



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu Vogellebensräumen und Brutplätzen

Die rechtliche Bedeutung des Helgoländer Papiers der LAG VSW

Prof. Dr. Sabine Schlacke
Institut für Umwelt- und Planungsrecht
Universität Münster



Gliederung

- A. Einleitung
- B. Die Genehmigung und planerische Steuerung von Windenergieanlagen (WEA)
- C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigung
- D. Das Helgoländer Papier 2007 und 2015
- E. Die Bedeutung von Abstandsempfehlungen für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung
- F. Zusammenfassender Ausblick

A. Einleitung

Ausbau der Windenergienutzung

- § 1 II EEG: 80 % bis 2050
- § 3 Nr. 1 EEG: Erweiterung der Windenergienutzung an Land um 2500 MW pro Jahr
- Klimaschutzgesetze in NRW, BW, RhPf und Bremen
 - Klimaschutzziele + Plan/Konzept
- verbindliche Gesetze planen Ber, Bb, N, Sl, SA, SH, T
- unverbindliche Klimaschutzziele in Bay, Sa, H

A. Einleitung

Auswirkungen/Konflikte

- Natur- bzw. Artenschutz ↔ Klimaschutz
 - binnenökologische Konflikte
 - Ausgleichsfunktion: HP 2007 und HP 2015

Aufgabenstellung

- Begutachtung der rechtlichen Qualität und Relevanz des Helgoländer Papiers 2015
- Darstellung und Bewertung der Implikationen auf der Planungs- und Zulassungsebene
- Fokus: Bedeutung der Abstandsempfehlungen für die Prüfung des Tötungsverbots gem. § 44 I Nr. 1 BNatSchG, ggf. europarechtliche Implikationen
- Gebietsbezogener Artenschutz nur am Rand behandelt
- *Methodik*: Auswertung juristischer Literatur und Rechtsprechung, Anwendung juristischer Methodik

B. Die Genehmigung und planerische Steuerung von WEA

- **EEG** ist reines Förderinstrument; enthält keine Anforderungen für Genehmigung oder planerische Steuerung von WEA

I. Die Genehmigungstatbestände

1. Die bauordnungsrechtliche Genehmigung

Genehmigungstatbestände nach LBauO; faktisch irrelevant

B. Die Genehmigung und planerische Steuerung von WEA

2. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung

Zulassung nach § 6 I BImSchG erforderlich, falls (Gesamt)Anlagenhöhe 50m überschreitet; §§ 29 ff. BauGB als Teil der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen; (formelle) Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG (auch artenschutzrechtliche Befreiung)

>>> materielle Anforderungen sind zu prüfen!

B. Die Genehmigung und planerische Steuerung von WEA

II. Bauplanungsrechtliche Privilegierung

1. Anwendungsbereich der §§ 30 – 34 BauGB wohl von eingeschränkter Relevanz
2. Privilegierung im Außenbereich nach § 35 I Nr. 5 BauGB
 - a. Privilegierter Vorhabentyp ⇔ **Entgegenstehen** (nicht: Beeinträchtigung) öffentlicher Belange (z.B. § 35 III 1 Nr. 5 BauGB: Belange des Naturschutzes)
 - b. ABER: Planvorbehalt zug. sog. Konzentrationszonen aus § 35 III 3 BauGB durch Raumordnungs- und Flächennutzungsplanung

B. Die Genehmigung und planerische Steuerung von WEA

III. Die planerische Steuerung der Ansiedlung von WEA

1. Steuerung durch Regionalplanung (ROG, LPIG)
2. Steuerung durch Flächennutzungsplanung (BauGB)
3. Steuerung durch Bebauungsplanung (BauGB)

B. Die Genehmigung und planerische Steuerung von WEA

IV. Die Anforderungen der Rspr. an Konzentrationszonen mittels Raumordnungs- oder Flächennutzungsplanung

1. Inhalt: Positivausweisung von Gebieten/Flächen bei gleichzeitigem Ausschluss für übriges Plangebiet
2. Unzulässigkeit von Verhinderungsplanung
3. Abschnittsweise Planerarbeitung (Transparenz)
 - a. Harte Tabuzonen
 - b. Weiche Tabuzonen (insb. planerische Vorsorge)
 - c. Abwägung bzgl. Potenzialflächen unter Berücksichtigung des Gebots der substantziellen Raumverschaffung

C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

I. Artenschutzrechtliche Vorschriften im Überblick *Grundlage: EU-Vorgaben (FFH- u. Vogelschutz-RL)*

1. Gebietsbezogener Artenschutz

§ § 31-36 BNatSchG bilden den unionsrechtlich determinierten Habitatschutz, insb. Ausbau und Schutz des ökologischen Netzes Natura 2000

2. Individuenbezogener Artenschutz

- Vorgaben in § § 39 ff. und insb. § § 44 – 47 BNatSchG
- Zugriffsverbote nach § 44 I BNatSchG
- Ausnahmen nach § 45 VII BNatSchG möglich

C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

II. Das **Tötungsverbot** nach § 44 I Nr. 1 BNatSchG

1. Bezugspunkt: Arten nach § 7 II Nr. 13 BNatSchG
2. Tatbestand u.a.: (obj.) Tötung, kein subj. Merkmal
3. Korrektur durch BVerwG: nur signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos erfüllt Tatbestand; teilw. wird spürbare Auswirkung auf vorhandene Population gefordert (↔ §§ 44 I Nr. 2, 45 VII 2 BNatSchG)
4. Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen

C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

III. Das **Störungsverbot** nach § 44 I Nr. 2 BNatSchG

1. Bezugspunkt: Arten nach § 7 II Nr. 14 BNatSchG sowie europäische Vogelarten (§ 7 II Nr. 12 BNatSchG)
2. Tatbestand: Erhebliche Störung während bestimmter Lebensphasen (Legaldefinition nimmt Bezug auf Erhaltungszustand der lokalen Population)

IV. Das **Zerstörungsverbot** nach § 44 I Nr. 3 BNatSchG

1. Bezugspunkt: Fortpflanzungs- und Ruhestätten der Arten nach § 7 II Nr. 13 BNatSchG
2. Tatbestand: Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung

C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

V. Die Ausnahmezulassung nach § 45 VII 1 BNatSchG

1. Ausnahmegrund der Nrn. 1 – 5
für WEA „Klimaschutz“ insb. Ausnahmegründe:
 - Nr. 5: andere zwingende Gründe des *überwiegenden* öffentlichen Interesses (>>> Abwägung)
2. Fehlen zumutbarer Alternativen (Null-Variante unzulässig, räumlicher Suchbereich nicht definiert)
3. Keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der lokalen Population einer Art

>>> Einzelfallprüfung! (Maßstab: Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet)

C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

VI. Die Befreiung nach § 67 II 1 BNatSchG

Voraussetzung: „unzumutbare Belastung im Einzelfall“

- Erforderlich ist atypischer SV, der gerade das Artenschutzinteresse zugunsten des Betriebs der WEA zurücktreten lässt
- Vorschrift hat keine Praxisrelevanz entfaltet

C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

VII. Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative

1. behördliche Prognoseentscheidung bei eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle
2. Fehlen normkonkretisierender Maßstäbe (z.B. TA Luft/Lärm), keine Beteiligung von Fachgremien (z.B. KfBS) etc. vorgesehen, daher Abhängigkeit der Entscheidung von naturschutzfachlichen Beiträgen
3. bis dato jedenfalls keine Fachkonvention für Artenschutz

C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

VIII. Die Bedeutung artenschutzrechtlicher Vorschriften

1. Für die **Anlagenzulassung**: „andere öff.-rechtliche Vorschriften“ i.S.v. § 6 I Nr. 2 BImSchG
 - unmittelbare Bindung an §§ 44, 45 BNatSchG nach o.g. Maßgaben, Bestandteil des Prüfprogramms
 - Berücksichtigung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen

C. Artenschutzrechtliche Anforderungen und ihre Bedeutung für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

VIII. Die Bedeutung artenschutzrechtlicher Vorschriften

2. Für die **Planungsebenen**

- bloß mittelbare Bindung durch rechtliche Grenze der Vollzugsunfähigkeit von Planungen (vgl. § 1 III 1 BauGB)
- ggf. (**P**) bei zielförmiger Planung von Vorranggebieten für Windenergienutzung
- ebenenspezifische Betrachtung (= Prognose) notwendig

D. Das Helgoländer Papier 2007 und 2015

I. Inhalte und Anspruch des Helgoländer Papiers

1. Artspezifische Abstandsempfehlungen zu avifaunistisch bedeutsamen Gebieten sowie Brutplätzen bestimmter Vogelarten
2. Adressaten: Regional- und Bauleitplanung sowie Genehmigungsentscheidung
3. Differenzierung nach Tabu- und Prüfbereichen
4. Schlagopferdatenbank als wesentliche Datenbasis

D. Das Helgoländer Papier 2007 und 2015

II. Abstandsempfehlungen der Länder

1. Erlasse, Leitlinien oder Planungshilfen
2. Berücksichtigung bzw. Modifikation der Inhalte des HP
3. unterschiedliche Reichweite verwaltungsinterner Bindung (Adressaten der Bindungswirkung werden z.T. explizit benannt)
4. keine unüberwindbaren Abstandsregelungen

D. Das Helgoländer Papier 2007 und 2015

III. Veränderungen im Helgoländer Papier 2015

1. Aufnahme/Aufgabe bestimmter Arten
2. teilw. Veränderung von Abstandsempfehlungen (Prüf- und Tabubereich z.B. Wiesenweihe o. Rotmilan)
3. Berücksichtigung des artenspezifischen Kollisionsrisikos bzw. Gefährdungspotenzials
4. Verweis auf notwendige Spezifizierung in den Ländern

D. Das Helgoländer Papier 2007 und 2015

IV. Dogmatische Einordnung des Helgoländer Papiers

1. fehlende Verrechtlichung
2. kein antizipiertes Sachverständigengutachten
3. keine Fachkonvention

Ergo: naturschutzfachlicher Beitrag mit spezifischen Stärken und Schwächen

V. Verarbeitung des HP durch Rechtsprechung und Behörden uneinheitlich

E. Die Bedeutung von Abstandsempfehlungen für die Planungsebenen und die Genehmigungsentscheidung

- I. keine zwingende Berücksichtigung zur rechtmäßigen Wahrnehmung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative, soweit mindestens naturschutzfachlich gleichwertige Beiträge berücksichtigt werden
- II. Vorrang länderspezifischer Abstandsempfehlungen, solange diese mindestens naturschutzfachlich gleichwertig sind
- III. bloße Indizwirkung, Vorrang der Einzelfallprüfung inkl. der Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen und der Möglichkeit einer Ausnahmezulassung

F. Zusammenfassender Ausblick

- I. Inhalte des HP 2015 können verwaltungsinterne Wirkung entfalten, wenn durch Exekutive für verbindlich erklärt (z.B. „Erlass“)
- II. BVerwG: naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative entfällt, wenn:
 1. Rechtsverbindliche Norm => Außenwirkung
 2. „normkonkretisierende VwV“ => Bindungswirkung für Rspr.
 3. Gesetzl. legitimierte Gremium/Kommission
 4. Fachkonvention