch nicht zur Rechtswidrigkeit von Genehmigungs- oder Planungsentscheidungen. Vielmehr ist ein erhöhter Sachverhaltsermittlungs- und Beurteilungsaufwand zu leisten. Den Abstandsempfehlungen dürfte insoweit Indizwirkung zukommen. Das schließt die Einholung ergänzender Sachverständigengutachten nicht aus.

4.5 Erlaubt die Bezugnahme auf das HP2015 den zuständigen Behörden, von einer Einzelfallprüfung abzusehen? Besteht eine Rechtspflicht, die Unterschreitung der im HP2015 bezeichneten Abstände zu ermöglichen, wenn durch naturschutzfachliche Erkenntnisse (Raumnutzungsanalysen) dokumentiert ist, dass Artenschutzkonflikte innerhalb der Abstandsflächen nicht zu befürchten sind, oder durch geeignete Vermeidungsmaßnahmen abgewendet werden können?

Die Bezugnahme auf pauschale Abstandsempfehlungen befreit weder Behörden noch Planungsträger von der Prüfung des Einzelfalls. Solche Einzelfallbetrachtungen haben raum- und artspezifisch zu erfolgen und können insbesondere in Form von Raumnutzungs- und/oder Raumfunktionsanalysen geschehen. Das System der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände und nicht zuletzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordern eine Anlagenzulassung, wenn Konflikte prognostisch nicht zu befürchten sind. Gleiches gilt für geeignete

Vermeidungsmaßnahmen, da diese im Rahmen des § 44 Abs. 1 BNatSchG oder dem Habitatschutz tatbestandsausschließend wirken und ein milderes Mittel gleicher Eignung darstellen. Auch die Befassung mit möglichen Ausnahme- oder (soweit beantragt) Befreiungsentscheidungen ist vor Ablehnung einer Anlagenzulassung geboten. Geeignete Vermeidungsmaßnahmen sind dabei aufgrund der von § 44 Abs. 1 BNatSchG abweichenden tatbestandlichen Voraussetzungen erneut zu berücksichtigen.

4.6 In welchem Verhältnis stehen landesspezifische Regelungen, welche Abstandsempfehlungen oder -regelungen enthalten, zum HP2015 und welche Anforderungen müssen landesspezifische Abweichungen ggf. erfüllen (bspw. fachliche Begründungen, inhaltliche Ausgestaltung)?

Haben die Länder die Abstandsempfehlungen der LAG VSW in Verwaltungsvorschriften übernommen oder eigene Empfehlungen bzw. Planungshilfen erstellt, sind diese zunächst als Fachbeitrag zu werten. Ihnen kommt wie auch den Abstandsempfehlungen der LAG VSW allenfalls eine Indizwirkung zu. Handelt es sich um Verwaltungsvorschriften, die Planungsträger oder die am Genehmigungsverfahren beteiligten Behörden binden,

ist eine Nichtberücksichtigung der Vorgaben rechtsfehlerhaft. Soweit ersichtlich haben aber im Übrigen alle derzeit gültigen Verwaltungsvorschriften selbst lediglich empfehlenden Charakter hinsichtlich ihres Inhalts, das heißt, die enthaltenen Empfehlungen sind zumindest im Einzelfall mit dem soeben aufgezeigten Begründungsaufwand überwindbar.

4.7 Welche konkreten Anforderungen ergeben sich aus dem HP2015 für die Genehmigungspraxis?

Das HP2015 kann Relevanz entfalten, wenn die Sachverhaltsermittlung eine Auseinandersetzung mit dem Habitat- oder Artenschutzrecht erfordert. Insbesondere bei der Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände steht der Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu, deren rechtmäßige Wahrnehmung zumindest eine Berücksichtigung des HP2015 als naturschutzfachlicher Beitrag erfordern kann. Anderes kann gelten, wenn auf Landesebene konkretisierte Abstandsempfehlungen vorliegen, die mindestens eine

vergleichbare naturschutzfachliche Qualität aufweisen. Vom HP2015 geht jedoch keine rechtliche Bindungswirkung aus. Die Rechtsprechung fordert von den Behörden überwiegend, die Abstandsempfehlungen als Indikator für die Ermittlungs- und Beurteilungstiefe zu verwenden, die im Rahmen der Entscheidung notwendig ist, um eine rechtmäßige Entscheidung zu ermöglichen. Von einer Einzelfallprüfung ist die zuständige Genehmigungsbehörde nicht befreit.

Literaturverzeichnis

Antweiler, Clemens/Gabler, Andreas (2009):

Klimaschutz durch Bauleitplanung. In: Baurecht (BauR), S. 39–46.

Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-

Peter (2014): Baugesetzbuch (BauGB), 12. Auflage, München 2014.

Bock, Markus (2000): Verwaltungsvorschriften.

In: Juristische Ausbildung (JA), S. 390–394.

Bovet, Jana (2010): Ausgewählte Probleme bei der

baulichen Errichtung von Kleinwindanlagen. In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), S. 9–15.

Brand, Christoph (2010): Naturschutzrechtliche, insbesondere artenschutzrechtliche Fragen bei der Planung von Windenergieanlagen. In: Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER), S. 33–40.

Brandt, Edmund (2013): Tötungsrisiko und Einschätzungsprärogative. In: Natur und Recht (NuR), S. 482–484.

Brandt, Edmund (2015): Das Helgoländer Papier aus rechtlicher Sicht. In: Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER), S. 336–339.

Dolde, Klaus-Peter (2008): Artenschutz in der Planung – Die »kleine« Novelle zum Bundesnaturschutzgesetz. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 121–126.

European Commission (2010): Guidance document: Wind energy development and Natura 2000, Luxembourg 2010.

Fischer-Hüftle, Peter (1999): Zur Umsetzung der FFH-Richtlinie in das Bundes- und Landesnaturschutzrecht. In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), S. 66–72.

Gatz, Stephan (2009): Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Bonn 2009.

Gellermann, Martin/Schreiber, Matthias (2007): Schutz wild lebender Tiere und Pflanzen, Berlin 2007.

Hinsch, Andreas (2011): Windenergienutzung und Artenschutz – Verbotsvorschriften des § 44 BNatSchG im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren. In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), S. 191–198.

Jacob, Thomas/Lau, Marcus (2015): Beurteilungsspielraum und Einschätzungs-prärogative – Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 241–247.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (2014): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), 13. Auflage, München 2014.

Köck, Wolfgang (2010): Planerische Anforderungen an die räumliche Steuerung der Windenergienutzung – unter besonderer Berücksichtigung des Repowering. In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), S. 507–512.

Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (2007): Abstandsregelungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten. In: Berichte zum Vogelschutz, S. 151–155.

Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (2014): Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten. In: Berichte zum Vogelschutz, S. 15–42.

Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav (2015): Umweltrecht (UmweltR), 76. Auflage, München 2015.

Louis, Hans-Walter (2009): Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitverfahren. In: Natur und Recht (NuR), S. 91–100

Mitschang, Stephan/Wagner, Jörg (2010): Gemeinschaftsrechtlicher Artenschutz in der Bauleitplanung – planerische und rechtliche Belange. In: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), S. 1457–1466.

- Mitschang, Stephan (2013):** Steuerung der Windenergie durch Regional- und Flächennutzungsplanung – eine praxisbezogene Betrachtung. In: Baurecht (BauR), S. 29–52.
- Niederstadt, Frank/Krüsemann, Ellen (2007):** Die europarechtlichen Regelungen zum Artenschutz im Licht des Guidance Dokument der Europäischen Kommission. In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), S. 347–354.
- Otto, Christian-W. (2011):** Die artenschutzrechtliche Ertüchtigung der Bebauungsplanung. In: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), S. 936–945.
- Reidt, Olaf (2010):** Europäischer Habitat- und Artenschutz in der Bauleitplanung. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 8–13.
- Rolshoven, Michael (2010):** Rotmilan und Windkraft – Kein »1.000-Meter-Tabubereich«. In: Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER), S. 156–159.
- Scheidler, Alfred (2009):** Die naturschutzrechtlichen Voraussetzungen zur Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. In: Natur und Recht (NuR), S. 232–238.
- Scheidler, Alfred (2009):** Die Steuerung von Windkraftanlagen durch die Raumordnung. In: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR), S. 750–753.
- Scheidler, Alfred (2012):** Die planerische Steuerung von Windkraftanlagen. In: Verwaltungsarchiv (VerwArch), S. 587–615.
- Scheidler, Alfred (2012):** Gemeindliche Steuerung der Windenergienutzung. In: Kommunaljurist (KommJur), S. 367–372.
- Scheidler, Alfred (2012):** Windräder in Natura 2000-Gebieten? In: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), S. 216–221.
- Schlacke, Sabine (Hrsg.) (2012):** Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), Köln 2012.
- Schrödter, Wolfgang (2015):** Baugesetzbuch (BauGB), 8. Auflage, Baden-Baden 2015.
- Schumacher, Jochen/Fischer-Hüftle, Peter (2010):** Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG), 2. Auflage, Stuttgart 2010.
- Schuster, Helmut (2009):** Artenschutz in der Bauleitplanung – ein schwieriges Prüfprogramm. In: Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBIBW), S. 174–178.
- Spannowsky, Willy/Runkel, Peter/Goppel, Konrad (2010):** Raumordnungsgesetz (ROG), München 2010.
- Spannowsky, Willy (2012):** Steuerung der Windkraftnutzung unter veränderten landespolitischen Vorzeichen. In: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR), Sonderausgabe, S. 53–64.
- Stäsche, Uta (2014):** Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik 2013/2014. In: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ), S. 291–298.
- Stüer, Bernhard (2010):** Artenschutz – Rechtsprechungsübersicht 2005–2010. In: Baurecht (BauR), S. 1521–1530.
- Thum, Randi (2006):** Wirksame Unterschutzstellung von Natura-2000-Gebieten. In: Natur und Recht (NuR), S. 687–693.
- Thyssen, Bernd (2011):** »Rückenwind?« – Bewältigung der Herausforderungen in Genehmigungsverfahren zum Ausbau der Windenergie. In: Zeitschrift für Immissionsschutzrecht und Emissionshandel (I+E), S. 134–145.
- Wustlich, Guido (2005):** Die Änderungen im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 996–1000.
- Wustlich, Guido (2014):** Das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014/Grundlegend neu – aber auch grundlegend anders? In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 1113–1122.

Anhang

AUTOREN

Prof. Dr. Sabine Schlacke ist Direktorin des Instituts für Umwelt- und Planungsrecht (IUP) der Westfälischen Wilhelms-Universität. Ihre Forschungsschwerpunkte sind ferner das Umweltenergie- und Klimaschutzrecht. Sie ist Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (WBGU, Berlin), Mitglied der Jury zum Deutschen Umweltpreis der Deutschen Bundesstiftung Umwelt (DBU, Osnabrück), und Vorsitzende des Wissenschaftlichen Beirats der Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL, Hannover). Sie gibt die Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) und den Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG) heraus.

Ass. iur. Daniel Schnittker ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Umwelt- und Planungsrecht und forscht zu den Themenbereichen Umweltenergie- und Klimaschutzrecht mit einem Schwerpunkt auf der Windenergienutzung.

HERAUSGEBER

Die **Fachagentur Windenergie an Land** (FA Wind) wurde 2013 von Bund, Ländern und Kommunen, Verbänden des Naturschutzes, der Windenergie und der Energiewirtschaft als gemeinnütziger Verein gegründet. Sie entwickelt Zukunftsideen für die Windenergienutzung, fördert Bildung und Wissenschaft sowie den Austausch mit der Wirtschaft und anderen privaten und öffentlichen Stellen. Mit Analysen, Gutachten, Veranstaltungen und Netzwerkarbeit verfolgt die FA Wind einen sachorientierten, praxisnahen und kooperativen Ansatz, um unter Beteiligung vieler Akteure den zukünftigen Herausforderungen beim Windenergieausbau begegnen zu können.

Impressum

Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11
12435 Berlin

www.fachagentur-windenergie.de
post@fa-wind.de

V.i.S.d.P.: Axel Tscherniak

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B.

Autoren:

Prof. Dr. Sabine Schlacke, Ass. iur. Daniel Schnittker

Gestaltung:

Dreidreizehn GmbH, www.313.de

Haftungsausschluss:

Die in dieser Broschüre enthaltenen Informationen, Hinweise und Empfehlungen sind nach bestem Wissen ausgesucht, geprüft und zusammengestellt. Verantwortlich für den Inhalt sind allein die Autoren. Der Bericht gibt die Auffassung und Meinung der Autoren wieder und muss nicht mit der des Herausgebers übereinstimmen. Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit, die Aktualität und Vollständigkeit der Angaben sowie die Beachtung der Rechte von Dritten. Die Informationen, Hinweise und Empfehlungen dieser Broschüre dienen der allgemeinen Information und können eine Beratung im Einzelfall oder eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

1. Auflage (200 Exemplare), November 2015

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin
T +49 30 64 494 60-60 | F +49 30 64 494 60-61
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de