

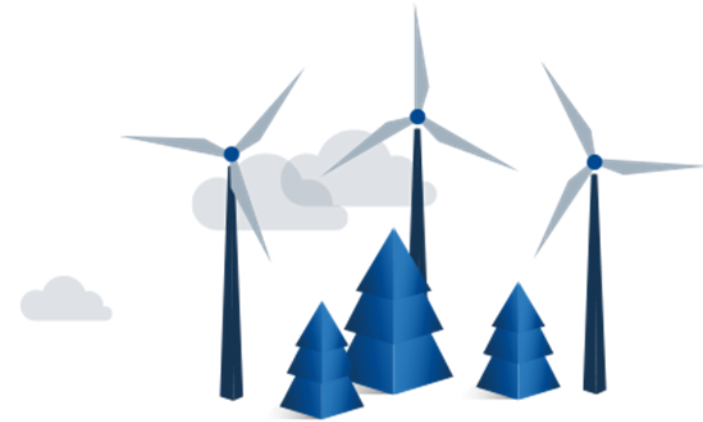
Fokus Umweltenergierecht – Windenergie und Artenschutzrecht

# Der Umgang mit den Unsicherheiten im Artenschutz auf Planungsebene

Kommentar aus rechtswissenschaftlicher Sicht

Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)  
Würzburg, 18. Juni 2019

[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)



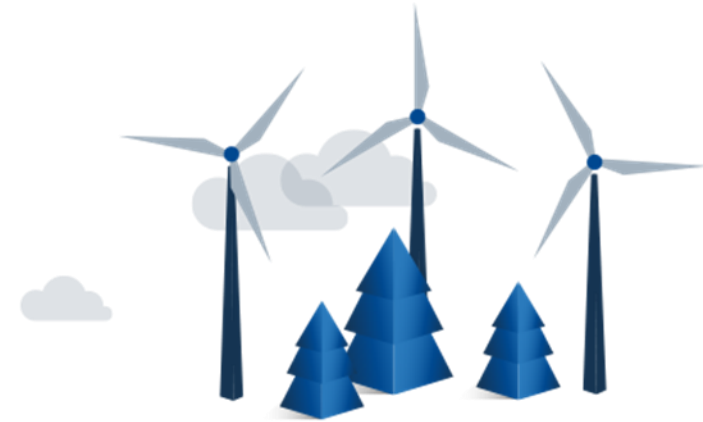
# DICHTEZENTREN- UND HABITATBEZOGENE ANSÄTZE ALS AUSWEG AUS DER ENDLOSSCHLEIFE?

## Und täglich grüßt der Rotmilan?

- Im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 9 Abs. 2, 3 ROG) kann bereits einzelnes „neues“ Individuum genügen, um Veränderung des Flächenzuschnitts zu erfordern
  - Auf Änderung des Flächenzuschnitts muss erneute Öffentlichkeitsbeteiligung folgen (§ 9 Abs. 3 S. 1 ROG: „[...] so ist der geänderte Teil erneut auszulegen; [...]“)
  - Zeitablauf durch Öffentlichkeitsbeteiligung macht erneute Veränderung von Art-/Individuenvorkommen wahrscheinlich
  - usw.
- Derzeit erhebliches Hemmnis für Abschluss von Planungsverfahren

## Dichtezentren- und habitatbezogene Ansätze als Ausweg aus der Endlosschleife

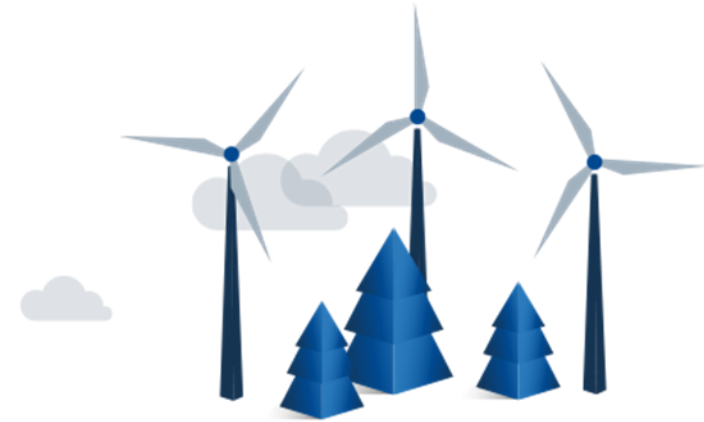
- Kein Ausweg ist das „Einfrieren des Erkenntnisstands“ und gestaffelte Abwägung zu Zeitpunkt vor der Beschlussfassung, § 11 Abs. 3 S. 1 ROG (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE, Rn. 76)
  - Handlungsspielraum des Gesetzgebers?
- Kein Ausweg ist auch „übermäßige Ausweisung“ von Flächen für WEA unter Inkaufnahme artenschutzrechtlicher Konflikte (OVG Lüneburg, 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 85 „Abschichtungsakt.“)
- Dichtezentren- und habitatbezogene Ansätze als Ausweg?
  - Erwartung höherer zeitlicher Stabilität von Dichtezentren/Habitatstrukturen etc., da geringere Dynamik als bei Orientierung an Individuen



# DICHTEZENTREN- UND HABITATBEZOGENE ANSÄTZE UND ARTENSCHUTZRECHTLICHE AUSNAHME

## Dichtezentren- und habitatbezogene Ansätze und Artenschutzrechtliche Ausnahme

- Ermöglicht der Dichtezentrenansatz eine bessere Abschichtung des Artenschutzes zwischen Planungs- und Genehmigungsebene?
  - Alternative gegenüber individuenbezogenem Planungsansatz
    - In der Praxis problematisch, inwieweit Eignung, um Zulassung von Windenergieanlagen vorzubereiten; Artenschutz muss vielfach auf Genehmigungsebene vollständig neu bearbeitet werden
  - Dichtezentrenansatz
    - Ausschluss der Windenergienutzung innerhalb von Dichtezentren
    - Vorbereitung ggf. erforderlicher artenschutzrechtlicher Ausnahmen außerhalb von Dichtezentren in ausgewiesenen Windeignungs- und -vorranggebieten



# ANFORDERUNGEN AN DIE ARTENSCHUTZPRÜFUNG AUF PLANUNGSEBENE

## Ausgangspunkt

- Aufstellung eines Raumplans kann als Angebotsplanung artenschutzrechtliche Verbotstatbestände nicht erfüllen
- Anforderungen an die artenschutzrechtliche Prüfung auf Planungsebene ergeben sich dementsprechend nicht allein aus §§ 44, 45 BNatSchG, die unmittelbar nur für Genehmigungsebene gelten
- Ist die Pflicht zur Befassung mit den §§ 44, 45 BNatSchG auf Planungsebene, insbes. die Prüfungstiefe **flächenspezifisch** oder **einheitlich** zu bestimmen?
  - aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit der Planung, analog § 1 Abs. 3 BauGB,
  - aus dem Grundsatz der planerischen Konfliktlösung,
  - aus dem Abwägungsgrundsatz, § 7 Abs. 2 ROG
  - dem Gebot der Schaffung substanziellen Raums, § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.
  - Weitergehende Anforderungen zur Vorbereitung artenschutzr. Ausnahmen, §§ 45 Abs. 7 BNatSchG?
- Jedenfalls: Vor Ableitungen aus dem traditionellen Bild der Raumordnung als übergreifende koordinierende Planung ist zu warnen



## Prüftiefe bei Sachverhaltsermittlung (I)

- **Harte Tabuzonen** scheiden (analog § 1 Abs. 3 BauGB) für Betrachtung aus; aber: Artenschutz selbst begründet nach h. M. kein hartes Tabu
  - Weder tierökologische Abstandskriterien noch sonst in Leitfäden festgelegte Mindestabstände begründen Annahme eines harten Tabukriteriums (so weiterhin „tendenziell“ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 97; wie hier OVG NRW, Urt. v. 1.7.13 – 2 D 46/12.NE, Rn. 69 bzgl. Helgoländer Papier 07)
    - Veränderlichkeit des Naturgeschehens erlaubt regelmäßig schon keine Prognose über Ausschluss auf „unabsehbare Zeit“ (Gatz, DVBl 2017, 461 (465); wohl auch BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18)
    - Möglichkeit von Ausnahme oder Befreiung kann entgegenstehen (OVG Münster, Urt. v. 1.7.13 – 2 D 46/12.NE, Rn. 60 ff.; hiergegen aber etwa Gatz, DVBl 2017, 461 (465))
- Anforderungen an Prüftiefe bei Behandlung von Flächen als **weiche Tabuzonen** (u.a. Dichtezentren) oder bei Herausnahme der **Fläche nach Einzelbetrachtung** (§ 7 Abs. 2 S. 1 ROG)
  - Untersuchung muss grds. nur insoweit erfolgen, als dass Gewichtung des jeweils schutzwürdigen Belangs (Artenschutz oder anderer) möglich und damit Tabuisierung der Fläche bzw. ihre Herausnahme begründbar

## Prüftiefe bei Sachverhaltsermittlung (II)

- Anforderungen an Prüftiefe bzgl. **Flächen, die für Windenergie ausgewiesen werden sollen** (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauBGB)
  - Raumverschaffen in substantieller Weise erfordert, dass sich Windenergie auf Positivflächen regelmäßig und nicht nur im Einzelfall wird durchsetzen können
  - Je kleiner die ausgewiesenen Flächen für die Windenergie sind, umso mehr muss sichergestellt werden, dass sich jedenfalls hier WEA durchsetzen können, d.h. umso höhere Anforderungen gelten für die Feststellung des Sachverhalts (OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 63)
    - Prognose auf Grundlage von Bestandsdaten kann genügen, wenn Daten hinreichend aktuell und keine Hinweise auf Artenschutzkonflikte vorhanden
    - Hinweisen auf Artenschutzkonflikte, die nicht lediglich punktuell bestehen, muss nachgegangen werden, ggf. auch durch Kartierungen
    - Großzügige Ausweisung von Flächen für WEA allein genügt nicht (OVG Lüneburg, 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 85 („Abschichtungsfunktion“))

## zur Vorbereitung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Genehmigungsebene?

- Insbes. Alternativenprüfung (keine zumutbaren Alternativen)
  - Bezugsraum für Prüfung auf Genehmigungsebene
    - Konzentrationszone (vgl. *Agatz*, Windenergiehdb., 15. Ausg., S. 197)
    - Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung (OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.18 – 12 LB 118/16)
  - Vorbereitung der Alternativenprüfung bereits auf Planungsebene:
    - Ausschluss von alt. Flächen ohne oder mit Artenschutzkonflikten von geringerer Intensität als in VRG, die im Übrigen konfliktfrei sind
    - Ausschluss von Flächen ohne oder mit Artenschutzkonflikten von geringerer Intensität, die aus anderen, weniger gewichtigen planerischen Gründen nicht gewählt wurden (Siedlungsabstände?)
    - D.h. Alternativenprüfung könnte nicht nur Vergleich mit artenschutzrechtlich vorbelasteten, sondern auch mit Flächen mit sonstigen Raumwiderständen erfordern, der durch entsprechende Flächenuntersuchung vorzubereiten ist (also aller Flächen, die als weiche Tabuzonen oder bei Einzelbetrachtung ausgeschieden werden)
- Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Art: Planerische Sicherstellung über Dichtezentren als Rückzugsräume



# FAZIT

## Fazit

- Dichtezentren- und habitatbezogene Ansätze könnten aufgrund ihrer Bezugspunkte geeignet sein, eine bessere Handhabbarkeit des Artenschutzes auf Planungsebene zu gewährleisten
- Dichtezentren- und verwandte Ansätze könnten zudem Ansatzpunkt für eine verbesserte Absichtung zwischen Planungs- und Genehmigungsebene hins. Artenschutzbelang sein, aber:
  - Voraussetzung ist „Kommunikation“ zwischen planerischem Umgang mit Artenschutz einerseits und Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung auf Genehmigungsebene andererseits
  - „Kommunikation“ setzt insbesondere voraus, dass durch entsprechende Prüftiefe auf Planungsebene die Alternativenprüfung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Genehmigungsebene vorbereitet wird, d. h. ausgeschiedene Potenzialflächen ggf. eingehender betrachtet werden, als dies allein ihr Ausschluss erfordert
    - Wird Vorbereitung in diesem Sinne geleistet, spricht viel dafür, die Alternativenprüfung auf Genehmigungsebene auf jeweilige Konzentrationszone zu begrenzen

# Bleiben Sie auf dem Laufenden

- Info | Stiftung Umweltenergierecht informiert periodisch über die aktuellen Entwicklungen
- [www.umweltenergierecht.de](http://www.umweltenergierecht.de) als Informationsportal

Stiftung Umweltenergierecht

SUCHE PRESSE STIFTEN UND SPENDEN STUDIUM UND PROMOTION ENGLISH

Umweltenergierecht | Projekte | Publikationen | Veranstaltungen | Über uns

Wir sind

## Stiftung Umweltenergierecht – die Zukunftswerkstatt für den Auftrag Rechtsrahmen der Energiewende

► Forschungsgebiet Umweltenergierecht Fabian Pausa, Mitbegründer der Stiftung

### Forschung für den Rechtsrahmen der Energiewende

Der Rechtsrahmen ist die entscheidende Größe für die Energiewende – ohne passende Gesetze wird die Transformation der Energieversorgung nicht gelingen. Die Stiftung Umweltenergierecht widmet sich daher in vielfältigen Forschungsprojekten aktuellen wie grundsätzlichen Fragestellungen zur Energiewende rund um die Leitfrage:

---

**Aktuelles**

Berlin, 23. Januar 2017

Info | Stiftung Umweltenergierecht | www.umweltenergierecht.de

Dezember / 2018

### Ausbau der Windenergie: Ein Schritt vor, zwei Schritte zurück

Die vorgeschlagene Abschaffung der Außenbereichsregelung könnte nicht nur den Sonderausreibungen gleiches wieder die Grundlage entziehen, sondern den weiteren Windenergieausbau insgesamt in Frage stellen. Die Stiftung Umweltenergierecht forsch zu Möglichkeiten, die räumliche Steuerung von Windenergieanlagen und deren Akzeptanz zu stärken.

Nun kommen die Sonderausreibungen können den strengen Anforderungen an die Windenergieanlagen entgegenwirken und die Windenergie kann sich ausbreiten und die Windenergie kann sich ausbreiten und die Windenergie kann sich ausbreiten...

EDITORIAL  
Liebe Leserinnen und Leser,  
Vorher im Juni war es Bestand vieler Artikel aufzuliegen, nachdem die Vertreter der Energiebranche im Parlament, die einen Teil der Energiebranche im Parlament, die einen Teil der Energiebranche im Parlament...

April / 2019

### EU-Winterpaket abgeschlossen: Umsetzung in das deutsche Recht erforderlich

Ende letzten Jahres haben sich die Europäische Kommission, der Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament erfolgreich auf neue Regelungen für den EU-Strommarkt geeinigt. Das Gesetzgebungsverfahren startete im November 2018 als Teil des Pakets „Saubere Energie für alle Europäer“ besser bekannt als EU-Winterpaket. Die Stiftung Umweltenergierecht hat das Gesetzgebungsverfahren mit dem Rat der Europäischen Union und dem Europäischen Parlament am Ende März 2019 abgeschlossen. Mit dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens beginnt die Phase der Umsetzung. Erste praktische Bedeutung könnten die neuen EU-Vorgaben bereits bei der geplanten Neuregelung der Richtspatsvorschriften im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) haben.

EDITORIAL  
Liebe Leserinnen und Leser,  
Der Entwurf für ein Klimaschutzgesetz wird in Berlin kontinuierlich diskutiert. So entsteht der Eindruck, dass hier ein entscheidendes und neues Klimaschutzgesetz getroffen werden sollen. Ein Blick in den Text und dessen rechtliche Einordnung zeigt aber ein anderes Bild.

Zum einen werden Strukturen in Rechtsprechung, die bereits heute bestehen. Mit dem Klimaschutzgesetz der Bundesregierung für das Jahr 2019 und die Ziele für die einzelnen Sektoren im Jahr 2030...

Zum anderen ist eine Klimaschutzgesetz eine besondere Art von Recht. Es richtet sich an die Öffentlichkeit und nicht an die Bürger und Unternehmen, sondern nicht zu mehr oder weniger kostenintensiv, die die Umsetzung in konkrete Maßnahmen...

Was ist also damit mit, dass es die intensive Diskussion rechtlicher Möglichkeiten? Was das von dem im Vergleich transparenten und überprüfbar ist, was die Umsetzung des Gesetzes in der Praxis sein und was die Umsetzung des Gesetzes in der Praxis sein...

Mit herzlichen Grüßen  
Dr. Thorsten Müller

Fortsetzung auf der nächsten Seite

Stiftung

Umweltenergierecht

**Stiftung Umweltenergierecht**

Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Projektleiter

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

Tel: +49-931-79 40 77-20

Fax: +49-931-79 40 77-29

[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)

Unterstützen Sie unsere Arbeit durch Zustiftungen und Spenden für laufende Forschungsaufgaben.

**Spenden:** BIC BYLADEM1SWU (Sparkasse Mainfranken Würzburg)

IBAN DE16790500000046743183

**Zustiftungen:** BIC BYLADEM1SWU (Sparkasse Mainfranken Würzburg)

IBAN DE83790500000046745469