



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte · Max-Brauer-Allee 81 · 22765 Hamburg

NABU Deutschland
Präsident Jörg-Andreas Krüger
Charitéstraße 3
10117 Berlin

Sekretariat: Frau Brauer
Durchwahl: 040/30 62 4-228
Telefax: 040/30 62 4-222
E-Mail: sarah.brauer@mohrpartner.de

Hamburg, 29.11.2022
Az: 00064/21 6/X/RN
(Az. bitte stets angeben)

Rechtsgutachtliche Stellungnahme
zum Entwurf eines ROGÄndG vom 28.09.2022
im Hinblick auf die geplanten „Go-to-Areas“

A. Überblick und Aufgabenstellung

I. Das Bundeskabinett hat in seiner Sitzung am 29.09.2022 beschlossen, das Raumordnungsgesetz und andere Vorschriften im Sinne einer nochmaligen Beschleunigung von Planungs- und Zulassungsverfahren erneut zu ändern. Dem Beschluss liegt ein vom Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) vorgelegter Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften (ROGÄndG-E) zugrunde (vgl. [Kabinettfassung-ROGÄndG \(bund.de\)](#)). Der Entwurf will raumordnerische Planungsprozesse digitalisieren, flexibilisieren, entschlacken und die Investitionssicherheit erhöhen.

II. Der Entwurf enthält außerdem die hier im Fokus stehende

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

Rüdiger Nebelsieck, LL.M. ^{1) 3)}
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

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

Jan Mittelstein, LL.M. ^{1) 4)}
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Elena Wurster ²⁾
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Carina Blust
Rechtsanwältin

Cora Schnelle
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Luise Gottberg
Rechtsanwältin

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

¹⁾ Partner im Sinne des PartGG

²⁾ Assoziierte Partnerin

³⁾ Master in Environmental Law

⁴⁾ 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



Änderung des erst am 20.07.2022 beschlossenen Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG).

Das WindBG gibt den Ländern ausweislich § 1 im Interesse des Klima- und Umweltschutzes verbindliche Flächenziele (Flächenbeitragswerte) für die Ausweisung von Windenergiegebieten vor, die für den Ausbau der Windenergie an Land benötigt werden, um die Ausbauziele und -pfade des zuletzt parallel geänderten EEG zu erreichen.

Die mit dem Entwurf eines ROGÄndG vom 28.09.2022 geplante Einführung eines neuen § 6 möchte den Ausbau von Windenergie in sog. „Go-to-Areas“ noch weiter beschleunigen. Durch die Norm sollen Genehmigungsverfahren in für den Ausbau der Windenergie geeigneten Gebieten, in denen nicht mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen ist, erleichtert werden. Insbesondere soll auf projektbezogene Umweltverträglichkeitsprüfungen sowie auf artenschutzrechtliche Prüfungen verzichtet werden.

III. Der geplante § 6 steht mit dem aktuellen Unionsrecht nicht im Einklang. Er soll daher unter den Vorbehalt gestellt werden, dass zu ihm „passende“ europarechtliche Grundlagen hierfür später noch geschaffen werden. Dies sei, so das BMWSB, derzeit „in Vorbereitung“.

Dabei zielt der Entwurf ausweislich seiner Begründung zu Artikel 13 § 6-E auf den Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission vom 18.05.2022 zur Novelle der Änderung der Richtlinie EU 2018/2001 vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen. Über die vorgeschlagenen Richtlinienänderungen sollen die Mitgliedsstaaten verpflichtet werden, innerhalb von zwei Jahren sog. „Go-to-Areas“ für erneuerbare Energien zu bestimmen, die für deren Ausbau besonders geeignet sind und in denen andersherum bestimmte Privilegien für Zulassungsverfahren u.a. für Windkraftanlagen gelten sollen.

IV. Die nachfolgenden Ausführungen bewerten den aktuellen Gesetzesentwurf hinsichtlich des § 6 WindBG-E im Hinblick darauf, ob er mit dem Entwurf der Richtlinie im Einklang



steht und unabhängig davon im Hinblick darauf, ob er geeignet ist, die mit ihm angestrebten Ziele einer nochmaligen Beschleunigung von Zulassungsverfahren zu erreichen.

Da der Entwurf des § 6 sich nicht nur auf neu anlaufende Planungen zur Ausweisung von Windenergiegebieten i.S.d. § 2 WindBG bezieht, sondern er auch schon die bestehenden Flächen einbezieht, auf denen nach aktueller Rechtslage Windkraftanlagen genehmigungsfähig sein können, bedarf es einer differenzierten Betrachtungsweise:

In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die schon existenten Windenergiegebiete gem. § 2 WindBG die im Richtlinienvorschlag vorgesehenen Kriterien für „Go-to-Areas“ erfüllen und der Gesetzesentwurf mit ihrer Einbeziehung die Hoffnung verbinden kann, für die dort laufenden oder anlaufenden Genehmigungsverfahren eine Beschleunigung zu erzielen (dazu D.).

Sodann ist für die in Umsetzung der Flächenzielvorgaben des WindBG erforderlichen neuen Planungsverfahren zu prüfen, ob die aktuelle bzw. die im Entwurf angestrebte Rechtslage geeignet ist, die Anforderungen des Richtlinienentwurfes zu erfüllen (dazu E.). Soweit das nicht der Fall ist, wird die Frage in den Blick genommen, welcher zusätzlichen Gesetzesänderungen es bräuchte, um die Anforderungen des Richtlinienentwurfes an „Go-to-Areas“ zu erfüllen (dazu F.). Diesen Ausführungen stellen wir ein vorweggenommenes Ergebnis (dazu B.) und sodann einleitend eine zusammenfassende Darstellung der maßgeblichen rechtlichen Grundlagen voran (dazu C.).

B. Vorweggenommene Ergebnisse

1. § 6 WindBG-E möchte im Vorgriff auf die vom Bundeskabinett offenbar erhoffte Umsetzung eines Richtlinienvorschlages der Europäischen Kommission vom 18.05.2022 für eine vierte Novelle (u.a.) der Richtlinie (EU) 2018/2001 Verfahrenserleichterungen für die Zulassung von Windenergieanlagen in „go-to-areas“ schaffen. In diesen Windenergiegebieten soll in Genehmigungsverfahren auf die Durchführung einer förmlichen Umweltprüfung und auf



Artenschutzfachbeiträge verzichtet werden.

2. Der Gesetzesvorschlag sichert seine derzeitige Unionsrechtskonformität durch einen Absatz 2 ab. Danach soll der inhaltlich entscheidende Absatz 1 erst anzuwenden sein, wenn ein verbindlicher Rechtsakt der Europäischen Union seine Regelungen erlauben sollte und das durch eine ministerielle Bekanntmachung festgestellt wird.

3. Diese „vorgezogene“ Umsetzung eines nur erhofften späteren Rechtsaktes wird mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit losgelöst von allen weiteren rechtlichen und inhaltlichen Fragen zu erheblichen Verzögerungen in der nach dem WindBG eigentlich vorgesehenen beschleunigten Planung und Festsetzung von weiteren Windenergiegebieten führen. Dies folgt schon daraus, dass es nach dem erheblich vom bisherigen Konzept abweichenden System des Richtlinienentwurfes erforderlich sein wird, nahezu alle artenschutzrechtlichen Konfliktsachen schon auf der planerischen Ebene zu lösen und dementsprechend deutlich intensiver als bisher auch zu ermitteln. Eine dafür erprobte Methodik gibt es derzeit nicht. Das novellierte ROG und das novellierte BauGB beinhalten dafür zwar Verordnungsermächtigungen. Ihre Schaffung und Einführung wird aber auf weiteren Zeitbedarf und potenzielle Rechtsunsicherheiten führen. Die Planungsträger werden schon begonnene Planungen anpassen und in neu anlaufenden Planungen die Entwicklung insoweit abwarten müssen. Wird die europäische Richtlinie nicht oder anders als derzeit erhofft erlassen, bedarf es zunächst einer nochmaligen Anpassung des WindBG, sodann ggf. einer nochmaligen Aktualisierung einer erst entstehenden Verordnung und sodann einer Anpassung aller Planungskriterien. Diese absehbaren Verzögerungen wiegen den erhofften Beschleunigungseffekt auf der Genehmigungsebene mindestens auf.

4. Nach dem Entwurf des § 6 WindBG-E sollen auch schon vorhandene Vorrangflächen für die Windenergie „nachträglich“ zu „go-to-areas“ werden. Das widerspricht ganz offensichtlich den Anforderungen des Richtlinienentwurfes und würde für alle bisherigen Vorrangflächen im Ergebnis dazu führen, dass das Artenschutzrecht insgesamt weitestgehend „ausgeschaltet“ wird. Denn nach der aktuellen Rechtslage gehört das Artenschutzrecht in der



ebenenspezifischen Abschichtung von Umweltprüfungen regelhaft gar nicht bzw. nur deutlich eingeschränkt zum Prüfprogramm der Regionalplanung. Da zugleich für die meisten schlaggefährdeten Arten und Standorte ohne die bislang erforderlichen projektbezogenen Artenschutzfachbeiträge keine belastbaren Erkenntnisse vorliegen, läuft auch die im Entwurf – immerhin – vorgesehene grundsätzliche Befugnis der Behörden zur Anordnung von artenschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen leer. Auch werden die Behörden bei einem Inkrafttreten des § 6 WindBG-E keine rechtskonforme Grundlage haben, Geldzahlungen zur finanziellen Anreicherung des erst jüngst über die 4. Novelle des BNatSchG eingeführten Artenhilfsprogramms (vgl. § 45 d BNatSchG) festzusetzen. Denn solche Festsetzungen wären – allenfalls – dann rechtskonform möglich, wenn es auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung tragfähige Anknüpfungspunkte für artenschutzrechtlichen Reaktionsbedarf gäbe. Solche Anknüpfungspunkte würden aber regelhaft fehlen.

Von daher drohen bei einem Inkrafttreten der Norm insoweit im Falle der Festsetzung von Artenschutzmaßnahmen durch die Behörden Klagen der Betreiber, beim Fehlen von Festsetzungen hingegen Klagen anerkannter Umweltvereinigungen, und zwar jeweils auch in solchen Fällen, in denen nach aktueller Rechtslage Artenschutzkonflikte Streitvermeidend auf Genehmigungsebene gelöst werden können.

5. Auch mit den geplanten Änderungsgesetzen wird es nicht möglich sein, für neu anlaufende Verfahren der Regionalplanung die inhaltlichen Anforderungen des Richtlinienentwurfes für die Erleichterungen in Genehmigungsverfahren zu erreichen. Denn es fehlt im entscheidenden Raumordnungsrecht eine Ermächtigungsgrundlage für die ggf. nötigen planerischen Festsetzungen artenschutzrechtlicher Minderungs- und Schutzmaßnahmen in den Regionalplänen. Die jüngst geschaffene Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung in § 8 Abs. 5 ROG bezieht sich nur auf Vorgaben zur Berücksichtigung von artenschutzrechtlichen Belangen im Rahmen der Umweltprüfung. Es fehlt aber nach wie vor eine Möglichkeit, diese Ergebnisse in den Plänen durch die nötigen Festsetzungen auch zu berücksichtigen.



6. Eine nochmalige Änderung des ROG wäre zwar – etwa in Anlehnung an die Formulierung in § 12 Abs. 5 WindSeeG für Eignungsverordnungen – möglich. Das dortige Regelungsregime erkennt aber hinsichtlich der Untersuchungstiefe und der Bindungswirkungen der Planung im Grundsatz zutreffend, dass viele Themen in Unkenntnis der konkreten Projektplanungen noch nicht zielführend untersucht und gelöst werden können. Will man auf die nach aktuellem Unionsrecht zwingende mehrstufige Umweltprüfung (SUP und UVP sowie Artenschutzprüfung) verzichten und die Problemlösung insgesamt auf die Planungsebene verlagern, führt dies auf relevante Brüche zum erprobten gestuften Prüfprogramm. Diese mögen für kleinere Flächen im Ergebnis lösbar sein. Sehr zweifelhaft erscheint das jedoch für die hier in Rede stehenden Regionalpläne, da es dort um viele Flächen mit zudem teils beträchtlicher Größe geht. Müssen sie alle viel gründlicher als bisher und in Unkenntnis der späteren Standorte von Windenergieanlagen auch artenschutzrechtlich untersucht werden, bindet das erhebliche Kapazitäten und kostet Zeit. Zugleich führen derartige, notwendig flächendeckende Untersuchungen auf potenziell „überschießende“ Erkenntnisse, die man mit Blick auf das konkrete Projekt mit den dann feststehenden Standorten gar nicht bräuchte.

7. § 6 WindBG-E erweist sich danach in zeitlicher Hinsicht und inhaltlich als „Irrweg“. Das liegt zum Teil zwar darin begründet, dass auch das Konzept des Richtlinienvorschlages jedenfalls mit Blick auf die großen Vorrangflächen in Deutschland insgesamt kontraproduktiv erscheint. Das liegt aber auch darin begründet, dass die Vorschrift bereits vorgezogen und mit einer „aufschiebenden Bedingung“ eingeführt werden soll. Auch das führt auf erhebliche zeitliche und inhaltliche Risiken und gefährdet die jüngst durch das WindBG angestrebte zeitnahe und rechtssichere planerische Bereitstellung weiterer Flächen für die Windenergie. Und nicht zuletzt liegt der Irrweg darin begründet, dass der Entwurf sich auch auf schon existente Vorrangflächen bezieht, obwohl diese die Voraussetzungen des Richtlinienvorschlages ganz offensichtlich nicht erfüllen und für sie im Ergebnis eine faktisch nahezu vollständige Abschaffung des Artenschutzrechts droht. Das ist von dem politisch beschworenen Ausgleich zwischen den Interessen an einer Energiewende und dem Erhalt der Biodiversität



weit entfernt und würde die jüngst beschlossenen Neuregelungen in § 45 b ff- BNatSchG in absehbarer Zukunft bereits wieder ihres Anwendungsbereiches berauben.

C. Überblick über die maßgebliche Rechtslage

Zunächst ist das geplante Regelungssystem des WindBG darzustellen (dazu I.). Es umfasst die in § 2 definierten Windenergiegebiete und damit im Wesentlichen Vorranggebiete oder kombinierte Vorrang- und Eignungsgebiete im Sinne des ROG, dessen Regelungen daher relevant sind (dazu II.). Es umfasst ferner Sondergebiete bzw. Sonderbauflächen i.S.d. BauGB, die zwar praktisch eine nur kleinere Rolle spielen, aber ebenfalls zu betrachten sind (dazu III.). Sodann sind die von der Kommission vorgeschlagenen Richtlinienänderungen in den Blick zu nehmen (dazu IV.).

I. Geplante Fassung des WindBG

§ 6 WindBG soll gem. Art. 13 des ROGÄndG-Entwurfes folgende Fassung erhalten:

„(1) Wird die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet nach § 2 Nummer 1 beantragt, ist im Genehmigungsverfahren abweichend von den Vorschriften des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung eine Umweltverträglichkeitsprüfung und abweichend von § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes eine artenschutzrechtliche Prüfung für Vögel nicht durchzuführen. Satz 1 ist nicht anzuwenden, soweit das Windenergiegebiet in einem Natura 2000-Gebiet, einem Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt. Stellt die zuständige Behörde fest, dass ein Verstoß gegen die Verbote nach § 44 Absatz 1 Nummer 1 des Bundesnaturschutzgesetzes zu erwarten ist, kann sie zumutbare Schutzmaßnahmen in den Windenergiegebieten anordnen. Wird eine Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet genehmigt, ohne dass Schutzmaßnahmen angeordnet wurden, hat der Betreiber für den Eingriff Ersatz in Geld zu leisten. Die Zahlung ist von der zuständigen Behörde zusammen mit der Genehmigung für die Dauer des Betriebes als jährlich zu leistender Betrag festzusetzen. Sie ist von dem Betreiber der Windenergieanlage als zweckgebundene Abgabe an den Bund zu leisten. Die Mittel werden vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und



Verbraucherschutz bewirtschaftet. Sie sind für Maßnahmen nach § 45d Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes zu verwenden, für die nicht bereits nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung besteht und die der Sicherung oder Verbesserung des Erhaltungszustandes der durch den Betrieb von Windenergieanlagen betroffenen Arten dienen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz wird im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Höhe der nach Satz 3 erforderlichen Zahlung zu bestimmen.

(2) Absatz 1 ist erst anzuwenden, wenn

1. ein verbindlicher Rechtsakt der Europäischen Union in Kraft tritt, der den Mitgliedstaaten ermöglicht, in dem in Absatz 1 vorgesehenen Umfang im Genehmigungsverfahren in Abweichung von den Vorgaben nach Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 vom 22.07.1992, S. 7), die zuletzt durch die Richtlinie 2013/17/EU (ABl. L 158 vom 10.06.2013, S. 193) geändert worden ist, und Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. L 20 vom 26.01.2010, S. 7), die zuletzt durch die Verordnung (EU) 2019/1010 (ABl. L 170 vom 25.06.2019, S. 115) geändert worden ist, auf eine artenschutzrechtliche Prüfung zu verzichten und in Abweichung von den Vorgaben der Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. L 26 vom 28.01.2012, S. 1), die zuletzt durch die Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten Text von Bedeutung für den EWR vom 16. April 2014 (ABl. L 124, 25.04.2014, S. 1) geändert worden ist, auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung zu verzichten,

2. die in dem verbindlichen Rechtsakt nach Nummer 1 vorgesehenen Voraussetzungen gegeben sind und

3. durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz sowie dem Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen im Bundesanzeiger bekanntgemacht wird, dass der Rechtsakt nach Nummer 1 in Kraft getreten ist und die Voraussetzungen des Rechtsakts durch Absatz 1 erfüllt werden.

Die Norm bezieht sich auf die Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage in einem



Windeignungsgebiet nach § 2 Nummer 1 WindBG. Diese Norm lautet:

*„Im Sinne dieses Gesetzes sind 1. Windenergiegebiete:
folgende Ausweisungen von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs-
oder Bauleitplänen:*

*a) Vorranggebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen
sowie Sonderbauflächen und Sondergebiete in Flächennutzungsplänen und Bebau-
ungsplänen;“*

II. Regelungssystem des ROG für Windenergiegebiete

1. Raumordnerisch festgesetzte Vorranggebiete i.S.d. § 2 WindBG sind nach derzeit noch aktuellem Recht solche im Sinne des § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ROG bzw. kombinierte Vorrang- und Eignungsgebiete i.S.d. § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 3 i.V.m. S. 3 ROG. Da Windenergieanlagen der heute in Rede stehenden Dimension regelmäßig raumbedeutsam sind (vgl. dazu etwa Gatz, Windenergieanlagen in der Praxis, 3. Aufl. 2019, S. 28 ff.), sind diese regionalplanerischen Kategorien regelmäßig auch für die Steuerung von Windenergieanlagen praktisch relevant. Bauleitplanerische Regelungen mit originären Flächenfestlegungen finden sich hingegen eher selten, und zwar dort, wo die Regionalplanung die planerische Steuerung ausdrücklich auf diese Ebene transferiert. Im Übrigen beschränken sich bauleitplanerische Festsetzungen zu Windenergieanlagen auf die – abhängig vom Konkretisierungsgrad der regionalplanerischen Zielfestlegungen – noch zulässigen weiteren planerischen Konkretisierungen, etwa von konkreten Anlagenstandorten in den Vorrangflächen. Nötig sind solche Konkretisierungen rechtlich nicht.

2. Bei der Aufstellung derartiger Raumordnungspläne bedarf es gem. § 8 ROG einer (strategischen) Umweltprüfung. Der dazu vorzulegende Umweltbericht muss die in Anlage 1 zum ROG aufgeführten Angaben enthalten. Allerdings bezieht sich der Untersuchungsrahmen gem. § 8 Abs. 1 S. 3 ROG nur auf das, was nach gegenwärtigem Kenntnisstand und allgemein anerkannten Prüfmethode sowie nach Inhalt und Detaillierungsgrad des Raumordnungsplans angemessenerweise verlangt werden kann.



3. Das besondere Artenschutzrecht wird in der Umsetzung der ebenspezifischen Schichtung zwischen der planerischen Umweltprüfung (SUP) und der projektbezogenen Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) auf der Ebene der Regionalplanung i.d.R. nur cursorisch und mit dem Blickwinkel geprüft, ob die Verbotsvorschriften des § 44 BNatSchG der Umsetzung der Windenergienutzung in nennenswerten Teilen der Vorranggebiete auf der Zulassungsebene unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen (vgl. für viele: OVG Lüneburg, Urteil vom 08.02. 2022, 12 KN 51/20, Rn.75, juris). Insoweit wird aus der planerischen Perspektive die Frage mit in den Blick genommen, ob sich voraussichtlich in den anschließend nötigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren über die konkrete Steuerung der Standorte und Anlagentypen sowie über Schutzauflagen die Realisierung von Verbotstatbeständen voraussichtlich vermeiden lässt (sog. „Konflikttransfer“ auf die Genehmigungsebene, vgl. dazu z.B. OVG Lüneburg, Urteil vom 14.05.2014, 121 KN 29/13, Rn. 112, juris). Dementsprechend sind Artenschutzkriterien in allen dem Unterzeichner bekannten Fällen keine „harten“ Tabukriterien (vgl. dazu z.B. Kriterienkataloge des Landes Schleswig-Holstein für die Regionalpläne, Nr. 26 – 36, in denen selbst besonders kritische Situationen nur als „weiche“ Tabukriterien oder als sonstige Abwägungskriterien eine Rolle spielten, [Umweltbericht Wind S-H \(schleswig-holstein.de\)](#), ferner z.B. OVG Lüneburg, a.a.O., Rn. 62, juris). Erweist sich die Einhaltung artenschutzrechtlicher Verbote auch unter Berücksichtigung möglicher Schutzauflagen auf der Zulassungsebene aus der planerischen Perspektive als ungewiss, wird praktisch nicht selten sogar in die Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG „hineingeplant“, also prognostiziert, ob ein Windpark bei vorsorglich unterstellter Verwirklichung von Verbotstatbeständen voraussichtlich über eine Ausnahme gleichwohl zugelassen werden kann (vgl. dazu jüngst etwa Wagner, NordÖR 2022, 273 ff., und als Beispiele: Regionalpläne des Landes Schleswig-Holstein vom 29.12.2020, z.B. Begründung B zu 5.8.3 (G4) auf Seite 16 des Regionalplans für den Planungsraum I, [Textteil des Regionalplans für den Planungsraum in Schleswig-Holstein Kapitel 5.8 \(Windenergie an Land.\)](#)). Mit dieser Begründung wurden etwa im Planungsraum I des Landes Schleswig-Holstein vier Flächen, hinsichtlich derer Konflikte mit Seeadlern wegen der für diese Art guten Datenlage erkannt und als wahrscheinlich eingestuft wurden, trotzdem als Vorrangflächen festgesetzt (vgl. a.a.O., Ziffer 5.8.3 (G4), Seite 6 und Begründung S. 16; ähnlich in den



beiden weiteren Planungsräumen des Landes).

3. Ermächtigungsgrundlagen, artenschutzbezogene Schutzauflagen schon raumordnerisch festzuschreiben, fanden sich im ROG bis zum 20.07.2022 nicht. Zwar ist das Ergebnis der Umweltprüfung gemäß § 7 Abs. 2 ROG immerhin zu berücksichtigen. Gem. § 10 Abs. 3 ROG ist eine zusammenfassende Erklärung über die Art und Weise der Berücksichtigung von Umweltbelangen, ihre Abwägung sowie über die gem. § 8 Abs. 4 ROG durchzuführenden Überwachungen der Umweltauswirkungen und die dazu durchzuführenden Maßnahmen gefordert. Auch diese gem. § 8 Abs. 4 ROG geforderte Überwachung zielt zwar darauf ab, unvorhergesehene nachteilige Auswirkungen frühzeitig zu ermitteln und in der Lage zu sein, geeignete Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen. Die Norm knüpft aber schon nicht an die Bewältigung der vorhergesehenen Umweltauswirkungen an (vgl. Faßbender in: Kment (Hrsg): Raumordnungsgesetz mit Landesplanungsrecht, 1. Aufl. 2019, § 8 Rn. 168) und enthält zudem selbst keine Ermächtigungsgrundlage für nötige Eingriffe im Rahmen der Überwachung (vgl. ders., a.a.O., Rn. 161). Schließlich enthält die Norm auch keine rechtliche Verpflichtung zum Ergreifen von Abhilfemaßnahmen (ders, a.a.O. Rn. 173) und stellt dafür auch keine raumordnerischen Instrumente und keine spezifischen Ermächtigungsgrundlagen bereit (ders., a.a.O. Rn. 174).

4. Mit Art. 3 des „Wind-an-Land“-Gesetzes vom 20.07.2022 wird ein neuer Absatz 5 zu § 8 ROG hinzugefügt, welcher gemäß Artikel 5 des Gesetzes zum 01.02.2023 in Kraft treten wird. § 8 Abs. 5 ROG enthält eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, mit denen Vorgaben zur Berücksichtigung von artenschutzrechtlichen Belangen im Rahmen der Umweltprüfung bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen gemacht werden können. Damit wird es zwar möglich sein, Konkretisierungen der Maßgaben des § 8 Abs. 1 S. 3 ROG für das Artenschutzrecht zu bestimmen, also zu definieren, was nach gegenwärtigem Wissensstand und allgemeinen Prüfmethode n sowie nach Inhalt und Detaillierungsgrad angemessenerweise verlangt werden kann. Demgegenüber fehlt es nach wie vor an einer Ermächtigungsgrundlage dafür, bereits regionalplanerisch artenschutzrechtliche Schutzauflagen festzusetzen.



III. Regelungssystem des BauGB für Windenergiegebiete

1. In einem Bebauungsplan können Gebiete für Windenergieanlagen in Form von Sondergebieten für die Erforschung, Entwicklung oder Nutzung von Windenergie gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. § 11 Abs. 2 S. 2 BauNVO festgesetzt werden. Ferner besteht eine Festsetzungsmöglichkeit nach § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB für Windenergieanlagen, die der öffentlichen Versorgung dienen.
2. Für den Flächennutzungsplan enthält das BauGB keine Vorgaben, wie das Gebiet, das Windenergieanlagen aufnehmen soll, darzustellen ist (Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage 2019, Rn. 128).
3. Vorschriften über ein direktes Prüfungsprogramm bezüglich des besonderen Artenschutzrechts im Rahmen der Bauleitplanung gibt es bisher nicht. Zwar haben die Berücksichtigung des Integritätsinteresses von Natur und Landschaft sowie die Abarbeitung des Folgenprogramms der Eingriffsregelung im Rahmen der bauleitplanerischen Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu erfolgen. Darüber hinaus gibt es aber nur hinsichtlich der Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege diverse Vorgaben strikten Rechts, namentlich zum Habitatschutz, die nicht im Wege der Abwägung überwunden werden und besondere Ermittlungs- und Prüfungspflichten begründen können. (vgl. Bishopink/Külpmann/Wahlhäuser, Der sachgerechte Bebauungsplan, 5. Auflage 2021, Rn. 1062)
4. Betreffend den Artenschutz obliegt es dem Plangeber gem. § 1 Abs. 3 BauGB lediglich, im Verfahren der Planaufstellung vorausschauend zu ermitteln und zu beurteilen, ob die vorgesehenen Festsetzungen auf überwindbare artenschutzrechtliche Hindernisse treffen würden und von Festsetzungen, denen ein dauerhaft rechtliches Hindernis in Gestalt artenschutzrechtlicher Verbote entgegenstünde, Abstand zu nehmen.
5. Mit Art. 2 des „Wind-an-Land“-Gesetzes vom 20.07.2022 wird ein neuer § 9a Abs. 2



BauGB eingeführt, der zum 01.02.2023 in Kraft treten wird. Durch diesen wird die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen geregelt, mit denen Vorgaben zur Berücksichtigung von artenschutzrechtlichen Belangen im Rahmen der Umweltprüfung bei der Aufstellung von Bauleitplänen geschaffen werden können. Auf der Grundlage der Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 BauGB hat es ein Plangeber dann – anders als ein Träger der Regionalplanung – in der Hand, bei einer Beeinträchtigung von artenschutzrechtlichen Belangen Schutzauflagen festzusetzen.

6. Mit dem Gesetzesentwurf zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften werden für die Bauleitplanung keine weiteren Änderungen vorgenommen. Der Inhalt der Änderung des § 6 WindBG-E bezieht sich lediglich auf das konkrete Genehmigungsverfahren für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen,

IV. Geplante Änderungen der Richtlinie (EU) 2018/2001u.a.

In dem Vorschlag der Europäischen Kommission vom 18.05.2022 für eine Änderungsrichtlinie zur Richtlinie (EU) 2018/2001, der Richtlinie 2010/31/EU und der Richtlinie 2012/27/EU finden sich zahlreiche Änderungen, die einerseits auf eine gründlichere Prüfung von Umweltauswirkungen auf planerischer Ebene zielen und andererseits in der Folge verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Privilegierungen auf der sich anschließenden Genehmigungsebene ermöglichen.

1. Definition „go-to-Gebiete“

In dem Änderungsvorschlag findet sich eine neue Begriffsbestimmung für „go-to-Gebiete“ in Art. 2 der Richtlinie (EU)2018/2001. In der neuen Nummer 9 a soll es heißen:

„go-to“-Gebiet für erneuerbare Energien‘ bezeichnet einen bestimmten Standort an Land



oder auf See, der von einem Mitgliedstaat als für die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen – mit Ausnahme von Anlagen zur Verfeuerung von Biomasse – besonders geeignet ausgewiesen wurde;“

2. Pflicht zur Ausweisung von „go-to-Gebieten“ und Anforderungen

Mit Artikel 1 Absatz 5 soll ein neuer Artikel 15c eingefügt werden, der die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, einen oder mehrere Pläne aufzustellen, in denen sie besonders geeignete Gebiete für den Bau von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen („go-to“-Gebiete für erneuerbare Energien“) ausweisen. Er lautet:

„go-to“-Gebiete für erneuerbare Energien

(1) Bis zum [zwei Jahre nach Inkrafttreten] verabschieden die Mitgliedstaaten einen Plan oder Pläne, mit dem/denen sie innerhalb der in Artikel 15b Absatz 1 genannten Gebiete für eine oder mehrere Arten erneuerbarer Energiequellen „go-to“-Gebiete für erneuerbare Energien ausweisen. In diesem Plan bzw. diesen Plänen

*a) weisen die Mitgliedstaaten ausreichend homogene Land- und Seegebiete aus, in denen in Anbetracht der Besonderheiten des ausgewählten Gebiets bei der Nutzung einer bestimmten Art oder bestimmter Arten erneuerbarer Energie **keine erheblichen Umweltauswirkungen zu erwarten** sind. Dabei gehen sie wie folgt vor:*

....

sie nehmen Natura-2000-Gebiete aus sowie Naturparks und Naturschutzgebiete, ausgewiesene Vogelzugrouten und andere Gebiete, die auf der Grundlage von Empfindlichkeitskarten und mit den unter dem nächsten Punkt genannten Instrumenten ermittelt wurden, mit Ausnahme künstlicher und bebauter Flächen, wie Dächern, Parkplätzen oder Verkehrsinfrastruktur, die sich in diesen Gebieten befinden;

*b) legen die Mitgliedstaaten geeignete Vorschriften für die ausgewiesenen „go-to“-Gebiete für erneuerbare Energien fest, **einschließlich der Minderungsmaßnahmen**, die bei der Errichtung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie, von*



Energiespeicheranlagen am selben Standort sowie der für deren Netzanschluss erforderlichen Anlagen, zu ergreifen sind, um mögliche negative Umweltauswirkungen zu vermeiden oder, falls dies nicht möglich ist, erheblich zu verringern. Die Mitgliedstaaten stellen gegebenenfalls sicher, dass geeignete Minderungsmaßnahmen getroffen werden, um die in Artikel 6 Absatz 2 und Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG, Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EWG und Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a Ziffern i und ii der Richtlinie 2000/60/EG beschriebenen Situationen zu verhindern. Diese Vorschriften sind auf die Besonderheiten der ermittelten „go-to“-Gebiete für erneuerbare Energien, die Technologie(n) für erneuerbare Energien, die in dem jeweiligen Gebiet ausgebaut werden soll(en), und die ermittelten Umweltauswirkungen ausgerichtet. Unbeschadet des Artikels 16a Absätze 4 und 5 wird bei Einhaltung dieser Vorschriften und Umsetzung der geeigneten Minderungsmaßnahmen im Rahmen der einzelnen Projekte davon ausgegangen, dass die Projekte nicht gegen die genannten Bestimmungen verstoßen.

(2) *Die Pläne zur Ausweisung von „go-to“-Gebieten für erneuerbare Energien werden vor ihrer Annahme einer Umweltprüfung unterzogen, die gemäß den Bedingungen der Richtlinie 2001/42/EG durchgeführt wird....“*

(Hervorhebungen durch den Unterzeichner)

3. Zeitliche und organisatorische Maßgaben für Genehmigungsverfahren

Mit Artikel 1 Absatz 6 wird der Artikel 16 der Richtlinie (EU) 2018/2001 ersetzt und der Anwendungsbereich des Genehmigungsverfahrens erweitert, der Beginn des Genehmigungsverfahrens präzisiert und für Rechtsbehelfe im Zusammenhang mit einem Antrag auf Genehmigung von Projekten im Bereich der erneuerbaren Energien die Anwendung der zügigsten Verwaltungs- und Gerichtsverfahren gefordert.

4. Maßgaben für Genehmigungsverfahren für WKA in „go-to-Gebieten“

Mit Artikel 1 Absatz 7 wird ein neuer Artikel 16a eingefügt, der das Genehmigungsverfahren in „go-to“-Gebieten für erneuerbare Energien regelt. Er beinhaltet neben nochmals



konkretisierten zeitlichen Maßgaben die folgende Regelungen:

*„(3) Unbeschadet der Absätze 4 und 5 und abweichend von Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2011/92/EU sowie von Anhang II Nummer 3 Buchstaben a, b, d, h und i und Nummer 6 Buchstabe c, allein oder in Verbindung mit Nummer 13 Buchstabe a der genannten Richtlinie, soweit Projekte im Bereich der erneuerbaren Energien betroffen sind, sind **neue Anträge** für Anlagen, auch für das Repowering von Anlagen, zur Erzeugung erneuerbarer Energie, mit Ausnahme von Anlagen zur Verfeuerung von Biomasse, **in bereits für die jeweilige Technologie ausgewiesenen „go-to“-Gebieten für erneuerbare Energien, Speichieranlagen am selben Standort sowie deren Netzanschluss von der Verpflichtung zur Durchführung einer gesonderten Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 2011/92/EU ausgenommen, sofern diese Projekte die gemäß Artikel 15c Absatz 1 Buchstabe b festgelegten Vorschriften und Maßnahmen einhalten. Abweichend von Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG werden die in Unterabsatz 1 genannten Anlagen keiner Verträglichkeitsprüfung in Bezug auf Natura-2000-Gebiete unterzogen.“***

„(4) Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten überprüfen die in Absatz 3 genannten Anträge. Bei dieser Überprüfung soll festgestellt werden, ob eines dieser Projekte angesichts der ökologischen Empfindlichkeit der geografischen Gebiete, in denen es angesiedelt ist, höchstwahrscheinlich erhebliche unvorhergesehene nachteilige Auswirkungen haben wird, die bei der Umweltprüfung des Plans bzw. der Pläne zur Ausweisung von „go-to“-Gebieten für erneuerbare Energien, die gemäß der Richtlinie 2001/42/EG und gegebenenfalls gemäß der Richtlinie 92/43/EWG durchgeführt wurde, nicht ermittelt wurden...“ (Hervorhebungen durch den Unterzeichner)

D. Bewertung der Einstufung vorhandener Windenergiegebiete als „Go-to-Areas“

Soweit § 6 WindBG-E auch die schon vorhandenen Windenergiegebiete, also vor allem



regionalplanerisch ausgewiesene Vorrangflächen, als „go-to-areas“ einstuft, steht dies mit dem Richtlinienentwurf nicht im Einklang. Es wird daher voraussichtlich ohne eine nochmalige Änderung der nationalen Normen nicht möglich sein, auf sie bezogen gem. § 6 Abs. 2 WindBG-E die Vereinbarkeit des § 6 Abs. 1 WindBG-E mit dem Unionsrecht festzustellen.

Im Einzelnen:

1. Auszunehmende Flächen gem. Art. 15 c Abs. 1 Buchstabe a

Soweit zunächst Art. 15 c Absatz 1 Buchstabe a des Richtlinienentwurfes für die Auswahl von „go-to-areas“ festsetzt, dass Natura-2000-Gebiete, Naturschutzgebiete, Naturparke, ausgewiesene Vogelzugrouten und andere empfindliche Flächen auszunehmen sind, betrifft dies die schon in der Vergangenheit ausgewiesenen Vorrangflächen in unterschiedlicher Weise. Ohne nennenswerte Relevanz wird das Erfordernis für Natura-2000-Gebiete und Naturschutzgebiete bleiben. Denn sie sind in den Kriterienkatalogen der Regionalplanung zu meist als „harte“ Tabukriterien festgesetzt worden (vgl. z.B. Kriterienkatalog aus dem gesamträumlichen Plankonzept für das Land Schleswig-Holstein, Tabelle 5, Nr. 16 , 21 und 22 in Kap. 3.3 des Umweltberichts zu Kapitel 5.7 des Regionalplans für den Planungsraum II, [Umweltbericht Wind S-H \(schleswig-holstein.de\)](http://www.schleswig-holstein.de)). Weil das so ist, läuft aber auch die vorgesehene Rückausnahme von den Verfahrenserleichterungen in derartigen Gebieten (§ 6 Abs. 1 S. 3 WindBG-E) leer. Anders ist dies hingegen für Naturparke, die i.d.R. nicht als Tabu sondern nur als zusätzliches Abwägungskriterien fungieren (a.a.O., Nr. 56). Ähnliches gilt für ausgewiesene Vogelzugrouten (a.a.O. Nr. 34 als Abwägungskriterium), während das Kriterium „anderer“ empfindlicher Gebiete wenig konturiert erscheint und differenzierter und im Einzelfall mit den Kriterienkatalogen zur Auswahl vorhandener Vorrangflächen abgeglichen werden müsste.

2. Fehlende Schutzauflagen/Minderungsmaßnahmen

Gemäß Art. 16 a Abs. 3 des Richtlinienentwurfes darf auf eine projektbezogene UVP und



auf den Artenschutzfachbeitrag nur unter der Prämisse verzichtet werden, dass diese Projekte die gemäß Artikel 15c Absatz 1 Buchstabe b festgelegten Vorschriften und Maßnahmen einhalten. Demnach müssen – wie oben schon dargelegt – die Mitgliedstaaten geeignete Vorschriften für die ausgewiesenen „go-to“-Gebiete für erneuerbare Energien festsetzen, einschließlich der Minderungsmaßnahmen, die bei der Errichtung von Anlagen zu ergreifen sind, um mögliche negative Umweltauswirkungen zu vermeiden oder, falls dies nicht möglich ist, erheblich zu verringern. Die Mitgliedstaaten stellen gegebenenfalls insbesondere sicher, dass geeignete Minderungsmaßnahmen getroffen werden, um die in Artikel 6 Absatz 2 und Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG, Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EWG und Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a Ziffern i und ii der Richtlinie 2000/60/EG beschriebenen Situationen zu verhindern.

Damit müssen – wenn auch auf andere Weise als sonst – für die nach den Kriterien der Ziffer a ausgewählten Flächen nicht nur die Anforderungen des Art. 6 FFH-RL und des Art. 4 WRRL gewahrt werden, sondern auch die Anforderungen des besonderen Artenschutzrechts für die streng geschützten Tierarten des Anhangs IV zur FFH-RL und für alle wildlebenden europäischen Vogelarten. Das Instrument dafür ist – neben der sorgfältigen Auswahl der Flächen und einer darauf bezogenen Umweltprüfung – die Festsetzung von Minderungsmaßnahmen für die „go-to-areas“.

Derartige Festsetzungen gibt es für die schon regionalplanerisch festgesetzten Flächen nicht. Für sie bestand nach den oben dargelegten rechtlichen Maßstäben des ROG, den Absichtungen zwischen SUP und UVP und dem in weiten Teilen zulässigen Konflikttransfer artenschutzrechtlicher Probleme auf die Zulassungsebene weder ein zwingendes Bedürfnis noch eine Ermächtigungsgrundlage. Vielmehr zeigt ergänzend zu den oben angeführten Beispielen aus der Ende 2020 abgeschlossenen Regionalplanung des Landes Schleswig-Holstein für die Windenergie auch die als

Anlage 1



beigefügte Liste von Beispielen aus weiteren Bundesländern, dass das Artenschutzrecht in der bisherigen Regionalplanung oft gar keine, jedenfalls zumeist keine zentrale Rolle spielte.

Differenzierter mag sich das für bauleitplanerisch festgesetzte, häufig auch räumlich kleinere Sonderbauflächen oder Sondergebiete für Windenergie darstellen, zumal bezogen auf sie über die Festsetzungskataloge des § 9 Abs. 1 BauGB eine zumindest partielle Bewältigung von Artenschutzkonflikten schon planerisch möglich ist. Allerdings spielen – wie oben dargelegt – bauleitplanerische Festsetzungen für raumbedeutsame Windenergieanlagen im Vergleich zur Regionalplanung eine nur untergeordnete Rolle.

3. Keine Defizitbehebung über § 6 Abs. 1 S. 3 und 4 WindBG-E

Die soeben aufgezeigten Defizite der bisherigen Vorrangflächenausweisungen im Vergleich zum Richtlinienentwurf werden auch nicht durch die Sätze 3 und 4 des Entwurfes von § 6 WindBG-E aufgefangen. Danach kann die zuständige Behörde dann, wenn sie feststellt, dass ein Verstoß gegen die Verbote nach § 44 Absatz 1 Nummer 1 des Bundesnaturschutzgesetzes zu erwarten ist, zumutbare Schutzmaßnahmen in den Windenergiegebieten anordnen. Außerdem soll der Betreiber dann, wenn eine Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet genehmigt wird, ohne dass Schutzmaßnahmen angeordnet wurden, für den Eingriff Ersatz in Geld leisten müssen.

Dabei steht der geplante Satz 4 von vornherein in keinem erkennbaren Zusammenhang zum Richtlinienentwurf. Er steht eher im Kontext der 4. Novelle des BNatSchG mit der Einführung des § 45 b und den Regelungen zu Artenhilfsprogrammen in § 45 d. Nur am Rande sei daher bemerkt, dass die Festsetzung von „Ersatzgeldern“, die hier ja offenbar nicht im Kontext der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung, sondern artenschutzrechtlich zu verstehen sein soll, in der bislang geplanten Form auf erhebliche rechtliche Bedenken stößt. Denn nach dem Wortlaut des Entwurfes knüpft die Pflicht nicht an einen erkannten, aber nicht über Schutzmaßnahmen gelösten Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG an, sondern



soll allgemein dann greifen, wenn keine Schutzmaßnahmen festgesetzt worden sind. Erweisen sich solche aber in der Sache gar nicht als erforderlich, ist schwer erklärlich, auf welcher Grundlage dann – neben der weiterhin anwendbaren Eingriffsregelung – eine Ersatzgeldzahlung verhältnismäßig sein könnte.

Aber auch der im hier interessierenden Kontext relevante Satz 3 des Entwurfes bleibt im Ergebnis ohne Relevanz für die Vereinbarkeit des Gesetzesentwurfes mit dem Richtlinienentwurf.

Dies folgt schon daraus, dass Satz 3 des Entwurfes erkennbar an die „Auffangklausel“ des geplanten Absatzes 4 des Art. 16 a anknüpft. Danach prüfen die zuständigen Behörden die in Absatz 3 genannten Anträge. Bei dieser Überprüfung soll festgestellt werden, ob eines dieser Projekte höchstwahrscheinlich erhebliche unvorhergesehene nachteilige Auswirkungen haben wird, die bei der Umweltprüfung des Plans bzw. der Pläne zur Ausweisung von „go-to“-Gebieten für erneuerbare Energien nicht ermittelt wurden. Diese „Auffangklausel“ trägt mithin dem Umstand Rechnung, dass eine strategische Umweltprüfung auf Ebene eines Plans später relevante konkrete Probleme übersehen kann. Sie knüpft damit „additiv“ an die vorherige Einhaltung der sonstigen Anforderungen des Art. 16 a an, die hier gerade nicht eingehalten worden sind.

Unabhängig davon wäre der Anwendungsbereich des geplanten Satzes 3 sehr klein. Denn eine rechtskonforme Anordnung von zumutbaren Schutzmaßnahmen setzt notwendig eine hinreichend tragfähige Ermittlung der artenschutzrechtlichen Risiken voraus, an der es ohne einen artenschutzrechtlichen Fachbeitrag regelhaft für die mit Abstand meisten schlaggefährdeten Vogelarten fehlen wird. Denn die Auseinandersetzungen um die Rechtskonformität aktueller Schutzauflagen in einer Vielzahl von Verwaltungsprozessen zeigen, dass es dort meist um Details der Ermittlung und Bewertung konkreter Brutplätze und Bewegungsprofile der schlaggefährdeten Arten aus Raumnutzungsanalysen geht. Fehlen diese, bleibt allein der Rückgriff auf allgemeine Daten der Naturschutzbehörden. Wären diese wiederum regelhaft für eine hinreichend seriöse Bewertung in den Zulassungsverfahren ausreichend, bedürfte es



der zahlreichen Methodenleitfäden für die Artenschutzfachbeiträge und der Beiträge selbst schon derzeit nicht.

Tatsächlich sind die Datenlagen auch in den meisten Fällen nicht hinreichend vollständig bzw. aktuell. Das zeigt etwa das Fallbeispiel 1 aus der Anlage 1 zur aktuellen Novellierung des Regionalplans im Landkreis Lüneburg in Niedersachsen. Danach soll das Artenschutzrecht zwar in der Flächenauswahl nunmehr eine Rolle spielen, allerdings nur für die Nahbereiche i.S.d des Abschnitts 1 der Anlage 1 zu § 45 b Absatz 1 – 5 BNatSchG, und das nur für die drei Arten Seeadler, Rotmilan und Uhu. Dies soll nach der Fußnote zum geplanten Kriterienkatalog auf einer Auskunft des NLWKN beruhen, wonach für alle weiteren schlaggefährdeten Arten der Anlage 1 zu § 45 b Absatz 1 – 5 BNatSchG keine belastbaren Daten vorliegen.

Konsequenz dieses Kataloges wäre es, dass das Artenschutzrecht für 12 der – nur – 15 in der Anlage 1 verzeichneten Vogelarten gar keine Anwendung mehr finden würde. Denn wenn es für diese 12 Arten keine belastbaren Daten gibt, können auch zumutbare Schutzauflagen nicht identifiziert werden.

E. Bewertung der aktuellen bzw. durch das ROGÄndG geplanten Rechtslage zur Umsetzung von „go-to-areas“

1. Durch die Flächenvorgaben des WindBG werden flächendeckend alle Träger der Regionalplanung in Deutschland und teilweise die Gemeinden in ihrer Bauleitplanung sehr zeitnah mit der Neuaufstellung/Änderung von Plänen beginnen müssen oder haben das schon getan.

2. Soweit die Planungsträger die Verfahren bereits begonnen haben, werden sie dabei zwar die – zahlreichen – relevanten Gesetzesänderungen aus dem „Osterpaket“ berücksichtigen, aber noch nicht die jetzt zusätzlich in Rede stehenden Änderungen. Treten sie in Kraft, wird dies zu einer Modifizierung der aktuell entwickelten Kriterienkataloge führen müssen,



mithin notwendig zu einer Verlängerung der aktuellen Verfahren.

3. Soweit die Planungsträger ihre Planungen erst nach dem geplanten Inkrafttreten des hier in Rede stehenden ROGÄndG starten bzw. dieses nachträglich berücksichtigen, wird der „aufschiebend bedingt“ geplante § 6 WindBG-E ebenfalls aller Voraussicht nach auf ganz erhebliche Verzögerungen der Verfahren führen und daher auch im Ergebnis kontraproduktiv zur angestrebten Beschleunigung wirken. Dies aus folgenden Erwägungen:

- Es ist losgelöst von den hier geäußerten Einwänden unsicher, ob § 6 Abs. 1 WindBG-E jemals in Kraft treten wird. Bis zu einer Entscheidung über den Richtlinienvorschlag der Kommission kann kein Planungsverfahren entscheidend vorangetrieben oder gar abgeschlossen werden.

- Bedarf es einer Änderung des § 6 WindBG-E, ist wahrscheinlich, dass die bis dahin erarbeiteten Kriterienkataloge der Planungsträger ebenfalls geändert werden müssen und sich bis dahin geleistete Arbeiten als nutzlos erweisen.

- Selbst wenn die Richtlinie wie vom Kabinett offenbar erhofft entsprechend dem Vorschlag der Kommission in Kraft treten würde, bedürfte es einer Fortentwicklung der Methoden der SUP für die dort bislang – wie dargelegt – nicht oder nur grobmaschig geprüften Artenschutzbelange in Umsetzung der dazu – immerhin – geschaffenen Verordnungsermächtigungen im ROG und im BauGB. Das bedeutet konkret, dass die Planungsträger zunächst eine mögliche Verordnung abwarten, darauf aufbauende Methoden entwickeln, dafür geeignete Untersuchungen durchführen und erst dann die Planungen entscheidend vorantreiben könnten.

- Auch das geplante ROGÄndG enthält keine Ermächtigungsgrundlage für die nach dem Richtlinienvorschlag nötigen planerischen Festsetzungen von Minderungsmaßnahmen/Schutzauflagen, so dass auch nach der derzeit geplanten Gesetzesänderung die auf der Grundlage noch zu entwickelnder Untersuchungsmethoden gewonnenen Erkenntnisse nicht



zu richtlinienkonformen Windenergiegebieten auf der Ebene der Regionalplanung führen können. Anders ist dies insoweit zwar für die Bauleitplanung, die aber für die regelhaft raumbedeutsamen Windenergieanlagen nur noch eine planerisch untergeordnete Rolle spielt.

F. Normative Anforderungen an die Planung von Windeignungsgebieten zur Umsetzung des Richtlinienentwurfes zu „go-to-areas“

1. Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, bedarf es zu einer rechtskonformen Umsetzung des – unterstellt später so in Kraft tretenden – Richtlinienvorschlages der Kommission zunächst einer Fortentwicklung der Untersuchungsmethodik in der SUP bezogen auf das Artenschutzrecht. Diese Methodik muss hinreichend gründlich und vorsorglich sein, um die Vorgaben der Richtlinie für die planerische Ebene zu erfüllen. Das wird auf einen im Vergleich zur aktuellen Rechtslage und Praxis ganz erheblich erhöhten Untersuchungsbedarf bei der Aufstellung der Pläne und damit zu erheblichen Zeitverlusten führen, zumal Streit über die Methoden in diesem insoweit nicht erprobten Themenfeld nicht auszuschließen ist. Da die Standorte und die Ausgestaltung von Windenergieanlagen in den oft großen Vorrangflächen der Regionalplanung noch nicht feststehen, bedarf es der Untersuchung auch solcher Teilflächen, für die womöglich aus anderen Gründen später keine Zulassungsanträge gestellt werden.

2. Darüber hinaus bedarf es einer nochmaligen und weiteren Änderung des ROG, in der eine Ermächtigungsgrundlage für die schon planerische Festsetzung von Minderungsmaßnahmen und Schutzauflagen geschaffen wird, die die Einhaltung der artenschutzrechtlichen Standards entsprechend den Vorgaben des Richtlinienvorschlages gewährleistet.

3. Ein potenzielles Vorbild für eine derartige Regelung im ROG findet sich in dem zuletzt durch Artikel 9 des EnSiG 3.0 vom 08.10.2022 (BGBl. 2022, 1725 [1738]) geänderten WindSeeG. Die ab dem 01.01.2023 in Kraft tretende Neufassung des Gesetzes hat ebenfalls zum Ziel, über verschiedene Instrumente eine Beschleunigung des Ausbaus der Offshore-



Windenergie zu erreichen und regelt für die nach Aufstellung des FEP gem. § 9 ff. zentral vorzuuntersuchenden Flächen eine modifizierte Abschichtung der Untersuchungen. Eine zentral voruntersuchte Fläche zielt mit der Eignungsfeststellung ausweislich § 9 Abs. 1 Nr. 2 WindSee auf eine Vorabprüfung einzelner Untersuchungsgegenstände, um das anschließende Genehmigungsverfahren zu beschleunigen. Die Feststellung der Eignung gem. § 12 Abs. 5 WindSeeG kann Vorgaben für das spätere Vorhaben beinhalten, wenn andernfalls Beeinträchtigungen der in der Zulassung maßgeblichen Belange zu besorgen sind. Eine daran angelehnte Ermächtigung erscheint auch für das ROG denkbar.

4. Der Vergleich zu der ganz aktuellen Novellierung des WindSeeG zeigt auf der anderen Seite die mit dem Kommissionsvorschlag für die „go-to-areas“ verbundenen Probleme ebenfalls auf. Denn die in § 9 WindSeeG angelegte Abschichtung erkennt, dass sich auf der vorgelagerten Ebene nur Dinge prüfen lassen, die *„unabhängig von der späteren Ausgestaltung des Vorhabens beurteilt werden können“*. Diese unterschiedlichen Möglichkeiten sind der Grund dafür, dass nach der aktuellen europäischen und deutschen Rechtslage für strategische und projektbezogene Umweltprüfungen zwar einerseits Abschichtungen möglich sind, aber andersherum trotzdem derartige Prüfungen auf jeder Ebene erforderlich sind. Dazu hat jüngst das OVG Lüneburg in seinem Beschluss vom 14.07.2022 (1 ME 58/22, LS 2 und Rn. 20/21, juris) – dort zum Verhältnis zwischen Bebauungsplan und Vorhabengenehmigung – wie folgt formuliert:

„Auf der dem Bebauungsplan nachgelagerten Zulassungsebene soll jedenfalls dann, wenn auf der Ebene des Bebauungsplans eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt worden ist, die Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß [§ 50 Abs. 3 UVPG](#) auf zusätzliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen des Vorhabens beschränkt werden (vgl. Senatsbeschl. v. 11.10.2021 - [1 ME 110/21](#) -, [BauR 2022, 48](#) = [NVwZ-RR 2022, 133](#) = juris [Rn. 17 ff.](#)). Demzufolge geht das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung davon aus, dass die Umweltauswirkungen eines Vorhabens abschichtend auf allen Ebenen der Vorhabenzulassung zu prüfen sind. Diesem Ansatz entspricht auch Anlage 1 Nrn. 18.6.2, 18.8 UVPG



i.V.m. [§ 50 Abs. 3 UVPG](#), der ausdrücklich auf den Bau des Vorhabens und nicht bloß auf den Akt der Planaufstellung abstellt.

Ein solcher abschichtender, alle Ebenen einbeziehender Ansatz ist europarechtlich erforderlich (vgl. [EuGH, Urt. v. 7.1.2004 - Rs. C-201/02](#), Slg. 2004, S. I-723 Rn. 52 - Wells; Gaentsch, [UPR 2001, 287 \[289\]](#); Schink, [UPR 2004, 81 \[91\]](#)). Denn Art. 4 Abs. 2 [RL 2011/92/EU](#) (Projekt-UVP-RL) verlangt eine projektbezogene Umweltverträglichkeitsprüfung. Diesem Erfordernis trägt eine auf Planebene vorgenommene Prüfung nur dann Rechnung, wenn sie das konkrete Projekt in allen seinen umweltrelevanten Aspekten – also nicht nur standort-, sondern auch betriebsbezogen – umfassend betrachtet. Eine solche konkrete Betrachtung ist auf Planebene aber nicht stets gewährleistet. Sie kann insbesondere bei projektbezogenen Angebotsbebauungsplänen fehlen, bei denen im Sinne der gebotenen „realistischen worst-case-Betrachtung“ (vgl. Senatsurt. v. 8.9.2021 - [1 KN 150/19](#) -, [BauR 2022, 432](#) = juris [Rn. 86](#)) zwar ein bestimmtes Vorhaben geprüft wird. Dieses Vorhaben muss aber aufgrund des Angebotscharakters des Plans nicht zwingend dem Vorhaben entsprechen, das tatsächlich verwirklicht wird. Insbesondere betriebsbezogene Veränderungen sind möglich und bedürfen der umweltbezogenen Prüfung; diese Prüfung kann allein auf der Ebene des Baugenehmigungsverfahrens durchgeführt werden. Zulässig ist es zudem grundsätzlich auch bei projektbezogenen Plänen, Konflikte auf die nachgelagerte Ebene des Baugenehmigungsverfahrens zu verlagern, soweit dies sachgerecht erscheint. Erfolgt eine solche Konfliktverlagerung, kann die konkrete Konfliktlösung erst auf der nachgelagerten Ebene betrachtet werden.“

Diese inhaltliche Argumentation behielte selbst dann Relevanz, wenn die Europäische Union die vom OVG Lüneburg zugrunde gelegte Rechtslage bereichsspezifisch und befristet in dem jetzt in Rede stehenden Sinne modifizieren würde. Denn eine „Hochzonung“ nahezu aller Konfliktlösungen im regelhaft eher kleinteiligen Artenschutzrecht auf regelhaft regionalplanerisch große Planungsräume führt auf eine letztlich aus Sicht des Unterzeichners unauflösliche und mit dem Beschleunigungswunsch kollidierende Konfliktlage: Solange man die konkrete Ausgestaltung eines späteren Projekts nicht kennt, erfordert der



Richtlinienentwurf auf der planerischen Ebene eine enormen und potenziell überschießenden Prüfaufwand. Zugleich erfordert er in Unkenntnis des Projekts bereits die zur Abwendung von Artenschutzverstößen nötigen Minderungsmaßnahmen, deren nahezu „abstrakte“ planerische Festsetzung in allen bisher vertrauten rechtlichen Denkweisen schwerlich sinnvoll vorstellbar erscheint.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nebelsieck', written in a cursive style.

Nebelsieck LL.M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Anlage 1 zur rechtlichen Stellungnahme der Mohr Rechtsanwälte zu § 6 ROGÄndG-E

Anhand der folgenden Beispiele wird ersichtlich, dass nach aktueller Rechtslage auf der Ebene der Planung von Windenergieflächen trotz vorgeschriebener SUP keine gründliche Prüfung des besonderen Artenschutzes erfolgt.

1. Niedersachsen: aktuelle Raumordnungsplanung des Landkreises Lüneburg

Der Landkreis Lüneburg stellt aktuell ein neues Raumordnungsprogramm zur Festlegung von Vorranggebieten für Windenergienutzung mit Ausschlusswirkung auf, um zu verhindern, dass Windkraftanlagen/Windenergieanlagen (WKA/WEA) privilegiert im Außenbereich gebaut werden können. Ausweislich Seite 6 f. der Beschlussvorlage 2022/295 vom 25.08.2022¹, der am 07.09.2022 vom Ausschuss für Raumordnung zugestimmt wurde, wurden in der Kategorie „Natur und Artenschutz“ bei der Festlegung der Flächenkulisse die folgenden Belange berücksichtigt:

- Geschützte Biotope,
- Kompensationsflächen,
- Schutzgebiete im Umfeld der Potentialfläche und
- Prüfung der Erforderlichkeit eines vorsorgeorientierten Schutzabstandes sowie
- Brutplätze kollisionsgefährdeter bzw. sehr störungsempfindlicher Vogelarten.

Letzteres gilt allerdings lediglich für Seeadler, Rotmilan und Uhu und lediglich im Nahbereich nach Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG, nicht für die Prüfbereiche.

Im Übrigen heißt es:

„Für die weiteren in Anlage 1 zu § 45b BNatSchG benannten kollisionsgefährdeten Vogelarten liegen keine hinreichend aktuellen und belastbaren Daten zu Brutvorkommen im Kreisgebiet vor. (Datenbasis: NLWKN 2019)“

¹ Vgl. [Vorlagendokument \(landkreis-lueneburg.de\)](https://www.landkreis-lueneburg.de), zuletzt abgerufen am 15.11.2022

Dies zeigt exemplarisch, dass es derzeit für viele schlaggefährdete Vogelarten noch immer keine belastbaren Daten für artenschutzrechtliche Prüfungen auf der Planungsebene gibt mit der Folge, dass 12 der 15 in der Anlage 1 gelisteten schlaggefährdeten Vogelarten gar nicht und für die drei Arten nur eine sehr eingeschränkte regionalplanerische Berücksichtigung in Aussicht steht.

2. Hessen: WKA-Erlass und Teilregionalplan Energie Nordhessen

Bereits im hessischen WKA-Erlass vom 29.11.2012² ist geregelt, dass eine vertiefte Untersuchung von Umweltbelangen auf regionalplanerischer Ebene nicht notwendig sei und eine detaillierte Berücksichtigung erst auf der Genehmigungsebene erfolge. So heißt es auf Seite 31 des WKA-Erlasses:

„In der Regionalplanung sind artenschutzrechtliche Belange in einer dieser übergeordneten Planungsebene angemessen Form zu prüfen. Grundlage hierfür bilden die landesweiten Artgutachten mit der gestuften Ermittlung des räumlichen Konfliktpotenzials der windkraftempfindlichen Vogelarten (PNL 2012). Dieses Gutachten bildet eine ausreichende Datengrundlage, um einen im Hinblick auf Artenschutzbelange möglichst konfliktarmen Ausbau der Windenergienutzung zu gewährleisten. Vertiefende Untersuchungen zum faunistischem Konfliktpotenzial sind daher gegenwärtig auf der Ebene der Regionalplanung nicht erforderlich.

Im Rahmen der Flächennutzungsplanung der Gemeinden können ggf. zusätzliche Untersuchungen erforderlich sein, um auf konkrete örtliche Besonderheiten einzugehen. Genauere Untersuchungen sind auch insbesondere im Hinblick auf die die transparente Abarbeitung der artenschutzrechtlichen Erfordernisse des § 44 Abs. 1 BNatSchG bei der Vorhabenplanung der konkreten WKA-Standorte und daher für die Genehmigungsebene von Relevanz. Im Folgenden werden schwerpunktmäßig die auf der Genehmigungsebene vorzusehenden Schritte in der Vorgehensweise näher beschrieben.“ (Hervorhebung durch Unterzeichner)

² Vgl. [WKA-Erlass20121129endgültig \(hessen.de\)](https://www.hessen.de/medien/2012/11/29/wka-erlass-2012-11-29), zuletzt abgerufen am 15.11.2022

Dies zeigt sich auch an dem konkreten Beispiel des Teilregionalplans Energie Nordhessen³. Der dazugehörige Umweltbericht⁴ erklärt auf Seite 4, vertiefende artenschutzrechtliche Untersuchungen seien unerlässlich für eine naturschutzfachliche Prüfung und Zustimmung auf der späteren Genehmigungsebene. Auf Seite 6 heißt es, die textlichen Planungen setzten keinen Rahmen für UVP-pflichtige Vorhaben oder eine FFH-Verträglichkeitsprüfung.

3. Rheinland-Pfalz: Landesentwicklungsprogramm

In Rheinland-Pfalz gibt es zwar derzeit keine steuernde Regionalplanung mit Ausschlusswirkung, jedoch regelt das Landesentwicklungsprogramm (Vierte Teilfortschreibung LEP IV vom 12.04.2022)⁵, dass die natur- und artenschutzrechtlichen Belange erst auf der Genehmigungsebene zu prüfen seien, da konkrete (Umwelt-) Auswirkungen erst abhängig vom jeweiligen Standort ermittelt und Ausgleichs- und Vermeidungsmaßnahmen festgesetzt werden können. Bei Bedarf erfolgt auch eine FFH-Verträglichkeitsprüfung im Rahmen der planerischen Konkretisierung auf der Genehmigungsebene. Hier sind also die Immissionsschutzbehörden gefragt, und erst auf dort erfolgt eine artenschutzrechtliche Prüfung.

4. Nordrhein-Westfalen: Regionalpläne Düsseldorf und Märkischer Kreis-Olpe-Siegen/Wittgenstein

- a. Im Regionalplan (RP) Düsseldorf werden Flächen an der Start- und Landebahn des ehemaligen Militärflughafens Elmpt im Kreis Viersen als Windkraftvorranggebiete dargestellt, obwohl es sich aufgrund der Bedeutung für den Ziegenmelker um ein faktisches Vogelschutzgebiet handelt.

Ausweislich der Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogel Lebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten der

³ Vgl. [Regionalplan und Teilregionalplan Energie | landesplanung.hessen.de](https://landesplanung.hessen.de), zuletzt abgerufen am 21.11.2022

⁴ Vgl. [Microsoft Word - Umweltbericht.docx \(hessen.de\)](#), zuletzt abgerufen am 21.11.2022

⁵ Vgl. [1802-V-18.pdf \(rlp.de\)](#), zuletzt abgerufen am 15.11.2022

Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW) von April 2015⁶ ist der Ziegenmelker stark störungsempfindlich und zeigt ein ausgeprägtes Meideverhalten gegenüber WE. Er gilt daher bezüglich seiner Brutplätze als windkraftsensible Art. Die LAG VSW empfiehlt in ihrer Fortschreibung des „Helgoländer Papiers“ einen Abstand von 500m zu Brutgebieten des Ziegenmelkers.

Für den ehemaligen Militärflughafens Elmpt liegt ein Genehmigungsantrag für 7 Windenergieanlagen bereits vor. Die Relevanz für den Ziegenmelker wurde zwar erst nach Aufstellung des RP erkannt.⁷ Dies zeigt jedoch umso deutlicher, dass eine artenschutzrechtliche Prüfung bei Aufstellung des RP nicht oder nicht hinreichend stattgefunden hat.

- b. Für den noch in Aufstellung befindlichen RP Märkischer Kreis-Olpe-Siegen/Wittgenstein⁸ hat die zuständige Bezirksregierung eine systematische Suche nach geeigneten Flächen durchgeführt, bei der jedoch die windkraftkritischen Arten mit veralteten und nicht konsistenten Daten einbezogen wurden. Zum Vorkommen von Rotmilan und Schwarzstorch in den Windenergievorrangbereichen wurden keine eigenen Untersuchungen vorgenommen. Es erfolgte lediglich eine Abfrage von Daten des Landesamts für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (LANUV) über das Fachinformationssystem „Geschützte Arten in Nordrhein-Westfalen“ unter der Rubrik „Messtischblätter in Nordrhein-Westfalen“ (MTB-Abfrage gem. FIS-NRW, vgl. Steckbrief in Anlage 1 zum Umweltbericht zur Neuaufstellung des Regionalplanes Arnsberg, Räumlicher Teilplan Märkischer Kreis-Olpe-Siegen/Wittgenstein⁹). Auf Seite 53 des Umweltberichts heißt es:

⁶ Vgl. [03 - LAG-VSW - Abstandsempfehlungen BzV.indd \(vogelschutzwarten.de\)](#), S. 17, 19, zuletzt abgerufen am 16.11.2022

⁷ Vgl. [Anhörung zur Erweiterung des Vogelschutzgebietes im Bereich des ehemaligen Militärflughafens Elmpt | Bezirksregierung Düsseldorf \(nrw.de\)](#), zuletzt abgerufen am 16.11.2022

⁸ Vgl. [Räumlicher Teilplan Märkischer Kreis - Kreis Olpe - Siegen-Wittgenstein \(in Neuaufstellung\) | Bezirksregierung Arnsberg \(nrw.de\)](#), zuletzt abgerufen am 16.11.2022

⁹ [umweltbericht_komplett_mit_anlagen.pdf \(nrw.de\)](#), [Geschützte Arten in Nordrhein-Westfalen - Einleitung \(nrw.de\)](#), zuletzt abgerufen am 16.11.2022

„Auf der Planungsebene der Raumordnung kann zum Artenschutz lediglich eine überschlägige Risikoabschätzung dazu erfolgen, welche artenschutzrechtlichen Konflikte mit einzelnen Festsetzungen verbunden sein könnten. Eine Erfassung aller für eine Letztentscheidung notwendigen faunistischen Daten bereits auf der Ebene der Regionalplanung ist i. S. d. § 8 Abs. 1 S. 3 ROG aufgrund des Inhaltes und Detaillierungsgrades des Regionalplanes nicht angezeigt.“

Es fehlt daher an einer aktuellen Auseinandersetzung mit dem Artenschutz, sodass dieser völlig auf die Genehmigungsebene verschoben wird.

5. Schleswig-Holstein: Raumordnungspläne Windenergie

In Schleswig-Holstein wurden aufgrund der gerichtlich festgestellten Unwirksamkeit von (Teil-) Fortschreibungen aller Regionalpläne zur Ausweitung von Eignungsgebieten für Windenergienutzung neue Raumordnungspläne für Windenergie aufgestellt.¹⁰ Darin werden Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung festgelegt, also alle anderen Flächen nicht mehr für die Windkraftnutzung zur Verfügung stehen, also auch als Alternativen in einer Abweichungsprüfung gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG ausscheiden.

Bei der Festlegung von Vorranggebieten wurden mehrere Flächen ausgewählt, die in Beeinträchtigungsbereichen für Seeadler liegen, beispielsweise für die Gemeinde Passade.¹¹ Daher wäre der Vorrang für Windenergie nur möglich gewesen, wenn ein positives artenschutzrechtliches Gutachten sowie ein abschließendes positives schriftliches Votum des Landesamts für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume (LLUR) vorgelegen hätte. Da diese Kriterien nicht erfüllt waren, jedoch von der zuständigen Behörde eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG in Aussicht gestellt wurde, wurde auf der Ebene der Regionalplanung angenommen, dass der Vorrang der Windenergie sich auf nachfolgenden Verfahrensebenen durchsetzen könne.

Dieses Vorgehen verlagert also einen - immerhin wegen der „Prominenz“ der Art

¹⁰ Vgl. [schleswig-holstein.de - Regionalpläne](https://www.schleswig-holstein.de), zuletzt abgerufen am 16.11.2022

¹¹ Vgl. [Datenblaetter_PLO_PR2.pdf \(schleswig-holstein.de\)](#), S. 4 ff., zuletzt abgerufen am 16.11.2022

Seeadler und der zu ihm guten Datenbestände erkannten - Artenschutzkonflikt auf die Genehmigungsebene und plant außerdem „in die Ausnahme hinein“.

Dieses Vorgehen ist fehlerhaft und beinhaltet zudem einen „Zirkelschluss“. Dies führt im Ergebnis dazu, dass eine aus Artenschutzgründen eigentlich ungeeignete Fläche Vorrangfläche wird, während artenschutzrechtlich geeignete Flächen im Rahmen der Abwägung oder nach nur „weichen“ Tabukriterien ausgeschieden werden. In der Genehmigung dann scheiden aus der Perspektive der Genehmigungsbehörde die zuvor planerisch ausgeschiedenen Flächen als räumliche Alternative aus. Damit schafft das Hineinplanen in die Ausnahme also rechtswidrig erst deren Voraussetzungen.

Bei einer nachträglichen Deklaration so ausgewählter Vorranggebiete für Windenergie zu einer „go to-area“ würde mithin weder eine Option für Schutzauflagen noch für eine Versagung von Ausnahmen bestehen. Diese Konstellation zeigt besonders deutlich, dass eine Abhandlung des Natur- und Artenschutzrechts auf Planungsebene nicht ausreichend ist und eine nachträgliche Deklaration von Vorranggebieten zu „go to-areas“ zu eklatanten Verstößen gegen das Artenschutzrecht führen würde.


Nebelsieck LL.M

Fachanwalt für Verwaltungsrecht


Schnelle

Fachanwältin für Verwaltungsrecht