

Planungshemmnisse – wenig Hilfe durch die Rechtsprechung

Planungshemmnisse durch rechtswissenschaftliche
Grundlagenarbeit abbauen!

von Jan Weber

Ein Geflecht aus Hemmnissen

Projektierer von Windparks stoßen auf stetig zunehmende Planungshemmnisse, die sich akut zu einem undurchdringlichen Knoten zu verdichten scheinen. Verfahrensabläufe, ob auf übergeordneten Planungsebenen oder der projektspezifischen Genehmigungsebene, beanspruchen dadurch inzwischen Zeiträume, die den vom EEG bzw. seiner Novellierung diktierten wirtschaftlichen Erfordernissen diametral entgegenlaufen. Immer öfter sorgen neue Gewichtungen bisher wenig beachteter Belange z.B. der Flugsicherheit, der Raumplanung oder dem Artenschutz für das Scheitern von Vorhaben oder gar für das Scheitern von übergeordneten Plänen. Die Wechselwirkungen können mit dem Stichwort „steckengebliebene Verfahren“ illustriert werden.

Rekapituliert man diese Entwicklung, stellt man rasch fest, dass oberhalb der projektbezogenen Handlungsebene (Pro-



jektierer / Behörden) vor allem zwei „Akteure“ der aktuellen Situation ihren Stempel aufgedrückt haben: Die anscheinend öffentlich berufenen Fachleute und die Richter, während der dritte „Akteur“, die Politik, nur vage in Erscheinung tritt, wenn die im Sinne der beiden vorgenannten „Akteure“ gefestigten Standards per untergesetzlicher Regelung (Erlasse, Leitfäden) in den Vollzug gesetzt werden.

Fachliche Standardsetzung

In drei Fachbereichen fallen die Auswirkungen von sich verfestigenden „Standards“ besonders auf:

Flugsicherung: Aus den internationalen ICAO-Spezifikationen¹ wurden neue nationale Bewertungsparameter zur Prüfung der Vereinbarkeit von Windenergieanlagen mit Funknavigationseinrichtungen (Drehfunkfeuer) im Sinne des § 18 LuftVG entwickelt, die plötzlich zur massenhaften Beeinträchtigung von Windenergievorha-

¹ International Civil Aviation Organization – ICAO; besonders Annex 10, Vol. I, i.V.m. ICAO DOC 8071

ben innerhalb eines neuen 15-km-Prüfradius' führten. Verschärfend tritt ein technisch intransparentes Prüfverfahren der Deutschen Flugsicherung (DFS) hinzu, deren Legitimation zudem als Standardsetzer und zugleich Prüfer fragwürdig erscheint.

Raumplanung: Ausgelöst durch die Urteile des BVerwG², des OVG Berlin-Brandenburg³ wurden etliche Bauleit- und Regionalpläne kassiert. Heute wirken sich die in den Urteilen aufgestellten hohen fachlichen Ansprüche vor allem als massive Bremse in den Neuaufstellungen oder Fortschreibungen aus. Solange die alten Pläne weiter wirksam sind und dadurch Windenergievorhaben außerhalb der längst veralteten Eignungsflächenkulisse ausschließen, sind Projekte selbst dann blockiert, wenn sie eigentlich die in Aufstellung befindlichen Eignungskriterien erfüllen. Will man nicht den – ebenfalls zeitraubenden – Klageweg beschreiten, kann der Projektierer nur geduldig eine zukünftige Planreife abwarten; allzu oft ist dieses nicht mehr vor 2017⁴ zu erwarten.

Artenschutz: Bereits Anfang der 2000er Jahre haben artenschutzfachliche Bedenken von staatlichen Stellen und Naturschutzverbänden den (vermeintlichen) Konflikt zwischen Artenschutz und Windenergienutzung heraufbeschworen. Für

so genannte kollisionsgefährdete Artengruppen (Vögel, Fledermäuse) hatte man sich sehr schnell auf bestimmte Vermeidungsmaßnahmen eingestimmt. Neben dem simplen Verzicht auf Standorte (praktisch: Genehmigungsversagung) wurde überwiegend auf Betriebseinschränkungen (Abschaltungen) gesetzt. Forschungsvorhaben⁵ sollten die technischen Rahmenbedingungen ausleuchten, besorgten jedoch weit jenseits ihres eigentlichen Auftrags hinaus die wissenschaftliche (?) Legitimierung des vorab postulierten Ansatzes. Indem man sich auf diesen Lorbeer ausruhte, wurden andere Lösungsansätze vollkommen vernachlässigt, sodass in der Folge auch im Bereich der Rechtsprechung keine – vielleicht auch praxisnäheren – Alternativen denkbar wurden. Eine vorerst finale Verfestigung erfährt dieser Ansatz durch die Zug um Zug aufgestellten Ländererlasse, die als untergesetzliche Regelwerke alternative Lösungsansätze im Rahmen von übergeordneten Planungen und Genehmigungsverfahren auf institutioneller Ebene kaum mehr zulassen.

Rechtsprechung

Aus der jüngeren Rechtsprechung erfährt man ein unklares Bild. Zuweilen wider-

sprüchliche Entscheidungen verunsichern, und wenn sich Richtungen herauschälen, folgen sie fachlich vorgegeben Tendenzen, besonders im Artenschutz oder in der Flugsicherung, deren fachliche Alleingültigkeit alles andere als abgesichert zu sein scheint. Mit der Vergabe einer Einschätzungsprärogative⁶ an die durch Erlasse schon fachlich gebundenen Behörden schließt sich der (Teufel-) Kreis. Damit werden nicht nur alternative fachliche Ansätze (Expertisen) entwertet, sondern die Rechtsprechung entzieht sich selber der Pflicht zur eigenständigen Sachverhaltsermittlung und -bewertungen. So jüngst geschehen bei dem Urteil des OVG Lüneburg⁷. Hier wurde der Deutschen Flugsicherung (DFS) eine Einschätzungsprärogative zugestanden und gleichzeitig die Anhörung externer Expertisen verweigert.

Hinsichtlich des Artenschutzes hat die Rechtsprechung⁸ den Knoten besonders eng gezogen, indem sie den Naturschutzbehörden nicht nur eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zugestanden hat, sondern auch einen Pseudomaßstab für deren Prüfung durch die Erfindung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos („Signifikanztheorem“) geliefert hat⁹. Dieses erweist sich jedoch als „Gleichung mit zwei Unbekannten“, da die

² Bundesverwaltungsgericht – BVerwG 4 CN 1.11 vom 13.12.2012

³ Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg – OVG 2 A 2.09 vom 24.02.2011

⁴ Ab 2017 wird das reformierte EEG tiefgreifend veränderte Rahmenbedingungen schaffen, die voraussichtlich besonders kleineren Projektierern das (Über-) Leben schwer machen werden.

⁵ z.B. das BMU-Forschungsvorhaben: Brinkmann, R. et. al.: „Entwicklung von Methoden zur Untersuchung und Reduktion des Kollisionsrisikos von Fledermäusen an Onshore-Windenergieanlagen“, 2011

⁶ Vorrecht der Behörde, Bewertungen entsprechend der eigenen Einschätzung im Hinblick auf tatsächliche Gegebenheiten zu fassen.

⁷ Oberverwaltungsgericht Lüneburg – OVG 12 ME 39/14 vom 22.01.2015. Das Verfahren beschäftigte sich mit dem entgegenstehenden Belang des §18 LuftVG durch Beeinträchtigung eines Drehfunkfeuers.

⁸ Oberverwaltungsgericht Magdeburg – OVG 2 L 80/11 vom 16.05.2013

⁹ Hierzu auch: Willmann, S.: „Die Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative – Wer hat das Sagen?“, in der Reihe K:WER-Schriften, Geßner, J. u. Willmann, S. (Hrsg.) „Abstände zu Windenergieanlagen – Radar, Infrastruktureinrichtungen, Vögel und andere (un)lösliche Probleme?“ Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015; und: Brandt, E.: „Tötungsrisiko und Einschätzungsprärogative“; zugleich Anmerkung zum Urteil des OVG Magdeburg vom 16.05.2013, NuR 2013, S. 14, Natur und Recht (NuR) 2013, S. 482-484

Leitartikel

Wirkung einzelner Kollisionen auf den Bestand einer Art (es geht um Artenschutz, nicht um Tierschutz!) nicht geklärt ist, ja sogar die Größe von Populationen, z.B. praktisch aller Fledermausarten, schlicht nicht einmal bekannt ist. Ein Populationsbezug, der durch das Unionsrecht (FFH-Richtlinie) klar vorgegeben ist, wird ausgeblendet.

Lösungsansätze?

Auf fachlicher Ebene

Besonders für den einzelnen Projektierer bleibt kurzfristig nur übrig, den vorhandenen fachlichen Werkzeugkasten möglichst kreativ zu nutzen. Beim Thema Flugsicherung sind die Möglichkeiten begrenzt. Allein mit Fachgutachten, die nicht mit dem Ergebnis der DFS übereinstimmen, kommt man nicht weit.

Die Bauleit- und Regionalplanung müht sich nach besten Wissen den Anforderungen der Vorgaben aus der Rechtsprechung gerecht zu werden. Das planerische Know-How ist zweifellos vorhanden, allein die exorbitanten Zeiträume zur Planaufstellung stellen das eigentliche Projektierungshemmnis dar.

Beim Artenschutz kann der Projektierer versuchen, die landschaftsplanerische Maßnahmenpalette auszuschöpfen oder mit Geschick auf zu weiten. Einen Überblick verschafft bspw. der jüngst veröffentlichte Maßnahmenkatalog der Fachagentur Windenergie an Land¹⁰. Der plane-

rischen Kreativität sind jedoch enge Grenzen gesetzt, nicht zuletzt aufgrund der Vorgaben aus Erlassen und eng auslegenden der Rechtsprechung. Natürlich sollte weiterhin versucht werden, neue praxisorientierte Lösungsansätze zu entwickeln und zu demonstrieren, um fachlich fundiert Alternativen, wenigstens auf der Ebene von Maßnahmen bei Behörden und Erlassgebern, zu platzieren, und somit Genehmigungsversagungen oder unwirtschaftliche Beauftragungen zu vermeiden.

Auf rechtswissenschaftlicher Ebene

Die wenig Orientierung (oder Hoffnung) verschaffende Situation in der aktuellen Rechtsprechung benötigt neue gedankliche Anstöße. Die Frage nach dem Sinn einer Einschätzungsprärogative in einem fachlich unsicheren Terrain muss gestellt werden dürfen. Ebenso die Frage nach dem Sinn der aktuellen Auslegung des Tötungsverbots des § 44 Abs. 1 BNatSchG und damit verbunden die Öffnung hin zu alternativen praxisnahen Lösungen, die wieder vermehrt Ansätze aus der Eingriffsregelung aufnehmen und den Bezug zum Bestand und zur Entwicklung bestimmter Artenpopulationen herstellen. Hier ist auf die Verdienste der Koordinierungsstelle Windenergierecht (K:WER) der Technischen Universität Braunschweig¹¹ hinzuweisen, die sich dieser Arbeit verschrieben hat, nämlich der (Auf-) Klärung eines offenbar unsicheren rechtlichen Handlungsfeldes und der Identifizierung

und Einforderung wissenschaftlicher Standards und rechtshandwerklicher Präzision.

Dieses sollte von allen Seiten unterstützt werden. So besteht die Möglichkeit materielle Hilfestellung und gleichzeitig problemorientierten Input über einen Förderverein¹² einzubringen. Damit können Themen im Spannungsfeld Windenergie und Recht gesetzt werden und akute Brennpunkte schnell einer wissenschaftlichen Analyse und Orientierung zugefügt werden.

¹⁰ Bulling, L., Sudhaus, D. et. al.: „Vermeidungsmaßnahmen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen – Bundesweiter Katalog von Maßnahmen zur Verhinderung des Eintritts von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen nach § 44 BNatSchG“; Fachagentur Windenergie an Land, Berlin, 2015

¹¹ **Koordinierungsstelle Windenergierecht (K:WER)**, Lehrstuhl Staats- und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften Technische Universität Braunschweig, Bienroder Weg 87, 38106 Braunschweig, info@k-wer.net, www.k-wer.net

¹² Verein zur Förderung der *Koordinierungsstelle Windenergierecht* e.V. (VR 8211), Eisenhartstr.18, 14469 Potsdam, jh.glahr@k-wer.net