



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte Postfach 500929 22709 Hamburg

NABU Bundesverband
Präsident Jörg-Andreas Krüger
Charitéstraße 3
10117 Berlin

Sekretariat: Frau Kreipe
Durchwahl: 040/30 62 4-228
Telefax: 040/30 62 4-222
E-Mail: catharina.kreipe@mohrpartner.de

Hamburg, 16.04.2022
Az: 00064/21 6/X/RN
(Az. bitte stets angeben)

**Rechtliche Stellungnahme
zum Eckpunktepapier „Beschleunigung des naturverträglichen
Ausbaus der Windenergie an Land“ des BMUV vom 04.04.2022**

Sehr geehrter Herr Krüger,

Sie baten mich, zu dem im Betreff bezeichneten Eckpunktepapier aus juristischer Perspektive Stellung zu nehmen.

Dem komme ich hiermit gerne nach, soweit der Inhalt des Eckpunktepapiers bereits hinreichend konkrete juristische Bewertungen erlaubt.

Nach einer kurzen allgemeinen Vorbemerkung nehme ich zu den geplanten Standardisierungen auf der Ebene des Tötungsverbots gem. § 44 Abs. 1 S. 1 BNatSchG Stellung (dazu I.), danach zu den geplanten Änderungen betreffend artenschutzrechtliche Ausnahmen (dazu II.), sodann zu nachträglichen Anordnungen und Nisthilfen (dazu III.), danach zum Repowering (dazu IV.) und schließlich zur Inanspruchnahme von Landschaftsschutzgebieten (dazu V.).

Dr. Precht Fischer ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Rüdiger Nebelsieck, LL.M. ^{1) 2)}
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Oliver Kroll ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Jan Mittelstein, LL.M. ^{1) 3)}
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Elena Wurster
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Carina Blust
Rechtsanwältin

Cora Schnelle
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Peter C. Mohr
- bis zum 31. Dezember 2012 -

¹⁾ Partner im Sinne des PartGG

²⁾ Master in Environmental Law

³⁾ Master of Laws in European Community Law

Max-Brauer-Allee 81
22765 Hamburg-Altona

e-Mail: info@mohrpartner.de
www.mohrpartner.de

Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung
Sitz Hamburg
AG Hamburg PR 550

Commerzbank
IBAN: DE95 2008 0000 0502 9673 00
BIC: DRESDEFF200

Hamburger Sparkasse
IBAN: DE67 2005 0550 1268 1171 71
BIC: HASPDEHHXXX



Vorbemerkung:

Die Ziele des Eckpunktepapiers, Planungs- und Genehmigungsverfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen, sind aus juristischer Perspektive zu begrüßen. Die Recherchen des Unterzeichners im Kontext bisheriger Beschleunigungsgesetze haben aber gezeigt, dass auch die Vielzahl der bereits seit Beginn der 1990-er Jahre erlassenen Beschleunigungsgesetze zu keiner spürbaren Verkürzung der Zulassungsverfahren geführt hat. In der Fachöffentlichkeit besteht nach der Wahrnehmung des Unterzeichners verbreitet die Einschätzung, dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Grenzen unionsrechtlich zulässiger Verschlingungen bereits ausgereizt sind und dass die Komplexität der Planungen bei gleichzeitig hohen unionsrechtlichen Umweltstandards gewisse Verfahrensdauern voraussetzt. Eine bessere personelle Ausstattung und Qualifikation der zuständigen Behörden werden ebenso regelhaft als wichtigstes Instrument einer Beschleunigung benannt wie eine zügige Verbesserung des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes zu den Auswirkungen von Plänen und Projekten auf sensible Lebensräume bzw. Arten. Beide Aspekte werden im Eckpunktepapier auch adressiert. Demgegenüber führen gesetzliche Änderungen häufig sogar zu neuen Verfahrensverzögerungen, weil z.B. die Unionsrechtskonformität dieser Änderungen umstritten ist, dies oft auf Vorlageverfahren zum EuGH oder Vertragsverletzungsverfahren führt und deren Ende abgewartet werden muss.

Konkret mit Blick auf die Verfahren zu Windkraftanlagen sind nach der praktischen Erfahrung des Unterzeichners derzeit folgende Hauptursachen für Verzögerungen auszumachen:

- die langen Verfahrensdauern der planerischen Ausweisungen von Vorrang- bzw. Konzentrationsflächen für Windenergie sowie ihre sehr hohe Fehleranfälligkeit,
- die Unsicherheit über die Möglichkeiten der Erteilung von artenschutzrechtlichen Ausnahmen nach einer EuGH-Entscheidung aus dem Jahr 2012 mit der Folge, dass das Signifikanzkriterium des Tötungsverbots streitträchtig „überdehnt“ wird, um Ausnahmeerfordernisse zu vermeiden,
- die Unsicherheiten über den Begriff der Signifikanz selbst mit der Frage, womit die teils aufwändig ermittelten Aufenthaltshäufigkeiten kollisionsgefährdeter Vogelarten im Projektgebiet in der



Bewertung dieser Ermittlungen ins Verhältnis zu setzen sind,

- der Streit über die Einbeziehung (auch) populationsbezogener Bewertungskriterien in die Einstufung von Vogelarten als kollisionsgefährdet und
- defizitäre Forschungen zur Wirksamkeit von Schadensminderungsmaßnahmen wie Ablenkflächen etc.

Dies vorausgeschickt, erweisen sich die im Eckpunktepapier adressierten Änderungen aus juristischer Perspektive leider nur teilweise als zielführend. Sie provozieren - mit Ausnahme der geplanten Verbesserungen wissenschaftlicher Forschungen - kurz- und mittelfristig eher neuen Streit und damit Verzögerungen, da das Artenschutzrecht entgegen den einleitenden Beteuerungen des Eckpunktepapiers deutlich abgeschwächt wird.

I. Standardisierung Signifikanzprüfung

1. Rechtliche Rahmenbedingungen einer Standardisierung

Eine gesetzliche Standardisierung wird für das besondere Artenschutzrecht seit vielen Jahren in juristischen Fachkreisen diskutiert. Jede Standardisierung steht allerdings im Grundsatz in einer Konfliktlage zur unionsrechtlichen Anforderung an die Einzelfallrichtigkeit der Entscheidungen. Daher sind viele Diskussionen dazu in juristischen Kreisen immer wieder im Sande verlaufen. Seit den Entscheidungen des BVerfG dazu vom 23.10.2018 (1 BvR 2523/13 u.a., juris) dürfte allerdings vorgezeichnet sein, dass eine solche Standardisierung im Grundsatz verfassungsrechtlich erforderlich ist. Nach Leitsatz 2 der Entscheidungen muss der Gesetzgeber nämlich jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.



2. Fortbestehende Unsicherheit über Signifikanzmaßstäbe

Das Eckpunktepapier enthält keine Darlegung, aus welchen konkreten Obersätzen die Signifikanzschellen letztlich abgeleitet werden sollen. Zu ahnen ist lediglich, dass die Verfasser des Eckpunktepapiers die artspezifischen Empfindlichkeiten für maßgeblich halten, ferner den Abstand zwischen Windrädern und Brutplätzen.

Die Brutplätze sind indes nur ein mögliches Indiz für die maßgebliche Prognose von Aufenthaltshäufigkeiten der Individuen einer schlaggefährdeten Art im Projektgebiet. Attraktive Nahrungsflächen sind z.B. ein anderes. Da das Tötungsverbot überall gilt, erweist sich der Ansatz des Eckpunktepapiers, dass außerhalb der Prüfbereiche niemals eine weitere Prüfung erforderlich sein soll, als unionsrechtlich nicht haltbar. Zugleich ist es zulasten des Artenschutzes inkongruent, weil innerhalb der Prüfbereiche nur eine Regelvermutung gilt und diese bereits durch eine (im Eckpunktepapier nicht näher konkretisierte) verbindliche Habitatpotenzialanalyse widerlegt werden kann. Eine derartige Analyse sieht sich in der angestrebten Bundeseinheitlichkeit dem Verdacht ausgesetzt, keine hinreichend präzise Ermittlung der Einzelfallumstände leisten und demzufolge auch keine hinreichende Gewissheit zum Ausbleiben der Verbotstatbestände verschaffen zu können.

3. Liste kollisionsgefährdeter Arten

Die Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten gemäß Anlage des Positionspapiers wird ausdrücklich als abschließend bezeichnet mit der Folge, dass sämtliche in ihr nicht erfassten Vogelarten in den Genehmigungsverfahren von vornherein irrelevant sein sollen.

Das erscheint angesichts der bislang fehlenden Nachvollziehbarkeit ihrer Entstehungsmethodik im hohen Maße problematisch, zumal die Liste mit nur 16 Vogelarten deutlich hinter verschiedenen bisher angewendeten Erlassen und Listen zurückbleibt, ohne dass es hier auf die Einzelheiten ihrer oft im Detail umstrittenen Unterschiede ankommt. Exemplarisch sei aber doch darauf hingewiesen, dass etwa in der Tabelle 2 der von der



Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW) 2015 empfohlenen Mindestabstände zu Brutplätzen bzw. Brutvorkommen windkraftsensibler Vogelarten immerhin 37 Arten verzeichnet sind.

Als einzige Quelle zur Liste benennt das Eckpunktepapier in Erläuterung 1 zur Tabelle Bernotat & Dierschke (2021), und zwar für die Einstufung in die artspezifischen Mortalitätsgefährdungsklassen A, B oder C. Gar nicht erläutert wird, wie die für sie als maßgeblich festgesetzten Nah- und Prüfbereiche ermittelt wurden.

Sehr viel spricht dafür, dass die Methode der Ermittlung der nur 16 als relevant eingestuften Vogelarten unionsrechtswidrig ist.

Der soeben zitierte Hinweis auf Bernotat & Dierschke (2021) bezieht sich auf die dortigen „vMGI-Klassen“. Diese beinhalten artenschutzrechtlich nicht maßgebliche Bewertungskriterien und relativieren durch diese die rechtliche Relevanz der vorhabentypspezifischen Tötungsrisiken der Arten. Im Einzelnen:

- a. Die bei Bernotat & Dierschke (2021) in fünf Klassen eingestufte vorhabentypspezifische Mortalitätsgefährdung (vMGI) der Arten ergibt sich ausweislich Kap. 4.2 des Teils I (Rechtliche und methodische Grundlagen, 4. Fassung, Stand 31.08.2021, S. 86) aus einer Verknüpfung der in 13 Klassen eingeteilten allgemeinen Mortalitätsgefährdung (MGI) und der in fünf Klassen eingeteilten vorhabentypspezifischen Tötungsrisiken der Art.
- b. Die allgemeine Mortalitätsgefährdung von Arten (MGI) wird ausweislich Kap. 3 des Teils I ihrerseits aus den beiden Indices PSI (populationsbezogener Sensitivitäts-Index) und NWI (naturschutzfachlicher Wert Index, vgl. Kap. 3.3.1 des Teils I, S. 69) aggregiert.
- c. Der PSI (populationsbezogener Sensitivitäts-Index) spiegelt ausweislich Kap. 3 des Teils I (S. 39) die populationsbiologische Empfindlichkeit einer Art gegenüber zusätzlicher Mortalität wider und setzt sich ausweislich Abbildung 3.1 (S. 41) aus den Kriterien Mortalität,



Reproduktion, Populationsgröße und Populationsentwicklung zusammen.

d. Der NWI (naturschutzfachlicher Wert Index) greift ausweislich Kap. 3.2.1 des Teils I (S. 56) „übergreifende naturschutzfachliche Einordnungen“ auf, die auch die allgemeine Gefährdung, Empfindlichkeit und Resilienz einer Art abbilden sollen und sich mit der unterschiedlichen naturschutzfachlichen Bedeutung der durch den Menschen verursachten Mortalität bei verschiedenen Arten befasst (a.a.O.). Ausweislich Abbildung 3.5 sind als Kriterien die allgemeine Gefährdung, die Häufigkeit/Seltenheit/ der Erhaltungszustand und die nationale Verantwortung eingeflossen.

e. Dies widerspricht den von Bernotat & Dierschke einleitend selbst betonten rechtlichen Maßgaben. Denn der MGI soll für eine habitatschutzrechtliche Prüfung, in der populationsbezogene Elemente ja zu Recht ihren Platz haben, ebenso tauglich sein (vgl. Kap. 2.4) wie für die Prüfung der Signifikanz von Tötungsrisiken gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 5 BNatSchG (vgl. Kap. 2.2). Zur Definition der Signifikanz verweist Teil I auf die Rechtsprechung des BVerwG, wonach das vorhabenbezogene Tötungsrisiko nur dann signifikant sein soll, wenn es – mit Prüfung weiterer Unterkriterien - größer als das allgemeine Lebensrisiko der Individuen der Art ist (vgl. S. 25). Die Autoren beanspruchen, mit der 4. Fassung des MGI einen für die Artenschutzprüfung tauglichen individuenbezogenen Ansatz entwickelt zu haben (vgl. S. 29/30).

f. Davon ausgehend hätte für das artenschutzrechtliche Kriterium der Signifikanz von Tötungsrisiken in Wirklichkeit das Unterkriterium der (allgemeinen) Mortalität von Individuen einer Art aus dem PSI in ein Verhältnis zu den vorhabentypspezifischen Tötungsrisiken der Individuen einer Art gesetzt werden müssen. Demgegenüber beinhalten die weiteren Kriterien des PSI eindeutig populationsbezogene Elemente, die auf der Ebene der individuenbezogenen Verbotstatbestände keine Relevanz haben, wie der EuGH am 04.03.2021 (C-473/19 u.a.) erneut bekräftigt hat. Auch die Kriterien des NWI enthalten naturschutzfachlich wertende Elemente, die bei ganz allgemeiner Betrachtung fachlich sinnvoll sein mögen, die aber in der Normstruktur des besonderen Artenschutzes auf der tatbestandlichen



Verbotsebene keine Entsprechung finden.

g. Der Teil II.3 (Arbeitshilfe zur Bewertung der Kollisionsrisiken von Vögeln an Windkraftanlagen (an Land), 4. Fassung, Stand 31.08.2021 (vgl. [Microsoft Word - Arbeitshilfe II 3_WEA_2021_11_08.doc \(natur-und-erneuerbare.de\)](#)) greift die im allgemeinen Teil entwickelten Indices konkret für die hier interessierende Frage der Kollisionen mit Windkraftanlagen auf. Sie aggregiert letztlich – wie dargelegt – die rechtlich eigentlich nur teilweise relevanten Unterkriterien zu dem bei der Auswahl von windkraftempfindlichen Arten in der Anlage 1 zum Eckpunktepapier übernommenen vMGI.

Durch die nicht durchgängig dokumentierte Bewertung in den relevanten Einzelkriterien kann derzeit nicht abschließend gesagt werden, welche Vogelarten unter Heranziehung der artenschutzrechtlich in Wirklichkeit nur relevanten Unterkriterien von Bernotat & Dierschke tatsächlich als windkraftempfindlich gelten müssten. Sicher sagen lässt sich indes, dass es deutlich mehr Arten sein werden als die im Anhang 1 des Eckpunktepapiers nur aufgeführten 16 Arten. Das zeigt sich etwa daran, dass in der Tabelle 12-8 (Seite 27) selbst mit den unzulässig relativierenden Unterkriterien des vMGI (denen etwa der Mäusebussard zum „Opfer“ gefallen ist, vgl. S. 22) Abstandsempfehlungen für 29 Brutvogelarten enthalten sind und dass Bernotat & Dierschke eine hohe Kongruenz zwischen ihren Ergebnissen und den Abstandsempfehlungen der LAG-VSW sehen. Wenn es die gibt, sind Abweichungen von zwei derart maßgeblichen Ausarbeitungen im jetzt erwogenen Umfang im hohen Maße erklärungsbedürftig.

4. Liste anerkannter artspezifischer Vermeidungsmaßnahmen

Die angekündigte Liste artspezifischer Vermeidungsmaßnahmen mag sinnvoll sein, muss aber fachlich hinreichend fundiert untersetzt sein. Daran bestehen nach den letzten Recherchen des Unterzeichners z.B. hinsichtlich der Erfahrungen mit der Wirksamkeit der derzeit praktisch häufig festgesetzten Ablenkflächen noch Zweifel.



Zugleich erscheint nicht nachvollziehbar, warum es „weitere saisonale oder brutzeitbezogene“ Abschaltungen gegenüber den auf Bewirtschaftungsereignisse in engem Umkreis bezogenen Abschaltungen pauschal und zudem unabhängig von den außerdem geplanten Zumutbarkeitsschwellen gar nicht mehr geben soll. Denn es steht nach Kenntnis des Unterzeichners nicht in Streit, dass solche Abschaltungen im Grundsatz geeignet sein können, die Zulassungsfähigkeit herzustellen. Werden sie pauschal ausgeschlossen, kann dies dem Ziel einer Förderung des beschleunigten und zugleich naturverträglichen Ausbaus der Windenergie damit im Ergebnis schaden.

5. Pauschalisierung von Zumutbarkeitskriterien

Das Eckpunktepapier kündigt die Festsetzung von Zumutbarkeitsschwellen an, die festlegen sollen, bis zu welcher Summe Vermeidungsmaßnahmen „zu akzeptieren“ seien und ab wann eine Ausnahme zu beantragen sei.

Diese Formulierung wirkt mindestens missverständlich. Denn damit soll sicherlich nicht die Option eines Antragstellers ausgeschlossen werden, höhere Kosten für Vermeidungsmaßnahmen schon über die Gestaltung seines Vorhabens in Kauf zu nehmen, um damit ein Ausnahmeverfahren oder ein gänzlichliches Scheitern vermeiden zu können.

Unabhängig hiervon erscheint es im Grundsatz nachvollziehbar, die Frage der Zumutbarkeit von Schadensvermeidungsmaßnahmen in den Blick zu nehmen, obwohl pauschale Grenzen, wie sie hier im Grundsatz und nur wenig differenziert vorgesehen sind, unionsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt sein können. Denn gleichzeitig ist es immerhin so, dass zumindest jene Vermeidungsmaßnahmen, die die Energieerzeugung der Windräder nennenswert schmälern, zum Erfordernis einer nochmals erhöhten Zahl von Windrädern führen, um die nötigen Gesamtleistungen zu erreichen.

Damit erscheint jedenfalls für derartige schadensvermeidenden Maßnahmen naheliegend, ihre Folgen unter dem Gesichtspunkt der Effizienz auch artenschutzbezogen mit jenen zu



vergleichen, die sich ergeben, wenn man in einer Ausnahmeprüfung artenschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen (sog. FCS-Maßnahmen) festsetzt. Denn jene unterscheiden sich von den schon auf Tatbestandsebene wirksamen CEF-Maßnahmen dadurch, dass sie sich auf die jeweils betroffenen Populationen der Arten im natürlichen Verbreitungsgebiet der Art beziehen, während die CEF-Maßnahmen einen konkreten Bezug zum Tötungsrisiko der betroffenen Arten im Projektgebiet erfordern. In einer vergleichenden Betrachtung erscheint es aus Sicht des Unterzeichners denkbar, dass stark effizienzmindernde CEF-Maßnahmen infolge des durch sie gleichzeitig bewirkten Mehrbedarfs an Windkraftanlagen in einer vergleichenden Betrachtung weniger wirksam sind als effektiv geplante FCS-Maßnahmen.

Dies gilt indes so nicht für jene CEF-Maßnahmen, die den Ertrag der betroffenen Windkraftanlagen nicht nennenswert mindern. Für sie erscheint es nicht plausibel, Zumutbarkeitsgrenzen an Prozentanteilen der jährlichen Erzeugung (so jedenfalls die Formulierung des Eckpunktepapiers) anzuknüpfen. Sobald etwa Antikollisionssysteme technisch ausgereift sind, ist aus juristischer Perspektive angesichts des Regel-Ausnahmeverhältnisses von Tötungsverbot und Ausnahme kein tragfähiger Grund dafür erkennbar, solche Systeme nicht auch bis in die Nähe der Wirtschaftlichkeitsgrenze des Betriebes der Windräder festzusetzen. Unabhängig hiervon wäre zu prüfen, ob die derzeit erwogenen Zumutbarkeitsschwellen den Einsatz unterstellt bald ausgereifter Antikollisionssysteme wegen deren Kosten erschweren oder gar blockieren könnten.

II. Artenschutzrechtliche Ausnahmen

1. Windenergie als Belang der öffentlichen Sicherheit

Nach dem Eckpunktepapier ist eine gesetzliche Festlegung dahingehend geplant, dass erneuerbare Energien der öffentlichen Sicherheit dienen.

Das ist im Grundsatz geeignet, die Möglichkeiten von Ausnahmen und damit des Ausbaus



erneuerbarer Energien zu fördern. Denn nach derzeitiger Rechtslage wird ohne diese gesetzliche Zuordnung mit guten Gründen bezweifelt, ob es überhaupt möglich ist, für WKA Ausnahmen gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG zu erteilen. Dies folgt daraus, dass Art. 9 Abs. 1 V-RL den allgemeinen Rechtfertigungsgrund der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ nicht ausdrücklich benennt und der EuGH den Zugriff hieraus durch sein Urteil vom 26.01.2012 (C-192/11, Rn. 39, juris) wohl versperrt hat (vgl. z.B. VG Gießen, ZUR 2020, 430 fff., 433). Zugleich sprachen bislang gewichtige rechtliche Gründe gegen den Versuch, dieses Problem über eine „Ersatzetikettierung“ als Sicherheitsinteresse zu umgehen. Die aktuellen Entwicklungen mit dem Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine mit dem Druck, die Abhängigkeit der Energieversorgung Deutschlands von Russland (auch) durch den nochmals intensivierten Ausbau der Windenergienutzung zu sichern, lassen indes aus Sicht des Unterzeichners eine derartige gesetzliche Definition nunmehr vertretbar erscheinen. Damit wäre zugleich einer der derzeit relevantesten Gründe für Verfahrensverzögerungen behoben.

2. Windenergie im „überragenden“ öffentlichen Interesse

Die gesetzliche Definition von Windenergie als im „überragenden öffentlichen Interesse“ liegend wird absehbar auf neue Rechtsunsicherheiten führen, da sie einen „Regelvorrang“ der Windenergie gegenüber gegenläufigen Belangen bewirken soll, das aber nicht kann. Zu diesen gegenläufigen Belangen gehört dabei im Übrigen nicht nur das hier im Fokus stehende besondere Artenschutzrecht, sondern auch das Habitatschutzrecht, das bei der geplanten Verortung der Definition in § 2 EEG von der Änderung ebenfalls betroffen wäre und – je nach Sichtweise - die Besorgnis bzw. Hoffnung von Windkraftplanungen im Netz Natura 2000 befördern könnte.

Ausnahmetauglich sind Projekte sowohl nach dem hier interessierenden besonderen Artenschutzrecht als auch nach dem Habitatschutzrecht aus „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“. Der davon abweichende, nochmals gesteigerte Begriff des „überragenden öffentlichen Interesses“ soll die unionsrechtlich geforderte Abwägung im



Regelfall entbehrlich machen und das Artenschutzinteresse regelhaft in die „zweite Reihe“ verweisen. Das wirft deutliche Zweifel an der einleitend betonten Zielsetzung auf, mit der Umsetzung der Eckpunkte auch für einen starken Artenschutz sorgen zu wollen.

Der Regelvorrang kann im Ergebnis ohnehin nicht gelingen. Bereits für die gesetzlichen Bedarfsfestlegungen in der Verkehrswegeplanung hat das BVerwG in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine derartige Festlegung zwar auch in der Abwägung mit den Interessen des Habitatschutzes ein besonderes Gewicht der so definierten Belange bewirkt, sie aber die erforderliche Abweichungsprüfung nicht in jeder Hinsicht präjudiziert und für die Begründung eines Vorranges vor dem Habitatschutzrecht nicht ausreicht (vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 12.06.2019, 9 A 2/18, Rn. 113 m.w.N., hier zitiert nach juris). Zwar überlässt das Unionsrecht die Definition öffentlicher Interessen und deren Gewichtung den Mitgliedsstaaten, ihr Spielraum ist jedoch nicht unbegrenzt. Der Ausnahmecharakter der Abweichungsprüfungen im Gebiets- und Artenschutzrecht verbietet es, den Zielen eines Vorhabens „bereits für sich“ ein erhebliches Gewicht beizumessen. Woraus sich dieses Gewicht ergibt, muss einzelfallbezogen ermittelt und begründet werden (vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 123 Rn. 16).

3. Alternativenprüfung

Soweit nach dem Eckpunktepapier die Anforderungen an die UVP bzgl. des Artenschutzes konkretisiert werden sollen, kann das derzeit ohne nähere Informationen juristisch noch nicht bewertet werden. Gleiches gilt, soweit für Gebiete, für die noch keine (die Windkraftnutzung steuernde) Planung vorliegt, klar umgrenzte Bereiche festgelegt werden sollen, in denen Alternativen zu prüfen sind.

Anders ist dies, soweit das Eckpunktepapier in Gebieten, die gezielt für die Windenergie ausgewiesen worden sind oder dafür ausgewiesen werden sollen, Alternativen außerhalb dieser Gebiete regelhaft verneint werden sollen. Das verstößt in dieser Allgemeinheit gegen Unionsrecht und bedarf etwas differenzierterer Betrachtung für die erst geplanten



Ausweisungen einerseits und für schon erfolgte Ausweisungen andererseits. Bei letzteren wiederum ist zudem danach zu unterscheiden, ob es sich um Gebiete mit Ausschlusswirkung außerhalb handelt oder nicht. Allem ist als Hinweis voranzuschicken, dass das Eckpunktepapier keine konkreten rechtlichen Einordnungen enthält, sich aber offenbar im Schwerpunkt auf die am häufigsten relevanten regionalplanerisch festgesetzte Vorrangflächen für raumbedeutsame Windenergieanlagen bezieht, die ihrerseits in der Kombination mit der Festsetzung von Eignungsgebieten eine Ausschlusswirkung außerhalb der so festgesetzten Gebiete im Planungsraum erzeugen (vgl. § 7 Abs. 3 Nr. 1 und 3 i.V.m. S. 2 ROG). Seltener praktisch relevant sind die deshalb im Folgenden ausgeklammerten bauleitplanerisch festgesetzte Konzentrationszonen gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, allerdings im Kern nur für die (heute sehr seltenen) nicht raumbedeutsamen WKA, für Feinsteuerungen zu regionalplanerischen Festsetzungen für raumbedeutsame WKA und schließlich originär für raumbedeutsame WKA dann, wenn die Regionalplanung die Verantwortung für sie auf die Ebene der Bauleitplanung „delegiert“.

a. Erst geplante Windenergiegebiete

Soweit sich das Eckpunktepapier auf Gebiete bezieht, die zur Nutzung für die Windenergie erst ausgewiesen werden sollen, erweist sich die im Eckpunktepapier dokumentierte Absicht als juristisch nicht nachvollziehbar. Denn eine erst im Verfahren befindliche regionalplanerische Festsetzung in raumordnerischer Zielqualität kann bei hinreichender Konkretisierung zwar bereits gewisse Berücksichtigungspflichten nach sich ziehen, aber noch keine für die Artenschutzfragen relevanten Bindungswirkung erzeugen. Zudem zeugen die häufigen Änderungserfordernisse in Raumordnungsverfahren gerade vor dem Hintergrund artenschutzrechtlicher Erkenntnisfortschritte von der Untauglichkeit der Absicht, bereits während eines Planaufstellungsverfahrens unionsrechtlich tragfähige Einschränkungen der Alternativenprüfung zu bewirken.



b. Vorranggebiete ohne Ausschlusswirkung

Soweit die Regionalplanung Vorrangflächen für Windenergie ohne gleichzeitige Festsetzung von Eignungsgebieten festgesetzt hat, geht die Absicht des Eckpunktepapiers von vornherein fehl. Denn derartige Vorranggebiete erzeugen keine Ausschlusswirkung außerhalb der Gebiete und bewirken allein, dass sich raumbedeutsame WKA im Gebiet gegenüber anderen raumbedeutsamen Nutzungen durchsetzen. Für eine räumliche Beschränkung der Alternativenprüfung auf der Genehmigungsebene ist in diesen Fällen von vornherein kein tragfähiger Anknüpfungspunkt ersichtlich.

c. Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung

Komplexer stellt sich die Lage dar, wenn es um die geplante Regelvermutung für kombinierte Vorrang- und Eignungsgebiete mit Ausschlusswirkung geht. Für sie erweist sich die im Eckpunktepapier geplante Einschränkung der Alternativenprüfung nur dann als tragfähig, wenn es sich um Konflikte mit Individuen von Arten handelt, die nach dem Wirksamwerden des Regionalplans im Vorhabengebiet heimisch geworden sind. Im Einzelnen:

aa. Die Prämisse des Eckpunktepapiers, dass in der Regel davon auszugehen sei, dass die Auswahl der am besten geeigneten Standorte auch unter Berücksichtigung des Natur- und Artenschutzes erfolgt sei, geht sowohl an der Praxis als auch an der Rechtslage vorbei. Denn in der Regionalplanung (und ähnlich in der Bauleitplanung) sind die Vorschriften des besonderen Artenschutzrechts nicht unmittelbar anwendbar, sondern werden lediglich dahingehend in den Blick genommen, ob sie dem Planvollzug auf einer überwiegenden Teilfläche eines Vorranggebiets dauerhaft entgegenstehen. In der Folge dieser nur indirekten und räumlich recht grob gerasterten Betrachtung sind Artenschutzthemen regelhaft keine für die Vorauswahl der Flächen relevanten „harten“ oder „weichen“ Tabukriterien.

bb. Zudem erlaubt die Rechtsprechung den Planern eine Konfliktverlagerung auf die nachfolgende Genehmigungsebene schon dann, wenn es als möglich erscheint, dass der



Artenschutzkonflikt über die Steuerung der konkreten Standorte der WKA, über die Festsetzung von CEF-Maßnahmen oder über die Erteilung einer Ausnahme im Ergebnis als lösbar erscheint. Erscheint in der Vorausschau bei absehbar gewichtigen Artenschutzkonflikten ungewiss, ob die Signifikanzschwelle unterschritten werden kann, kann eine Vorrangfläche nach verbreiteter Auffassung durch ein „Hineinplanen in die Ausnahme“ trotzdem festgesetzt werden, wenn also z.B. die Zulassungsbehörde eine solche Ausnahme in Aussicht stellt.

cc. Ein solches „Hineinplanen“ in die Ausnahme verstößt aber gegen die unionsrechtlichen Anforderungen und führt zur Unwirksamkeit der Vorrangflächenfestsetzung. Denn die Planer unterlassen infolge ihres Vertrauens in die spätere Ausnahme eine eigene artenschutzrechtliche Alternativenprüfung, die für sie durch den Unterschied zwischen der raumordnerischen Abwägung und der bipolaren Abwägung im Artenschutzrecht nach aktueller Rechtslage ohnehin schwierig wäre. Und die Genehmigungsbehörde stellt eine Ausnahme in Aussicht, deren Voraussetzung u.a. das Fehlen einer zumutbaren Alternativen ist, die aber gerade erst durch die kombinierte Vorrang- und Eignungsflächenfestsetzung geschaffen wird. Eine derartige Methode leidet also an einem „Zirkelschluss“, in dessen Folge infolge der Bindungswirkung der regionalplanerischen Ziele die zuvor noch vorhandene räumliche Alternative rechtlich „verbaut“ wird. Das macht die Vorrangflächenfestsetzung unwirksam mit der Folge, dass die Ausschlusswirkung außerhalb entfällt.

dd. Anders stellt es sich hingegen dar, wenn der Artenschutzkonflikt erst dadurch entsteht, dass die durch die WKA bedrohten Individuen erst nachträglich zuwandern, also der Konflikt zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Regionalplan nicht absehbar war, die Planung also wirksam ist. Denn dann erzeugt die Regionalplanung für die Flächen außerhalb der Vorrang-/Eignungsgebiete eine verbindliche Ausschlusswirkung. Zugleich ist angesichts der energiewirtschaftlichen Ziele davon auszugehen, dass alle wirksam festgesetzten Vorrangflächen auch zeitnah für die Windenergie genutzt werden, mithin ein Vorhabenträger auch nicht auf die Nutzbarkeit anderer Vorrangflächen verwiesen werden kann. In einer derartigen Lage erscheint die Intention des Eckpunktepapiers rechtskonform.



4. Erhaltungszustand der Population einer Art

Die nach dem Eckpunktepapier geplanten Regelvermutungen für die Frage der Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population einer Art sind unionsrechtlich problematisch und erstaunen.

a. Soweit es dazu im Eckpunktepapier heißt, es sollten in der Zukunft valide Bestandsentwicklungsdaten erarbeitet werden und gleichzeitig der wissenschaftliche Erkenntnisstand zu den relevanten Fragestellungen gefördert werden, ist das juristisch zu begrüßen. Es wirft aber andersherum die Frage auf, ob die schon vor deren Erlangung angedachten Wege zur verschlankten Prüfung dieser Ausnahmevoraussetzung tragfähig sind. Dies, zumal die Bestandsentwicklungen der überwiegenden Zahl der Populationen vieler Vogelarten in Europa trotz des eigentlich strengen Rechtsregimes der V-RL (weiterhin) negativ sind (vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit/Bundesamt für Naturschutz, Die Lage der Natur in Deutschland. Ergebnisse von EU-Vogelschutz- und FFH-Bericht, 19.5.2020, S. 31) und auch einige der von Windenergie zusätzlich bedrohten Vogelarten auf der Roten Liste verzeichnet sind.

b. Schwer verständlich erscheint, in welchem Verhältnis die in den ersten Spiegelstrichen dargelegten zwei Varianten von Regelvermutungen zu der sich anschließenden Ankündigung stehen sollen, für die als kollisionsgefährdet gelisteten Vögel sehr zeitnah festzulegen, ob sie „in ihrem Bestand gefährdet“ sind. Denn nicht das Kriterium einer Bestandsgefährdung ist Voraussetzung für das Verweigern einer Ausnahme, sondern die Verschlechterung des aktuellen Zustands der betroffenen Populationen. Bezugspunkt der Prüfung, ob der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Arten nicht verschlechtert wird, ist ein sachgemäßer Nachweis, dass der aktuelle Zustand der Populationen nicht verschlechtert wird. Ist der Zustand derzeit nicht günstig, muss sachgerecht nachgewiesen werden, dass sich der Zustand nicht weiter verschlechtert und dass die Wiederherstellung ihres günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert wird (vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Gellermann,



96. EL September 2021, BNatSchG § 45 Rn. 30-32). Bezugspunkt dieser Prüfung ist jeweils nicht die lokale Population, sondern die Population, als deren Teil der lokale Bestand erscheint (vgl. Gellermann, a.a.O., Rn. 30 m.w.N.).

c. Die Regelvermutung zur Auswirkung einer Ausnahme auf den Erhaltungszustand der Populationen einer Art knüpft zuvorderst an die bundesweiten Bestandsentwicklungen der betroffenen Arten an. Dabei bezieht das Eckpunktepapier die Regelvermutung der vorhabenbedingten Auswirkungen allein auf das jeweilige Einzelvorhaben. Dieses ist zwar im Genehmigungsverfahren im Grundsatz der Prüfgegenstand. Vorliegend geht es aber um eine geplante gesetzliche Regelvermutung. Dabei kann nach Auffassung des Unterzeichners nicht ausgeblendet werden, dass das Eckpunktepapier in verschiedener Hinsicht einen wesentlichen Beitrag dazu leisten will, schnell auf eine Windkraftnutzung auf mindestens 2 % der Bundesfläche zu gelangen. Eine Betrachtung der Gesamtauswirkungen dieses Ansinnens auf die Populationsentwicklung windkraftempfindlicher Vogelarten aber fehlt soweit ersichtlich. Nach dem Verständnis des Unterzeichners könnte allein eine Prognose der Gesamtauswirkungen des geplanten Ausbaus der Windenergie auf die Populationen der betroffenen Arten in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet eine Grundlage für die hier vorgesehene Regelvermutung liefern.

d. Soweit das Eckpunktepapier die Regelvermutung auch dann greifen lassen will, wenn der Zustand der betroffenen lokalen Population sich nicht verschlechtert, erscheint das im Grundsatz plausibel. Dies gilt auch, soweit der „Nachweis“ der fortbestehenden Stabilität der lokalen Population nur über die Wirkung festgesetzter FCS-Maßnahmen geführt werden kann. Die Möglichkeit der Festsetzung von FCS-Maßnahmen ist zwar im Gesetz nicht vorgesehen, aber doch anerkannt (vgl. Gellermann, a.a.O., Rn. 32 m.w.N.). Dem steht auch nicht entgegen, dass angesichts der nötigen Prognose zum Funktionieren derartiger Maßnahmen förmlich gesehen der „Nachweis“ zum Zeitpunkt der Ausnahmeerteilung nie geführt werden kann. Zu fordern ist – wie auch im Bereich der Anerkennung von Kohärenzsicherungsmaßnahmen nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL -, dass nach aktuellem wissenschaftlichen Erkenntnisstand eine hohe Wahrscheinlichkeit ihrer Wirksamkeit besteht (vgl. dazu etwa



BVerwG, Urteil vom 09.02.2017, 7 A 2/15, Rn. 420).

e. Nicht tragfähig und auch in der Sache nicht nachvollziehbar erscheint demgegenüber der Ansatz des Eckpunktepapiers, dass die Regelvermutungen die Einzahlung des Vorhabenträgers in ein für die betroffene Art bestehendes Artenschutzprogramm voraussetzen soll. Mangels derzeitiger Konkretisierung dieses Ansatzes bleiben die möglichen positiven Auswirkungen solcher Einzahlungen unklar. Sie sollen offenbar ähnlich einer Ersatzgeldzahlung nach der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ausgestaltet werden, allerdings merkwürdiger Weise nicht an die Erteilung der Ausnahme geknüpft werden, sondern eine Tatbestandsvoraussetzung der Regelvermutung auf der Tatbestandsebene der Ausnahme darstellen. Das erscheint juristisch missglückt. Denn wenn der Erhaltungszustand der betroffenen Populationen die zusätzlichen Beeinträchtigungen nicht oder nur „vielleicht gerade so eben“ verkraften könnten, wirkt eine derartige Einzahlung nicht hinreichend sicher und konkret, so dass die Ausnahmevermutungen trotz der Einzahlung verneint werden müssten. Kann eine betroffene Population die mit der Ausnahme zuzulassenden Tötungsrisiken aber ohne eine derartige Zahlung und die Umsetzung von Artenschutzmaßnahmen unproblematisch verkraften, dürfte der rechtliche Anknüpfungspunkt für ein derartiges Zahlungsverlangen problematisch sein.

III. Nachträgliche Anordnungen und Nisthilfen

1. Nachträgliche Anordnungen

Nach Ziffer 3 des Eckpunktepapiers sollen zwei Klarstellungen erfolgen: Nachträgliche Anordnungen sollen nur in Ausnahmefällen und nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für den Anlagenbetreiber möglich sein.

Einer Klarstellung zum zweiten Punkt bedarf es dazu ersichtlich nicht, weil schon derzeit jede nachträgliche Anordnung nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ergehen kann.



Es wäre mehr als eine Klarstellung, wenn nachträgliche Anordnungen zukünftig nur noch in Ausnahmefällen zulässig werden sollen. Denn zwar muss jede Anordnung die Bestandskraft einer Zulassungsentscheidung für die WKA berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist die Reichweite der Bestandskraft schon immissionsschutzrechtlich beschränkt, wie etwa § 17 BImSchG mit seinen Möglichkeiten und Geboten für nachträgliche Anordnungen verdeutlicht. Die Möglichkeiten zu nachträglichen Anordnungen im Immissionsschutzrecht sind (ohne dass es insoweit hier auf die im Detail schwierige Abgrenzung zwischen § 17 BImSchG und § 3 Abs. 2 BNatSchG ankommt) gerade ein Grund für die in der obergerichtlichen Rechtsprechung verbreitete Annahme, es bedürfe aus artenschutzrechtlicher Perspektive lediglich einer Ermittlung aktueller Bestände und nicht auch schon einer auf die gesamte Betriebsdauer bezogenen vorsorglichen Zukunftsbetrachtung (vgl. dazu z.B. OVG Lüneburg, Urteil vom 11.05.2020, 12 LA 150/19, Rn 74, juris). Das bedeutet umgekehrt aber auch, dass in dieser Sichtweise die Berücksichtigung der sich nach der Zulassung ansiedelnden windkraftempfindlichen Arten nicht nur auf Ausnahmefälle beschränkt werden darf.

2. Nisthilfen

Das geplante Verbot von Nisthilfen für die windkraftsensiblen Vogelarten im Nahbereich von WKA ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es ist einerseits geeignet, befürchteten Missbrauch solcher Nisthilfen als Hindernis für den Ausbau der Windenergie zu begegnen, ohne dass andererseits eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Errichtung derartiger Nisthilfen gerade in den Nahbereichen genehmigter Windräder erkennbar wäre. Ähnliches gilt im Grundsatz auch für das geplante Verbot von Nisthilfen in ausgewiesenen Vorrang- bzw. Konzentrationsflächen, allerdings mit der Einschränkung, dass für ein Verbot derartiger Nisthilfen nach Errichtung der über die planerischen Festsetzungen ermöglichten WKA insoweit kein Bedürfnis mehr bestünde, als sich die Nisthilfen nach den Signifikanzbewertungen des Eckpunktepapiers als unproblematisch erweisen.



IV. Repowering

Das Eckpunktepapier plant zwei Regelungen: Anknüpfend an die Einführung des § 16 b BImSchG eine Klarstellung zur Art der Berücksichtigung von Vorbelastungen (1.) und eine Regelvermutung zum Fehlen von Standortalternativen (2).

1. Berücksichtigung von Vorbelastungen

Das Eckpunktepapier kündigt eine Klarstellung der durch die Einführung des § 16 b BImSchG aufgeworfenen Frage an, wie die Vorbelastungen der zu ersetzenden Bestandsanlagen zu berücksichtigen sein sollen.

§ 16 b BImSchG erlaubt gemäß seinem Absatz 1 eine erleichterte Zulassung von Windkraftanlagen, die modernisiert (repower) werden. Dazu zählen gem. § 16 b Abs. 2 BImSchG zum einen ein teilweiser Austausch von Anlagenteilen, aber auch der – wohl deutlich häufigere – vollständige Austausch. Der vollständige Austausch gilt dabei als Repowering, wenn die neue Anlage innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet wird und der Abstand zur alten Anlage höchstens das Zweifache der Höhe der neuen Anlage beträgt.

Im Grundsatz erlaubt Abs. 1 für derartige Modernisierungen eine lediglich „saldierende“ Betrachtung der Auswirkungen von alter und neuer Anlage. Davon enthält indes Absatz 4 Satz 1 für das Artenschutzrecht eine Ausnahme dahingehend, dass „*der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung*“ nicht berührt werde. Das trägt mutmaßlich der dazu schon vorliegenden Rechtsprechung Rechnung, wonach beim Repowering eine nur saldierende Betrachtung unionsrechtswidrig wäre (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 16.12.2018, 7 KS 3/13, Umdruck S. 30 mit Hinweis auf OVG Sachsen, Urteil vom 08.09.2020 zu einem Netzausbauvorhaben, 4 C 18/17, juris).

Sodann aber folgt ein dazu zumindest in einer Spannungslage stehende Einschränkung



dahingehend, dass die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlage in der artenschutzrechtlichen Prüfung „als Vorbelastung“ berücksichtigt werden müssten.

Dieser Versuch einer Abgrenzung zwischen einer nur saldierenden Betrachtung der Umweltauswirkungen und der Berücksichtigung einer tatsächlich durch die Altanlagen entstandenen Vorbelastung ist mindestens missverständlich und verleitet zu einer doch nur saldierenden und damit unionsrechtswidrigen Betrachtung. Denn bezogen auf das Tötungsverbot der neuen Anlage könnte eine durch die Altanlagen verursachte „Vorbelastung“ nur dann relevant sein, wenn die Altanlage zu einer großräumigen, zeitlich fortwirkenden „Vergrämung“ der windkraftempfindlichen Vogelarten geführt hätte oder aber die Vögel „gelernt“ hätten, am Standort kollisionsvermeidend zu fliegen. Beides ist jedenfalls nach Kenntnis des Unterzeichners nicht realistisch.

Unabhängig hiervon wäre es bei einer nur saldierenden Betrachtung so, dass Windräder gerade in der Nähe alter „Sündenfälle“ besonders leicht umsetzbar wären.

2. Regelvermutung fehlender Alternativen

Nach dem Eckpunktepapier sollen beim Repowering Standortalternativen in der Regel insgesamt nicht bestehen, und zwar auch außerhalb von für die Windenergie ausgewiesenen Gebieten. Ausnahmen von dieser Regelvermutung sind nur „hoch sensible“ Gebiete geplant.

Eine derartige Regelvermutung kann rechtlich allenfalls für den Umbau bestehender Anlagen tragen, nicht aber für den vollständigen Neubau von Windrädern. Jedenfalls für den „Ersatzneubau“ ist kein unionsrechtlich tragfähiger Grund für pauschale Abweichungen gegenüber „normalen“ Neubauten erkennbar. Nach den Erfahrungen des Unterzeichners werden Windparks nicht standortidentisch „repowert“, so dass zumeist schon keine nennenswert relevante Infrastruktur des Altstandortes weiter genutzt werden kann. Auch gibt es durch die Genehmigung der Altanlagen, deren gestattende und regelnde Wirkung mit dem Abbau der alten Anlagen endet, keinen „überwirkenden“ Bestandsschutz oder zumindest einen



Vertrauensschutz des Altanlagenbetreibers in den Standort. Liegt dieser in einem Vorranggebiet, stellt sich die Lage nicht anders als oben für „normale“ Anlagen dargestellt dar. Liegt der Standort außerhalb eines Vorranggebiets, widerspricht seine erneute Nutzung in der Regel sogar der angestrebten Standortsteuerung der Regionalplanung, so dass gewichtige Gründe gegen ein alternativloses Repowering dort sprechen.

V. Landschaftsschutzgebiete

Nach dem Eckpunktepapier sollen jedenfalls diejenigen LSG, die nicht zugleich Teil des Netzes Natura 2000 sind, planerisch und genehmigungsrechtlich verstärkt für die Windenergienutzung beansprucht werden.

1. Berücksichtigung in der Planung

Das Eckpunktepapier möchte, dass LSG in der Planung (gemeint ist offenbar die Regionalplanung bzw. deren Konkretisierung in der Bauleitplanung) vollumfänglich betrachtet werden sollen.

Das ist offenbar dahingehend zu verstehen, dass derartige LSG in der gestuften Reihenfolge der regionalplanerischen Ausweisung von kombinierten Vorrangs- und Eignungsgebieten nicht schon als „harte“ oder „weiche“ Tabukriterien eingestuft werden. Bislang sind derartige LSG nach den Erfahrungen des Unterzeichners häufig als „weiche“ Tabukriterien“ gelistet.

Eine solche Absicht ist rechtlich jedenfalls im Grundsatz nicht zu beanstanden, weil Flächen des Netzes Natura-2000 nicht von ihr umfasst sind und die Einbeziehung von LSG-Flächen in die Vorrangflächensuche nicht von vornherein aus Rechtsgründen ausscheidet.

Soweit das Eckpunktepapier allerdings formuliert, Gebiete für die Windenergie sollten „verstärkt“ in LSG ausgewiesen werden, muss das irritieren. Sollte damit nur gemeint sein, dass



diese Ausweisungen gegenüber der bisherigen Praxis dort verstärkt erfolgen sollen, mag das noch angehen. Sollte damit hingegen gemeint sein, LSG sollten von nun an als positives Suchkriterium für Windrafftflächen angesehen werden, stünde dies in einer Kollisionslage zu den gesetzlichen Gründen für die vorherige naturschutzrechtliche Unterschutzstellung und deren Rechtsfolgen (§ 26 BNatSchG).

2. Berücksichtigung im Genehmigungsverfahren


Die Regelung, dass es keiner Ausnahme/Befreiung mehr bedürfen soll, wenn die Inanspruchnahme eines LSG bereits planerisch vorgesehen sei, erscheint problematisch. Denn die Regionalplanung schaut – wie oben im Kontext des Artenschutzrechts schon dargelegt – mit einer räumlich und inhaltlich recht „groben Brille“ auf die Eignung als Vorrangfläche. Diese wird nach der Rechtsprechung bereits bejaht, wenn sie überwiegend für eine spätere Windkraftnutzung zur Verfügung stehen wird. Daher bedarf es in der Regionalplanung noch keines differenzierten Blickes auf die naturschutzfachlichen Wertigkeiten und Empfindlichkeiten von Teilflächen eines LSG. Würde man gleichwohl pauschal auf Ausnahme – und Befreiungserfordernisse verzichten, wären damit die aus naturschutzfachlicher Sicht ggf. sinnvollen Optimierungen in der konkreten Standortsteuerung innerhalb eines LSG entbehrlich.

Die geplante Regelung, nach der Windkraftanlagen bis zur Erreichung der Flächenziele in Landschaftsschutzgebieten auch außerhalb von Vorrang-/Eignungsgebieten zulässig sein sollen, wird voraussichtlich juristisch nicht oder nur mit ganz erheblichen Änderungen unserer bisherigen Rechtsordnung umsetzbar sein. Die Auswahl der Vorrangflächen in der Regionalplanung einschließlich der dabei maßgeblichen Kriterien obliegen derzeit den für die Regionalplanung zuständigen Planungsträgern in den Bundesländern. Die Auswahl der Flächen erfolgt in einem gestuften, komplexen und aufeinander bezogenen Prozess, der fehleranfällig ist und in dem Landschaftsschutzgebiete regelhaft eine Rolle spielen (vgl. dazu z.B. OVG Lüneburg, Urteil vom 12.04.2021, 12 KN 159/18, Rn. 40 ff., 116 ff., juris). Sie wirken dabei je nach dem Inhalt der LSG-VO und den Kriterien der Plangeber begrenzend auf die



Flächenauswahl für Windenergieanlagen ein oder sind auf der Ebene noch neutral. Bislang gar nicht diskutiert worden ist nach Kenntnis des Unterzeichners hingegen eine mögliche Eignung von LSG als Positivkriterium der Planung. Führt man, wie im Eckpunktepapier erwogen, nachträglich eine weitgehend pauschale Zuordnung von LSG als „ergänzende“ Vorrangflächen ein, wird der in der Kompetenz der Plangeber liegende Auswahlprozess nachträglich „auf den Kopf gestellt“. Zahlreiche Folgefragen wären abhängig von der Ausgestaltung der im Eckpunktepapier nur knapp umrissenen Absicht außerdem zu klären.

Mit freundlichen Grüßen,


Nebelsieck, LL.M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht