



Masterarbeit:

Windenergieanlagen und Rotmilan

Untergesetzliche Regelungen für den besonderen Artenschutz in ausgewählten Bundesländern

zur Erlangung des akademischen Grades Master of Science (M.Sc.)

Eingereicht von B.Sc. Severin von Woyna
Matrikelnummer: 03668353,
Masterstudiengang: Umweltplanung und Ingenieurökologie

Betreut von Dr. Klaus Pukall, Lehrstuhl für Wald und Umweltpolitik
Dr. Wolfgang Zehlius-Eckert, Lehrstuhl für Strategie und Management
der Landschaftsplanung

Eingereicht am 1.06.2018

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	1
1. Einleitung	2
2. Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen und Rotmilan	4
2.1. Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen.....	4
2.2. Besonderer Artenschutz für den Rotmilan	6
2.2.1. Prüfung der Zugriffsverbote	8
2.2.2. Prüfung von Vermeidungsmaßnahmen.....	10
2.2.3. Prüfung der artenschutzrechtlichen Ausnahme.....	11
2.3. Bedeutung von Untergesetzlichen Regelungen für den Verwaltungsvollzug	12
3. Untergesetzliche Regelungen für den Ausbau der Windenergie und den Rotmilan in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz	14
3.1. Untergesetzliche Regelungen in Baden-Württemberg	15
3.1.1. Bestandserfassung des besonderen Artenschutzes	15
3.1.2. Bewertung des besonderen Artenschutzes.....	17
3.1.3. Vermeidungsmaßnahmen	18
3.1.4. Hinweise zur artenschutzrechtlichen Ausnahme	19
3.1.5. Besonderheiten in Baden-Württemberg.....	20
3.2. Untergesetzliche Regelungen in Rheinland-Pfalz	20
3.2.1. Bestandserfassung des besonderen Artenschutzes	20
3.2.2. Bewertung des besonderen Artenschutzes.....	22
3.2.3. Vermeidungsmaßnahmen	24
3.2.4. Hinweise zur artenschutzrechtlichen Ausnahme	24
3.2.5. Besonderheiten in Rheinland-Pfalz	25
4. Darlegung der Methode	25
4.1. Ländervergleich.....	25
4.2. Problemzentrierte Interviews.....	26
4.3. Auswahl der Interviewpartner.....	27
4.4. Qualitative Inhaltsanalyse	28
4.5. Bestimmung von Qualitätskriterien zur Auswertung	29
5. Ergebnisse der problemzentrierten Interviews	34
5.1. Aussagen zur Bestandserfassung in der Praxis	35
5.2. Aussagen zur Bewertung des besonderen Artenschutzes in der Praxis.....	40
5.3. Aussagen zur Anwendung von Vermeidungsmaßnahmen.....	44
5.4. Einschätzungen zur Aussicht auf eine artenschutzrechtliche Ausnahme	48
6. Diskussion	58
6.1. Diskussion der Methode.....	58
6.2. Diskussion der Ergebnisse	61
7. Erkenntnisse.....	63
8. Handlungsempfehlungen.....	65

Quellenverzeichnis	69
Literatur	69
Gerichtsurteile.....	71
Internetquellen	71
Software.....	72
Danksagung	72
Erklärung	72
Anhang	73
Anhang 1: Leitfaden – problemzentriertes Interview	73
Anhang 2: Projektarbeit von Woyna (2017): Normative Setzungen für den Rotmilan – das Spannungsfeld zwischen Artenschutz und Ausbau der Windenergie am Beispiel des Dichtezentrum-Konzepts für den Rotmilan in Baden-Württemberg	76
Anhang 3: Nachweis Windenergieerlasse und wichtige windspezifische Dokumente (Schwarzenberg et al 2016, S. 23-29)	104

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Prüfschema besonderer Artenschutz - einzelne Prüfschritte und Verantwortlichkeit.....	7
Abbildung 2: Synoptische Karte und Rasterbildauswertung (LUBW 2015, S. 22).	17
Abbildung 3: Fallgruppen des Dichtezentrumkonzepts (von Woyna 2017, S. 12)	19
Abbildung 4: Aktionsraum als 75% Kernel (Gelpke et al 2014 in LfU RLP 2017, S. 10).....	22
Abbildung 5: Standardisierte Ortspunkte und skizzierte Fluglinien (Sommerfeld in LfU RLP 2017, S. 9, 15).....	22
Abbildung 6: Anforderungskomplexe an den Verwaltungsvollzug - magisches Dreieck und Qualitätskriterien	34

Abkürzungsverzeichnis

BWE	Bundesverband Windenergie
CEF	Continuous Ecological Functionality
FCS	Favourable Conservation Status
FFH	Flora Fauna Habitat
ONB	Obere Naturschutzbehörde
MCP	Minimum Convex Polygon
PZI	Problemzentriertes Interview
RNA	Raumnutzungsanalyse
saP	spezielle artenschutzrechtliche Prüfung
TöB	Träger öffentlicher Belange
UNB	Untere Naturschutzbehörde
WEA	Windenergieanlage

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Masterarbeit die gewohnte männliche Sprachform bei personenbezogenen Substantiven und Pronomen verwendet. Dies impliziert jedoch keine Benachteiligung des weiblichen Geschlechts, sondern soll im Sinne der sprachlichen Vereinfachung als geschlechtsneutral zu verstehen sein.

Zusammenfassung

Der Ausbau der Windenergie in Deutschland und der Schutz des Rotmilans (*Milvus milvus*) sind ein brisantes Thema, das sich in einen Zielkonflikt zwischen den öffentlichen Interessen an dem Artenschutz und dem Umweltschutz zuspitzt. Der Fokus dieser Masterarbeit wird auf den Verwaltungsvollzug des besonderen Artenschutzes des Bundesnaturschutzgesetzes in Form der Zugriffsverbote (§44 BNatSchG) und der artenschutzrechtlichen Ausnahme (§45 BNatSchG) gelegt. Untergesetzliche Regelungen der Bundesländer interpretieren und konkretisieren den Rahmen für den Verwaltungsvollzug im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen. Während die Genehmigungspraxis in einem Bundesland vereinheitlicht wird, unterscheidet sie sich zu anderen. Im Entscheidungsspielraum der Einschätzungsprärogative haben neben sachlichen Qualitätskriterien auch die individuelle Haltung der Sachbearbeiter und die Handlungsmöglichkeit der Politik einen bedeutsamen Einfluss, was einen sachgerechten Verwaltungsvollzug erschwert.

Normkonkretisierende Elemente im Dichtezentrum-Konzept für den Rotmilan in Baden-Württemberg zeigen zwar einen Verwaltungsweg in die artenschutzrechtliche Ausnahme auf, bisher überwiegt jedoch die strengere Schutzkategorie, eine artenschutzrechtliche Ausnahme ist nicht erteilt worden. In problemzentrierten Interviews mit Vertretern der Naturschutzbehörden und Vorhabensträgern wird ein Ländervergleich angestellt. Dieser deckt auf, dass in Rheinland-Pfalz mit keiner artenschutzrechtlichen Ausnahme zu rechnen ist, während in Baden-Württemberg die Voraussetzungen dafür weitestgehend geschaffen sind und mit einem Präzedenzfall gerechnet wird.

Die Masterarbeit kommt zu dem Schluss, dass untergesetzliche Regelungen geeignet sind, den Rahmen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme für den Rotmilan zu setzen, auch wenn die artenschutzrechtliche Ausnahme selbst kein Lösungsinstrument für die Konfliktbewältigung zwischen Ausbau der Windenergie und dem Schutz des Rotmilans darstellt. Dafür sind umfassende untergesetzliche Regelungen erforderlich. Abschließend werden Handlungsempfehlungen aufgeführt, um den Verwaltungsvollzug für den besonderen Artenschutz des Rotmilans angesichts des Ausbaus der Windenergie zukünftig zu verbessern.

Abstract

Development of wind energy in Germany and conservation of the red kite (*milvus milvus*) is a controversial topic, which culminates in a conflict of public interests between species conservation and environmental protection. This master thesis focuses on administrative performance according to the Federal Nature Conservation Act (Bundesnaturschutzgesetz), in particular on species conservation (Zugriffsverbote) and cases in which exceptions of species conservation are permitted (artenschutzrechtliche Ausnahme). Ordinances of the federal states (Bundesländer) influence administrative performance, which leads to a diverging interpretation between those federal states. The acting nature conservation authority is entitled to an assessment prerogative, in which not only criteria on quality but also on individual viewpoints on the attitudes towards the topic as well as influence of politicians affects the authorisation procedure of wind turbines.

Standard specifications in Baden-Wuerttemberg identifies an administrative channel towards an exception of conservation (artenschutzrechtliche Ausnahme), yet the restrictions

outbalance the new procedure. Guided Interviews (problemzentrierte Interviews) with representatives of nature conservation authorities as well as wind energy projects enable a comparison between the states. It reveals an unlikely chance to award an exception of conservation for the red kite in Rhineland-Palatinate, whereas a precedence is a matter of time in Baden-Wuerttemberg, due to the strength of their specific standards. The master thesis concludes with recommendations in order to enhance the future strength of implementation of the administrative handling guidelines, with the long term aim revolving the conflict between development of wind energy and the protection of the red kite in Germany.

1. Einleitung

Die energiepolitischen Ziele Deutschlands haben sich 2011 mit der Reaktorkatastrophe von Fukushima und dem erneuten Kernenergieausstieg der Bundesregierung stark gewandelt. Erneuerbare Energien sind eine tragende Säule der Energiewende. Einen wesentlichen Beitrag zur Stromerzeugung aus regenerativen Energiequellen stellt die kostengünstige und flächensparsame Nutzung von Windenergie an Land dar.

Die Zulässigkeit von Windenergieanlagen (WEA) regelt das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren. Naturschutzfachliche Fragestellungen spielen dabei häufig eine bedeutsame Rolle, insbesondere der Artenschutz des Rotmilans, für dessen Schutz und Erhalt Deutschland eine besondere Verantwortung trägt, weil „mehr als die Hälfte aller auf der Welt vorkommenden Rotmilane“ in Deutschland brüten (BfN 2016, Projektsteckbrief Verantwortungsarten).

Das öffentliche Interesse sowohl an der umweltfreundlichen Energieerzeugung durch Windenergie als auch an dem besonderen Artenschutz des Rotmilans erzeugen ein Spannungsverhältnis. Der Minister für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft in Baden-Württemberg Franz Untersteller stellt fest, dass „viele geplante Windkraftprojekte im Land {...} bereits an den strengen Vorgaben des Artenschutzes gescheitert“ sind, obwohl sich „die großen Umwelt- und Naturschutzverbände im Land {...} klar zum Ausbau der Windenergie bekannt haben“ und gemeinsam das Ziel verfolgen, „sowohl einen wirksamen Artenschutz als auch den Ausbau der Windkraft in Baden-Württemberg weiter voranzubringen“ (Pressemitteilung Umweltministerium BaWü, 17.09.2017).

Untergesetzliche Regelungen auf Landesebene helfen sowohl den Behörden als auch den Vorhabensträgern, einerseits die gesetzlichen Anforderungen auszulegen, andererseits den aktuellen Wissensstand zu genehmigungsrelevanten Themen aufzuzeigen. Sofern die untergesetzlichen Regelungen für untergeordnete Behörden einen verbindlichen Charakter entfalten, sind normkonkretisierende Elemente für den Verwaltungsvollzug von großer Bedeutung. Ein solches stellt das Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg dar. Wenn sich der Pufferabstand von 3.300 m von mindestens 4 Reviermittelpunkten des Rotmilans überlappen, liegt dort ein Dichtezentrum für die Art vor und entfaltet Restriktionen gegenüber dem Ausbau der Windenergie. Dort ist keine artenschutzrechtliche Ausnahme erlaubt, während sie außerhalb ermöglicht wird.

In einer vorangehenden Projektarbeit hat der Autor dieser Masterarbeit die Fragestellung untersucht, welche normativen Setzungen in dem Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg getroffen werden, ob es sich eignet die Anforderungen an eine

artenschutzrechtliche Ausnahme zu erfüllen und wie Gerichte mit untergesetzlichen Regelungen umgehen (von Woyna 2017, siehe Anhang 2). In dieser Projektarbeit wird aufgezeigt, dass sich das Dichtezentrum-Konzept eignet, Anforderungen an die artenschutzrechtliche Ausnahme zu konkretisieren und damit einen Verwaltungsweg eröffnet. Gleichzeitig soll der Schutz des Rotmilans aufrechterhalten und sein günstiger Erhaltungszustand gesichert werden.

Darauf aufbauend geht die Masterarbeit der praktischen Auswirkung ebensolcher untergesetzlichen Regelungen zu dem Thema Rotmilan und artenschutzrechtlicher Ausnahme nach, indem sowohl Vorhabensträger von WEA-Vorhaben als auch Vertreter von Naturschutzbehörden in zwei unterschiedlichen Ländern mittels problemzentrierter Interviews befragt werden. Der Ländervergleich wird zwischen Baden-Württemberg, mit einem konkreteren untergesetzlichen Regelwerk zur artenschutzrechtlichen Ausnahme, und dem benachbarten Bundesland Rheinland-Pfalz gezogen, das seine Leitfäden zwar aktualisiert, aber keinen konkreten Verwaltungsweg in die artenschutzrechtliche Ausnahme aufzeigt.

Im Fokus steht der besondere Artenschutz, bestehend aus den Zugriffsverboten und der dazugehörigen artenschutzrechtlichen Ausnahme des Bundesnaturschutzgesetzes (§44-45 BNatSchG) bezogen auf den Rotmilan im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren von WEA. Die Besonderheit liegt darin, dass es eine artenschutzrechtliche Ausnahme für den Rotmilan im Zuge eines Genehmigungsverfahrens für WEA nach bisheriger Erkenntnis nicht gegeben hat¹, es würde ein Novum darstellen. Es geht also darum, ob konkretisierende und interpretierende Handlungsleitfäden speziell bezogen auf die artenschutzrechtliche Ausnahme eine solche tatsächlich ermöglichen, ob sie auch ohne solche Handlungsanweisungen möglich ist oder aus anderen Gründen schon nicht in Frage kommt.

Daraus leitet sich folgende Forschungsfrage ab:

Welche Auswirkungen haben untergesetzliche Regelungen der Bundesländer auf Windenergievorhaben mit artenschutzrechtlichen Problem nach §44 BNatSchG bezogen auf den Rotmilan und wie wird argumentiert, ob diese eine artenschutzrechtliche Ausnahme nach §45 BNatSchG ermöglichen können?

Ziel dieser Masterarbeit ist es, untergesetzliche Regelungen in Form von angewendeten Handlungsleitfäden sowie praktizierte Vorgehensweisen zur Abarbeitung des besonderen Artenschutzes bezogen auf den Rotmilan und den Ausbau der Windenergie zu ermitteln, zu analysieren und zu vergleichen.

Um die Forschungsfrage zu beantworten, wird zunächst die allgemeine Thematik von WEA und Rotmilan aufgespannt (siehe Kap. 2), indem das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren für WEA, der besondere Artenschutz und die Bedeutung von untergesetzlichen Regelungen erläutert werden. Anschließend wird speziell auf ebensolche untergesetzlichen Regelungen in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz eingegangen (siehe Kap. 3) und eine Aufgliederung nach dem Prüfschema des besonderen Artenschutzes vorgenommen, um einen Ländervergleich zu ermöglichen. Für die Datenerhebung mittels problemzentrierten Interviews wird zunächst die Wahl des Ländervergleichs und der

¹ Bisherige Erkenntnisse spiegeln die Interviewergebnisse dieser Arbeit, die Ergebnisse von Grothe & Frey (2016, S. 316) und die kleine Anfrage im Landtag von Baden-Württemberg (Anfrage BaWü 2016, S. 3) wider.

Interviewpartner begründet, bevor auf die methodische Analyse und Auswertung der qualitativen Daten anhand erarbeiteter Qualitätskriterien eingegangen wird (siehe Kap. 4). Die Ergebnisse werden nach dem bereits vorgestellten Prüfschema des besonderen Artenschutzes aufgegliedert (siehe Kap. 5) und gemeinsam mit der Methode anschließend diskutiert (siehe Kap. 6). Abschließend werden die Erkenntnisse bezugnehmend auf die Forschungsfrage dargelegt (siehe Kap. 7) und Handlungsempfehlungen abgegeben (siehe Kap. 8).

2. Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen und Rotmilan

Für den Ausbau der Windenergie² ist der Rotmilan ein brisantes Thema. Das zeigt sich sowohl in der Genehmigungsfähigkeit von WEA, als auch in der Landespolitik. Diese greift in die Genehmigungspraxis ein, indem sie untergesetzliche Regelungen erlässt, die behördenverbindlich sein und somit den Verwaltungsvollzug bestimmen können.

Aus diesem Grund soll dieses große Themenfeld zunächst aufgespannt werden, indem auf das Genehmigungsverfahren von WEA-Vorhaben, den besonderen Artenschutz und die Rolle von untergesetzlichen Regelungen eingegangen wird.

2.1. Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen

Folgend werden die wichtigsten Verfahrensschritte und Aspekte des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens aufgeführt, die für die Fragestellung dieser Masterarbeit relevant sind.

WEA unterliegen einer Genehmigungspflicht (§4 BImSchG), die sich bei einer Gesamthöhe größer 50 m (Nr. 1.6 Anhang 1, 4. BImSchV) nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) richtet³. Heute gängige WEA haben eine Größenordnung von 200 m bis 240 m Gesamthöhe⁴ und dienen der elektrischen Energieerzeugung für die öffentliche Versorgung mit Strom. Der Konzentrationswirkung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens (§13 BImSchG) kommt eine große Bedeutung zu, denn sie schließt alle behördlichen Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen (Blessing 2016, Rn. 683). Die Anforderungen relevanter Fachgesetze werden damit nicht obsolet, sondern werden in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren integriert (Blessing 2016, Rn. 684)⁵.

Für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung von WEA sind drei verschiedene Verfahrensarten möglich: das vereinfachte Verfahren (§19 BImSchG), das förmliche Verfahren (§10 BImSchG) und das förmliche Verfahren mit Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (Blessing 2016, Rn. 690). Das vereinfachte Verfahren ist bei

² Mit „Ausbau der Windenergie“ ist in dieser Masterarbeit nur die Windenergie an Land und nicht offshore, also auf dem Meer gemeint.

³ Bei sogenannten Kleinwindenergieanlagen kleiner 50 m richtet sich das Genehmigungsverfahren nach der Landesbauordnung in Form einer Baugenehmigung ohne Konzentrationswirkung (Blessing 2016, Rn. 681, Rn. 714).

⁴ Die Gesamthöhe einer WEA setzt sich zusammen aus der Nabenhöhe und dem Rotorradius.

⁵ Sogenanntes Huckepackverfahren.

einem Genehmigungsantrag von weniger als 20 WEA möglich (Nr. 1.6 Anhang 1, 4. BImSchV) und soll einen unangemessenen Verwaltungsaufwand und unnötige Belastung des Vorhabensträgers vermeiden, indem etwa keine Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich wird (Blessing 2016, Rn. 691). Das förmliche Verfahren sieht mehrere Verfahrensschritte vor und ist gerade durch die Öffentlichkeitsbeteiligung zeitintensiver. Letztere hat den Vorteil eine Präklusion zu bewirken, dass bei nicht rechtzeitig erhobenen Einwänden diese später nicht mehr geltend gemacht werden können (§10 Abs. 3 Satz 5, und §14 BImSchG). Jedoch ist zweifelhaft, ob die Präklusion im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren noch Gültigkeit beanspruchen kann (Blessing 2016, Rn. 694). Es wird davon ausgegangen, dass Betroffene und Verbände auch ohne zuvor erhobene Einwände klageberechtigt sind (Agatz 2017, S. 55). Noch mehr Zeit nimmt das förmliche Verfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung ein, bei dem zusätzlich die Verfahrensanforderungen des Umweltverträglichkeitsgesetzes (UVPG) zu beachten sind. Ab 3 WEA wird eine standortbezogene Vorprüfung, ab 6 WEA eine allgemeine Vorprüfung mit jeweils geringerer Prüfungstiefe und ab 20 WEA eine vollständige Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich (§5 und Anlage 1 UVPG). Diese Vorprüfungen sind als unselbständiger Teil in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren zu integrieren (§4 UVPG). In dem Zusammenhang ist der Begriff der Kumulation bedeutsam, denn während im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren lediglich die vom Vorhabensträger beantragten WEA berücksichtigt werden, stellt die Umweltverträglichkeitsprüfung auf überschneidende Einwirkungsbereiche mehrerer WEA-Vorhaben oder Bestandsanlagen unabhängig von der Betreiberidentität ab (Agatz 2017, S. 23-24). Die räumlich funktionale Abgrenzung eines Windparks in Form definierter Abstandsradien, die überschneidende Einwirkbereiche verschiedener WEA berücksichtigen, ist nicht vorgegeben und verbleibt damit als Ermessensentscheidung bei der zuständigen Behörde (Agatz 2017, S. 25-31). Zwar bezieht sich die Umweltverträglichkeitsprüfung auf konkret vorhandene Schutzgüter, wie sie etwa für die Vorprüfung in einem Kriterienkatalog aufgelistet werden (Anlage 3 UVPG), jedoch können auch die „artspezifischen Einwirkbereiche in Bezug auf das Schutzgut 'Tier'“ berücksichtigt und damit der besondere Artenschutz einbezogen werden (Agatz 2017, S. 26-27).

Den Ablauf des Genehmigungsverfahrens regelt eine Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes (9. BImSchV). Sobald der Vorhabensträger die Genehmigungsbehörde über das geplante Vorhaben informiert, sollen der zeitliche Ablauf des Genehmigungsverfahrens und mögliche Fragen von erheblicher Bedeutung angesprochen werden, dabei können andere Behörden hinzugezogen werden (§2, 9. BImSchV). Damit soll auch geklärt werden, welche Antragsunterlagen für die Antragsstellung vorgelegt werden müssen. Bei Einreichung des vollständigen Genehmigungsantrags des Vorhabenträgers unterrichtet die Genehmigungsbehörde über den geplanten zeitlichen Ablauf und die zu beteiligenden Behörden (§7 Abs. 2, 9. BImSchV). Es werden von den Trägern öffentlicher Belange (TöB) Stellungnahmen eingeholt, deren Aufgabenbereich von dem Vorhaben berührt werden (§10 Abs. 5 BImSchG). Diese werden von dem Verfahrensführer der Genehmigungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmt (Blessing 2016, Rn. 724) und aufgefordert, innerhalb eines Monats ihre Stellungnahme abzugeben (§11, 9. BImSchV). Die Genehmigungsbehörde ist an die Stellungnahmen der Fachbehörden nicht gebunden, da diese in der Regel nur gehört werden, sie entscheidet letztlich aus eigener Verantwortung (Blessing 2016, Rn. 727). Die Genehmigungsbehörde kann also anders entscheiden, wenn sie dies für sachgerecht hält und muss anders

entscheiden, wenn die Stellungnahme fachlich und rechtlich fehlerhaft ist (Agatz 2017, S. 54) Es geschieht in der Verwaltungspraxis allerdings nur äußerst selten, dass sich die Genehmigungsbehörde über eine fachliche Stellungnahme etwa einer Naturschutzbehörde hinwegsetzt (Blessing 2016, Rn. 728).

Das Genehmigungsverfahren wird durch eine Entscheidung der Behörde beendet: entweder erfolgt eine Zurückstellung des Genehmigungsantrags, eine Ablehnung desselben oder eine positive Bescheinigung, regelmäßig verbunden mit Nebenbestimmungen (Blessing 2016, Rn. 737). Eine Zurückstellung erfolgt, wenn beispielsweise eine Kommune ihren Flächennutzungsplan als planungsrechtliche Voraussetzung unter Berufung auf den Planvorbehalt⁶ ändert (Blessing 2016, Rn. 739). Eine Ablehnung ist möglich, wenn die Antragsunterlagen unvollständig bleiben oder Genehmigungsvoraussetzungen (§6 Abs. 1 BImSchG) nicht erfüllt und auch nicht durch Nebenbestimmungen (§12 Abs. 1 BImSchG) sichergestellt werden können (Blessing 2016, RN742, Rn. 744). Eine Genehmigung muss erteilt werden, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen (§6 Abs. 1 BImSchG) erfüllt sind, wie etwa die öffentlich-rechtlichen Vorschriften (§6 Abs. 1. Nr. 2 BImSchG) und damit auch die naturschutzrechtlichen Anforderungen. Das bedeutet, dass schädliche Umweltauswirkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein müssen (Agatz 2017, S. 60). Es handelt sich also um eine gebundene Entscheidung, die nicht im Ermessen der Behörde liegt (Agatz 2017, S. 60; Blessing 2016, Rn. 746).

Wenn die Genehmigungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, was bei WEA zunächst fast immer der Fall ist, kann die Genehmigung nur erteilt werden, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen durch Aufnahme von Nebenbestimmungen in Form von Bedingungen oder Auflagen (§12 Abs. 1 BImSchG) sichergestellt werden können (Blessing 2016, Rn. 748). Nebenbestimmungen haben den Zweck, die Hindernisse zu beseitigen, die einer Genehmigung noch entgegenstehen (Maurer & Waldhoff 2017, §12 Rn. 2). Ein wichtiger Aspekt für die Rechtmäßigkeit von Nebenbestimmungen ist das Bestimmtheitsgebot (§37 Abs. 1 VwVfG), wonach allgemeine oder pauschale Auflagen als nicht bestimmt genug und damit rechtswidrig eingestuft werden können (Blessing 2016, Rn. 752). Ein solcher Anlagenvorbehalt, in Form mangelhafter Auflagen, ist unzulässig (Agatz 2017, S. 196). Die Genehmigungsbehörde muss eine zweifelsfreie Entscheidung über eine Nebenbestimmung treffen und sie so klar formulieren, dass der Vorhabensträger eindeutig erkennen kann, was von ihm gefordert wird (Maurer & Waldhoff 2017, §10 Rn. 52). Neben solchen Auflagen kann eine Genehmigung mit Bedingungen versehen werden. Eine aufschiebende Bedingung bedeutet, dass die Genehmigung erst dann in Kraft tritt, wenn die Bedingung erfüllt ist, während die auflösende Bedingung bedeutet, dass die Genehmigung sofort und unmittelbar erlischt, sobald der benannte Sachverhalt eintritt. Beide Formen der Bedingungen sollten auf Verhältnismäßigkeit und Sinnhaftigkeit eingehend geprüft werden (Agatz 2017, S. 196-197).

2.2. Besonderer Artenschutz für den Rotmilan

Der besondere Artenschutz mit seinen Zugriffsverboten (§44 Abs. 1 BNatSchG) stellt im Genehmigungsverfahren ein regelmäßiges und oft nur schwer zu lösendes Hindernis dar

⁶ Der Planvorbehalt nach §35 Abs. 3 Satz 3 besagt, dass öffentliche Belange einem privilegierten Vorhaben im Außenbereich, also nach §35. Abs. 1 Nr. 5 auch WEA, in der Regel auch dann entgegenstehen, wenn ein Flächennutzungsplan oder Ziele der Raumordnung eine Ausweisung andernorts vornimmt. Somit schafft der Planvorbehalt die Möglichkeit einer planerischen Steuerung, wenngleich er nicht verpflichtet ist davon Gebrauch zu machen (Blessing 2016, Rn. 23-24).

(Blessing 2016, Rn. 485). Danach ist es verboten wild lebende Tiere zu töten (Tötungsverbot), sie erheblich zu stören (Störungsverbot) oder ihre Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu beschädigen (Beschädigungsverbot)⁷.

Das Bundesnaturschutzgesetz enthält keine Regelung, wann die Zugriffsverbote als erfüllt anzusehen sind, aber nennt eine dreistufige Prüfreihefolge (Agatz 2017, S.169). Danach ist zuerst zu prüfen, ob das Vorhaben gegen die Zugriffsverbote verstößt. Wenn gegen die Zugriffsverbote verstoßen wird, muss geklärt werden, ob der Verstoß durch vorgezogene Vermeidungsmaßnahmen abgewendet werden kann und ob die ökologische Funktion der Ruhe- und Fortpflanzungsstätten im räumlichen Zusammenhang noch erfüllt ist oder durch Maßnahmen sichergestellt werden kann (§44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG). Als letzter Prüfschritt wird die artenschutzrechtliche Ausnahme geprüft⁸.

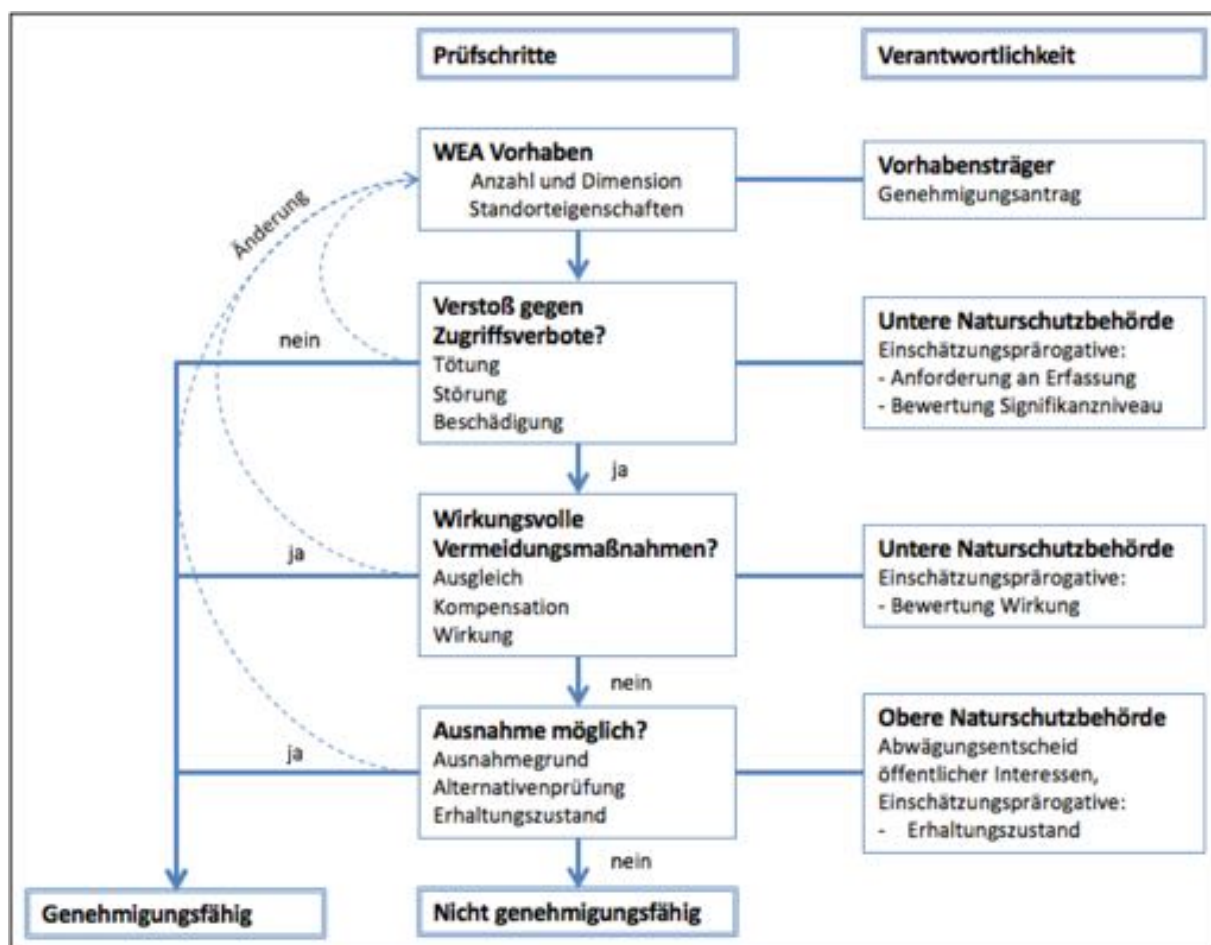


Abbildung 1: Prüfschema besonderer Artenschutz - einzelne Prüfschritte und Verantwortlichkeit

⁷ Eine exakte Ausführung der Zugriffsverbote ist für diese Masterarbeit nicht relevant, dazu wird auf das Bundesnaturschutzgesetz (§44 Abs. 1) oder die Kommentierung bei Lau (2011) verwiesen.

⁸ Als weiterer Prüfschritt könnte eine Befreiung (§67 Abs. 2 BNatSchG) geprüft werden, was im Genehmigungsfall für WEA wohl ausgeschlossen werden kann (Blessing 2016, Rn. 495) und für diese Masterarbeit nicht relevant ist. Blessing (2016, Rn. 496) kommt ebenso zu dem Schluss, dass auch artenschutzrechtliche Ausnahmen regelmäßig nicht erteilt werden und Vorhaben, die gegen die Zugriffsverbote verstoßen, damit nicht genehmigungsfähig sind. Genau an dieser Stelle soll die vorliegende Masterarbeit ansetzen und überprüfen, ob untergesetzliche Regelungen in Bezug auf diesen häufig auftretenden Interessenkonflikt einen geordneten und klaren Weg liefern können. genau das soll mit dieser Masterarbeit überprüft werden, ob untergesetzliche Regelungen dazu einen geordneten und klaren Weg liefern können.

Dieses Prüfschema wird Abbildung 1 dargestellt und zeigt sowohl die einzelnen Prüfschritte als auch deren Verantwortlichkeit auf. Es soll als Gliederung des besonderen Artenschutzes dieser Masterarbeit dienen und wird sich in dem Interviewleitfaden (siehe Anhang 1), der Analyse untergesetzlicher Regelungen (siehe Kap. 3) und der Ergebnisse (siehe Kap. 5) wiederfinden.

2.2.1. Prüfung der Zugriffsverbote

Da bestimmte Vogelarten, darunter der Rotmilan, kein Meideverhalten⁹ gegenüber der WEA zeigen, besteht in der Nähe der Anlage ein Kollisionsrisiko¹⁰, was gegen das Tötungsverbot der Zugriffsverbote verstoßen würde (Blessing 2016, Rn. 491). Zudem könnte durch das Vorhaben in der Nähe von Fortpflanzungs- und Ruhestätten ein Verstoß gegen das Störungsverbot vorliegen. Um das beurteilen zu können, bedarf es einer Ermittlung des Ausgangszustandes in Form einer speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung (saP). Bei der artenschutzrechtlichen Prüfung gibt es keinen gesicherten wissenschaftlichen Standard, weshalb die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts den zuständigen Naturschutzbehörden eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuspricht, die nur in ihren rechtlichen Grenzen von Gerichten überprüft werden kann (Blessing 2016, Rn. 497)¹¹. Die Notwendigkeit der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative liegt darin begründet, dass es bei ökologischen Bewertungen und Einschätzungen an übergeordneten normkonkretisierenden Maßstäben fehlt (Blessing 2016, Rn. 498)¹². Die Einschätzungsprärogative bezieht sich dabei auf die Erfassung des Bestandes, auf die Bewertung der Gefahren und die Wirkung von Vermeidungsmaßnahmen.

Tötungsverbot

Bei der Beurteilung des Tötungsverbots (§44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) geht es nicht darum, ob ein Individuum getötet wird, da dies niemals gänzlich ausgeschlossen werden kann, sondern ob sich durch das Vorhaben, also durch den Betrieb einer WEA, das Tötungsrisiko signifikant erhöht (Blessing 2016, Rn. 500). Dabei spielen insbesondere das artspezifische Verhalten, die Frequentierung des Vorhabenbereichs sowie die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen eine bedeutende Rolle (Blessing 2016, Rn. 503). Es gibt in den untergesetzlichen Regelungen der Länder häufig empfohlene Mindestabstände zwischen Vorhabenstandort und dem Lebensraum der betroffenen Art, weil vermutet wird, dass dann

⁹ In Abgrenzung dazu zeigen etwa Vögel, die bodennah leben, eher ein Meideverhalten. Bei ihnen kann die Rotorbewegung von WEA eine Störung hervorrufen, weil Bewegungen in der Luft einen potenziellen Feind darstellen können (LUBW 2015, S. 7).

¹⁰ Stellenweise wird in der Literatur und der gesellschaftlichen Debatte um den Ausbau der Windenergie eine Kategorisierung des Rotmilans als „kollisionsgefährdet“ und „windkraftsensibel“ angezweifelt, da sich dessen Populationsentwicklung bei gleichzeitigem Ausbau der Windenergie positiv gestaltet (Kohle & Nusbaumer 2016). Da in den Leitfäden der Bundesländer diese Frage nicht aufgenommen (siehe Kap 3.1.1, 3.2.1, 3.2.2) und bis dato auch in der Genehmigungspraxis nicht hinterfragt wird, wird diese Diskussion hier nicht aufgenommen.

¹¹ Siehe hierzu auch Ausführungen in der Projektarbeit (von Woyna 2017, S. 14, 22); Zudem vertritt Agatz (2017, S. 170) die Auffassung, die Einschätzungsprärogative obliegt aufgrund der Konzentrationswirkung (§13 BImSchG) der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde, die sich für ihre Entscheidung eine Stellungnahme der Naturschutzbehörde einholt; das mag theoretisch möglich aber wird praktisch nicht der Fall sein (siehe Kap. 2.1).

¹² Auf Landesebene gibt es untergesetzliche Regelungen zum Umgang mit artenschutzrechtlichen Fragen, diese unterscheiden sich jedoch im Detaillierungsgrad zu Untersuchungsmethoden und Umfängen (Agatz 2017, S. 169) und nehmen stellenweise auch Normkonkretisierungen vor (von Woyna 2017).

keine artenschutzrechtliche Beeinträchtigung vorliegt (Blessing 2016, Rn. 506)¹³. Es bleibt jedoch fraglich, ob stets von einem erhöhten Tötungsrisiko ausgegangen werden muss, wenn der empfohlene Mindestabstand nicht eingehalten wird (Blessing 2016, Rn. 507), oder ob der vorsorgende Charakter von Abstandsempfehlungen nur ein Indiz für eingehende Untersuchungen für den Einzelfall ist (Agatz 2017, S. 170; Blessing 2016, Rn. 508).

Störungsverbot

Bei dem Störungsverbot (§44 Abs.1 Nr. 2 BNatSchG) geht es darum, ob eine erhebliche Störung vorliegt, etwa durch die Bewegung der Rotorblätter, die den Erhaltungszustand der lokalen Population¹⁴ verschlechtert (Blessing 2016, Rn. 515-516). Zwar bezieht sich das Störungsverbot, ebenso wie das Tötungsverbot, auf jedes einzelne Exemplar einer Art¹⁵, ein Verbot wird aber erst durch die dort geregelte Erheblichkeitsschwelle überschritten (Blessing 2016, Rn. 517). Eine artspezifische Verschlechterung des Erhaltungszustands kann im Einzelfall angenommen werden, wenn sich die Überlebenschancen, der Bruterfolg oder die Reproduktionsfähigkeit vermindert (Agatz 2017, S. 174; Blessing 2016, Rn. 518). Das Störungsverbot stellt damit auf die Population und nicht auf das Individuum ab, denn für eine erhebliche Störung ist es relevant, ob der Erhaltungszustand der lokalen Population verschlechtert wird und nicht, ob einzelne Exemplare gestört werden (Agatz 2017, S. 174; Schlacke & Schnittker 2015, S. 13).

Beschädigungsverbot

Das Beschädigungsverbot (§44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) bezieht sich auf die Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten. Mit Fortpflanzungsstätten sind alle Orte im Gesamtlebensraum eines Tieres gemeint, die tatsächlich der Fortpflanzung dienen und auch diejenigen, die eine erfolgreiche Aufzucht des Nachwuchses, bis zum Verlassen der Stätte, sicherstellen (Blessing 2016, Rn. 526). Ruhestätte sind Orte, die nicht nur vorübergehend zum Ruhen oder Schlafen aufgesucht werden, sondern an welche sich Tiere etwa im Anschluss an die Nahrungssuche oder nach Auseinandersetzungen mit Artgenossen zurückziehen (Blessing 2016, Rn. 527). Das Verbot soll der Sicherung von aktuell bedeutsamen Lebensstätten dienen, solange diese ihre Funktion nicht verloren haben, wobei Abwesenheitszeiten bei regelmäßig wiederkehrender Nutzung nicht bedeutsam sind (Blessing 2016, Rn. 528). Es ist verboten, die Lebensstätte vollständig zu vernichten oder substanzverletzend zu beeinträchtigen, was eine körperliche Einwirkung voraussetzt (Blessing 2016, Rn. 530). Insgesamt spielen die Beschädigungsverbote für WEA eine untergeordnete Rolle, weil baubedingte Auswirkungen sich durch Maßnahmen wie Bauzeitbeschränkungen oder ökologische Baubegleitungen vermeiden lassen und betriebsbedingte Auswirkungen unter das Störungsverbot fallen (Agatz 2017, S. 173). Es liegt kein Beschädigungsverbot vor, wenn die ökologische Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten bei Errichtung und Betrieb der WEA weiterhin erfüllt ist (Blessing 2016, Rn. 535). Das ist der Fall, wenn etwa betroffene Individuen auf benachbarte, im Landschaftsraum vorhandene Lebensstätten ausweichen können (Agatz 2017, S. 173) und es zu keiner Minderung des Fortpflanzungserfolgs oder des Energiehaushalts der Tiere kommt (Lau 2011, §44 Rn. 39).

¹³ So genannte Regelvermutung.

¹⁴ Die lokale Population umfasst diejenigen (Teil-) Habitate und Aktivitätsbereiche der Individuen einer Art, die in einem für die Lebens(-raum)ansprüche der Art ausreichenden räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen (BVerG Leipzig 2010, 9 A 20.08, Rn. 48)

¹⁵ so genannter Individuenbezug

2.2.2. Prüfung von Vermeidungsmaßnahmen

Wenn ein Vorhaben gegen die Zugriffsverbote verstößt, etwa durch ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, können Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen¹⁶ ergriffen werden, um dies abzuwenden (Blessing 2016, Rn. 509). Diese Maßnahmen müssen geeignet sein, das Tötungsrisiko auf ein Maß unterhalb der Signifikanzschwelle, bzw. eine Störung auf ein Maß unterhalb der Erheblichkeitsschwelle zu senken (Bulling et al 2015, S. 15).

Hierbei hat sich noch kein einheitlicher Standard entwickelt, sodass untergesetzliche Regelungen mit Artenschutzleitfäden oder Maßnahmenkatalogen eine bedeutsame Rolle spielen (Agatz 2017, S. 176). Sie können allerdings nicht gefordert werden, wenn sich ein möglicher Verstoß gegen das Tötungsverbot nicht vollständig ausschließen lässt, da der besondere Artenschutz keinen Vorsorgecharakter kennt und die Naturschutzbehörde nicht mit vollständiger Sicherheit jede Möglichkeit einer negativen Wirkung ausschließen muss (Agatz 2017, S. 172). Es kommen etwa Abschaltzeiten während Hauptflugzeiten in Betracht, um eine Kollisionsrisiko zu vermeiden, oder aktive Vermeidungsmaßnahmen, wie eine gezielte Steuerung der landwirtschaftlichen Nutzung für den Rotmilan um den Vorhabenstandort (Blessing 2016, Rn. 510-511), wie auch Ersatz- und Ablenkflächen (Agatz 2017, S. 38).

Vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen, Continuous Ecological Functionality) können die Aufrechterhaltung der ökologischen Funktion sicherstellen. Sie sind nur erforderlich, wenn diese nicht bereits durch die vorhandene Ausstattung des Landschaftsraums gegeben und eine Verletzung des Beschädigungsverbots festgestellt ist (Agatz 2017, S. 173). CEF-Maßnahmen, die treffender mit funktionserhaltenden Maßnahmen beschrieben sind, unterscheiden sich grundlegend von Ausgleichsmaßnahmen der Eingriffsregelung (§§14 BNatSchG), sie sind artspezifisch und müssen sofort mit dem Eingriff des Vorhabens zur Verfügung stehen, um die Kontinuität der Lebensstätte zu sichern (Lau 2011, §44 Rn. 42). FCS-Maßnahmen (Favourable Conservation Status) dienen der Stützung der Population (Agatz 2017, S. 180), sie sollen den günstigen Erhaltungszustand im natürlichen Verbreitungsgebiet bewahren oder zumindest eine Verschlechterung ausschließen (Ruß & Sailer 2016, S. 22).

Monitorings können dienlich sein, um Unsicherheiten in der Risikobewertung bei nicht behebbaren naturschutzfachlichen Erkenntnislücken gerecht zu werden, sofern wirksame Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Jedoch sind sie kein zulässiges Mittel, um behördliche Ermittlungsdefizite oder Bewertungsmängel zu kompensieren (Blessing 2016, Rn. 513). Grundsätzlich stellt sich bei Monitorings die Frage des Kausalitätsnachweises, weil beispielsweise die langfristige Entwicklung des Bestandes einer bestimmten Art in einem bestimmten Gebiet von zahlreichen Faktoren abhängt (Agatz 2017, S. 177).

Es sind alle verhältnismäßigen Möglichkeiten an Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen auszuschöpfen, um den Verstoß gegen die Zugriffsverbote zu verhindern, bevor die Prüfung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme beginnt (Agatz 2017, S. 180).

¹⁶ Die Begrifflichkeiten „Vermeidung“, „Ausgleich“, „Ersatz“, „Minimierung“ und „Kompensation“ im naturschutzfachlichen Sinne sind maßgebend von der Eingriffsregelung (§§14 BNatSchG) geprägt. Vermeidbare Beeinträchtigungen müssen vermieden werden, etwa durch Schutz- oder Minderungsmaßnahmen. Bei Kompensationsmaßnahmen in Form Ausgleichsmaßnahmen (gleichartig) und Ersatzmaßnahmen (gleichwertig) kommt es besonders auf die Frage nach dem räumlichen und funktionalen Zusammenhang an.

2.2.3. Prüfung der artenschutzrechtlichen Ausnahme

Die Gründe und Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahme für WEA für den Rotmilan werden in §45 Abs. 7 BNatSchG benannt. Die Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf WEA-Vorhaben ist vielfach diskutiert worden (Brandt & Willmann 2016, Ruß & Sailer 2016, von Woyna 2017), an dieser Stelle soll nur kurz und ergänzend auf die einzelnen Prüfschritte eingegangen werden.

Zunächst muss ein Ausnahmegrund für das Vorhaben zutreffen. Im Allgemeinen kommt für WEA der Ausnahmegrund „aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher wirtschaftlicher Art“ (§45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG) in Betracht (Brandt & Willmann 2016, S. 10-11, 22-23)¹⁷. Dieser Wortlaut findet sich auch in der nationalen Norm zur habitatschutzrechtlichen Ausnahme (§34 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG), aber fehlt als Ausnahmegrund in der entsprechenden europäischen Vorgabe (Art. 9 Abs. 1 VS-RL)¹⁸. Es gilt weiter zu prüfen, ob das Vorhaben im öffentlichen Interesse liegt, ob dieses auch zwingender Art ist und im betreffenden Einzelfall gegenüber den zuvor erläuterten artenschutzrechtlichen Überlegungen überwiegt (Brandt & Willmann 2016, Ruß & Sailer 2016, von Woyna 2017, S. 18-21).

Ausnahmevoraussetzungen sind die Alternativlosigkeit des Vorhabens und der günstige Erhaltungszustand der Art, denn „eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtert“ (§45 Abs. 7 BNatSchG).

Bei der Einschätzung, ob sich der Erhaltungszustand der Population verschlechtert, wird der Naturschutzbehörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Der Bezugsraum ist dabei nicht hinreichend bestimmt und kann einen entscheidenden Einfluss auf das Ergebnis der Beurteilung nehmen, denn bei einem großen Bezugsraum kann eine Verschlechterung eher ausgeschlossen werden. Als möglicher Bezugsraum werden das natürliche Verbreitungsgebiet, die biogeographische Region, die Metapopulation und die lokale Population angesprochen (Bick & Wulfert 2017, S. 351). In den Flora-Fauna-Habitat-Richtlinien (FFH-Richtlinien) der Europäischen Kommission ist die Formulierung etwas klarer als die Umsetzung im Bundesnaturschutzgesetz, da dort von der „Population der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet“ gesprochen wird und damit die Auswirkung der konkreten Ausnahme auf niedrigerer Ebene als der biogeographischen Region ansiedelt, um ökologisch aussagekräftig zu sein (Bick & Wulfert 2017, S. 351-352). Eine große Herausforderung zur Beurteilung des Erhaltungszustandes auf einer größeren Bezugsebene stellt eine verfügbare und flächendeckende Datengrundlage dar (Bick & Wulfert 2017, S. 352).

Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für eine artenschutzrechtliche Ausnahme vorliegen, besteht für den Vorhabensträger kein Anspruch auf ihre Erteilung, es liegt also kein intendiertes Ermessen vor, sondern lediglich Anspruch auf eine pflichtgemäße Ermessensausübung seitens der zuständigen Behörde (Brandt & Willmann 2016, S. 29-32).

¹⁷ Der überwiegend vertretenen Auffassung, dass für WEA ausschließlich der Ausnahmegrund Nr. 5 für eine artenschutzrechtliche Ausnahme (§45 Abs. 7 BNatSchG) in Betracht kommt, folgen Brandt & Willmann (2016, S. 22-23, 37) nicht, sie plädieren vielmehr für ein Umdenken, um auch den Ausnahmegrund Nr. 4 der „maßgeblich günstigeren Auswirkungen auf die Umwelt“ (§45 Abs. 7 BNatSchG) möglich zu machen.

¹⁸ Aus diesen Gründen wird eine Ausnahme für europäische Arten teilweise kritisch beurteilt (Ruß & Sailer 2016, S. 8-9) und ist Gegenstand eines Rechtsgutachtens von Bürgerinitiativen gegen Windkraft (Faller & Stein 2017).

Grundsätzlich kann die Gesetzesbindung der Verwaltung gelockert werden, wenn ihr entweder „durch Einräumung von Ermessen ein Handlungsspielraum oder durch Festlegung unbestimmter Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird“ (Maurer & Waldhoff 2017, §7 Rn. 6).

Die Formulierung in der artenschutzrechtlichen Ausnahme, die zuständigen Naturschutzbehörden „könn{t}en von dem Verbot des §44 {Zugriffsverbote} im Einzelfall {...} Ausnahmen zulassen“ (§45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG), beinhaltet eine „Kann-Formulierung“¹⁹ und führt zu der Ermessensermächtigung (Maurer & Waldhoff 2017, §7 Rn. 9). Damit steht der Behörde sowohl das Entschließungsermessen zu, also ob sie tätig werden soll, als auch das Auswahlermessen, also welche zulässigen Maßnahmen getroffen werden sollen (Maurer & Waldhoff 2017, §7 Rn. 7). Die Bedeutung im Ausüben eines Ermessens liegt besonders in der Einzelfallgerechtigkeit, weil die Verwaltung, unter Einhaltung der gesetzlichen Zielvorstellung, die konkreten Umstände vor Ort einbeziehen kann, um eigenverantwortlich eine angemessene und sachgerechte Lösung zu finden (Maurer & Waldhoff 2017, §7 Rn. 13). Der Behörde kommt damit das Recht der Letztentscheidung zu, weil die Lockerung der Gesetzesbindung auch verwaltungsgerichtliche Kontrolle lockert und lediglich die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns überprüfbar bleibt (Maurer & Waldhoff 2017, Rn. 6).

In dem Ausnahmegrund „aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“ (§45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG) wird ein Abwägungsentscheid zwischen dem Belang des besonderen Artenschutzes und dem öffentlichen Interesse angesprochen. Derartige Abwägungsentscheidungen sind sowohl aus der Bauleitplanung mit dem Gebot der frühzeitigen Konfliktbewältigung als auch aus dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren selbst bekannt, bei dem alle von der Planung betroffenen Belange, soweit sie abwägungserheblich erkennbar und schutzwürdig sind, berücksichtigt werden müssen (Martini & Finkenzeller 2012, S. 126).

2.3. Bedeutung von Untergesetzlichen Regelungen für den Verwaltungsvollzug

Der Rechtsrahmen für den Ausbau der Windenergie in Deutschland wird durch das Bundesrecht geformt (BauGB, BImSchG, BNatSchG, EEG etc.). Wobei den Bundesländern eine bedeutsame Rolle zukommt, weil sie verhaltenslenkende Vorschriften erlassen und damit dem „Windenergierecht“ Übersichtlichkeit und Konsistenz verleihen können (Raschke 2015; Schwarzenberg et al 2016; Willmann 2016; von Woyna 2017).

Es handelt sich dabei um Verwaltungsvorschriften, die an nachgeordnete Behörden gerichtet sind, um die Einheitlichkeit der Verwaltung in Verfahrensfragen und bei der sachlichen Erledigung von Verwaltungsaufgaben sicherzustellen (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn. 1). Die Terminologie der Vorschriften kann uneinheitlich sein, es kann sich um Richtlinien, Erlasse, Hinweise oder Ähnliches handeln, wobei die unterschiedliche Bezeichnung nichts an der Rechtsform Verwaltungsvorschrift ändert (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn. 1). Es handelt sich um rechtliche Regelungen, die sich nach innen an die Verwaltung wenden und dort verbindlich sind, während sie auf Außenbeziehungen einwirken können und somit

¹⁹ In Abgrenzung zu einem konditionalen Wenn-Dann-Schema (Maurer & Waldhoff 2017, §7 Rn. 2).

mittelbar Auswirkungen entfalten (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn. 3). Verwaltungsvorschriften fokussieren sich besonders auf verwaltungsrechtliche Herausforderungen wie die Grundsätze des Ermessens und des Beurteilungsspielraums, weil sie vor allem dann in Betracht kommen, wenn die Verwaltung noch einen eigenen Entscheidungs- und Handlungsspielraum hat (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn. 5). Sie lassen sich etwa nach dem Kriterium des Inhalts unterscheiden, wobei für diese Masterarbeit nur die verhaltenslenkenden Verwaltungsvorschriften relevant sind²⁰, die den konkreten Vollzug einzelner Gesetze steuern, etwa Vorschriften über die Tatsachenermittlung oder die Anwendung und Auslegung der Gesetze (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn. 8). Wenn damit Bereiche geregelt werden, die ein Ermessen steuern, das primär am Einzelfall ausgerichtet ist, dann soll eine einheitliche Handhabung des Ermessens der Gleichbehandlung dienen, die es verbietet gleiche Fälle unterschiedlich zu behandeln, und nicht auf den „konkreten Einzelfall“, sondern auf den „typischen Einzelfall“ abstellen (Maurer & Waldhoff 2017, §7 Rn. 14, 23).

Die verhaltenslenkenden Verwaltungsvorschriften lassen sich weiter untergliedern in norminterpretierende, normkonkretisierende und ermessenslenkende. Die norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften oder auch Auslegungsrichtlinien bestimmen die Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen, insbesondere bei Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe auf Tatbestandsseite, sie geben den nachgeordneten Behörden Interpretationshilfe und gewährleisten eine einheitliche Anwendung der Gesetze (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn. 11). Die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften gehen über die verwaltungsgerichtlich voll überprüfbare Auslegung des Gesetzes hinaus, indem sie auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung, etwa eines zugesprochenen Beurteilungsspielraums, unbestimmte Rechtsbegriffe, bzw. offene gesetzliche Tatbestände wie einen Rechtssatz auslegen (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn.12). Die ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften oder Ermessensrichtlinien bestimmen, in welcher Weise von dem der Verwaltung eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht werden soll, das sich auf die Rechtsfolge bezieht und nicht auf den Tatbestand (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn.13). Die Verwaltungsvorschriften schaffen durch eine ständige Anwendung eine gleichmäßige Verwaltungspraxis, da gleichgelagerte Fälle nicht unterschiedlich behandelt werden, und bewirken eine Selbstbindung der Verwaltung, sodass nicht die Verwaltungsvorschrift selbst, sondern erst ihre Anwendung zu einer Außenwirkung führt (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn. 27).

Die Einteilung von untergesetzlichen Regelungen als Ganzes in norminterpretierende, normkonkretisierende oder ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften fällt schwer, weil sie auf sehr viele verschiedene Aspekte aus dem großen Spektrum der relevanten Fachthemen für die Planung und Genehmigung von WEA eingehen (von Woyna 2017, S. 15-17). Die einen werden mit kausalen Regelungen und entsprechenden Rechtsfolgen konkretisiert, bei anderen wird der aktuelle Wissensstand interpretiert. Diese Schwierigkeit und Ambivalenz wird im Windenergieerlass Baden-Württemberg deutlich (Windenergieerlass BaWü 2012, S. 8): „Für die nachgeordneten Behörden ist der Erlass verbindlich. Für die Träger der Regionalplanung, die Kommunen und sonstige Träger der Bauleitplanung bietet der Erlass eine Hilfestellung für die Planung. Die Planungsträger treffen dabei unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und Abwägung aller öffentlichen und privaten Belange eigenständige planerische Entscheidungen“.

²⁰ In Abgrenzung zu Organisations- oder Dienstvorschriften (Maurer & Waldhoff 2017, §24 Rn. 8).

Gemeinsam ist den verhaltenslenkenden Vorschriften, dass sie den Behörden und auch den Vorhabensträgern eine praxisorientierte Handreichung und Entscheidungsleitlinien bieten, um die Gleichbehandlung von vergleichbaren Fällen zu gewährleisten und die Planungssicherheit zu stärken (Schwarzenberg et al 2016, S. 4).

3. Untergesetzliche Regelungen für den Ausbau der Windenergie und den Rotmilan in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz

Viele Bundesländer haben untergesetzliche Regelungen in Form von Windenergieerlassen für die Planung und Genehmigung von WEA veröffentlicht, einige speziell für den Umgang mit dem Thema Artenschutz (Schwarzenberg et al 2016, S. 23-29; siehe Anhang 3). Der darin behandelte Ansatz, der Umfang sowie die Detailtiefe der verschiedenen untergesetzlichen Regelungen unterscheiden sich genauso, wie die vorgegebenen Methoden und Anforderungen an artenschutzfachlichen Erhebungen für die naturschutzfachlichen Bewertungen oder vorgeschlagenen Maßnahmen (Agatz 2017, S. 169). Meistens wird die Untersuchungsmethodik ausführlich beschrieben, um eine Vereinheitlichung im jeweiligen Bundesland anzustreben. Dabei wählen die Bundesländer unterschiedliche Abstände zwischen Lebensstätten von Vögeln zu WEA als Regelvermutung, innerhalb deren eine Verletzung der Zugriffsverbote in der Regel vermutet und daher tiefgehende Raumnutzungsanalysen zur standortbezogenen Prüfung erforderlich werden (Agatz 2017, S. 169). Es gibt keine konkreten Entscheidungskriterien, wann ein Verstoß gegen die Zugriffsverbote vorliegt, und auch keine klare Anweisung, wann welche Ausgleichsmaßnahmen erforderlich und angemessen sind (Agatz 2017, S. 169).

Es handelt sich überwiegend um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften (siehe Kap. 2.3), die den ersten Schritt zur Standardisierung darstellen. Mit den Leitlinien zur Bewertung der einzelnen Vogelarten und insbesondere dem Dichtezentrum-Konzept für den Rotmilan (LUBW 2015, MLR 2015) hat Baden-Württemberg normkonkretisierende Elemente in die Verwaltungsvorschriften aufgenommen, die besonders auf bekannten Einflussfaktoren wie Abstand, Raumnutzung, Einstufung der Roten Liste, Erhaltungszustand der Population und auch möglichen Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen basieren (Agatz 2017, S. 169; von Woyna 2017).

In der Projektarbeit „Normative Setzungen für den Rotmilan“ wurde bereits explizit auf das Dichtezentrum-Konzept des Rotmilans und die darin enthaltenen normkonkretisierenden Elemente in Baden-Württemberg eingegangen (von Woyna 2017, S. 15-17). Für den besonderen Artenschutz ist jedoch nicht nur die Bewertung der Zugriffsverbote von entscheidender Bedeutung, sondern genauso die Regelungen zur Erfassung der speziellen Art als Grundlage dieser Bewertung. Auf diese soll folgend in Bezug auf Baden-Württemberg eingegangen werden.

Zudem ist für die Fragestellung dieser Masterarbeit ein Vergleich mit einem anderen Bundesland bedeutsam, das über nicht so konkrete untergesetzliche Regelungen wie Baden-Württemberg, aber über ähnliche naturräumliche Gegebenheiten und energiepolitische Zielsetzungen verfügt (siehe Kap. 4.1). Das im Nordwesten angrenzende Bundesland Rheinland-Pfalz eignet sich daher für einen Ländervergleich, die

untergesetzlichen Regelungen, die den besonderen Artenschutz und insbesondere den Rotmilan betreffen, sollen folgend ebenfalls beschrieben werden.

Um eine bessere Vergleichbarkeit der geregelten Aspekte in beiden Bundesländern zu erhalten, wird nicht gesondert auf die einzelnen untergesetzlichen Regelungen eingegangen, sondern werden die Themenkomplexe gemäß des Prüfschemas für den besonderen Artenschutz dargestellt, nämlich „Bestandserfassung“, „Bewertung“, „Vermeidungsmaßnahmen“ und „Ausnahme“ (siehe Kap. 2.2).

3.1. Untergesetzliche Regelungen in Baden-Württemberg

In Baden-Württemberg regelt der Windenergieerlass (2012) den allgemeinen Rahmen für die Planung und Genehmigung von WEA. Für den besonderen Artenschutz des Rotmilans sind die Vogel-Hinweise (LUBW 2013), die Bewertungs-Hinweise (LUBW 2015) und die Ausnahme-Hinweise (MLR 2015) bedeutsam.

Für das Prüfverfahren des besonderen Artenschutzes gibt es keinen „allgemeinverbindlichen Standard (im Sinne eines formalisierten Prüfverfahrens), aus dem sich ergibt, unter welchen Voraussetzungen die Ermittlung und Bestandsaufnahmen als artenschutzfachliche Beurteilungsgrundlage ausreichen {...}. Welche Anforderungen an Art, Umfang, Methodik und Tiefe der Untersuchung zu stellen sind, hängt vielmehr maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall sowie der Art und Ausgestaltung der Planung ab {...} und lässt sich nicht für alle Fälle abstrakt bestimmen“ (LUBW 2013, S. 2-3). Demnach soll sich die Prüfung nach dem Maßstab der praktischen Vernunft ausrichten und der Untersuchungsaufwand den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten.

3.1.1. Bestandserfassung des besonderen Artenschutzes

Die Bestandserfassung erfolgt durch Feldbegehungen und versetzt die Naturschutzbehörde in die Lage, die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verbotsbestimmungen und mögliche Ausnahmen zu überprüfen, insbesondere geht es um Häufigkeit und Verteilung der geschützten Art sowie deren Lebensstätten (LUBW 2013, S. 2).

Gemäß der zugesprochenen naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative ist die Vorgehensweise zur Bestandserfassung dann nicht zu beanstanden, „wenn das Verfahren im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar ist und sich nicht als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel zur Erfüllung der artenschutzrechtlichen Vorgaben erweist“, was unter Einhaltung der beschriebenen Methode sichergestellt werden kann (LUBW 2013, S. 3).

Zunächst werden die Anforderungen an den Untersuchungsrahmen auf Grundlage einer Datenrecherche, oder falls diese lückenhaft ist, auf einer fachgutachterlichen Einschätzung, überschlägig ermittelt. Beim Rotmilan muss demnach ein Prüfradius von 6 km berücksichtigt werden (LUBW 2013, S. 4, 20). Die Anforderungen an die vorliegenden Daten sind folgende (LUBW 2013, S. 5):

- Aktualität: Daten nicht älter als 5 Jahre, zwischenzeitlich keine strukturelle Veränderung der Lebensstätte und auch kein begründeter Verdacht dafür
- Wertgleiche Erfassung: Daten müssen nach mindestens gleichwertiger Methode

erfasst worden sein

- Ausreichende Dokumentation: Daten müssen nach hinreichend genau dokumentiert sein, um Lebensstätten abgrenzen und bewerten zu können
- Räumliche Vollständigkeit: es müssen alle Lebensstätten einer Art innerhalb des Gebiets erfasst sein

Wenn die Bestandsdaten diese Anforderungen nicht erfüllen, sind gesonderte Erfassungen von ornithologischem Fachpersonal im Gelände durchzuführen. Eine Abweichung des Untersuchungsrahmens muss standort- und projektspezifisch begründet werden. Im Normalfall sind Erfassungen innerhalb eines Jahres durchführbar; nur wenn die Ergebnisse nicht repräsentativ sind, kann der Erfassungszeitraum verlängert werden (LUBW 2013, S. 5).

Der Rotmilan gilt in Baden-Württemberg als eine windkraftempfindliche und kollisionsgefährdete Art mit einem Untersuchungsradius zur Ermittlung der Fortpflanzungsstätte von 1.000 m (LUBW 2013, S. 11, 20). Für die Klärung der Auswirkungen sind die Verortung der Fortpflanzungsstätten, der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore im Umfeld des geplanten Vorhabens relevant (LUBW 2013, S. 9). Ein Verstoß gegen die Zugriffsverbote wird angenommen, wenn der Abstand vom geplanten Vorhaben zur Fortpflanzungsstätte des Rotmilans nicht mindestens 1.000 m beträgt, in dem Fall ist eine Raumnutzungsanalyse (RNA) erforderlich, um die Nahrungshabitate und Flugkorridore der Art festzustellen (LUBW 2013, S. 11).

Eine Horstsuche ist erforderlich, wenn Hinweise für das Vorkommen von tagaktiven Großvögeln wie dem Rotmilan vorliegen, und wird in der unbelaubten Jahreszeit durchgeführt. Wenn ein Horst nicht punktgenau verortet werden kann, wird der Horst oder der Reviermittelpunkt mit einer Schätzgenauigkeit von mindestens 100 m angegeben (LUBW 2013, S. 12).

Die regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore werden von mindestens drei festen Beobachtungspunkten im Untersuchungsraum erfasst, einer davon muss am geplanten Vorhabenstandort lokalisiert sein, wobei in Waldstandorten eine Abweichung möglich ist (LUBW 2013, S. 13). Die Beobachtungsdauer sollte drei Stunden pro Erfassungstag betragen und bei Aktivitätsmaxima zwischen Mitte März und Ende August stattfinden, also bei warmem Wetter und guten Flugbedingungen. Die Gesamtbeobachtungsdauer je Beobachtungspunkt beträgt mindestens 54 Stunden und verteilt sich auf die Balzperiode, den Horstbau, die Brut- und frühe sowie späte Aufzuchtphase und die Bettflugperiode. Für jeden Beobachtungspunkt sind Tageskarten anzufertigen.

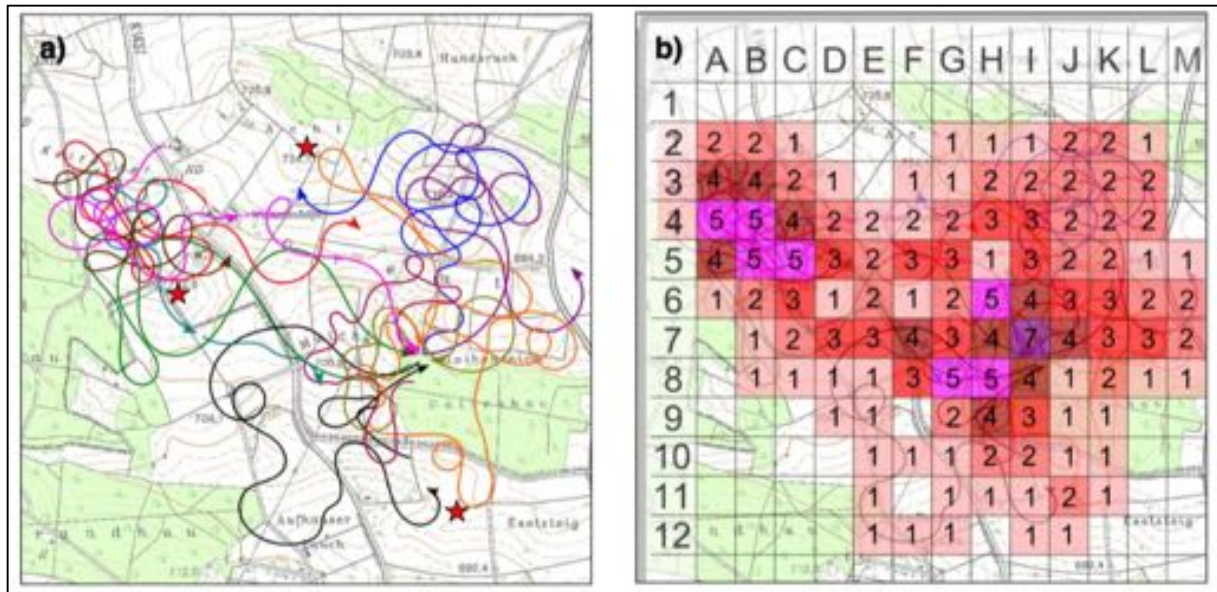


Abbildung 2: Synoptische Karte und Rasterbildauswertung (LUBW 2015, S. 22).

Das Ergebnis der Bestandserfassung kann in einer synoptischen Karte erfolgen (Abbildung 2a), bei der die Flugbewegungen der Art als Linien dargestellt werden und durch unterschiedliche Farbgebung den Individuen zugeordnet werden können. In einem weiteren Schritt können die Flugbewegungen in einzelnen Rasterfeldern, mit einer Größe zwischen 100 m und 250, gezählt und veranschaulicht werden (Abbildung 2b; LUBW 2015, S. 22).

3.1.2. Bewertung des besonderen Artenschutzes

Die fachgutachterliche Einschätzung, ob das Vorhaben zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos wegen erhöhter Aufenthaltswahrscheinlichkeit im Vorhabensbereich führt, beruht auf den beobachteten Flugbewegungen sowie den Abständen zu bekannten Fortpflanzungsstätten und begünstigenden Landschaftselementen (LUBW 2013, S. 14, 67). Die Bewertungs-Hinweise bieten eine Hilfestellung für die Interpretation und Bewertung der Bestandserfassung gemäß der Vogel-Hinweise (LUBW 2013) und führen durch eine Systematisierung zu einem einheitlichen Verwaltungsvollzug und einem beschleunigten Verfahren (LUBW 2015, S. 5). Die Ausführungen der Bewertungshinweise bezogen auf den Rotmilan sind bereits ausführlich in der Projektarbeit „Normative Setzungen Rotmilan“ beschrieben, auf die an dieser Stelle verwiesen werden soll (von Woyna 2017, S. 4-6).

Für die Bewertung der Raumnutzung soll ein vereinfachtes Verfahren angewendet werden, das einen Methodenmix aus MCP-Methode (Minimum Convex Polygon) und der Kernel-Analyse darstellt (LUBW 2015, S. 19). Dieses vereinfachte Verfahren ermittelt zunächst auf einer synoptischen Karte die Gesamtzahl der erfassten Flugbewegungen, wobei die einzelnen Flugbewegungen und -richtungen individuell zuordenbar bleiben müssen. Dann wird ein Rasterfeld über die Karte gelegt, das bei großräumig aktiven Arten wie dem Rotmilan 250 m Kantenlänge beträgt, um die Anzahl der durchziehenden Flugbewegungen ermitteln zu können. Für die abschließende Beurteilung, „ab welcher Flugwegdichte eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos der betroffenen Art gegeben ist, können keine allgemein gültigen, numerischen Schwellenwerte vorgegeben werden {...} sie muss vielmehr im Rahmen einer fachgutachterlichen Einschätzung den spezifischen Gegebenheiten des

Einzelfalls angepasst werden“ und folgende Parameter berücksichtigen (LUBW 2015, S. 20):

- hohe spezifische Detektierbarkeit für den Rotmilan
- Jagdstrategie
- Übersichtlichkeit des Untersuchungsraums
- Beschaffenheit Nahrungshabitate
- Witterungsbedingungen
- Gesamtzahl Flugbewegungen und Individuen
- keine Berücksichtigung der Flughöhe beim Rotmilan

3.1.3. Vermeidungsmaßnahmen

Wenn ein artenschutzrechtlicher Konflikt prognostiziert wird, ist zu prüfen, ob das vorgesehene Instrumentarium des Artenschutzes, wie Vermeidungsmaßnahmen, CEF-Maßnahmen oder FCS-Maßnahmen, diesen zu bewältigen vermag (LUBW 2015, S. 8).

Mit den Vermeidungsmaßnahmen soll die artenschutzrechtliche Beeinträchtigung, in Form von Kollision oder erheblicher Störung, vollständig unterbleiben oder soweit abgemildert werden, dass keine Verbotstatbestände erfüllt sind. Das kann etwa durch Bauzeitenbeschränkung, eine Verschiebung der Eingriffsfläche, Betriebsauflagen wie Abschaltzeiten, oder Mindestabstände von 1000 m um die Fortpflanzungsstätte erfolgen (LUBW 2015, S. 9, 28, 68). Wenn die Räume mit erhöhter Aufenthaltswahrscheinlichkeit nicht freigehalten werden können, kann das Raumnutzungsverhalten der betroffenen Individuen verändert werden, indem der Mastfußbereich der WEA unattraktiv gestaltet wird, etwa durch hochwachsende und dicht schließende Kulturen, und gleichzeitig attraktive Ausweichhabitate in entsprechender Entfernung angelegt werden, wie etwa Grünlandflächen mit speziellen Mahdregimen und sonstige Nahrungsflächen, wie etwa Ackerrand- oder Heckenstreifen (LUBW 2015, S. 29, 70-73).

Sind Vermeidungsmaßnahmen nicht in der Lage, den artenschutzrechtlichen Konflikt zu bewältigen beziehungsweise zu entschärfen, und ist die ökologische Funktion der betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang nicht gewährleistet, dann kann über vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) versucht werden, die Beeinträchtigung auszugleichen (LUBW 2015, S. 9). CEF-Maßnahmen setzen unmittelbar an den betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten an und sollen gewährleisten, dass die geschaffene Alternative mindestens die gleiche Ausdehnung und Qualität aufweisen, die kontinuierliche ökologische Funktionalität der Stätte bewahrt oder verbessert wird, und eine Wirksamkeitskontrolle stattfindet (LUBW 2015, S. 9-10). Für den Rotmilan kommen die Entwicklung von Altholzinseln mit frei anfliegbaren Bäumen mit großer Krone oder Horstschutzzonen mit beruhigter Holzbewirtschaftung und Freizeitnutzung in Betracht (LUBW 2015, S. 68).

Bei der Prüfung der Ausnahme kommen zudem kompensatorische Maßnahmen (FCS-Maßnahmen) in Frage, die auf die Tatbestandsvoraussetzung abstellen, dass der Erhaltungszustand der Population nicht verschlechtert wird (LUBW 2015, S. 10). Die FCS-Maßnahmen sind räumlich gesehen nicht zwangsläufig am Vorhabenstandort umzusetzen, da sie nicht ausschließlich auf die lokale Population, sondern auf das natürliche Verbreitungsgebiet der Art abzielen. Sie sollen negative Auswirkungen auf Populationsebene wettmachen, auf bewährten Praktiken aufbauen, für die Wahrung des Erhaltungszustandes

angemessen und bereits vor der Vorhabensrealisierung wirkungsvoll sein, bzw. eine hohe prognostizierte Erfolgswahrscheinlichkeit vorweisen (LUBW 2015, S. 10, 28; MLR 2015, S. 5).

Eine klare Abgrenzung zwischen FCS- und CEF-Maßnahmen erscheint nicht möglich, weil beispielsweise eine extensivierte Grünlandfläche für den Rotmilan als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme und gleichzeitig für andere Arten, wie Wiesenbrüter, als Fortpflanzungs- und Ruhestätten dienen kann (LUBW 2015, S. 10).

In den Artensteckbriefen wird speziell auf Maßnahmen für den Rotmilan eingegangen, die im Einzelfall um weitere ergänzt werden können, sofern deren Wirksamkeit nachgewiesen ist (LUBW 2015, S. 13, 29; MLR 2015, S. 6).

3.1.4. Hinweise zur artenschutzrechtlichen Ausnahme

Die Beurteilung, inwieweit Vermeidungsmaßnahmen möglich, erforderlich und geeignet sind, muss auch bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme durchgeführt werden (LUBW 2015, S. 9, 29).

Für den Rotmilan hat das Land Baden-Württemberg mit dem Dichtezentrum-Konzept eine spezielle Regelung erstellt, die in 4 Fallgruppen genau regelt (siehe Abbildung 3), wo eine Ausnahme und wo welche Maßnahmen angewendet werden können (LUBW 2015, S. 69-70; MLR 2015; von Woyna 2017, S. 7-12)²¹.

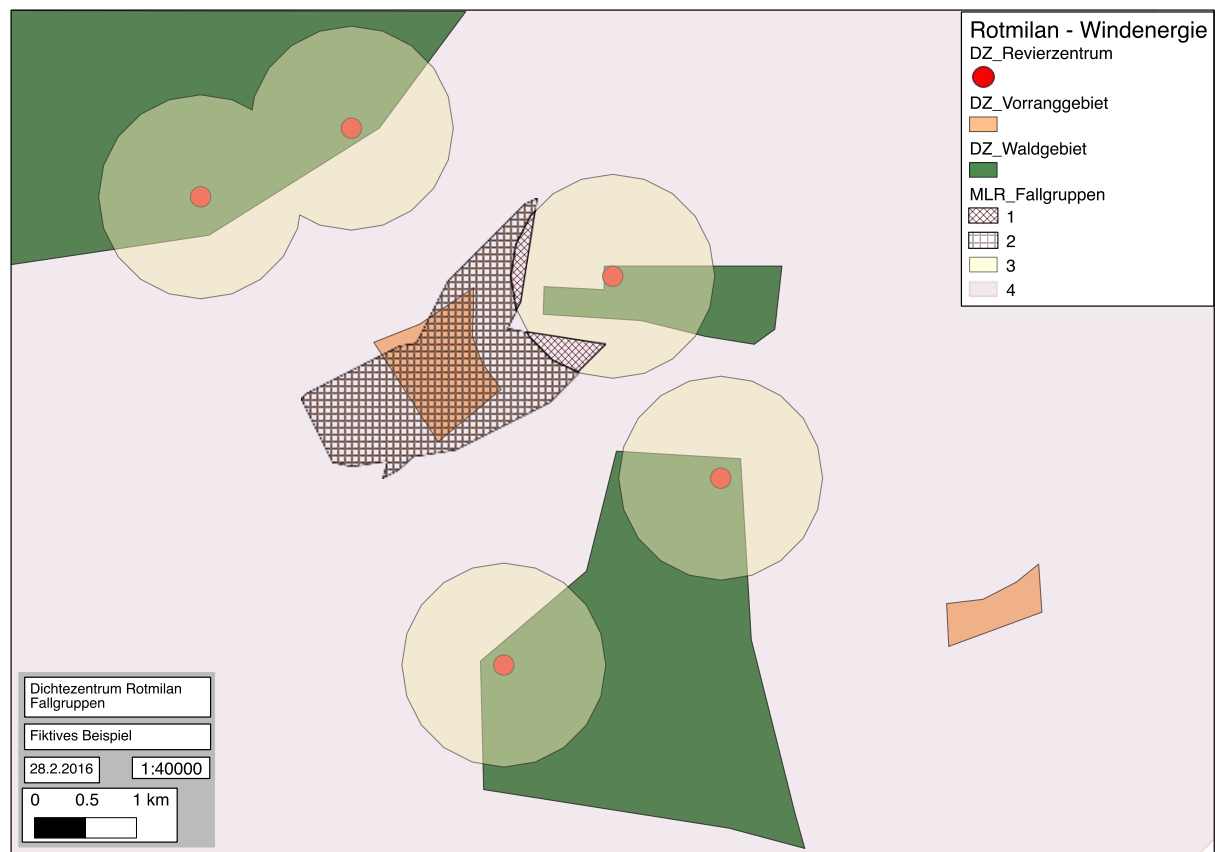


Abbildung 3: Fallgruppen des Dichtezentrumkonzepts (von Woyna 2017, S. 12)

²¹ Für genauere Ausführungen sei erneut auf die Projektarbeit „Normative Setzungen für den Rotmilan“ verwiesen (von Woyna 2017).

3.1.5. Besonderheiten in Baden-Württemberg

Im Land Baden-Württemberg handelt es sich also um sehr ausführliche untergesetzliche Regelungen, die nicht nur norminterpretierende, sondern mit dem Dichtezentrum-Konzept auch normkonkretisierende Elemente, aufweisen (von Woyna 2017, S. 15-17). Zudem wird das Ermessen der Behörde bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme als ein intendiertes Ermessen dargelegt, weil „die Ausnahme im Regelfall zu erteilen {ist}, denn wichtige Entscheidungsvoraussetzungen sind bereits in die Ausnahmevoraussetzungen selbst aufgenommen“ (MLR 2015, S. 16).

3.2. Untergesetzliche Regelungen in Rheinland-Pfalz

In Rheinland-Pfalz regelt das Rundschreiben Windenergie (2013) die allgemeinen Rahmenbedingungen für die Planung und Genehmigung von WEA. Weiterführend gibt es den Naturschutzfachlichen Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in Rheinland-Pfalz von der örtlichen Vogelschutzwarte (VSWFFM 2012) und speziell die Aktionsraumanalyse Rotmilan, ebenfalls von der Vogelschutzwarte (VSWFFM 2013). Zudem liegt ein Leitfaden zur visuellen Rotmilan-Raumnutzung im Entwurf zur Anhörung vor (LfU RLP 2017).

3.2.1. Bestandserfassung des besonderen Artenschutzes

Der Vorhabensträger reicht mit den naturschutzfachlichen Antragsunterlagen eine spezielle artenschutzrechtliche Verträglichkeitsprüfung gemäß den allgemeinen Arbeitsschritten ein. Als Beurteilungsgrundlage für die Behörde müssen zum einen belastbare Daten erhoben, zum anderen das allgemeine Gefährdungspotenzial von WEA für die spezifische Art bestimmt werden (VSWFFM 2012, S. 12).

Zunächst ist eine Basisuntersuchung der Brutvögel erforderlich, ob relevante Arten im Untersuchungsraum vorkommen (VSWFFM 2012, S. 16). Die Untersuchungen selbst richten sich nach den „Fachlichen Anforderungen an den Untersuchungsumfang zur Erfassung von gegenüber Windkraftanlagen empfindlichen bzw. kollisionsgefährdeten Zulassungsverfahren für Windkraftanlagen nach Naturschutzrecht“ (VSWFFM 2012, S. 138-140). Danach wird von Ornithologen zur geeigneten Jahres- und Tageszeit in einem Umkreis von 3.000 m um den Vorhabenstandort zunächst die Brutvogelerfassung an 10 verschiedenen Tagen angestellt, die mit der Horstsuche zwischen November und Februar beginnt, bevor dann eine Revierkartierung zwischen Anfang März und Ende Juli vorgenommen wird (VSWFFM 2012, S. 138). Die Raumnutzungsanalyse ermittelt die Funktionsbeziehungen und Nutzungsmuster zwischen der Brut und Nahrungshabitaten innerhalb eines Prüfbereichs von 6.000 m (VSWFFM 2012, S. 138).

Aufgrund der besonderen Bedeutung der Brutvogelart Rotmilan in Rheinland-Pfalz ist gemäß dem sogenannten Helgoländer Papier der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten in einem Radius von 1.500 m um die geplante WEA von einem sehr hohen Konfliktpotenzial auszugehen, weil dort 75 % der Flugaktivität stattfinden und Funktionsbeziehungen zum Revierzentrum bestehen. Daraus leitet sich die Regelvermutung ab, dass in diesem Bereich mit einem erhöhten Kollisionsrisiko zu rechnen ist (LfU RLP 2017, S. 4; VSWFFM 2013, S.

2). Der Mindestabstand kann auf 1.000 m reduziert werden, wenn die Ergebnisse einer einzelfallbezogenen Untersuchung zur Erfassung des brutzeitlich genutzten Aktionsraums und die darin stattfindende Raumnutzung dies zulassen (VSWFFM 2013, S. 2). Die Aktionsraumanalyse stellt die funktionale Bedeutung für den Rotmilan am Vorhabenstandort dar und ist eine essentielle Bewertungsgrundlage (VSWFFM 2013, S. 2).

In dem Prüfbereich von 4.000 m²² um den geplanten Vorhabenstandort erfolgt eine Datenrecherche, etwa von amtlichen Datenbanken oder Publikationen, die verbalargumentativ berücksichtigt werden (LfU RLP 2017, S. 8).

Zunächst beginnt in der unbelaubten Jahreszeit die gezielte Horstsuche und punktgenaue Verortung der Niststätten in einem Umkreis von mindestens 1.500 m um den geplanten Vorhabenstandort, dann werden im März in einem Radius von 3.000 m die Revierzentren erfasst, wobei der Fokus dabei auf Balz- und Nahrungsflügen liegt (LfU RLP 2017, S. 4; VSWFFM 2013, S. 2-3). Die Abgrenzung des Aktionsraums erfolgt auf Grundlage repräsentativer Sichtbeobachtungen zwischen März und August durch das Minimum Convex Polygon (MCP), dabei werden die Außenpunkte aller relevanten Aufenthaltsorte verbunden, die wiederum mittels einer Rasterdarstellung bezugnehmend auf das Kernelverfahren bestimmt werden (VSWFFM 2013, S. 4-5). Das standardisierte Verfahren soll innerhalb einer Brutsaison das Aktionsraummuster ermitteln, um eine räumlich differenzierte Häufigkeitsverteilung von beflogenen Bereichen, also eine Nutzungsintensität bestimmen zu können (LfU RLP 2017, S. 5). Die Dokumentation der Aufenthaltsbereiche erfolgt durch Skizzieren des Verlaufs von Flugbewegungen oder Lokalisation der Aufenthaltsorte durch punktgenaue Eintrag in einem Intervall von 1 Minute (LfU RLP 2017, S. 9-11, 14-18; VSWFFM 2013, S. 6). Bei der Bestandserfassung ist auf folgende Punkte streng zu achten (LfU RLP 2017, S. 7, 11-14; VSWFFM 2013, S. 6):

- mindestens 15 Untersuchungstage mit 18 repräsentativen Untersuchungsphasen und jeweils mindestens 3-stündiger Kartierungseinheit sind erforderlich, woraus sich ein Aufwand von mindestens 54 Beobachtungsstunden pro Revier ergibt
- erhöhte Nahrungssuchaktivitäten etwa durch Mahdereignisse sind einzubeziehen
- die Erfassung erfolgt von exponierten Geländepunkten abseits der Vorhabenstandorte

Hinreichend belastbare Ergebnisse sind in der Regel nur gegeben, wenn das jeweilige Brutpaar erfolgreich gebrütet hat, oder es das Revier trotz Brutabbruchs dauerhaft besetzt hält, gutachterliche Ermessensvorschläge sind in geeigneter und nachvollziehbarer Weise darzulegen (LfU RLP 2017, S. 5, 11).

²² Die Änderung von 6.000 m (VSWFFM 2012, S. 138) auf hier 4.000 m folgt den Empfehlungen des Helgoländer Papiers, das im Jahr 2015 fortgeschrieben wurde. Darin wird die Abstandsempfehlung für den Rotmilan von 1.000 m auf 1.500 m erhöht und der Prüfbereich von 6.000 m auf 4.000 m reduziert.



Abbildung 4: Aktionsraum als 75% Kernel (Gelpke et al 2014 in LfU RLP 2017, S. 10)

In Abbildung 4 ist der Radius von 1.000 m und 1.500 m um das WEA-Vorhaben als schwarze Kreise und der Kernbereich von 75% als rote Fläche dargestellt, in dem sich der Rotmilan gemäß Telemetriedaten einer Raumnutzungsanalyse zu 75% aufgehalten hat (LfU RLP 2017 S. 10).

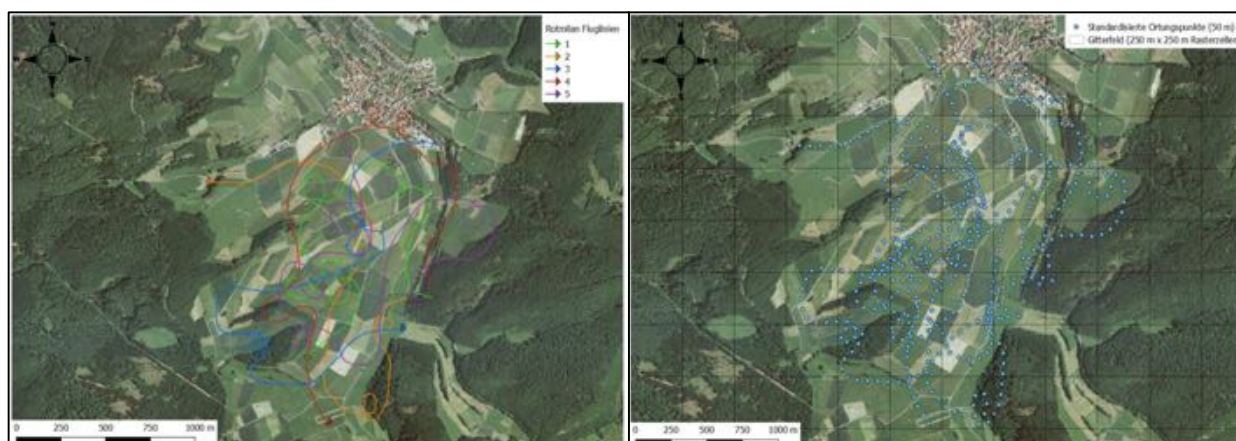


Abbildung 5: Standardisierte Ortspunkte und skizzierte Fluglinien (Sommerfeld in LfU RLP 2017, S. 9, 15)

In Abbildung 5 sind neben der skizzierten Fluglinie auch standardisierte Punktdaten als Methode der Kartierung und Darstellungsform abgebildet (LfU RLP 2017, S. 9, 15). Diese können in einem weiteren Schritt in Rasterfeldern aufsummiert werden (siehe Abbildung 2, Kap. 3.1.1).

3.2.2. Bewertung des besonderen Artenschutzes

Der Rotmilan ist als windkraftsensible Brutvogelart gelistet. Für diese Einstufung ist das Mortalitätsrisiko, bedingt durch den Betrieb der WEA, maßgeblich (LfU RLP 2017, S. 4; VSWFFM 2012, S. 15). In dem im Entwurf befindlichen Hinweis zur Raumnutzungsanalyse

wird auf die aktuelle Rechtsauffassung verwiesen, dass es sich bei den Mindestabständen um Empfehlungen der Vogelschutzwarten handelt, aus denen sich weder ein formeller noch allgemeingültiger Ausschlussbereich für WEA ableiten lässt, die Erforderlichkeit einer RNA jedoch schon (LfU RLP 2017, S. 4).

Bei der Bewertung der RNA des Rotmilans ist der geforderten Einzelfallbetrachtung Rechnung zu tragen, dass die relevanten Aktionsräume, nämlich die Aufenthaltsbereiche mit überproportionaler Nutzungshäufigkeit, nicht unbedingt mit den empfohlenen Abstandsradien übereinstimmen, sondern eher den naturraumtypischen Landschaftspotenzialen, den geländespezifischen Habitatstrukturen und inter- oder intraspezifischen Konkurrenzen folgen (LfU RLP 2017, S. 18). Wenn der Mindestabstand von 1.500 m zwischen geplantem Vorhabenstandort und Brutplatz nicht eingehalten wird, wird zunächst von einem Verstoß gegen die Zugriffsverbote ausgegangen, es sei denn, eine RNA zeigt eine Flugaktivität und Funktionsbeziehung zum Revierzentrum auf, die kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko erwarten lässt. Dann kann auch ein Abstand von 1.000 m ausreichen (VSWFFM 2013, S.2).

Der Entwurf der Raumnutzungsanalyse sieht eine Bewertungsmatrix mit Kategorien von Eignungs- und Restriktionsbereichen für die Windenergienutzung vor, von denen sich eine artenschutzrechtliche Empfehlung ableiten lässt (LfU RLP 2017, S. 19):

- Konfliktarme Flächen mit geringer und unterdurchschnittlicher Rotmilanaktivitäten:
 - Eignungsgebiet für WEA, Verbotstatbestände nicht erfüllt
 - Schwellwert: geringe Nutzungshäufigkeit (kleiner 20% bei Rasteranalyse) oder Flächen außerhalb des Kernel-80-Bereichs
- Pufferflächen mit regelmäßigen Rotmilanaktivitäten
 - Eignungsgebiet für WEA unter Berücksichtigung von geeigneten Vermeidungsmaßnahmen
 - Schwellwert Rasteranalyse: Nutzungshäufigkeit zwischen 20 % und 30 %, isolierte Zellen, oder mit angrenzend hoher Nutzungshäufigkeit
 - Schwellwert Kernel: zwischen Kernel-70 und Kernel-80
- Flächen mit regelmäßigen bis überdurchschnittlichen Rotmilanaktivitäten, in denen die artenschutzrechtlichen Belange überwiegen
 - Restriktionsbereich, WEA-Betrieb bedingt signifikant erhöhtes Tötungsrisiko
 - 500 m Horstschutzzone
 - Schwellwert: Nutzungshäufigkeit größer 30 % (Raster) oder Flächen im Kernel-70

Bei der Ermittlung des Bewertungsergebnisses ist die konkrete Gegebenheit vor Ort zu berücksichtigen, wobei beobachtete Flugbewegungen, Abstände zu Fortpflanzungsstätten, Landschaftselemente und Vorbelastung relevante Aspekte darstellen (LfU RLP 2017, S. 20). Bei der Landschaftsausstattung ist der Untersuchungsraum in Grünland, Ackerland, Wald und Sonderstrukturen mit erhöhter Nahrungseignung einzuteilen.

Das Störungsverbot kann durch Scheuchwirkung einer WEA ausgelöst werden, allerdings nur wenn die Störung erheblich ist und den Erhaltungszustand der lokalen Population verschlechtert, wobei auf die kumulativ wirkende Störung von Windparks im Wirkraum des geplanten Vorhabens zu achten ist (VSWFFM 2012, S. 13).

3.2.3. Vermeidungsmaßnahmen

Artenschutzrechtliche Verbotstatbestände lassen sich mithilfe geeigneter Maßnahmen abwenden, etwa mit herkömmlichen Vermeidungs- oder Minimierungsmaßnahmen wie angepasster Projektgestaltung oder Bauzeitenbeschränkung (VSWFFM 2012, S. 22).

FCS-Maßnahmen eignen sich, um der Verschlechterung des Erhaltungszustands entgegen zu wirken, sie müssen artspezifisch ausgerichtet sein und eine belastbare Prognose ermöglichen (VSWFFM 2012, S. 13, 22). Mit wirksamen CEF-Maßnahmen lassen sich erhebliche Beeinträchtigungen von Fortpflanzungs- und Ruhestätten kompensieren und die ökologische Funktion dieser Lebensstätten kann erhalten werden. Wenn die Maßnahmenwirkung zweifelhaft ist, kann ein begleitendes Monitoring angebracht sein (VSWFFM 2012, S. 22).

Die Maßnahme mit der besten Eignung ist die Einhaltung des empfohlenen Mindestabstands von 1.500 m zwischen WEA und Horst (VSWFFM 2012, S. 23). Als wirksame Verminderungs- und Vermeidungsmaßnahmen kommen folgende in Betracht (VSWFFM 2012, S. 23-24): reguliertes Mahd- und Umbruchregime, kurzfristige Betriebseinschränkungen mit temporären Abschaltungen entsprechend der Grünlandnutzung und Ernteereignissen, Aufwertung von Habitat- und Nahrungsressourcen als Ablenkflächen außerhalb des Tabubereichs bei gleichzeitiger unattraktiver Gestaltung des Anlagenbereiches.

Eine angemessene Erfolgskontrolle bezüglich der Wirksamkeit von CEF- und FCS-Maßnahmen ist seitens des Vorhabenträgers in Form eines Monitorings zum Risikomanagement erforderlich, etwa bei Horstschutzzonen durch beruhigte forstwirtschaftliche Nutzung (VSWFFM 2012, S. 24-25).

Allgemein gelten für geeignete und notwendige Vermeidungsmaßnahmen zur Sicherung der projektspezifischen Wirksamkeit folgende Voraussetzungen (LfU RLP 2017, S. 21):

- Sorgfältige fachliche Planung
- Erprobte und nachweislich wirksame Maßnahmen hinsichtlich Umsetzbarkeit und Wirtschaftlichkeit
- Berücksichtigung der gebietsspezifischen Situation
- Ausreichend frühzeitige Umsetzung und Kontrolle der Vermeidungsmaßnahmen

3.2.4. Hinweise zur artenschutzrechtlichen Ausnahme

Eine artenschutzrechtliche Ausnahme erscheint grundsätzlich möglich, da die Errichtung von WEA aufgrund ihres Beitrags zu einer nachhaltigen Energieversorgung im öffentlichen Interesse liegen und der Nutzung erneuerbarer Energien bezugnehmend auf das BNatSchG eine besondere Bedeutung zukommt (§1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG, VSWFFM 2012, S.26). Weiter heißt es: „das öffentliche Interesse an der Errichtung von WEA überwiegt die Belange des Artenschutzes, wenn die zu erwartenden Beeinträchtigungen auch langfristig keinen relevanten Einfluss auf den Erhaltungszustand der Population der betroffenen Art haben und keine zumutbaren Alternativen (z.B. verfügbarer günstiger Standort) gegeben sind“ (VSWFFM 2012, S. 26).

3.2.5. Besonderheiten in Rheinland-Pfalz

Auch ohne eine explizite Regelung für eine artenschutzrechtliche Ausnahme zu erlassen, wie es etwa Baden-Württemberg mit dem Dichtezentrum-Konzept getan hat, wird die Möglichkeit einer solchen Ausnahme aufgezeigt, indem der Ausnahmegrund des öffentlichen Interesses als gegeben genannt wird und es allein auf die Ausnahmevoraussetzungen anzukommen scheint.

Die im Entwurf befindlichen Hinweise zur Raumnutzungsanalyse (LfU RLP 2017) gehen mit der Kategorienbildung konkret auf die Bewertung der Zugriffsverbote ein, sodass der norminterpretierende Charakter der anderen untergesetzlichen Regelungen an dieser Stelle zu einem normkonkretisierenden wird. Es bleibt abzuwarten, wie sich die tatsächlich beschlossene Version nach dem aktuell laufenden Abstimmungsverfahren gestaltet und wie dies in der Planungs- und Genehmigungspraxis und letztlich in der Rechtsprechung angewendet wird.

4. Darlegung der Methode

Bei der Beschreibung der Methode wird zunächst auf den Ländervergleich und die Auswahl der Bundesländer eingegangen. Es folgt die die Auswahl einer geeigneten Interviewform und der Interviewpartner. Schließlich wird die Methode der Auswertung von qualitativen Daten und die Auswahl von Qualitätskriterien dargelegt.

4.1. Ländervergleich

Für den Ländervergleich steht Baden-Württemberg als Beispiel eines Landes mit konkreten untergesetzlichen Regelungen für den Rotmilan fest, weil es einerseits über normkonkretisierende Elemente verfügt (von Woyna 2017) und weil andererseits in keinem anderen Land so konkrete Gewichtungen und Kriterien bestimmt werden wie in dem Dichtezentrum-Konzept (Schwarzenberger et al 2016, S. 12; von Woyna 2017).

Als Vergleichsland soll eines gewählt werden, in dem der Ausbau der Windenergie und der Schutz des Rotmilans ähnlich relevant sind, in dem aber nach Möglichkeit keine so konkrete untergesetzliche Regelung für die artenschutzrechtliche Ausnahme vorliegt wie in Baden-Württemberg. Dieses Auswahlverfahren folgt dem Prinzip des theoretischen Sampling, das Teil der Grounded Theory ist. Die Fallauswahl steht dabei nicht von vornherein fest, sondern wird vor dem Hintergrund des zu lösenden Problems ausgewählt. Bei der Untersuchung von allgemeinen Aspekten werden möglichst heterogene Fallbeispiele berücksichtigt, um die gewinnbringendste Auswahl für die untersuchte Fragestellung zu erhalten (Flick 2016, S. 154; Glaser & Strauss 2010, S. 84-86). Dieses kontrastierende Auswahlverfahren verfolgt den Grundgedanken, eine maximale strukturelle Variation zu erhalten, wobei darauf zu achten ist, einen gemeinsamen Bedeutungszusammenhang in Form verbindender Aspekte beizubehalten (Kruse 2014, S. 246-251).

Als Ländervergleich kommen angrenzende Bundesländer von Baden-Württemberg in Frage, die auf Grund der Nachbarschaft vergleichbare naturräumliche Gegebenheiten aufweisen und in denen eine ähnliche Relevanz der Thematik zwischen Ausbau der Windenergie und dem Schutz des Rotmilans besteht. In allen angrenzenden Bundesländern Bayern, Hessen

und Rheinland-Pfalz gibt es untergesetzliche Regelungen zur Auslegung und Konkretisierung der artenschutzrechtlichen Ausnahmevorschriften (Schwarzenberger et al 2016, S. 11). Bayern setzt sich selbst weniger ambitionierte Ausbauziele wie Hessen oder Rheinland-Pfalz (Schwarzenberg et al 2016, S. 7) und nimmt mit der 10H-Regelung²³ eine restriktive Haltung gegenüber dem Ausbau der Windenergie ein (Schwarzenberg et al 2016, S. 2, 19).

Eine besondere Eigenheit der untergesetzlichen Regelungen in Baden-Württemberg ist das Dichtezentrum-Konzept, das auf einer landesweiten Datenerfassung des Rotmilans aufbaut (LUBW 2014) und die Möglichkeiten einer artenschutzrechtlichen Ausnahme aufzeigt (von Woyna 2017, S. 4-12). In den untergesetzlichen Regelungen von Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz wird darauf eingegangen, dass die Voraussetzungen für eine artenschutzrechtliche Ausnahme (§45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG) erfüllt sein können, wobei nur Baden-Württemberg und Hessen konkrete Regelungen zur Prüfung ebenjener erlassen haben (Agatz 2017, S. 179). In diesen beiden Ländern wurden landesweite Artengutachten für den Rotmilan durchgeführt und in Hessen wird ebenfalls von Dichtezentren gesprochen (Schwarzenberg et al 2016, S. 14).

Aus diesen Gründen eignet sich Rheinland-Pfalz für einen Ländervergleich mit Baden-Württemberg, um die Auswirkungen untergesetzlicher Regelungen für den besonderen Artenschutz, insbesondere bezogen auf die Möglichkeiten einer artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, zu analysieren.

4.2. Problemzentrierte Interviews

Die Auswirkungen untergesetzlicher Regelungen entfalten sich mit dem Vollzug des besonderen Artenschutzes im Genehmigungsverfahren für WEA. Betroffen sind einerseits die Naturschutzbehörden als Träger des öffentlichen Belangs „Naturschutz“, insbesondere des besonderen Artenschutzes, und andererseits der Vorhabensträger als Antragssteller im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren.

In dieser Masterarbeit wird untersucht, welche Argumente bei der Frage genannt werden, ob untergesetzliche Regelungen eine artenschutzrechtliche Ausnahme ermöglichen.

Bei der Beantwortung der Forschungsfrage wird beabsichtigt, die subjektiven Sichtweisen von Vorhabensträgern und Naturschutzbehörden angesichts eines artenschutzrechtlichen Problems eines WEA-Vorhabens mit dem Rotmilan zu untersuchen. Eine Besonderheit des Problemzentrierten Interviews (PZI) ist ein induktiv-deduktives Wechselspiel durch Verknüpfung von theoretischem Vorwissen²⁴ mit neu gewonnenem Wissen im Interview.

Misoch (2015, S. 71) führt aus, dass zum Schluss eines PZI eine „Theoriegenerierung“ stehen müsse. In dieser Masterarbeit sind eher die Argumente der Interviewten interessant, um zu sehen, warum eine artenschutzrechtliche Ausnahme nicht möglich erscheint, oder was entscheidend dafür ist, dass sie möglich werden kann. Anstatt einer „Theoriegenerierung“ kann eine Handlungsempfehlung generiert werden, die, auf der Analyse der gelieferten Argumente basierend, Verbesserungsvorschläge für bestehende

²³ Die sogenannte 10H-Regelung in Bayern sieht vor, dass die Privilegierung von WEA im Außenbereich (§35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) nur gilt, wenn ein Abstand von der zehnfachen WEA-Gesamtgröße zwischen WEA-Vorhaben und der geschlossenen Wohnsiedlung eingehalten wird.

²⁴ Der Autor dieser Masterarbeit hat bereits Berufserfahrung im Bereich der Projektentwicklung von Windenergieanlagen über mehrere Jahre gesammelt.

Regelungen anregen kann. Von einer zyklischen Wiederholung, wie es das PZI vorsieht (Misoch 2015, S. 75) wird abgesehen, da es nicht Gegenstand der Masterarbeit ist, die spezifischen projektbezogenen Probleme zu beheben, sondern die aktuelle Problemlage entsprechend der hier behandelten Forschungsfrage zu diskutieren.

Neben der ausgeführten Eignung von PZI für die Forschungsfrage soll die Auswahl auch kurz mit einer Abgrenzung zu anderen Interviewmethoden begründet werden. Experteninterviews eignen sich weniger, weil nicht allgemein ausgewiesene Experten in einem freien Gesprächsverlauf interviewt werden sollen (Misoch 2015, S. 120). Im Gegenteil, es sollen Inhalt und Methode vorgegeben werden, um auf konkrete Erfahrungen von Vorhabensträgern und Vertretern der Naturschutzbehörden eingehen zu können, die mit der untersuchten Problemlage im Verwaltungsvollzug vertraut sind. Das themenzentrierte Interview scheint zunächst als eine geeignete Befragungsform, weil in dieser Arbeit mittels der Qualitätskriterien (siehe Kap. 4.5) beabsichtigt wird, „verborgene“ Inhalte oder die Motivation der Argumente aufzudecken und somit nicht nur „manifeste“, also konkret geäußerte Antworten, sondern auch „latente Sinngehalte des Kommunizierten“ zu analysieren (Misoch 2015, S. 78). Jedoch sieht diese Form von qualitativen Einzelinterviews vor, keinen Leitfaden zu verwenden, sondern das Interview mit einer Leitfrage zu beginnen und es anschließend in offener Form weiterzuführen (Misoch 2015, S. 81). Zudem ist eine vollständige Transkription vorgesehen, um die „latenten Sinninhalte {zwischen den Zeilen} zutage zu fördern“ (Misoch 2015, S. 80). Auch wenn die Motivation der Antworten in dieser Arbeit einen bedeutsamen Aspekt darstellen, weil die Bewertungsebenen nicht nur aktiv abgefragt werden, ist der konkret geäußerte Inhalt mindestens ebenso bedeutsam. Zudem steht der Aufwand einer vollständigen Transkription nicht im Verhältnis zu dem Erkenntnisgewinn, der in dieser Arbeit gewünscht ist. Es stellt sich ohnehin die Frage, ob die Form des themenzentrierten Interviews nicht eher einer tiefenhermeneutischen Analyse, also einem psychoanalytisch orientierten Verfahren, entspricht, für die vielfältige andere Auswertungsmethoden zur Verfügung stehen (Misoch 2015, S. 82).

Das Interview wird entlang eines Leitfadens durchgeführt, um eine Vergleichbarkeit herstellen zu können, einen klaren roten Faden im Interview zu ermöglichen und alle relevanten Aspekte der umfassenden Thematik abzudecken. Dennoch bleibt ein Freiheitsgrad bestehen, je nach Gesprächsverlauf auf einzelne Themengebiete einzugehen, die der Interviewte vertiefend anspricht. Zudem können auch Nachfragen gestellt werden, wenn Inhalte unverständlich wiedergegeben werden oder wenn neue Aspekte angesprochen werden, die im Zusammenhang mit dem Thema stehen. Der Gesprächsablauf in dem Interview-Leitfaden ist so gestaltet, dass zunächst allgemein auf das Thema WEA und Rotmilan eingegangen wird, kurz die relevanten untergesetzlichen Regelungen für den besonderen Artenschutz im jeweiligen Bundesland angesprochen werden, bevor die Zugriffsverbote und dann die artenschutzrechtliche Ausnahme ausführlich ins Zentrum der Betrachtung rückt (siehe Anhang 1). Abschließend wird nach Verbesserungsvorschlägen für ein Konzept gefragt, das eine artenschutzrechtliche Ausnahme ermöglicht und gleichzeitig den Schutz des Rotmilans gewährleistet.

4.3. Auswahl der Interviewpartner

Die Bearbeitung der Forschungsfrage soll auf konkreten Erfahrungen beruhen. Dafür ist es entscheidend, WEA-Vorhaben mit einer entsprechenden Problemlage sowie die Bereitschaft

für einen Austausch seitens des Vorhabenträgers und der Naturschutzbehörde zu finden.

Um in einen freiwilligen Austausch über Projekthinhalte von WEA-Vorhaben zu kommen, bedarf es eines Vertrauensverhältnisses von Seiten der Vorhabensträger, gerade bei einem brisanten Thema wie dem besonderen Artenschutz. Aus diesem Grund wurde zunächst an die Landesverbände des Bundesverbandes Windenergie (BWE) herangetreten, das Thema erörtert und nach geeigneten Projekten und deren Vorhabensträgern gefragt. Zudem wurden Fachmessen vom Autor persönlich besucht, um mit Vorhabensträgern in einen direkten Austausch zu treten und ebenfalls nach geeigneten Projekten zu fragen.

Die wichtigen Aspekte für eine Eignung des Windenergieprojekts für diese Masterarbeit sind:

- Vorliegen eines artenschutzrechtlichen Problems mit dem Rotmilan
- Lage des Vorhabens innerhalb eines Dichtezentrums oder einer besonderen Schutzregion für den Rotmilan
- Thematisierung der Möglichkeiten einer artenschutzrechtlichen Ausnahme
- gutachterliche Erkenntnisse oder Dokumentationen zu dem Artvorkommen des Rotmilans
- entsprechende Kenntnis des Projekts seitens der Naturschutzbehörde

Dabei ist ein Projekt auch als geeignet eingestuft worden, wenn eine artenschutzrechtliche Ausnahme nicht explizit angestrebt wurde, weil genau diese bisher noch nicht erteilt wurde und daher keine gängige Verwaltungspraxis und damit keine gewöhnliche Option in der Projektentwicklung darstellt.

Für den Ländervergleich wurde angestrebt, je 3 Fallbeispiele aus beiden Ländern zu analysieren. Um die Bereitschaft für eine Interviewteilnahme zu erhöhen, wurde den Interviewten Anonymität in dem Sinne zugesichert, dass keine Namen, kein Arbeitgeber, keine Projektbezeichnung und keine Region genannt werden. Um eine Unterscheidung zwischen den Ländern und zwischen Vorhabensträger und Naturschutzbehörde erkenntlich machen zu können, wird die Bezeichnung „VB1“, „VB2“ usw. für Vorhabensträger in Baden-Württemberg, „NB1“ usw. für Naturschutzbehörden in Baden-Württemberg und gleichbedeutend „VR1“ usw. für Vorhabensträger und „NR1“ usw. für Naturschutzbehörden in Rheinland-Pfalz gewählt.

Die Interviews wurden telefonisch durchgeführt und aufgezeichnet, weil auf diese Weise eine höhere zeitliche Flexibilität bestand und die Teilnahmebereitschaft weiter erhöht werden konnte. Zudem ist dies sehr viel praktikabler, als eine Reise quer durch Süddeutschland zu jedem einzelnen Interviewteilnehmer durchzuführen. Jedoch muss dabei in Kauf genommen werden, dass ein Telefoninterview unpersönlicher ist als ein tatsächliches Treffen und Gespräch von Angesicht zu Angesicht, bei dem zusätzlich die Möglichkeit besteht, einen Blick auf Passagen relevanter Texte oder Standortkarten zu werfen. Mit der Durchführung von Telefoninterviews wird in Kauf genommen, dass der Interviewpartner weniger oder anders erzählen wird als bei einem persönlichen Treffen.

4.4. Qualitative Inhaltsanalyse

Die Auswertung der qualitativen Daten, die aus den Interviews gewonnen wurden, erfolgte mit dem Programm MaxQDA. Die Interviews wurden in dem Programm transkribiert, ohne jedoch jeden Wortlaut, jedes Räuspern etc. aufzuschreiben, weil es für diese Masterarbeit

keine Bedeutung hat. Stattdessen geht es um den Inhalt des Gesagten, für den ein vollständiges Transkribieren angesichts des Arbeitsaufwandes ohne besondere Steigerung der Aussagekraft ineffizient erscheint (siehe Kap. 4.3). Die Inhalte werden dann nach einem Codesystem codiert und zusammengefasst. Zuletzt werden die Argumente den Qualitätskriterien zugewiesen.

Das methodische Vorgehen bei der Auswertung in Form einer qualitativen Inhaltsanalyse richtet sich nach Mayring (2015) und ist in seinen Arbeitsschritten mit der Betreuung dieser Masterarbeit abgestimmt. Das Vorgehen strukturiert sich dabei im Wesentlichen auf eine Paraphrasierung des Interviewmaterials in Form von inhaltlichen Zusammenfassungen zu einzelnen Argumenten, die dann im nächsten Schritt generalisiert werden. Als nächstes findet eine Reduktion statt, bei der ähnliche Aussagen gebündelt werden. Letztlich erhält man ein bestimmtes Abstraktionsniveau, das eine gute Übersichtlichkeit und Vergleichbarkeit der Argumente ermöglicht (Mayring 2015, S. 69 – 72). Oberstes Ziel ist dabei die Verwertbarkeit der erhobenen Daten im Hinblick auf die verfolgte Forschungsfrage. Die gewählte Methode soll dafür als Vorschlag und nicht als strikte Vorgabe verstanden werden.

Intendiert ist, Antworten auf die Forschungsfrage zu finden, welche Wirkung die untergesetzlichen Regelungen auf Projektebene entfalten und welche Argumente der Interviewten besonders gewichtig erscheinen. Die Qualitätskriterien sollen dabei helfen, die Bewertung der untergesetzlichen Regelungen durch die Interviewten bestimmen zu können, indem die zusammengefassten Inhalte einem oder mehreren Qualitätskriterien zugewiesen werden. Daran soll sich erkennen lassen, ob gewisse Aspekte oder Anforderungskomplexe (rechtlich, administrativ, fachlich) der untergesetzlichen Regelungen besonders schwer wiegen, während andere weniger Berücksichtigung finden. Letztlich soll damit herausgearbeitet werden, aus welchen Gründen die Ziele der untergesetzlichen Regelungen, nämlich den Schutz des Rotmilans zu gewährleisten und gleichzeitig eine artenschutzrechtliche Ausnahme zu Gunsten des WEA-Ausbaus sicher zu stellen, nicht erreicht werden. Daraus lassen sich entweder Verbesserungsvorschläge für solche Konzepte ableiten oder ein „Leuchtturm-Konzept“ beschreiben, das als Vorbild für andere Bundesländer geeignet wäre. Der Ländervergleich ist dabei wichtig, um zu erkennen, ob eine konkrete untergesetzliche Regelung wie in Baden-Württemberg dazu erforderlich ist, oder ob eine weniger konkretisierende und eher interpretierende Regelung wie in Rheinland-Pfalz ausreichend sein kann.

4.5. Bestimmung von Qualitätskriterien zur Auswertung

Die Qualitätskriterien dienen dazu, die intuitiven Bewertungen der Interviewpartner systematisch auszuwerten. Einen vorgegebenen und einheitlichen Katalog an Qualitätskriterien, die im Verwaltungsvollzug berücksichtigt werden müssen, gibt es nicht. Qualitätskriterien werden intensiv zur Bewertung der Eingriffsregelung beschrieben und angewendet (Kiemstedt et al 1996, Plenge 2012). Wie der Name sagt, geht es bei ihr um Eingriffe in Natur und Landschaft, bzw. um allgemeinere Auswirkungen von Vorhaben auf die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts und auf das Landschaftsbild (BNatSchG §14), während es bei dem besonderen Artenschutz um die Auswirkungen eines konkreten Vorhabens auf eine bestimmte Art auf Individuen-Ebene geht (BNatSchG §44). Sowohl für die Abarbeitung der Eingriffsregelung als auch des besonderen Artenschutzes gibt es jedoch untergesetzliche Regelungen und Handlungsanweisungen für die zuständigen

Naturschutzbehörden und die Vorhabensträger. Von daher erscheint es möglich, sich bei der Suche nach Qualitätskriterien für den besonderen Artenschutz an denen der Eingriffsregelung zu orientieren. Die Anforderungen an den Vollzug der Eingriffsregelung und damit auch an die Bewertungsmethodik stehen in einem Spannungsverhältnis zwischen rechtlichen, administrativen und fachlichen Anforderungen, das sich nach gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen richtet (Kiemstedt et al 1996, S. 7). Dieses „magische Dreieck“ (siehe Abbildung 6), bei dem das Verhältnis und die Gewichtung dieser drei Anforderungen zueinander unstetig ist (Kiemstedt et al 1996, S. 98), lässt sich auch auf untergesetzliche Regelungen zu der Abarbeitung des besonderen Artenschutzes übertragen. Entsprechend kann die Qualität des Verwaltungsvollzugs anhand der folgend aufgeführten Kriterien bewertet und einzelne Argumente diesen Qualitätskriterien zugeordnet werden.

Validität

Mit Validität ist grundsätzlich gemeint, dass das gemessen wird, was tatsächlich gemessen werden soll. Es handelt sich um ein fachliches Qualitätskriterium.

Bezogen auf die Thematik von WEA und Rotmilan geht es um eine sachgerechte und dem Problem angemessene Darstellung, bei der die Bewertung des Problems präzise, vorurteilsfrei und vollständig vorgenommen wird. Im Fokus steht also, ob durch die fachliche Datenerhebung und Bewertung der ökologischen Ergebnisse der Zustand der Population richtig erfasst und die Auswirkungen der zu genehmigenden Anlage auf die Population verlässlich abgeschätzt werden kann. In diesem Sinne wird Validität angenommen, wenn die tatsächliche Problemwirkung eines Vorhabens und die Empfindlichkeit der dort betroffenen Art überprüft werden. Es gehört eine gewisse Verallgemeinerung dazu, weil es bei dem besonderen Artenschutz nicht nur um das Individuum geht, sondern ein allgemeines Artverhalten und auch der Zustand der Population von Bedeutung sind. Zudem sind auch die Auswirkungen von WEA-Vorhaben in Grundzügen verallgemeinerbar, jedoch formen sie sich von Vorhaben zu Vorhaben je nach Gegebenheiten am Standort unterschiedlich aus. Eine Berücksichtigung des Naturraums und der Bestandsgefährdung ist also bedeutsam. Wichtige Aspekte der Messanforderungen sind Treffgenauigkeit, Schwankungsbreiten von gleichen Ausprägungen bzw. Abweichungen vom tatsächlichen Wert und die Sensitivität, also die Auflösung der Messung. Eine stark formalisierte oder rein numerische Bewertungsmethode ist meistens nicht als valide anzusehen.

Eine fachlich valide Bewertungsmethode, bei der die Ermittlung der Betroffenheit einer Art, bezogen auf die Zugriffsverbote, durch das geplante Vorhaben inhaltlich angemessen untersucht wird, kann einen hohen Erfassungsaufwand verbunden mit komplexen Bewertungsoperationen bedeuten. In solchen Fällen steht die Validität mit der Praktikabilität und der Nachvollziehbarkeit in einem Spannungsverhältnis.

Einzelfallgerechtigkeit

Die Bedeutung der Einzelfallgerechtigkeit ergibt sich aus dem Namen selbst. Sie ist ein fachliches Qualitätskriterium, das in einem engen Zusammenhang mit der Validität von Bewertungsmethoden steht.

Von einer Einzelfallgerechtigkeit kann ausgegangen werden, wenn für jedes Vorhaben die am besten geeignete Methode für die Bestandserfassung, die Bewertung, die Wirkung von Vermeidungsmaßnahmen und Gegebenheit der Ausnahmevoraussetzungen ausgewählt wird. Bedeutsam ist eine Begründung der Wahl genau dieser Methode, es soll sich nicht um

eine zwanghafte Einhaltung vorgegebener Handlungsleitfäden handeln. Zudem muss die Möglichkeit zur Modifikation der Methoden bestehen, sobald sich die Notwendigkeit für Abweichungen im Einzelfall ergibt. Eine Begründung der Abweichung kann sich aus gutachterlichen Einschätzungen ergeben und verbal-argumentativ dargelegt werden.

Wenn die Einzelfallgerechtigkeit gegeben ist, kann dies die Praktikabilität von Bewertungsmethoden einschränken, da ein erhöhter Erfassungs- und Bewertungsaufwand erforderlich wird. Mit zunehmender Komplexität kann die Überprüfbarkeit der Ergebnisse durch die Verwaltung erschwert werden.

Reliabilität

Mit Reliabilität ist die Zuverlässigkeit der Bewertungsergebnisse gemeint, sie wird den fachlichen Qualitätskriterien zugeordnet.

Bei wiederholter Bestandserfassung und Zustandsbewertung zu einem leicht versetzten Zeitpunkt soll man zu identischen Ergebnissen gelangen, die Ausprägung des Wertträgers soll also zuverlässig wiedergespiegelt werden. Jedoch geht es nicht nur um die zeitliche Komponente, sondern auch um die Auswertung, in diesem Fall von erhobenen Daten. Eine reliable Auswertung liegt vor, wenn die auswertende Person in demselben Sachverhalt oder mit denselben Daten auch zu demselben Ergebnis kommt. Ein weiterer Prüfschritt der Reliabilität kann sein, ob eine andere auswertende Person ebenfalls zu denselben Ergebnissen kommt. In diesem Sinne kann Reliabilität auch als Objektivität verstanden werden, dass Ergebnisse unabhängig vom Anwender sind. Demnach sind sowohl Kriterien und Wertmaßstäbe für die Beurteilung des Wertträgers als auch Vorgaben für die Verknüpfung mit der Bestandsbewertung bedeutsam. Diese sollen intersubjektiv anerkannt sein, sodass eine Einigung zu dieser Methode gegeben ist und sich nicht ein jeder sein Handeln zusammenstückelt. Es geht also auch darum, woher die Methoden und Kriterien stammen, ob es sich um anerkannte Standards handelt.

Gerade bei Bestandserfassungen von dynamischen Arten liegt hier eine große Herausforderung, wie mit abweichenden Ergebnissen ein und desselben Sachverhalts umgegangen wird. Je genauer die Kriterien durch Indikatoren und dazugehörige Parameter bestimmt sind, desto wahrscheinlicher erhält man reliable Ergebnisse, die nicht voneinander abweichen, was praktisch jedoch kaum vorkommen dürfte.

Transparenz

Die Transparenz ermöglicht Nachvollziehbarkeit und ist als Qualitätskriterium sowohl fachlich, als auch administrativ und rechtlich von Bedeutung. Sie soll der Entscheidungs- und Handlungslegitimation dienen und Akzeptanz fördern.

Transparenz ist gegeben, wenn der Prüfungsablauf des besonderen Artenschutzes und die Gestaltung der einzelnen Teilaufgaben plausibel dargestellt und Bewertungskriterien, Wertmaßstäbe und Verknüpfungsregeln offengelegt werden. Ein bedeutsamer Punkt ist gewiss, an wen die Anforderung der Allgemeinverständlichkeit gerichtet ist, da dies subjektiv vom Kenntnisstand des Beurteilers abhängt.

Praktikabilität

Die Praktikabilität oder auch Anwenderfreundlichkeit bezieht sich auf den Aufwand an Zeit und Kosten und wird dem administrativen Anforderungskomplex zugeordnet.

Es geht insbesondere um die Informationsbeschaffung, die Datenerhebung und Umsetzung

der geforderten Arbeitsschritte, deren Aufwand so gering wie möglich gehalten werden soll, um den geforderten fachlichen Anforderungen noch zu entsprechen. Die fachliche Anforderung an die Sachverhaltsermittlung und -bewertung hängt von der Schwere der Vorhabenauswirkungen und dem Schutzstatus der betroffenen Art ab.

Praktikabilität ist gegeben, wenn die Vereinfachung und Formalisierung der anzuwendenden Methoden hoch und die Umsetzung leicht ist. Denn der Erkenntnisgewinn oder die Qualität des Ergebnisses steigt nicht unbedingt mit der zunehmenden Komplexität einer Methode oder einer Fülle an erhobenen Daten. Die Praktikabilität bezieht sich auf die Methoden zur Abarbeitung der einzelnen Arbeitsschritte und kann in einem Konflikt mit der Validität stehen.

Effizienz

Mit Effizienz ist der benötigte Aufwand gemeint, um ein Ergebnis zu erzielen und ist Teil der administrativen Qualitätskriterien.

Es geht darum, nur Daten zu erheben, die für die Bewertung des besonderen Artenschutzes und die im Genehmigungsverfahren erforderlichen Unterlagen relevant sind. Das ist gegeben, wenn die Kosten für die Erhebung in Relation zu der Aussagequalität stehen und nicht bereits im Vorherein als zu großes Risiko gelten und damit ein Ausschlusskriterium für den Vorhabensträger darstellen. Wenn zwei unterschiedlich komplexe Methoden bei demselben Sachverhalt zu gleichen Ergebnissen führen, ist aus Gründen der Effizienz die einfachere Methode vorzuziehen.

Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeit meint die Angemessenheit des Aufwandes gemessen an der Schwere der Vorhabenauswirkungen und ist Teil des rechtlichen Anforderungskomplexes.

Bei Entscheidungsspielräumen, wie sie die naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative schaffen, sind jeweils die relevanten Interessenslagen abzuwägen und ausgewogen zu berücksichtigen. Es gilt zu beurteilen, ob die angewendete Methode und der daraus resultierende Aufwand im Verhältnis zu der Entscheidungsrelevanz steht. Wenn die Methoden aufgrund ihrer Einfachheit oder Unangemessenheit zu Fehlern führen, die die Entscheidung über die Zulässigkeit ändern oder die Art und den Umfang von Vermeidungsmaßnahmen wesentlich beeinflussen, dann ist ihre Anwendung nicht verhältnismäßig. Solche Fehler aufgrund ungenauer oder zu einfacher Methoden ist wahrscheinlicher, wenn sowohl die Schwere der Vorhabenauswirkung als auch die Empfindlichkeit der betroffenen Art hoch ist.

Verhältnismäßigkeit ist gegeben, wenn der Aufwand der Bedeutsamkeit des Entscheids entspricht und die Prüfung des besonderen Artenschutzes effizient abgearbeitet werden kann.

Rechtskonformität

Die Rechtskonformität umfasst hier Anforderungen an das Schutzgut, an die Bewertungsgrundlage und an die Verfahrenssicherheit und ist selbstredend den rechtlichen Qualitätskriterien zuzuordnen.

Sie ist besonders dann von Bedeutung, wenn der besondere Artenschutz für den Bescheid einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eine relevante Rolle spielt oder wenn aufwendige Vermeidungsmaßnahmen in Form von Nebenbestimmungen erlassen werden,

um eine Genehmigungsfähigkeit sicher zu stellen. Im Fokus stehen dabei die Erheblichkeit der Auswirkungen des Vorhabens und die Empfindlichkeit der betroffenen Art im gesamten Verlauf des Genehmigungsverfahrens.

Bedeutsam ist die vollständige Abbildung des Schutzgutes, in dem Fall der Art des Rotmilans. Dabei besteht ein Zusammenhang mit der Validität und der Einzelfallgerechtigkeit.

Eine einheitliche Bewertungsgrundlage durch formale Standards zur Prüfung der Teilaufgaben des besonderen Artenschutzes ist ein bedeutsames Element, um dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Vorhabensträgern gerecht zu werden. Sie ist gegeben, wenn ähnlich gelagerte Vorhaben, bezogen auf die Schwere ihrer Auswirkungen und Empfindlichkeit der betroffenen Art, in ihrer Genehmigungszulässigkeit und Aufwand an Vermeidungsmaßnahmen nicht wesentlich unterscheiden.

Die Prüfung der Vermeidbarkeit von negativen Auswirkungen des Vorhabens auf die betroffene Art ist essentiell für die Rechtskonformität des besonderen Artenschutzes und findet sich als Alternativenprüfung namentlich in den Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahme wieder.

Zudem ist die Verfahrenssicherheit ein wichtiger Aspekt, damit sich Vorhabensträger im Zuge langwieriger und kostenintensiver Vorbereitung von Unterlagen für den Antrag einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung auf ein abgestimmtes und konkretes Vorgehen und Anforderungen an Methoden verlassen können.

Wirksamkeit

Die Wirksamkeit bezieht sich direkt auf Vermeidungsmaßnahmen, um nicht gegen die Zugriffsverbote zu verstoßen, und ist sowohl den fachlichen als auch den rechtlichen Anforderungskomplexen zugeordnet.

Eine Prüfung der Wirksamkeit ist direkt nicht möglich, da Populationsentwicklungen vielfach erst nach Jahrzehnten feststellbar sein werden und ein kausaler Zusammenhang zwischen Maßnahme und Wirkung schwierig herzustellen ist. Eine Möglichkeit besteht darin, die Wirksamkeit von Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen mittels Kontrollen oder Monitorings sicherzustellen. Der Maßstab sollte dabei je nach dem der günstige Erhaltungszustand der Art oder die effektive Vermeidung von Kollisionen an der WEA sein.

Haltung

Mit der Haltung wird ein weiteres Kriterium aufgegriffen, das nicht im Sinne von Qualität verstanden werden kann und auch nicht den Anforderungskomplexen zugeordnet werden kann. Es ist aber für die Analyse der Argumente, wie sie mit der Fragestellung dieser Masterarbeit untersucht werden, von großer Bedeutung, mit welcher Haltung der Betroffene, unabhängig ob als Vorhabensträger oder als Vertreter einer Naturschutzbehörde, dem besonderen Artenschutz und dem Verwaltungsvollzug gegenübertritt.

Bedeutsame Elemente sind hierbei, ob man auf Seiten der Naturschutzbehörde in der Ausübung der zugesprochenen Tätigkeit eingeschränkt wird, etwa durch politische Vorgaben in Form von Handlungsleitfäden oder Anweisungen, und eine ungerechte oder einschränkende Behandlung empfindet. Gleichsam kann sich auch der Vorhabensträger ungerecht behandelt fühlen, wenn er den Eindruck gewinnt mit unverhältnismäßig hohen oder unvorhergesehenen Anforderungen konfrontiert zu werden.

Bedeutsame Einflüsse auf die Haltung sind einerseits durch die Interessensvertreter der Windenergiebranche und andererseits durch die politischen Einflüsse auf verschiedenen Ebenen zu erwarten. Mit dem Kriterium Haltung wird der Frage nachgegangen, ob der Sachverhalt des besonderen Artenschutzes und der Verwaltungsvollzug unvoreingenommen angegangen wird.

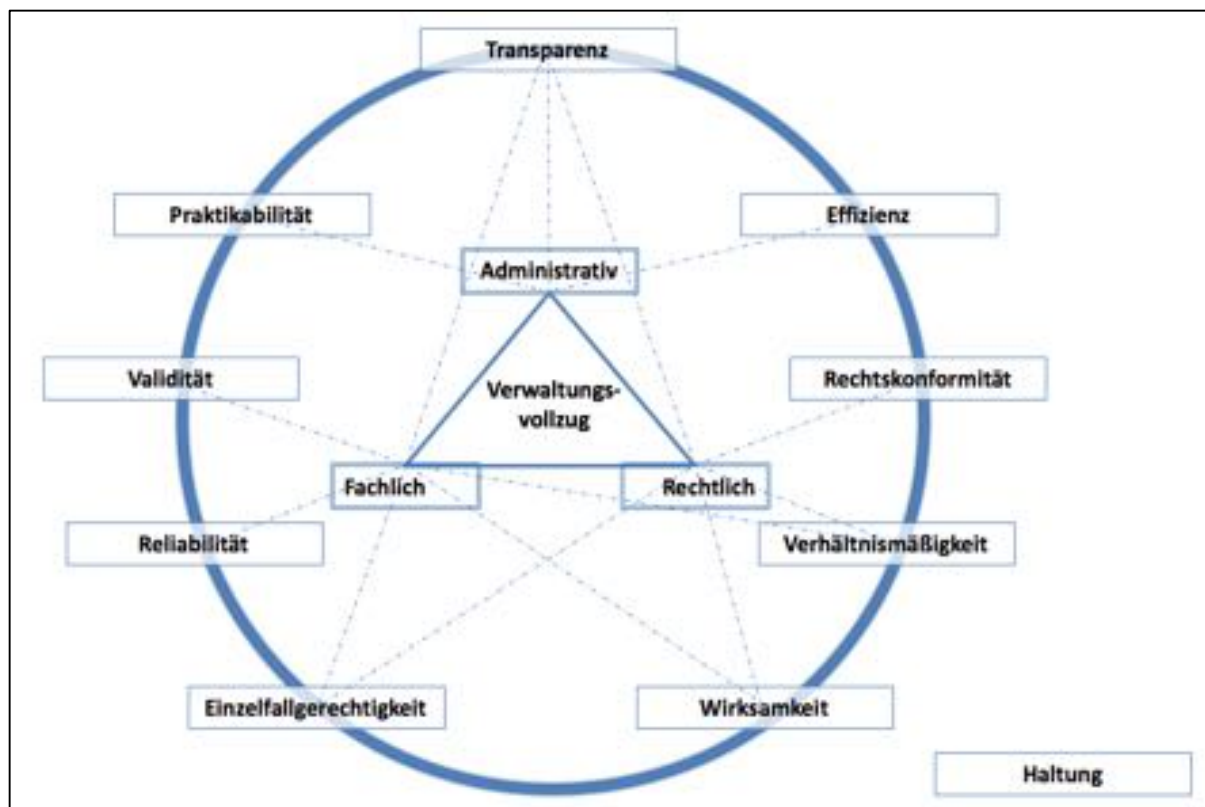


Abbildung 6: Anforderungskomplexe an den Verwaltungsvollzug - magisches Dreieck und Qualitätskriterien

In der Abbildung 6 ist die Zuweisung der Qualitätskriterien zu den Anforderungskomplexen des magischen Dreiecks, bestehend aus Fachlich, Administrativ und Rechtlich, zusammenfassend dargestellt, die als Anforderung an einen guten Verwaltungsvollzug gestellt werden können. Das Kriterium Haltung stellt dabei kein Qualitätskriterium dar, kann aber entscheidenden Einfluss auf das Verwaltungshandeln nehmen²⁵.

5. Ergebnisse der problemzentrierten Interviews

Die Interviews mit Naturschutzbehörden und Vorhabensträgern fokussieren sich auf die artenschutzrechtliche Problematik mit dem Rotmilan, um die Auswirkungen von untergesetzlichen Regelungen und die aufgeführten Argumente zu den Möglichkeiten einer artenschutzrechtlichen Ausnahme zu analysieren (siehe Kap. 4.2; Anhang 1). Die qualitativen Daten werden sowohl nach den Prüfschritten des besonderen Artenschutzes (siehe Kap. 2.2) als auch nach den ausgearbeiteten Qualitätskriterien (siehe Kap. 4.5) untersucht. Die Ergebnisse werden im folgenden Abschnitt ausformuliert wiedergegeben.

²⁵ Bildlich gesehen kann man von einem „Qualitätsrad des Verwaltungsvollzugs“ sprechen, das sich um das „magische Dreieck“ wie Speichen aufspannt, um dem Hindernis Haltung standzuhalten.

5.1. Aussagen zur Bestandserfassung in der Praxis

Um die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzes beurteilen zu können, muss zunächst der Ausgangszustand dargestellt werden, um die Auswirkungen des geplanten Vorhabens plausibel zu beurteilen. Standardisierte Methoden zur Berücksichtigung von Bestandsdaten und zur Erfassung neuer Daten sollen einen vergleichbaren und nachvollziehbaren Verwaltungsvollzug ermöglichen (siehe Kap. 2.2.1, 3.1.1, 3.2.1).

Standardisierung

Die Leitfäden setzen Standards, indem sie den aktuellen Wissensstand zur Vogelerfassung zusammenfassen, um eine gleiche Sachbearbeitung und Qualität der Bewertungsgrundlage sicherzustellen: *„in der Regel läuft die Erfassung insoweit gut, da wir ja diese Standards haben, die Untersuchungshinweise weisen ja auch wiederum nur auf Südbeck et al hin, also Erfassungsstandards bestehen ja schon länger, zumindest für die Avifauna, {...} da haben wir eigentlich weniger das Problem in der Qualität der Erfassung“* (NB2, Rn. 23). Mit den Handlungsleitfäden werden *„auf jeden Fall {...} positive“* Erfahrungen bei der Naturschutzbehörde gemacht, *„was für Untersuchungen allgemein durchgeführt werden müssen, welche Qualität die haben müssen {...}, das ist schon eine große Unterstützung im Alltag“* (NB3, Rn. 19). Das wird auch von Seiten eines Vorhabensträgers so gesehen: *„in der Bestandserfassung find ich es generell eigentlich eine gute Vorgehensweise, also es ist für mich, weil ich die Untersuchungen ja nicht mitmache, die macht ja der Gutachter, für mich auch plausibel und nachvollziehbar“* (VB2, Rn. 31). Demnach wird mit den Standards in den Handlungsleitfäden ein transparentes und reliables Verfahren ermöglicht, sie scheinen ein anerkanntes Instrument zur Steuerung von relevanten Genehmigungsanforderungen zu sein. Die *„Anhebung der Erfassungsqualität“* wirkt sich positiv auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren aus, in dem die Zugriffsverbote eine Hauptrolle spielen (NB2, Rn. 13).

Bestandsdaten

Die Handlungsleitfäden setzen einzelne Verfahrensschritte fest, die in einem abgeschichteten Vorgehen geprüft werden. In Baden-Württemberg liegt für den Rotmilan eine landesweite Kartierung vor, *„die wird immer herangezogen für die Datenrecherche, darüber hinaus liegen der Umweltverwaltung auch über eigene Erfassungsprogramme {...} Daten vor, die werden in der Regel von den beauftragten Gutachtern ausgewertet. Dann werden regionale oder lokale Experten befragt zu bestimmten Vorkommen, und daraufhin wird dann, wenn es gut läuft, zusammen mit der Naturschutzverwaltung nochmal Rücksprache gehalten, ob noch weitere Artengruppen berücksichtigt werden müssen, und dann über die Standards, die ja festgelegt sind über die Erfassungshinweise, das Erfassungskonzept erstellt“* (NB2, Rn. 19). Die Abfolge aufeinander aufbauender Prüfschritte ermöglicht ein praktikables und effizientes Vorgehen, bei dem die Zwischenergebnisse unmittelbare Auswirkungen auf die Anforderungen des nächsten Prüfschritts haben.

Der Anlass der saP ist die Prüfung der Zugriffsverbote als Ganzes, also nicht nur das Tötungsverbot, sondern genauso das Störungsverbot und Schädigungsverbot der Fortpflanzungsstätten, wobei der Fokus auf der Untersuchung liegt, ob die Wahrscheinlichkeit einer Tötung von Individuen in signifikanter Weise steigt (VB3, Rn. 31).

Datenerfassung

Die räumliche Ausdehnung der Untersuchungen wird in den Handlungsleitfäden festgelegt und unterscheidet sich zwischen den Ländern. In Rheinland-Pfalz wird *„eine Horstsuche durchgeführt im Umfang von 3.000 m um den geplanten Standort, von Greifvögelhorsten erstmal, wenn dann ein Horst von einem schlaggefährdeten Vogel in einem gewissen Bereich gefunden wird um die Anlage, werden die nächsten Maßnahmen durchgeführt. Sprich, wenn ein Rotmilan innerhalb von 1.500 m um eine Anlage gefunden wird, oder selbst der Horst, dann muss eine Raumnutzungsanalyse durchgeführt werden. Und wenn er näher als 500 m dran ist, dann ist es ein direktes Ausschlusskriterium, also dann ist die Anlage nicht genehmigungsfähig“* (NR1, Rn. 17). Aus administrativer Sicht handelt es sich um ein praktikables Vorgehen, bei dem die Datenerhebung aufgrund pauschaler Bewertungsmaßstäbe eine unmittelbare Wirkung auf die weitere Projektentwicklung nimmt (siehe Kap. 5.2).

Auch in Baden-Württemberg wird die RNA durch eine vorhergehende Horstsuche ausgelöst. Für die Bewertung des Signifikanztheorems sind *„hauptsächlich {...} die Flugbewegung {wichtig} die man erfasst hatte und die Fortpflanzungsstätten in der Nähe, die werden nur in einem Jahr erfasst. Das heißt, man hat meinetwegen auch mehrere Horste aufgenommen, hat aber in dem einen Jahr natürlich nur den Horst, wo er tatsächlich gebrütet hat drauf und von dem wird dann der 1.000 m Radius genommen, der festgelegt ist. {...} Dementsprechend wird dann gekuckt, ist die WEA in dem 1.000 m Radius, ist die Windenergieanlage in einem besonders frequentierten Bereich von dem Rotmilan, und daraus wird dann geschlossen, ob ein erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt oder nicht“* (NB3, Rn. 31). In gleicher Weise wie im vorherstehenden Argument wird das Vorgehen der Erhebung plausibel dargelegt, doch werden aus anderen Abstandskriterien auch andere Schlussfolgerungen gezogen. Da es sich in beiden Fällen um den Rotmilan handelt, und der Naturraum zwischen den benachbarten Ländern Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg nicht als derartig differenzierendes Merkmal dienen kann, kommt notwendigerweise die Frage nach der Validität auf, welche Methode die Zugriffsverbote angemessener behandelt. Diese Differenz zeigt auf, dass den Ländern im Sinne des Föderalismus ein Spielraum zugesprochen ist, welche Maßstäbe angesetzt werden, weil es keine einheitlichen Vorgaben und keinen einheitlichen Stand der Wissenschaft zu ebensolchen Abstandskriterien gibt. Ein weiterer Aspekt wird angesprochen, der ebenfalls dem Qualitätskriterium der Validität und auch der Reliabilität zugeordnet werden kann. Denn auch wenn mehrere Horste in der Kartierung nachgewiesen werden, kommt es für ihre Berücksichtigung drauf an, ob sie in dem Untersuchungsjahr belegt sind oder nicht und dies scheint ein zufälliges Ereignis zu sein. Da eine konsequenzschwere Bewertung darauf aufbaut, erscheint dieser Prüfschritt nicht sehr sachgerecht und eher ein praktikabler Lösungsansatz zu sein. Das ist der Grund, weshalb *„prominente Vogelarten und vermeintlich windkraftsensible Vogelarten {...zu} einem frühen Zeitpunkt {im Planungsprozess} abgeprüft werden“* und dazu alle zur Verfügung stehenden Daten und Quellen genutzt werden (VR1, Rn. 4).

Die Schwierigkeit liegt in dem Artverhalten und der Artdynamik sowie dem daraus resultierenden Untersuchungsaufwand, der zudem eine gewisse Verhältnismäßigkeit wahren soll, um dem Vorhabensträger zumutbar zu bleiben. Wenn widersprüchliche Aussagen oder Gutachten vorliegen, wird es kompliziert: *„also wir haben zum Beispiel einen Fall gehabt, da hat der Gutachter einen Rotmilanhorst nicht belegt gehabt, und da wurde dann von dritter Seite, allerdings im Jahr darauf, {...} festgestellt, dass der belegt war. Und man hat ja keine*

*Kontinuität bei der Belegung der Rotmilanhorste, die haben ja Wechselhorste, und man geht dann nach den LUBW-Hinweisen nur davon aus, dass die Horste nicht belegt sind, wenn sie drei Jahre nacheinander nicht belegt sind“ (NB1, Rn. 26), wobei gutachterlich erhobene Daten fünf Jahre als gültig bzw. verwertbar für die immissionsschutzrechtliche Antragsstellung gesehen werden (NR1, Rn. 19; VR2, Rn. 25), und darüber hinaus entscheidend ist, ob zwischenzeitlich eine Änderung eingetreten ist oder nicht. Es wird die Validität der Untersuchungen nach den Handlungsleitfäden hinterfragt, zum anderen aber auch die Praktikabilität und Effizienz, wenn man das Ziel der Handlungsleitfäden in die Betrachtung aufnimmt, dass der Vorhabensträger bei Einhaltung der Leitfäden genehmigungsfähige Schlussfolgerungen genieren kann. Wenn alle Jahre wieder Zufallsbeobachtungen eine erneute ganzjährige RNA nach sich ziehen können, wird in Anbetracht des finanziellen und zeitlichen Aufwandes und der unsicheren Aussagequalität die Verfahrenssicherheit leiden. Dennoch ist festzuhalten, dass es sich bei dem geforderten Untersuchungsaufwand um eine *„Mindestanforderung für ein sehr einfach strukturiertes Untersuchungsgebiet {...handelt}, in den meisten Fällen der Untersuchung verschiedene oder mehrere Beobachtungspunkte besetzt werden müssen, es müssen Synchronerfassungen durchgeführt werden, also das erhöht {...} den Stundenumfang in der Regel schon. Also eine Unterschreitung des Untersuchungsumfangs ist nicht möglich, aber eine Anpassung an die Geländeschwierigkeiten bedingt sehr oft eine Erhöhung des Stundenumfangs“* (NR3, Rn. 21).*

Weder die Horstsuche noch die RNA kann dem Anspruch genügen, die „Wirklichkeit“, die Natur in ihrer ganzen Vielfalt wiedergeben zu können, weil *„das ist ja grundsätzlich immer alles sehr schwer fassbar, allein die Untersuchungen, wo die Art fliegt, auch die Raumnutzungsuntersuchungen, das sind zum Beispiel intensive Untersuchungen, aber das spiegelt ja nie zu hundert Prozent das ganze Bild wieder, das kann es ja nicht. Das heißt, es sind immer Unwägbarkeiten drinnen, die die Sache dann auch schwierig machen“* (NR2, Rn. 25). Mit der RNA gelingt es einen Überblick zu gewinnen, der allerdings mit Unsicherheiten behaftet ist, *„weil je nachdem, wo dieser Erfasser gestanden hat und wie er das sieht, sind da auch mal Differenzen von mehreren hundert Metern drinnen. Das habe ich selbst mal ausprobiert und es ist nicht so, dass wenn jetzt eine Linie so eingezeichnet ist, dass der Vogel wirklich genauso geflogen ist, da ist immer eine Differenz drinnen“* (VB3, Rn. 37). Die Dokumentation der Untersuchungen dient der Nachvollziehbarkeit, ob die methodischen Anforderungen erfüllt werden. Im Gegensatz zu der Bewertung der Ergebnisse ist die Einhaltung methodischer Anforderungen gerichtlich überprüfbar, ein Ermittlungsdefizit muss nachvollziehbar ausgeschlossen werden können (VG Sigmaringen NuR 2018, S. 286).

Eine bedeutsame Funktion nimmt die Habitatanalyse ein, die vor der RNA angestellt wird. Diese untersucht das Habitatpotenzial des Rotmilans im Vorhabensgebiet, während die RNA die Funktionsbeziehungen zwischen Brutplätzen und Nahrungsplätzen feststellt (NR3, Rn. 17). Die Habitatanalyse wird sogar als *„noch wichtiger als irgendwelche Raumnutzungsanalysen“* bezeichnet, weil diese zeitloser als einjährige Untersuchungen seien (VB2, Rn. 23). Manch einer nimmt diese Schwierigkeit mit der Validität und Reliabilität einer RNA, die sich auch mit noch höherem Aufwand nicht beheben lässt, zum Anlass den Aufwand grundsätzlich in Frage zu stellen: *„also das Problem mit den Raumnutzungsanalysen ist, die treffen ja eine Aussage für ein Jahr, also ich sag jetzt mal in diesem einen Jahr hat der Rotmilan da und dort nach Nahrung gesucht. Ich muss aber eine Aussage für die nächsten 20 Jahre treffen, also im schlimmsten Fall ist die nächstes Jahr*

schon hinfällig“ (VR2, Rn. 17). Ebenjener Vorhabensträger schlägt stattdessen als Lösungsansatz vor, aus diesem Grund auf die RNA zu verzichten, „das Geld, das man bei der Raumnutzungsanalyse spart, investieren in Ablenkmaßnahmen. Und der Hauptgrund ist {...}, dass die Raumnutzungsanalyse, die erfasst nur ein Jahr, und wo {sich} der Rotmilan in diesem Jahr langbewegt, das hängt davon ab, wie das Land aktuell genutzt wird, wie die Witterung ist, davon hängt ja auch die Landnutzung ab {...und es} hängt vom Individuum ab. Rotmilane unterscheiden {sich...}, von Individuum zu Individuum haben die da bestimmte Vorlieben, die können auch von Jahr zu Jahr wechseln, das hängt davon ab, ob andere Rotmilane hinzukommen und und und. Da lässt sich eine ganze Reihe von Faktoren aufzählen, weshalb die Landnutzung bei einem Rotmilan von Jahr zu Jahr unterschiedlich ist. Ich krieg zwar schöne Ergebnisse raus mit der Raumnutzungsanalyse in einem Jahr, ich kann diese Ergebnisse aber nicht guten Gewissens als Grundlage nehmen für das Vorkommen in den nächsten 20 Jahren. Deswegen wäre mein Vorschlag, sich auf diesen 500 m Radius zu konzentrieren, da auf keinen Fall Windräder bauen, und wenn Rotmilane innerhalb des 1,5 km Radius vorkommen, entsprechend Ablenkflächen anlegen“ (VR2, Rn. 57). Dieser Vorschlag stellt die Validität der Raumnutzungsanalyse in Frage, jedoch hat der Verbesserungsvorschlag ebenfalls ein Validitätsproblem, wenn eine Bewertung pauschal an einem Abstandskriterium erfolgt. Genau das ist der springende Punkt, denn in dem Argument geht es um Effizienz. Wenn es nicht möglich ist, qualitativ hochwertige Aussagen zu generieren, dann sollte im Sinne der Effizienz die kostengünstigere Variante gewählt werden, anstatt aus einem erhöhten Aufwand automatisch eine höhere Genauigkeit abzuleiten. Das Problem ist dabei, dass mit dem Vorschlag nicht nur die RNA in Frage gestellt wird, sondern auch die Einschätzungsprärogative. Wenn das Signifikanzniveau allein an pauschalen Abstandskriterien festgemacht werden sollte, ist das ein Thema der Rechtskonformität.

Ein anderer naheliegender Vorschlag, um das Problem mit der einjährigen RNA anzugehen ist es, *„das Ganze zwei oder dreijährig oder mehrjährig zu untersuchen, aber da gibt es eben auch entsprechende Urteile von Verwaltungsgerichten, die besagen, es muss jetzt nicht unbedingt mehr erfasst werden als unbedingt notwendig“ (NR3, Rn. 61). Ein Argument der Rechtskonformität in Zusammenhang mit der gebotenen Effizienz bei Handlungen der Verwaltung, da staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen soll.*

Ein anderer bedeutsamer Aspekt der Rechtskonformität ist die Vollständigkeit der Untersuchungen einer Art unter Einhaltung der vorgegebenen Handlungsleitfäden, denn *„wenn Fehler im Gutachten vorliegen, dann wäre die Konsequenz daraus, wenn uns das zu viel Unsicherheit im Genehmigungsverfahren bringt, dass wir hier keine vollständigen Untersuchungen haben und bis zum nächsten Jahr warten müssen, um nochmal vollständig zu untersuchen“*, denn anders als bei Rastvogeluntersuchungen sind *„abgespeckte Nachuntersuchungen“* beim Rotmilan nicht möglich. Wenn bei ihm eine Untersuchungsperiode nicht vollständig ist, *„dann ist das Gutachten nicht besonders aussagekräftig“ (VR1, Rn. 26). Es wird geäußert, dass man „weniger das Problem in der Qualität der Erfassung {hätte}, es ist oftmals eher ein Problem mit der Dokumentation, oftmals wird nicht mit den Behörden Rücksprache gehalten, wenn von den Standards abgewichen wird. Das ist für uns ein sehr großes Problem, weil {...} die Abweichung von den Standards, ist für uns ja nur dann möglich, wenn wir damit einverstanden sind, das ist abgedeckt über die Einschätzungsprärogative der Naturschutzbehörde“ (NB2, Rn. 23). Die Zuständigkeit ist an der Stelle klar geregelt: die Entscheidungsfreiheit über Abweichungen zu*

befinden, um damit dem Einzelfall gerecht werden zu können, ist der Naturschutzbehörde zugesprochen. Der zweite Aspekt in dem Argument ist die Problematik mit der Dokumentation der Ergebnisse, die einen großen Einfluss auf deren Interpretation ausübt. Zum einen ist die Nachvollziehbarkeit teilweise nicht gegeben, weil *„Protokolle oft handgeschrieben sind und sehr unleserlich {...} also da muss man schon ein gewisses Vertrauen in die Gutachter haben“* (NR1, Rn. 27). Zum anderen *„gibt es verschiedene Methoden {...}, also man kann jetzt Linien aufzeichnen und so weiter, {oder man macht} das mit Minutenpunktverortung und letztlich läuft das dann in ein Geographisches Informationssystem, das dann statistisch ausrechnet, wie groß sind die Aufenthaltswahrscheinlichkeiten in einem bestimmten Bereich“* (VR3, Rn. 25).

In Rheinland-Pfalz wird die mangelnde Aktualität der Handlungsleitfäden als *„Problem“* bezeichnet, weil *„der naturschutzfachliche Rahmen {...} in Sachen Erfassung der Raumnutzung vom Rotmilan teilweise einige Fragen offen lässt, die Methodik, die Länge der Erfassung ist nicht zu Ende {...} dargestellt, deswegen wird hilfsweise dieser Leitfaden zur Raumnutzungsanalyse herangezogen“* (NR1, Rn. 11), der sich aktuell noch im Entwurfsstadium befindet. Dieser sieht vor, die Beobachtungszeit im Gelände für die RNA von ursprünglich 54 Stunden auf 72 Stunden zu erhöhen und den Projektierern wird *„vorsichtshalber“* empfohlen, jetzt *„schon auf 72 Stunden zu gehen, einfach um sicher zu gehen“*, falls der Leitfaden später verabschiedet wird, damit keine weiteren Untersuchungen von der Behörde angeordnet werden. Kursierende Entwurfsskizzen stellen somit eine beträchtliche Unsicherheit im Verfahren dar, entweder man richtet sich nach dem beträchtlich erhöhten Untersuchungsaufwand, der allerdings noch nicht vorgeschrieben ist und sich noch in Abstimmung befindet, oder man geht das Risiko ein, zum Zeitpunkt der Genehmigungseinreichung kein leitfadenskonformes Gutachten vorliegen zu haben. Das kann verfahrensrechtlich ein Verhinderungsgrund der Genehmigungserteilung darstellen, weil Handlungsleitfäden als *„antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“* angesehen werden können (Mayer 2016, S. 685; VG Sigmaringen NuR 2018, S. 284; VGH München 2016, 22 B14.1875 und 22 B 14.1876, Rn. 41)²⁶. Dem Problem könnte mit einer Übergangsregelung im neuen Leitfaden geholfen werden, die eine abgestimmte und bereits begonnene Bestandserhebung als gültig für das Genehmigungsverfahren ansehen. Zwar ist bei einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung die aktuelle Rechtslage zu dem Zeitpunkt der Erteilung relevant. Jedoch könnte in Anbetracht der Planungssicherheit eben vermerkt werden, dass die Abstimmung über die Erhebungsanforderungen, etwa in einem Scoping-Termin, als formaler Verfahrensschritt gilt. Ohnehin gibt die Einschätzungsprärogative der Naturschutzbehörde einen Entscheidungsspielraum über Datenerhebung und deren Bewertung zu entscheiden. Aus Gründen der Praktikabilität und Effizienz der Verwaltungsmitarbeiter an Naturschutzbehörden kommt an dieser Stelle die Frage nach einer ausformulierten Übergangsregelung im Handlungsleitfaden als eine Hilfestellung auf.

Ländervergleich

Ein bedeutsamer Unterschied zwischen den Ländern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz besteht in den unterschiedlichen Abstandsschwellwerten, die im abgeschichteten Untersuchungsverfahren eine RNA auslösen, oder in Rheinland-Pfalz sogar unmittelbar einen Verstoß gegen die Zugriffsverbote darstellen. Zudem sind die Handlungsleitfäden in

²⁶ Vergleiche dazu auch die Kommentierung, welche untergesetzlichen Regelungen maßgeblich sein und sich in gerichtlichen Auseinandersetzungen durchsetzen können (von Woyna 2017, S. 21-23).

Baden-Württemberg aktueller, bzw. vollumfänglicher, während in Rheinland-Pfalz Planungsunsicherheit aufgrund eines kursierenden aber noch nicht verabschiedeten Entwurfs eines neuen Leitfadens besteht, sodass vorsichtshalber unabgestimmte Anforderungen von Behörden empfohlen und diese angesichts der Einschätzungsprärogative erfüllt werden müssen.

Andere Diskussionspunkte, wie grundsätzliche Ungenauigkeiten artenschutzrechtlicher Untersuchungen und Interpretationsspielräume in der gutachterlichen Ergebnisdarstellung, sind allgemeiner Art und nicht landesspezifisch. Es wird die Frage aufgeworfen, ob der Aufwand der RNA angesichts der Unsicherheiten ein effizientes Instrument darstellt oder zugunsten pauschaler Abstandskriterien und aufwendigerer Vermeidungsmaßnahmen weggelassen werden könnte.

5.2. Aussagen zur Bewertung des besonderen Artenschutzes in der Praxis

Nach der Bestandserfassung folgt als gesonderter Prüfschritt die Bewertung ebendieser Daten (siehe Kap. 2.2.1, 3.1.2, 3.2.2).

Ein elementarer Unterschied bei der Bewertung zwischen den beiden Ländern liegt darin, dass Baden-Württemberg die RNA als Bewertungsgrundlage heranzieht, während in Rheinland-Pfalz die Regelvermutung aufgrund der pauschalen Horstabstände eine entscheidende Rolle spielt.

Unter Bezug auf landestypische Landschaftsstrukturen hat Baden-Württemberg einen Abstand von 1.000 m festgelegt, indem ein Verstoß gegen die Zugriffsverbote in der Regel angenommen wird. Der genannte Abstand kann nur unterschritten werden, wenn eine RNA nachvollziehbar darlegt, dass der Vorhabensstandort nicht regelmäßig überflogen wird und daher kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko angenommen werden muss (NB1, Rn. 27). Diese Abweichung vom Helgoländer Papier, das eine Regelvermutung von 1.500 m empfiehlt, wird einerseits als „human“ bezeichnet (VB3, Rn. 23), weil *„die Aktivität des Vogels wichtiger als der Abstand zu Horsten“* ist (VB1, Rn. 13). Die Bewertung, dass es sich um eine „humanen“ Abstand handelt, ist dem Kriterium Haltung zuzuordnen. Denn die Landespolitik weicht bewusst von der Abstandsempfehlung des so genannten Helgoländer Papiers ab (LAG VSW 2015), während andere Länder, darunter Rheinland-Pfalz, ebendiesen Abstandsempfehlungen pauschal folgen. Die Priorisierung der Flugaktivität gegenüber dem Horstabstand kommt aus dem Bereich der Einzelfallgerechtigkeit und Validität, also dem fachlichen Anforderungskomplex. Andererseits wird die Abweichung als „schwierig“ bezeichnet, *„weil dann weicht man die ganze Sache wieder auf, {...und} die Frage, wann ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben ist, ist immer eine Einzelfallbeurteilung, und die ist nicht immer einfach und wird von den verschiedenen Gutachtern und wahrscheinlich auch von verschiedenen Behörden auch im selben Fall unterschiedlich bewertet werden {...}, weil dann der Diskussion schnell Tür und Tor geöffnet ist, ob man sich über der Schwelle signifikant erhöhtes Tötungsrisiko befindet oder eben nicht“* (NB1, Rn. 25 - 27). In dieser Argumentation spielen mehrere Qualitätskriterien eine Rolle, denn es wird die Praktikabilität eines pauschalen Abstands einer aufwendig zu beurteilenden und den Einzelfall berücksichtigenden RNA vorgezogen. Damit wird bekräftigt, dass eine höhere Reliabilität vorliegen würde, weil ein gleicher Sachverhalt bei einer

pauschalen Abstandsregelung keine unterschiedlichen Bewertungen nach sich ziehen würde. Bei der Reliabilität handelt es sich nicht um den zeitlichen Aspekt, mit der Messung die tatsächliche Ausprägung widerzuspiegeln, sondern um die Frage, ob eine reliable Auswertung stattfindet, die im Sinne der Objektivität unabhängig vom Anwender ist.

In Rheinland-Pfalz wird der Empfehlung des Helgoländer Papiers gefolgt, sodass ein Verstoß gegen die Zugriffsverbote bei Unterschreitung von 1.500 m angenommen wird. Für eine Unterschreitung ist ebenfalls eine RNA erforderlich, bei einer Annäherung an den 500 m Abstandsradius liegt allerdings ein absolutes Ausschlusskriterium vor (NR1, Rn. 11; VR1, Rn. 20). Auch wenn die Bedeutsamkeit der Abstandsempfehlungen in Rheinland-Pfalz höher ist, wird die Validität pauschaler Abstandskriterien in Frage gestellt, weil man nicht davon ausgehen kann, dass *„die Reviere {der Rotmilane} kreisrund sind“* (VR3, Rn. 13).

Ein pauschaler Abstand ist gewiss eine praktikable Lösung für den Verwaltungsvollzug, der auch einen hohen Grad an Reliabilität aufweisen kann und dem administrativen Anforderungskomplex zuzuordnen ist. Dem gegenüber liefert eine RNA einen Beitrag, dem Einzelfall eines Projekts gerecht zu werden, wenngleich nicht der Anspruch gestellt werden kann, damit die Natur selbst, bzw. das tatsächliche Artverhalten in seiner Gänze abbilden zu können. Die RNA bietet mit einem entsprechenden finanziellen und zeitlichen Aufwand vielmehr die Möglichkeit, von der pauschalen Regelvermutung abzuweichen. Einen Mangel stellt dabei die Nichtberücksichtigung der landwirtschaftlichen Raumnutzung dar, es wird erwähnt *„man müsste sozusagen parallel die landwirtschaftliche Raumnutzung erfassen“*, wobei das auch *„keine Patentlösung“* darstellen würde (NB1, Rn. 23).

Baden-Württemberg hat keine klaren Schwellwerte für die Bewertung, was teilweise bedauert wird (NB1, Rn. 25), weil es ein Instrument darstellen würde, um ein einheitliches Verwaltungshandeln zu ermöglichen, wie es ein Vertreter der Naturschutzbehörde treffen formuliert: *„nachteilig ist natürlich immer, dass man keinen Schwellenwert hat und dementsprechend auch vor den Projektentwicklern sich immer rechtfertigen muss. Es gibt halt ganz viele verschiedene Meinungen zu dem Thema, manche Leute sagen bei 30 Überflügen über die Windenergieanlage liegt ein Tötungsrisiko vor, andere sagen ab 5 geht es schon los. Und man muss es halt immer auf den speziellen Einzelfall beziehen und begründen können, warum man jetzt genau meint, an der Anlage sei ein erhöhtes Tötungsrisiko vorhanden, da gibt es natürlich dann immer beide Seiten, für die man argumentieren kann, und je nach dem ist es halt dann vor Gericht am Ende“* (NB3, Rn. 33). Die genannte Nachteiligkeit bezieht sich dabei hauptsächlich auf das Qualitätskriterium der Nachvollziehbarkeit, weil die RNA eine Rechtfertigung sowohl vor dem Vorhabensträger aber auch vor Gericht nach sich ziehen kann. Wobei eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung aufgrund der zugesprochenen Einschätzungsprärogative (siehe Kap. 2.2.1) eben genau nicht möglich wäre; nur methodisches Vorgehen bleibt überprüfbar. Die Einzelfallbetrachtung ermöglicht es dafür, die naturräumlichen Gegebenheiten als prägendes Element des Artverhaltens zu berücksichtigen, und nicht pauschalen Abstandsempfehlungen zu folgen, die auf Grundlage von Beobachtungen in Landschaftsräumen in Norddeutschland getroffen wurden und auf den süddeutschen Raum nicht übertragbar sind (NB2, Rn. 5; VB3, Rn. 13).

Einschätzungsprärogative

Die zugesprochene naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative (siehe Kap. 2.2.1) öffnet einen Entscheidungsspielraum, der unterschiedlich ausgelegt werden kann, auch wenn durch Leitfäden ein normiertes Vorgehen vorgegeben wird. Dieses kann mit der Einschätzungsprärogative im Einklang stehen, weil *„der Leitfaden und Methode {...} ein festes Verfahren vor{geben}, sodass erstmal eine einheitliche Datenaufnahme geschieht, die auch dann von der Naturschutzbehörde dahingehend geprüft wird, ob das Ganze vollständig, ob das Ganze fachlich richtig gemacht worden ist, und es wird insbesondere überprüft, ob denn die erfassten Daten und die Bewertung der Räume mit dem in Einklang steht, was an Habitaten im Untersuchungsraum für den Rotmilan da ist“* (NR3, Rn. 25). Hier wird dargelegt, dass ein standardisiertes, damit praktikables und gleichzeitig transparentes Vorgehen der Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit nicht widersprechen muss, solange ein freier Entscheidungsraum in einzelnen Prüfschritten möglich bleibt (VG Sigmaringen NuR 2018, S. 287). Dieser Vorteil wird auch in Baden-Württemberg gesehen, wo es neben den Erfassungshinweisen auch Bewertungshinweise gibt, denn vor der Einführung der Leitfäden *„ist es schon ganz schwierig gewesen von der Unteren Naturschutzbehörde zu sagen, erstens, was für Untersuchungen allgemein durchgeführt werden müssen, welche Qualität die haben müssen und zweitens, wie man dann die Ergebnisse bewertet und da ist das schon eine große Unterstützung im Alltag“* (NB3, Rn. 19). Auch mit den Bewertungshinweisen sei die Einschätzungsprärogative noch gegeben, weil diese keine Schwellwerte vorgibt, sondern die Naturschutzbehörde muss das artenschutzrechtlich einschätzen und dementsprechend bewerten können (NB3, Rn. 29). Ein derartig standardisiertes Verfahren ist besonders gut, wenn Mitarbeiter der Naturschutzbehörden wenig artspezifische Kenntnisse haben (NB2, Rn.45), denn eine gute und begründete Informationslage ist Voraussetzung für die Bewertung und eine pauschale Aussage ist auch in einem standardisierten Verfahren vermeidbar (NR3, Rn. 57). In dem offen gebliebenen Entscheidungsspielraum, für den es aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit keinen Schwellwert gibt (VB3, Rn. 33), kann der Gutachter für die saP die Sachlage darstellen, und die Naturschutzbehörde entscheidet darüber, wobei sie der Einschätzung des Gutachters folgt, wenn die Sachlage nachvollziehbar dargelegt wird (NR2, Rn. 57; VB2, Rn. 21). Der Entscheidungsspielraum ist besonders in Grenzfällen problematisch, bei denen nicht klar ist, ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt, *„weil natürlich jede Erfassung und auch Bewertung {...} erst einmal nur eine Stichprobe {sind}, da kommen dann viele Aspekte noch hinein, die jetzt mit Natur zu tun haben, die ja auch nicht immer gleich ist, und die auch immer im Grunde genommen für Überraschungen gut ist“* (VR3, Rn. 21). Dieses Argument zielt auf die Reliabilität der Untersuchung ab, die in einem Jahr erhoben wird und nicht repräsentativ sein muss.

Eine gerichtliche Überprüfung der normkonkretisierten Aspekte des Dichtezentrum-Konzepts oder die Durchfechtung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme ist bisher noch nicht erfolgt, auch wenn es gewünscht wird. So wird geäußert, dass *„wir uns natürlich ab und an mal wünschen würden bei strittigen Themen wie dem Dichtezentrum et cetera, dass es da auch mal ein Gerichtsurteil gibt. Das hilft ja auch der laufenden Rechtsprechung, zur Absicherung unserer Vorgehensweise. Wir werden natürlich entweder bestätigt oder korrigiert und es tut uns ja auch immer gut, dass wir ein Korrektiv haben“* (NB2, Rn. 17). In dem Argument wird sowohl die Praktikabilität der Verwaltungshandlung als auch die Rechtskonformität angesprochen.

Haltung

An der Stelle ist die Frage besonders interessant, wie mit der Entscheidungsfreiheit umgegangen wird, wenn der Naturschutzbehörde mehrere Gutachten mit unterschiedlichen Ergebnissen vorliegen. Denn selbst wenn sie nach denselben Standards erstellt werden, müssen sich die Aussagen nicht decken (NB1, Rn. 21). Zudem erfolgt die Beurteilung derselben Sachlage nicht neutral, sie kann von unterschiedlichen Naturschutzbehörden oder Behördenmitarbeitern unterschiedlich ausfallen, sodass *„die gleiche Situation {...} in einem Landkreis positiv bewertet werden {kann}, im anderen Landkreis negativ“* (VB3, Rn. 35).

Bei einem Entscheidungsspielraum können Faktoren besonders einfach Einfluss nehmen, die nichts mit den Qualitätskriterien des Verwaltungsvollzugs zu tun haben, sondern dem Kriterium Haltung zugeordnet werden können. Auch wenn die Bewertung grundsätzlich sachlich erfolgen sollte, also eine Wertung nur im Sinne der Qualitätskriterien stattfinden sollte (siehe Kap. 4.5), kann das politische Engagement des Vertreters der Naturschutzbehörde das Ergebnis entscheidend beeinflussen (NR2, Rn. 31). Die politische Einflussnahme in Entscheidungen kann unmittelbar sein, *„theoretisch {hat die Naturschutzbehörde} zwar die Handhabe etwas zu tun, aber wenn unser Landrat sagt 'ne das machen wir nicht', dann geht das nicht“* (NB1, Rn. 49). Selbst bei Zuständigkeitsbereichen, die klar der Naturschutzbehörde zugeordnet sind und in denen grundsätzlich frei entschieden werden kann, wird unmissverständlich die Möglichkeit der politischen, also nicht fachlichen, Einflussnahme angemerkt: *„wobei wir natürlich auch eine politische Hausspitze haben, die dann {...} möglicherweise auch irgendwo im Hintergrund steht, {...da ist man} im Fokus der Politik. {...} Das klingt vielleicht negativ, {die politische Einflussnahme} hat auch seine Berechtigung, es ist grundsätzlich ja auch in Ordnung so. Das hat durchaus auch einen Einfluss {...} insbesondere bei der Eingriffsregelung, bei {...} den Ausnahmen vielleicht weniger. Ich denk, das braucht man nicht kleinreden oder sagen 'wir sind da unabhängig', das ist definitiv nicht der Fall. Das Ganze wird {es} dann, wenn es vor Gericht landet, dann wird es richtig unabhängig“* (NR2, Rn. 73). Hier wirkt also ein externer Faktor Politik²⁷ auf die Entscheidung artenschutzrechtlicher Fragen ein, der nicht in Verbindung mit den Anforderungskomplexen der Qualitätskriterien steht. Es wird zwar von dem Vertreter der Naturschutzbehörde geäußert, dass dies im gesellschaftlichen Sinne in Ordnung sei, aber dass es eben einen Einschnitt in die rein fachliche Thematik und Verantwortlichkeit des öffentlichen Belangs Naturschutz darstellt. Bemerkenswert an der Stelle ist die Rolle des angesprochenen Landrats aufgrund seiner Doppelfunktion. Er ist sowohl die gewählte Spitze der Kommunalverwaltung der Gebietskörperschaft Landkreis, zum anderen der Leiter der untersten staatlichen Verwaltungsbehörde, beides unter dem gemeinsamen Dach der Behörde Landratsamt (Kitzeder 2013, S. 29-31). Damit ist er sowohl ein gewählter Volksvertreter und gleichzeitig Vorsitzender der Fachbehörden als Träger öffentlicher Belange, wie etwa der Abteilungen Naturschutz und Immissionsschutz. Auf diese Weise ist eine politische Position bewusst als Spitze der Fachbehörden verankert und ermöglicht entsprechend politische Einflussnahme auf fachliche Belange.

²⁷ Man kann sich fragen, ob der Faktor „Politik“ nicht genauso wie das Kriterium „Haltung“, beide extern der Qualitätskriterien, nicht auch als Kriterium aufgenommen werden und als versteckter Faktor durch die Analyse qualitativer Daten aus problemzentrierten Interviews aufgedeckt werden sollte. Das würde sich jedoch zu weit vom Verwaltungsvollzug entfernen, sich die politische Arena und ihre Einflüsse auf einem anderen Maßstab bewegen und soll nicht Gegenstand dieser Masterarbeit sein.

Ländervergleich

Die Regelvermutung unterscheidet sich stark zwischen den Ländern. Während in Baden-Württemberg von der Abstandsempfehlung des Helgoländer Papiers abgewichen wird und die RNA im Fokus steht, um den Verstoß gegen die Zugriffsverbote zu bewerten, folgt Rheinland-Pfalz dem Helgoländer Papier und stellt mit pauschalen Wirkkreisen den Horstabstand ins Zentrum der Bewertung.

Andere Themen, wie die grundsätzliche Ungleichbehandlung als Konsequenz des Signifikanztheorems, bzw. die nicht gegebene Reliabilität, spielen in beiden Ländern eine große Rolle.

5.3. Aussagen zur Anwendung von Vermeidungsmaßnahmen

Wenn bei der Bewertung der Zugriffsverbote auf Basis der erfassten Daten ein Verstoß festgestellt wird, können Vermeidungsmaßnahmen ein Mittel darstellen, um diesen abzuwenden und eine Verträglichkeit des Vorhabens mit dem besonderen Artenschutz herstellen (siehe Kap. 2.2.2, 3.1.3, 3.2.3)

Wirksamkeit

Die Handlungsleitfäden gehen auch auf Vermeidungsmaßnahmen ein, die Einfluss auf den Verwaltungsvollzug nehmen. Bevor über geeignete und bevorzugte Maßnahmen für ein konflikthafte Vorhaben gesprochen wird, *„ist es ja oftmals so, dass eine Planung eine bestimmte Anzahl von WEA umfasst, {und} wenn es eben im Rahmen der Erfassung, Bewertung oder auch schon im Verlauf des Genehmigungsverfahrens Erkenntnisse gibt, dass bestimmte Anlagenstandorte problematisch sind, dann spielt da schon der Gedanke eine Rolle, auf Einzelanlagen zu verzichten, Einzelanlagen zu verschieben. Das ist erstmal das, was im Vorfeld durch den Antragsteller, den Investor und seinen Gutachter passiert, von dem aber die Behörde wahrscheinlich weniger mitbekommt“* (NR3, Rn. 31). Es wird indirekt die Rechtskonformität angesprochen, weil es um den Grundsatz des Vermeidungsgebots von Vorhaben auf Naturschutzgüter oder Arten geht, der in dem Zusammenhang nicht als ein formaler Verfahrensschritt, etwa in Form einer Alternativenprüfung, stattfindet, sondern bereits im Vorfeld des Planungsprozesses auf Seiten des Vorhabenträgers. Der Vorhabenträger hat ein ureigenes Interesse daran, Konflikte frühzeitig zu beheben, um ein genehmigungsfähiges Vorhaben einreichen zu können.

Den unmittelbaren Zusammenhang zwischen der stichprobenartigen RNA zu sinnhaften und wirkungsvollen Vermeidungsmaßnahmen stellt ein Vorhabenträger treffend her: *„also das Problem mit den RNA ist, die treffen ja eine Aussage für ein Jahr, also ich sag jetzt in diesem einen Jahr hat der Rotmilan da und dort nach Nahrung gesucht. Ich muss aber eine Aussage für die nächsten 20 Jahre treffen, also im schlimmsten Fall ist die nächstes Jahr schon hinfällig die Raumnutzungsanalyse* (VR2, Rn. 17). Wenn die Prognose des Artverhaltens auf Grundlage eines Untersuchungsjahres schwer fällt, werden sinnhafte und wirkungsvolle Vermeidungsmaßnahmen in den Leitfäden empfohlen, *„dann eben diese Ausgleichsflächen anzulegen oder Ablenkflächen, und mit diesen Ablenkflächen, also dass ich jetzt andere Flächen mähe und so gute Nahrungshabitate für Rotmilane bereitstelle, damit kann ich das Verhalten ein ganzes Stück weit steuern und das ist in meinen Augen schon sehr sinnvoll, sprich man nimmt das Heft in die eigene Hand und bietet Rotmilan eben Flächen an abseits*

der Windräder und kann das somit steuern, dass die nicht so im Bereich der Windräder fliegen und das lässt sich argumentieren mit den Ergebnissen der Raumnutzungsanalyse“ (VR2, Rn. 17). Die Vermeidungsmaßnahmen bauen somit auf der RNA auf, die den Einzelfall am individuellen Standort berücksichtigt, und werden als eine wirkungsvolle Maßnahme angesehen.

Wenn also Vermeidungsmaßnahmen das Artverhalten maßgeblich beeinflussen können, sind sie geeignet, das Tötungsrisiko zu minimieren und dessen Eintrittswahrscheinlichkeit unter die Signifikanzschwelle zu drücken (VB1, Rn. 11). Das zentrale Qualitätskriterium bei dem Thema Vermeidungsmaßnahme ist die Wirksamkeit. Es wird die Meinung vertreten, dass *„für den Rotmilan nur die Abschaltung bei landwirtschaftlicher Aktivität als sehr effektiv angesehen {wird}, und die Vermeidung von offenen Bereichen bei Waldstandorten, also die schnelle Schließung der Waldlücke am Mastfuß, sehr effektive Maßnahmen {sind}, die auch nachweislich funktionieren, wenn sie denn auch ordentlich umgesetzt werden“* (NB2, Rn. 25). Dabei wird deutlich, dass die tatsächliche Umsetzung ein entscheidender Aspekt der Wirksamkeit darstellt, denn vernünftig geplante Maßnahmen helfen nicht, wenn sie nicht oder nur unzureichend umgesetzt werden (NB1, Rn. 42) und das hängt oft von Dritten, von den Landwirten als Bewirtschaftern der Flächen um die WEA ab (VR2, Rn. 31).

Umsetzungsfähigkeit

Diese Schwierigkeit der Umsetzungsfähigkeit wird nicht überall gesehen, sie wird mitunter auch als geringes Problem bezeichnet, *„die Windkraftbetreiber schließen dann Verträge mit den Bewirtschaftern ab und das ist aus meiner Erfahrung eigentlich relativ gut umzusetzen, weil die finanziellen Mittel auch einfach gegeben sind“* (NR1, Rn. 35). Dagegen wird behauptet, der privatrechtliche Aufwand die Flächen zu sichern, und der Aufwand diese entsprechend zu bewirtschaften, hätten bei Vorliegen einer artenschutzrechtlichen Problemlage eine abschreckende Wirkung und könnten dazu führen, dass Genehmigungsanträge angesichts dieser Anforderung zurückgezogen oder erst gar nicht gestellt würden (NB1, Rn. 33). Ein Vorhabensträger führt aus, dass der *„Rotmilanpapst“* Ubo Mammen vor Jahren gefordert hätte, *„als Maßnahme für ein Rotmilanpaar 70 ha zu mähen und anzubieten, und das ist gar nicht umsetzbar, also bei einem Brutpaar {...und einem} Anlagenstandort {...}, und dann sollen sie 70 ha anpachten, das geht gar nicht, also ich finde Maßnahmen müssen auch angemessen und umsetzbar sein“* (VB2, Rn. 41). An der Stelle sei angemerkt, dass in Baden-Württemberg für den Rotmilan eine Ausgleichsfläche für Grünlandflächen und sonstige Nahrungsflächen je nach Landschaftsausstattung von mindestens 12 ha als Ablenkfläche vorgesehen ist (LUBW 2015, S. 72), was nicht bedeutet, dass Vertreter nicht eine größere Fläche für erforderlich halten. Ohne die angebliche Forderung von 70 ha an der Stelle zu überprüfen, ist es ein Indiz dafür, dass die numerische Festlegung der Flächenausdehnung in den Leitfäden eine politisch beeinflusste Größe und damit einem Abwägungsprozess verschiedener Interessen unterworfen ist, der immer einen Kompromiss darstellt. Entsprechend ist das Argument dem Kriterium Haltung zuzuweisen. Dennoch ist der Ansatz des Arguments die Umsetzungsmöglichkeit im Sinne der Verhältnismäßigkeit, so dass zum einen die vermeidende Wirkung der Maßnahme für die betroffene Art entfaltet wird, sie zum anderen aber auch für den Vorhabensträger im funktionalen Zusammenhang des Vorhabensort realisierbar ist ²⁸. Ein anderer

²⁸ Rein aus der Sicht der Wirksamkeit ist die erforderliche Fläche und die damit verbundene Schwierigkeit der Umsetzung in der Praxis irrelevant, weil die Maßnahme schlicht umgesetzt werden muss, um ihre Wirkung zu entfalten. Ohne eine entsprechende Wirkung läge ein Verbotstatbestand vor.

Vorhabensträger führt folgendes Argument aus: *„gerade {...} diese {...} großen, 10 ha zusammenliegenden Flächen zu bekommen, ist natürlich Glücksfall, das mag hier und da mal funktionieren, aber im Großen und Ganzen wird man das in der Bundesrepublik, vielleicht im Osten noch eher, weil man da größere Schläge hat, also das kommt auch aus dem Osten diese Vorschläge, sind einfach so übernommen worden, aber hier bei den kleinen Schlagflächen und so vielen privaten Eigentümern, kriegt man das im Regelfall gar nicht hin“* (VB3, Rn. 45). Es wird hier also an der Einzelfallgerechtigkeit angesetzt, dass die Maßnahmen zwar anderenorts eine Wirkung entfalten und umgesetzt werden können, aber unter anderen naturräumlichen und grundbuchbedingten Bedingungen im süddeutschen Raum weniger geeignet erscheinen.

Dennoch könnte gerade die Realisierung von umfangreichen Vermeidungsmaßnahmen vor Ort zu einer Akzeptanzerhöhung beitragen, denn *„das sind ja auch Wertschöpfungen. Man pachtet Flächen an, das sind Grundstückseigentümer, die vor Ort wohnen, das sind Landwirte, die davon Geld kriegen über 20 Jahre oder wie lange der Windpark steht, da die Maßnahmen durchführen. Wir kaufen ja auch keine Flächen, sondern wir pachten an, und das sind Wertschöpfungsmaßnahmen, die den Leuten in der Region zu Gute kommen“* (VB2, Rn. 69). Die angesprochenen Aspekte sind nicht Gegenstand eines sachlichen Verwaltungsvollzugs, sondern vielmehr strategische Überlegungen, die Vorteile der Windenergie im politischen Entscheidungsspielraum zu beeinflussen. Dennoch kann ein mittelbarer Zusammenhang hergestellt werden, da die Teilnahmebereitschaft Dritter einen wesentlichen Aspekt einer wirkungsvollen Umsetzung von Vermeidungsmaßnahmen darstellt. Somit ist akzeptanztechnisch der Weg über Vermeidungsmaßnahmen gewiss gewinnbringender, als sich über den Weg der artenschutzrechtlichen Ausnahme mit dem Erhalt einer *„Lizenz zum Töten“* rechtfertigen zu müssen (VB2, Rn. 59).

Kontrollmöglichkeit

Ein weiterer Aspekt der Wirkung, ebenfalls verbunden mit der Umsetzungsfähigkeit, ist die Herstellung und die Einhaltung, bzw. Kontrolle, der Maßnahmen, die in der Regel im Genehmigungsbescheid des WEA-Vorhabens als Nebenbestimmung festgesetzt werden und ein elementarer Bestandteil der Genehmigungsfähigkeit sein können (siehe Kap. 2.1). Eine Möglichkeit ist die Anlagenabschaltung, während umliegende landwirtschaftliche Flächen umgebrochen werden, *„das ist theoretisch alles möglich, aber es ist halt {ein Problem, dass dies} in der Praxis {...} nicht wirklich funktioniert und dann ganz oft gemeldet wird, dass dann bei laufenden Anlagen umgebrochen wird und die Tiere dann zu mehreren anfangen um die Anlage rumzufliegen und da zu jagen. Also das sind Dinge, die nicht wirklich funktionieren, weil sie von Absprachen Dritter abhängig sind, die von Auflagen zum Teil gar nichts wissen, oder das untergeht, das ist also sehr schwierig“* (NR2, Rn. 25). Das dargestellte Problem ist die Wirkung, die nicht sichergestellt werden kann, weil es sich um privatrechtliche Absprachen in Form von Bewirtschaftungsverträgen zwischen Betreiber und Landwirt handelt. Zwar wären die Landwirte *„auch rechtlich verpflichtet und man kann sie natürlich auch dazu zwingen, wenn sie es denn nicht machen würden“*, aber man müsste für eine tatsächliche Sicherstellung wissen, wann im Jahr genau umgebrochen und die Anlage abgeschaltet wird. Es ist in den Nebenbestimmungen zwar oft aufgeführt, im Herbst einen Bericht über die Abschaltungen bei der Naturschutzbehörde einzureichen, aber *„es passiert nichts {...und} wir selber sind nicht in der Lage ständig hinterherzurennen“* (NB1, Rn. 46). Weiter führt ebendieser Vertreter aus, *„man {müsse} sich immer vergegenwärtigen, ich kann viel aufschreiben und auch auf die eine oder andere Art sichern, am besten ist es gesichert*

durch Grundbucheintrag, aber bei solchen Nutzungseinschränkungen wird man nie einen Grundbucheintrag machen, und es gibt ständig Wechsel, der Pächter wechselt, der Bewirtschafter wechselt, der eine hört auf, der andere stirbt vielleicht {...} und dann gibt es auch noch Bearbeiterwechsel in der zuständigen Behörde, und da ist die Frage: wie kann man so etwas denn wirklich sauber dokumentieren und wie kann man so etwas auch garantiert umsetzen?“ (NB1, Rn. 44). Dieses Argument zielt neben der Wirkung besonders auf die Rechtskonformität, auf die Schwierigkeit, wie die Maßnahme über die Betriebslaufzeit von etwa 20 Jahren sichergestellt werden, wie eine zuverlässige Kontrolle des Anlagenbetriebs und der landwirtschaftlichen Landnutzung stattfinden kann. Um die Umsetzung sicherzustellen, liegt ein Monitoring der Maßnahme nahe (VR1, Rn. 28), wie es auch schon im Zusammenhang mit der Thematik Windenergie und Fledermäuse wirkungsvoll eingesetzt wurde und neue Erkenntnisse über Arten hervorgebracht hat (VR3, Rn. 9). Jedoch wird die kausale Aussagekraft und damit die Sinnhaftigkeit und Validität von derartigen Monitorings in Frage gestellt, „weil dazu ist das alles nicht wissenschaftlich durchgeführt worden, das sind ja auch Gutachter, die Methoden, die dann bei den Monitorings {angewandt werden}, die sind gar nicht richtig abgestimmt, {...das} ist manchmal einfach so, 'ja will die Behörde haben, komm machen wir, guck da mal ab und zu', also das halte ich jetzt nicht für wissenschaftlich haltbar, populationsbezogene Aussagen zu machen. Aber ich denke, man kann schon feststellen, ob die Maßnahmen sinnvoll ist für die Art, ich denke, das könnte man davon schon ableiten und ein bisschen weiter optimieren“ (VB2, Rn. 39). Der Aspekt der Rechtsicherheit tritt besonders zum Vorschein, wenn Maßnahmen gefordert werden, die offensichtlich aus fachlicher Sicht nicht sinnvoll sind, und nur hingenommen werden, weil sie gefordert werden. Ein gutes Verhältnis zur Naturschutzbehörde wird wichtig, um die Genehmigungsfähigkeit im Rahmen des Entscheidungsspielraums des Signifikanztheorems nicht zu gefährden. Das wird in folgender Aussage ersichtlich: „das ist auch ein großer Fehler von uns, dass wir es versäumen einfach solche Maßnahmen abzu prüfen im Nachgang, wir sind ja immer froh, wenn wir irgendein Projekt hinkriegen, durchkriegen, dann hetzen wir schon zum nächsten, also damit meine ich {...} insgesamt die Windbranche, hat einfach zu wenig Studien erarbeitet aufgrund des Tuns und der Umsetzung auch, da hätte man viel besser dranbleiben müssen oder man hat es sogar gemacht über Monitorings, aber man publiziert nicht oder man wertet nicht aus {...} deswegen können wir gar nicht genau sagen, ob diese Maßnahmen insgesamt der Art zu Gute kommen (VB2, Rn. 37). Der Mangel an Wissen um die Wirkung wird mitunter der Windbranche zugeschrieben, die es bisher verpasst habe, ihre verfügbaren Daten aus Vermeidungsmaßnahmen und Monitorings zusammenzutragen, gemeinsam auszuwerten und zu publizieren. Aber die Maßnahmen fußen nicht nur auf praktischen Erfahrungen, da dies angesichts der Anforderung, wirkungsvolle Maßnahmen vor Inbetriebnahme der Anlagen bereitzustellen, um das Tötungsrisiko effektiv reduzieren zu können, nicht möglich ist. Stattdessen beruhen sie in erster Linie auf Ergebnissen von Forschungsprojekten oder auf praktischen Erfahrungen für diese Art von anderen Eingriffsvorhaben (NR3, Rn. 33). Es besteht jedoch eine Schwierigkeit, aus den erhobenen Daten einen Rückschluss auf die Entwicklung der Populationsdynamik zu treffen, „weil natürlich nicht jeder Gutachter {...} dann die Anzahl der Jungvögel zum Beispiel {ermittelt}, und viele Nichtbrüter gehen auch unter, also da muss man schon bisschen genauer in den Populationsbereich einsteigen, um da die Daten zu ermitteln. Also das ist jetzt kein Hexenwerk, aber man muss erstmal überhaupt dokumentieren, und jetzt liegen die {Daten} ja total zerstreut irgendwo rum, da sitzt ja nicht irgendwo jemand, der das alles zusammenfasst und sagt 'also letztes Jahr

hatten wir so und so viele Brutpaare kontrolliert und da kam dann folgender Bruterfolg raus“ (VR3, Rn. 49).

Aus der Gemengelage der Frage nach Wirksamkeit, Praktikabilität, Umsetzung und Rechtskonformität wird der Wunsch geäußert, ein größeres Portfolio an Maßnahmen in den Leitfäden zur Verfügung gestellt zu bekommen, um im Einzelfall eine möglichst geeignete Entscheidung treffen zu können (VB2, Rn. 33). Zwar wird in den Leitfäden vermerkt, bei den vorgeschlagenen Maßnahmen handele es sich nicht um eine abschließende Aufzählung und es könnten auch andere wirkungsvolle Maßnahmen eingebracht werden, das sei jedoch nur theoretisch möglich, weil es praktisch an der Anforderung einer gesicherten Wirkung scheitere (VB1, Rn. 61). Das betrifft etwa technische Lösungsvorschläge zur Anwendung von Radar- und Kamerasystemen zur adhoc Abschaltung bei akutem Kollisionsrisiko (VB3, Rn. 81).

Ländervergleich

Bei der Thematik der Vermeidungsmaßnahmen zeichnet sich kein besonderer Unterschied zwischen den Ländern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz ab. Es wird zwar angeführt, die Leitfäden, die sich zwischen den Ländern unterscheiden, sollten aktuelle Erfahrungen mit Maßnahmen einarbeiten und sich auch dem neuen Wissenstand öffnen, etwa bei technischen Lösungen, um insgesamt eine größere Auswahl anbieten zu können. Dabei handelt es sich aber um eine gleichartige Auseinandersetzung mit der Problematik Maßnahmenwirkung, Validität und Praktikabilität der Umsetzung.

5.4. Einschätzungen zur Aussicht auf eine artenschutzrechtliche Ausnahme

Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht wirkungsvoll sind und entsprechend keinen maßgeblichen Einfluss darauf haben, die Wahrscheinlichkeit gegen die Zugriffsverbote zu verstoßen unter das Signifikanzniveau zu drücken, dann liegt ein Verstoß vor und das Projekt ist nicht genehmigungsberechtigt. Es sei denn, es wird eine Ausnahme erteilt (siehe Kap. 2.2.3, 3.1.4, 3.2.4)

Ausnahmegrund

Die bereits angesprochene Unsicherheit über die Wirkung von Vermeidungsmaßnahmen kann im Sinne der Rechtskonformität eine artenschutzrechtliche Ausnahme plausibel erscheinen lassen, *„wenn Erneuerbare Energie und gerade die Windkraft nach der Auffassung der Politik ein überwiegend öffentliches Interesse darstellen, denn es ist unseres Erachtens sinnvoller in eine ordentliche Ausnahme zu gehen {...}, dass man {...} ein klares Signal sendet, 'wir gehen davon aus, dass Individuen getötet werden, aber wir kümmern uns darum, wir versuchen es soweit wie möglich zu vermeiden', und nicht den Bürgern suggerieren, durch Maßnahmen, deren Wirkung man nicht abschätzen kann, oder die Dokumentation oftmals fehlt wie bei landwirtschaftlicher Aktivität, 'da passiert schon nichts', aber man kann es gar nicht so überprüfen und nachweisen“* (NB2, Rn. 49). Die Ausnahme wird in dem Argument erst ermöglicht, weil die „Politik ein überwiegendes Interesse“ erkennt. Es handelt sich dabei um den fünften Grund, nach dem im Einzelfall eine Ausnahme von den Zugriffsverboten aus „zwingenden Gründen des überwiegenden Interesses einschließlich sozialer oder wirtschaftlicher Art“ zugelassen werden „kann“ (BNatSchG, §45 Abs. 7 Nr. 5).

Das „überwiegende öffentliche Interesse“ und die „Kann-Formulierung“ in der Norm eröffnen also einen Abwägungsentscheid zwischen dem Belang Artenschutz auf der einen und dem Umweltschutz im Sinne des Ausbaus Erneuerbarer Energien in Form von WEA auf der anderen Seite, den „die Politik“ zugunsten des Umweltschutzes getroffen hätte. Dabei handelt es sich nicht um unmittelbare Auswirkungen der Windenergieanlage an dem Vorhabensort, im Sinne von „maßgeblich günstigen Auswirkungen {des Vorhabens auf die} Gesundheit des Menschen“ (§ 45 Abs. 7. Nr. 4 BNatSchG), wie es ein anderer Ausnahmegrund neben dem „öffentlichen Interesse“ wäre. Dazu führt ein Vorhabensträger aus: *„natürlich hat eine Windenergieanlage aus meiner Sicht sehr viele positive Umweltauswirkungen, aber das kann man dann genauso gut {...} auf das öffentliche Interesse {beziehen}, und das ist dann {...} großräumiger zu sehen, wenn {...man} zum Beispiel Klimaschutzaspekte von Windstrom {betrachtet, dann} sind das positive Umweltauswirkungen, aber eben nicht auf die unmittelbare Umwelt, sondern auf 'die große Umwelt', auf 'der globalen Skala' gesehen“* (VR1, Rn. 34). Die Begründungen des Ausnahmegrunds in Baden-Württemberg wird in dem *„Zusatzpapier des Ministeriums {MLR 2015} beschrieben, nämlich das überwiegend öffentliche Interesse der Windenergienutzung gegenüber dem Artenschutz und daran sind wir dann auch gebunden, wenn nämlich dann nachgewiesen ist, dass der Standort, der in der Abwägung später ein sehr viel höheres {Gewicht erhält und} die Bilanz für die Stromproduktion überwiegt gegenüber dem Artenschutz im Einzelfall, ist damit die Begründung gegeben“* (NB2, Rn. 27). Bemerkenswert an dem Argument ist, dass einerseits die Praktikabilität an der Stelle bedeutsam ist, wo auf den vorgegebenen Leitfaden verwiesen wird, den man zu befolgen hätte, gleichzeitig aber auch die Singularität der Ausnahme betont wird, als das Qualitätskriterium der Einzelfallgerechtigkeit. Demnach kann eine Ausnahme nicht regelmäßig erteilt werden und entsprechend kein Anspruch²⁹ abgeleitet werden, um der Semantik der Norm „Ausnahme“ gerecht zu bleiben. Dem Argument folgend wird darauf hingewiesen, dass es bereits mehrere Gerichtsurteile gebe, *„die besagen, dass die Windenergie das öffentliche Interesse darstellt“*, auch wenn in Baden-Württemberg noch nie eine artenschutzrechtliche Ausnahme für den Rotmilan angewendet wurde (VB1, Rn. 24).

Neben der Rechtssicherheit wird auch die Nachvollziehbarkeit angesprochen, weil man mit der artenschutzrechtliche Ausnahme *„ein wirkliches Kataster {erhalten würde}, wie oft {...sie erteilt wird}, und wenn man das hochrechnet auf die Population und auch auf den Gefährdungsgrad der Art, kommt man viel eher zu dem Schluss, 'wir können keine weiteren artenschutzrechtlichen Ausnahmen mehr erteilen', weil jetzt möglicherweise eine Populationsgefährdung besteht, oder der Erhaltungszustand der Art gefährdet ist. Das können wir nicht, wenn wir nicht wissen, in wie vielen Vorhaben man die {Vorhabenswirkung} unter die Signifikanzschwelle runtergeredet hat, aber die Auswirkung gar nicht beurteilen kann“* (NB2, Rn. 49).

Auf der anderen Seite wird die Meinung vertreten, dass in einer Abwägung die Entscheidung nicht zu Ungunsten des Artenschutzes getroffen werden könne: *„also wenn es irgendwie vermeidbar ist, dann machen wir das auf keinen Fall {...} zwei Sachen gegeneinander aufwiegen, also ich sehe das nicht, dass das öffentliche Interesse einen höheren Stellenwert hat als der besondere Artenschutz, und meiner Meinung nach gibt es ja auch Gerichtsurteile, die das genauso sehen“* (NR1, Rn. 41). Es wird hier eine grundsätzlich andere Haltung

²⁹ Es besteht kein Anspruch auf Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme, sofern die Ausnahmegründe erfüllt sind. Der Anspruch wird durch die „Kann-Formulierung“ auf eine pflichtgemäße Ermessensausübung reduziert (siehe Kap. 2.2.3).

eingenommen, bei der zwar die artenschutzrechtliche Ausnahme als letztes Mittel der Wahl (siehe Kap. 2.2.2) anerkannt wird, aber das überwiegend öffentliche Interesse an der Windenergie gegenüber dem Artenschutz des Rotmilans aus fachlichen Gründen nicht akzeptiert wird. Die Kategorisierung auf politischer Ebene wird von dem Vertreter der Naturschutzbehörde nicht geteilt. Auch er beruft sich dabei auf Gerichtsurteile ohne darauf näher einzugehen. An der Stelle kann die Frage gestellt werden, ob es überhaupt im Interesse der Naturschutzbehörde liegen kann, gegen ihre eigenen Belange, in dem Fall das bedeutsame Instrument des besonderen Artenschutzes, und für die öffentlichen Interessen am Ausbau der Windenergie zu stimmen, die zwar als „Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung“ auch als Ziel im Bundesnaturschutzgesetz verankert ist (§1 Abs. 3 Nr. 4), aber nicht gleichbedeutend behandelt wird.

Neben den Meinungen, eine Ausnahme sei sinnvoll, sie sollte erteilt werden und eine Ausnahme sei nicht sinnvoll, sie sollte nicht erteilt werden kristallisiert sich eine dritte Akteursgruppe³⁰ heraus. Diese möchte unabhängig davon, ob eine artenschutzrechtliche Ausnahme möglich ist, diese gar nicht nutzen, sondern bevorzuge es, alles über die Vermeidungsmaßnahmen zu regeln. Für sie kommt die Ausnahmemöglichkeit gar nicht in Betracht, *„wir wollen überhaupt gar nie in die Ausnahme gehen, wir wollen eigentlich alles über den Paragraphen 44 machen“* (VB2, Rn. 43). Bei der dritten Akteursgruppe ist jedoch auch festzustellen, dass das Kriterium Haltung eine bedeutsame Rolle spielt, weil hier auch aus strategischer Perspektive argumentiert wird und es um eine Machtfrage im Genehmigungsverfahren geht: *„wir wollen gar nicht in die Ausnahme, weil {man} würde dann ja einen artenschutzrechtlichen Tatbestand zugeben, der über Vermeidungsmaßnahmen und die Möglichkeit, die man jetzt hat über vorgezogene Vermeidungsmaßnahmen, nicht händelbar ist. Und dann haben sie ja nur noch einen Weg, über den Paragraph 45 und da sind sie ausgeliefert, also wenn die Naturschutzbehörde ablehnt, haben sie keine Möglichkeit mehr“* (VB2, Rn. 43). Neben dem Kriterium Haltung spielt in dem Argument aber auch die Validität eine Rolle, denn die grundsätzliche Gefährdung des Rotmilans durch den Ausbau der Windenergie wird als so bedeutsam eingestuft, dass Vermeidungsmaßnahmen kein linderndes Instrument darstellen können.

Erhaltungszustand

Wenn der artenschutzrechtliche Ausnahmegrund im Einzelfall eines Projektes als gegeben beurteilt wird, dann sind als zweiter Prüfschritt die Ausnahmevoraussetzungen der Alternativlosigkeit und des Verschlechterungsverbots des Erhaltungszustands zu stellen. Gerade bei Letzterem tritt die grundsätzliche Bedeutung des Rotmilans für die Genehmigungsfähigkeit von WEA hervor, denn *„die Art ist ja aufgrund ihrer speziellen Verbreitung in Europa, Deutschland und speziell auch RLP schon eine sehr bedeutende Art, also eine hohe Verantwortung hat das Land RLP da, weil wir da ein Schwerpunktgebiet sind, und von daher muss man bei der Art sehr genau prüfen, und das hat natürlich auch Auswirkungen darauf, ob man da eine Ausnahme genehmigen kann oder nicht, also wenn die Art selten ist, oder man eine hohe Verantwortung hat, {...} da tut man sich nicht so leicht eine Ausnahme zu geben, zumal sie dann auch insbesondere bei Windkraftanlagen zu den*

³⁰ Mit „Akteur“ oder eine „Akteursgruppe“ wird hier keine Berufsgruppe oder Zuständigkeit wie „Vorhabensträger“ oder „Naturschutzbehörde“ verstanden, sondern die Haltung einer Person oder Personen einer Thematik gegenüber, in dem Fall, ob eine artenschutzrechtliche Ausnahme ein sinnvolles und nutzbares Instrument des besonderen Artenschutzes ist. Diese Auslegung des Begriffs „Akteur“ hat zur Folge, dass sich Akteursgruppen je nach Thematik unterschiedlich zusammensetzen können und verschiedene (und nicht nur eine) Haltungen von Vorhabensträgern oder Naturschutzvertretern eingenommen werden können (Dobler et al 2014, S. 224).

windkraftsensiblen Arten gehört und Schlagopferlisten anführt oder da ziemlich weit oben steht“ (NR2, Rn. 3). Es wird die Schutzkategorisierung „Verantwortungsart“ betont, der man besonders in „Schwerpunktgebieten“ gerecht werden sollte, was zum einen der Rechtskonformität und zum anderen der Validität zugeordnet werden kann, denn bei ersterem geht es um die vollständige Abbildung und den wirkungsvollen Erhalt eines Schutzgutes gemäß der zugewiesenen Schutzkategorie, bei letzterem um eine sachlich angemessene Darstellung der Problematik vom Ausbau der WEA in Ballungszentren von Rotmilanen.

Der Erhaltungszustand des Rotmilans zeigt sich als ein entscheidendes Element bei dem Ländervergleich zu Rahmenbedingungen der artenschutzrechtlichen Ausnahme. Ein Vertreter einer Naturschutzbehörde in Rheinland-Pfalz fasst die Sachlage wie folgt zusammen: *„also der Erhaltungszustand des Rotmilans in Rheinland-Pfalz ist klar definiert, der ist in der aktuellen Roten Liste der Brutvögel dargelegt und da befindet sich der Rotmilan in einem ungünstigen Erhaltungszustand. Und ich bin auch eher ein Vertreter, der die zu messende Rotmilanpopulation eher auf einer etwas höheren Ebene ansiedelt. Also da ist meines Erachtens der Landkreis eine zu kleine Bezugsebene, also ich bin eher der Auffassung, dass man für die lokale Population einer Vogelart, insbesondere bei einer Großvogelart wie dem Rotmilan, die Landespopulation anlegen muss. Heißt aber auch, die Landespopulation des Rotmilans ist bisher in einem ungünstigen Erhaltungszustand, sodass dort eben auch nicht besonders gute Voraussetzungen gegeben sind für ein eventuelles Ausnahmeverfahren“ (NR3, Rn. 43). Es wird die die Bezugsebene hinterfragt, auf der der Erhaltungszustand beurteilt werden soll, die ein zentraler Aspekt der Ausnahmevoraussetzungen ist, auch bei der Prüfung der Alternativlosigkeit. Zunächst steht aber der „ungünstige Erhaltungszustand“ in Rheinland-Pfalz im Fokus. Diese Beurteilung fußt auf der „aktuellen Roten Liste der Brutvögel“, eine transparente und praktikable Schlussfolgerung. In der Konsequenz wird eine schlechte Voraussetzung für ein Ausnahmeverfahren postuliert. Andere werden in ihrer Schlussfolgerung noch deutlicher, weil *„die Rechtsprechung, oder der überwiegende Teil der Rechtsanwälte, mit denen ich gesprochen habe, im Moment davon aus{geht}, dass ein Ausnahmeantrag für eine Art, die einen ungünstigen Erhaltungszustand hat in dem Bundesland, aussichtslos ist“ (VR3, Rn. 43). Die Motivation aus diesem Argument stammt aus dem Qualitätskriterium der Rechtskonformität und macht deutlich, dass es sich zum einen um eine momentane Interpretation einer Norm handelt, die sich in einer gesellschaftlichen Debatte ändern könnte, zum anderen, dass es um die Kategorisierung auf Landesebene geht, die sich ebenfalls ändern kann.**

In Baden-Württemberg ist der Rotmilan in der Roten Liste als „nicht gefährdet“ aufgeführt und zeigt eine positive Bestandszunahme, der Erhaltungszustand wird durch den strengen Schutz in Dichtezentren sichergestellt (LUBW 2015, S. 67-68). Damit hat Baden-Württemberg eine besondere Herangehensweise, weil *„man das Konzept der Dichtezentren beschlossen hat, das heißt in Bereichen, wo eine hohe Dichte an Rotmilanen vorkommt, ist Windkraft nicht zulässig. Damit soll gesichert sein, mit sogenannten Quellpopulationen den bestehenden guten Erhaltungszustand der Art zu sichern und damit Verluste einzelner Individuen oder Reviere außerhalb dieser Dichtezentren zu kompensieren“ (NB2, Rn. 35).*

Bezüglich der Frage nach dem Bezugsmaßstab des Erhaltungszustands sei zunächst festgehalten, dass bei den Zugriffsverboten von der „lokalen Population“ gesprochen wird (§44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG), während bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf den

Aspekt der Lokalität verzichtet und nur vom „Erhaltungszustand der Population“ gesprochen wird (§45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG). An der Stelle beginnt die Diskussion, was unter einer lokalen Population verstanden wird. Einige Behörden sehen das bei nur einem Brutpaar, weil an diesem mehrere Generationen hängen, andere sagen, es ginge um die ganze Region, das Bundesland oder sogar den Weltbestand (NR1, Rn. 47; VB3, Rn. 51). Der Begriff *„lokale Population ist in der Biologie so hergeleitet: das sind Tiere, die vornehmlich sich miteinander reproduzieren. Da aber auch Tiere aus Bayern in Brandenburg brüten können und umgekehrt, kann man das natürlich auch groß sehen“* (VB3, Rn. 53).

In Baden-Württemberg liegt die Besonderheit vor, dass für den Zweck der Beurteilung der Bewertungsleitfäden, einschließlich des Dichtezentrum-Konzepts, eine landesweite Erhebung für den Rotmilan stattgefunden hat (LUBW 2014). Auch wenn man damit *„nie hundertprozentig über das Vorkommen Bescheid weiß {...}, bietet die Rotmilankartierung der LUBW schon eine gute Grundlage, um zu sehen, was ist eigentlich in der nächsten Nähe los an Rotmilanbrutpaaren. {Die Kartierung ist} zwar jetzt nicht auf dem neuesten Stand, aber {...sie} bietet schon mal eine Grundvoraussetzung, wie der Erhaltungszustand bisher aussah und da müsste man sicher auch {...} Monitoring anordnen, dass dann auch weiterhin beobachtet, wie sich das entwickeln würde“* (NB3, Rn. 49). Die Aktualität der Daten und damit ihre Gültigkeit spielen für die Reliabilität eine gewichtige Rolle (von Woyna 2017, S. 15-17). Gerade um der „Dynamik der Reviervorkommen“ (LUBW 2015, S. 70) gerecht zu werden, ist eine aktuelle Datenlage erforderlich, was die Frage aufwirft, wie man mit Bestandsdaten und neu hinzukommenden Daten umgeht. Denn aufgrund der postulierten Bestandszunahme (LUBW 2015, S. 69) gibt es *„mittlerweile so viele Rotmilane, dass fast überall ein Dichtezentrum herrschen könnte“* und es einer Anpassung der Dichtezentrum-Regelung bedürfen würde, wenn man einer artenschutzrechtlichen Ausnahme offener gegenüber treten möchte (VB1, Rn. 53). Dieser Wunsch nach einer Änderung sieht in dem Dichtezentrum-Konzept und deren Festlegung an mindestens vier Brutpaaren innerhalb von 3,3 km um ein WEA-Vorhaben eine Restriktion in Form des besonderen Artenschutzes. Es handelt sich um einen Appell an den Verordnungsgeber, das Dichtezentrum-Konzept anzupassen, sofern eine Kompensationswirkung der Dichtezentren anderenorts beabsichtigt wird. Ein Handlungsbedarf unter Berücksichtigung der fachwissenschaftlichen Diskussion und der mittlerweile praktischen Erfahrungen in manchen Bereichen wird auch seitens der Naturschutzbehörde erkannt, um etwa *„Handlungsanweisungen und Empfehlungen nochmal gezielter zu formulieren und darzustellen, {...} das würde dem einzelnen Sacharbeiter noch viel helfen“* (NB2, Rn. 45).

Das Dichtezentrum-Konzept aus Baden-Württemberg wird auch in Rheinland-Pfalz als ein *„geeignetes Modell“* bezeichnet, jedoch wurde im Zuge der Leitfadenerstellung nicht der Empfehlung einer hohen Verwaltungsstelle gefolgt, die *„erforderlichen Voraussetzungen“*, wie etwa landesweite Datenerhebungen zur Bewertung des Erhaltungszustandes, als eine Aufgabe zu definieren (NR3, Rn. 65). Dennoch muss der Erhaltungszustand beurteilt werden, was aufgrund der Frage nach der Bezugsebene schwerfällt. Wenn sich *„der Erhaltungszustand nicht verschlechtern darf, dann geht es schon los, dass diese Windkraftanlage an der Gemarkungsgrenze zu einer Nachbargemeinde {ist}, die nicht bei uns im Landkreis ist, da habe ich überhaupt keinen Überblick, wie die Population dort aussieht, da muss ich eher sagen, dass nur das Regierungspräsidium einen Überblick haben kann {...}, so ganz pauschal kann man auf jeden Fall nicht sagen, dass wir in diesem Fall die Voraussetzungen beantworten können, ich neige sogar eher zu der Annahme, dass wir das*

im Regelfall nicht können“ (NB1, Rn. 49). Selbst die Dichtezentrum-Regelung, die den Erhaltungszustand des Rotmilans sicherstellen soll, muss den Erhaltungszustand in dem konkreten Einzelfall bewerten und lässt damit die Frage nach dem Maßstab und der Zuständigkeit offen. Damit steht dieses Argument im Zusammenhang der Praktikabilität. Ergänzend erwähnt ebenjener Vertreter, „man {müsse} von der Beurteilung des Einzelfalls etwas abheben und das vielleicht nicht nur {regierungsbezirkweise} oder landesweise, sondern vielleicht für ganz Deutschland sehen, weil die Bestandssituation für den Rotmilan sich ja insgesamt verändert {und} das nicht ganz eindeutig ist, woran das eigentlich liegt {...}. Es gibt eben artenschutzrechtliche Bestimmungen, die sich auf die Individuen beziehen {...}, die sind für uns zwar klar bindend, wir müssen uns daran orientieren. Gleichzeitig müssen wir aber sehen, dass es Entwicklungen auf einen weitaus größeren Bereich der Flächen gibt, die die Bemühungen zum Erhalt der Flächen völlig konterkarieren. {Das wird an einem Fallbeispiel mit der Feldlerche deutlich.} Jetzt machen wir Ausgleichsflächen, um diese drei Reviere im Bereich der lokalen Population dort zu etablieren durch Brachstreifen oder sonst irgendwas, gleichzeitig wird im gesamten Raum die landwirtschaftliche Produktion so verändert, dass die Gesamtpopulation der Feldlerche drastisch abnimmt, da hilft es überhaupt nicht, sich mit dem Individuum zu beschäftigen {...}. Wir schützen einzelne Individuen, haben aber gegenüber der Bestandsentwicklung der Population überhaupt keinen Einfluss {...}, eine Lösung kann man dazu nicht auf der Individualebene erreichen, zumindest nicht bei solchen Arten, die relativ weit verbreitet sind und auch auf Normalflächen sich fortpflanzen können, sondern da muss man irgendwo anders ansetzen, auf Landschaftsebene (NB1, Rn. 9). Dieses Argument setzt bei dem Bezugsmaßstab an und leitet über zu der Frage des Spannungsverhältnisses innerhalb des besonderen Artenschutzes zwischen dem Individuenbezug der Tötungsverbote (§44 BNatSchG) und der Voraussetzung des Erhaltungszustands der Population bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme (§45 BNatSchG). Die Besonderheit liegt darin, dass die Zugriffsverbote als erstes prüfen, ob Individuen getötet, erheblich gestört oder ihre Fortpflanzungsstätten zerstört werden. Im weiteren Prüfschritt, der artenschutzrechtlichen Ausnahme, ändert sich die Bezugsebene vom Individuum auf die Population, wenn der Erhaltungszustand beurteilt werden muss. In vorangegangenen Argument wird aufgeführt, dass der Individuenschutz, bezogen auf ein geplantes Vorhaben, sinnlos ist, wenn die Population auf einem größeren Maßstab durch andere Faktoren maßgeblich negativ beeinflusst wird. Im Sinne der Qualitätskriterien geht es um die Wirksamkeit der Schutznorm, besonders wichtig ist aber die Rechtskonformität. Denn der besondere Artenschutz zielt eben genau auf den Individuenschutz, während der Erhaltungszustand nur für die artenschutzrechtliche Ausnahme im Zusammenhang mit den individuenbezogenen Zugriffsverboten eine Rolle spielt. Es geht also nicht darum, die Art als Ganzes, also als Population zu schützen. Das ist vielmehr Aufgabe des allgemeinen Artenschutzes, der „den Schutz der Tiere {...} wildlebender Arten und ihrer Lebensgemeinschaften vor Beeinträchtigung durch den Menschen und die Gewährleistung ihrer sonstigen Lebensbedingungen“ ins Zentrum stellt (§37 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG). Für den Schutz der Rotmilanpopulation ist das eine einschlägige Norm, die aber keine besondere Rolle im vorhabensbezogenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren spielt und nicht mit dem individuenbezogenen besonderen Artenschutz (§44-45 BNatSchG) verwechselt werden darf. In diesem Argument wird die bedeutsame Rolle der Landnutzung, also besonders der Landwirtschaft, für den Rotmilan angesprochen. Zum einen muss dabei erneut auf die Bedeutsamkeit der Trennung zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Artenschutz

verwiesen werden, zum anderen ist an der Stelle die Sonderrolle der Land- und Forstwirtschaft im Naturschutzgesetz hervorzuheben. Diese verstößt nicht gegen die Zugriffsverbote, sofern „die gute fachliche Praxis“ eingehalten wird (§44 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG; i.V.m. §5 BNatSchG). Wenn jetzt in dem Zusammenhang behauptet wird, der besondere Artenschutz sei kein wirkungsvolles Instrument, um die Population zu schützen, so muss erkannt werden, dass es sich hierbei um eine Aussage außerhalb der Qualitätskriterien handelt, sie also dem Kriterium Haltung zugewiesen wird, weil sie einer politischen Empfehlung gleichkommt, die Normen anders zu gestalten oder zu gewichten.

Die Etablierung eines Schutzkonzepts für den Rotmilan kann seiner Populationsentwicklung helfen und damit auch Auswirkungen auf die Bewertung des besonderen Artenschutzes entfalten. Es wird ausgeführt, *„jeder Artenschützer würde sich wünschen, dass man auf möglichst wenig Fläche möglichst viel und dann konzentriert bauen würde, weil man sich einfach die {...} verträglichsten Flächen {für WEA aus Sicht des Artenschutzes} aussuchen könnte und sich auf die beschränken könnte“* (VR3, Rn. 63). Mit einer raumplanerischen Standortausweisung für WEA könnte auch ein Flächenschutz für den Rotmilan berücksichtigt werden ohne *„die Windenergie auf Biegen und Brechen durchbringen zu wollen,“* um zum einen den naturverträglichen Ausbau der WEA zu ermöglichen und zum anderen der besonderen Verantwortung für den Rotmilan gerecht zu werden (NB3, Rn. 69). Ein allgemeines Schutzkonzept wird vielfach angesprochen, sei es als ein „Artenhilfsprojekt“ (VB2, Rn. 75), als eine Schaffung von „Freiverbundräumen“ (VB2, Rn. 63) oder ein „Rotmilanprojekt“ (VB3, Rn. 69). Alle Vorschläge zielen auf ein valides Schutzkonzept ab, das nicht nur Restriktionen für den Ausbau der Windenergie entfaltet, sondern den Schutz des Rotmilans in den Mittelpunkt stellt und all seine Gefährdungsfaktoren transparent berücksichtigt. Für den Rotmilan stellen neben WEA auch andere Gefahren ein Risiko dar. *„Das größte Problem ist sicher die Landwirtschaft. Und dann kommen für mich viele andere Kollisionen {hinzu}, der Straßenverkehr {ist} wahrscheinlich noch höher {...}, zumindest hier in Süddeutschland als die Windenergie“* (VB3, Rn. 75). Die einseitige Schutzwirkung verdeutlicht ebenjener Vertreter dadurch, dass ein Dichtezentrum ein WEA-Vorhaben verhindert, obwohl die Autobahn *„A96 {...} mitten im Dichtezentrum des Rotmilans“* liegt und auch anderenorts große Straßenplanungen *„mitten durchs Herzfeld“* des Rotmilans gelegt werden (VB3, Rn. 77, 79). In dem Argument werden ungleiche Maßstäbe für die Bewertung des Konfliktpotenzials unterschiedlicher Vorhaben aufgeführt, die jedoch beide Auswirkungen auf den Rotmilan entfalten können. Es wird also der Aspekt der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung in Form der Verfahrenssicherheit angesprochen. Auch wenn diese Argumentationskette nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Zugriffsverboten von WEA stehen, so lässt sich über die Frage nach dem Erhaltungszustand und dem Schutzkonzept für den Rotmilan dennoch eine Verbindung herstellen.

Alternativenprüfung

Die Alternativlosigkeit ist neben dem Erhaltungszustand die zweite Voraussetzung für eine artenschutzrechtliche Ausnahme. Ebenso wie bei der Frage nach dem Bezugsmaßstab des Erhaltungszustands scheint keine Klarheit vorzuliegen, welcher Raum bei der Prüfung von alternativen Standorten für das geplante Vorhaben berücksichtigt werden sollte. Es geht darum, ob die Anlage *„zwingend da stehen muss“* oder ob es nicht eine schonendere Projektvariante aus naturschutzfachlicher Sicht anderenorts gibt, und zwar nicht nur im *„Landkreis {...}, sondern schon auch darüber hinaus“* (NR2, Rn. 39). Damit weitet sich die

Suche auf einen sehr großen Raum aus, weshalb die Meinung vertreten wird, es seien nur Windkonzentrationszonen als Ergebnis der Raumordnung, entweder der Regionalplanung oder der Flächennutzungsplanung, zu berücksichtigen (NB2, Rn. 29; NR3, Rn. 41; VR1, Rn. 36). So wird es in Baden-Württemberg auch empfohlen (MLR 2015, S. 11). In dem Fall sind bei der Ausweisung von Konzentrationszonen harte und weiche Kriterien, die einem WEA-Vorhaben entgegenstehen könnten, bereits berücksichtigt worden, eine Abwägung der Belange hat im Zuge der Standortausweisung bereits stattgefunden (VB1, Rn. 28). Für das Zustandekommen von rechtskräftigen Konzentrationszonen sind „Voruntersuchungen zu windkraftrelevanten Arten“ (VB3, Rn. 57) von Bedeutung. In dem Argument der Windkonzentrationszonen ist die Effizienz in Form eines abgeschichteten Planungsprozesses genauso wichtig wie die transparente Darstellung der Kriterien, die bei der Standortausweisung Berücksichtigung finden: *„Die Flächen, die dann übrig bleiben, da sollte eigentlich dann auch kein Rotmilan brüten, sodass man in das Dichtezentrum gar nicht reinkäme, weil ja zumindest zu dem Zeitpunkt, wo sie es untersucht hatten, gar keiner da {war}, und gehen wir mal von einem positiven Fall aus, da ist immer noch keiner, dann müsste es eigentlich auch eine Genehmigung in den Flächen geben“* (VB3, Rn. 57). Die Frage nach der großskaligen Standortalternative wird kompliziert, wenn es keine raumplanerische Steuerung für WEA gibt (VB3, Rn. 57). Ein weiterer Schritt der Alternativenprüfung bezieht sich nicht nur auf den großen räumlichen Maßstab, sondern auch auf den Vorhabensstandort selbst: *„im Kleinräumigen muss der Vorhabensträger noch aufzeigen, dass er durch eine kleinräumige Verschiebung keine Besserung hibekommt, manchmal gibt es die Möglichkeit innerhalb der Konzentrationszone die Anlagenkonstellation so zu stellen, dass zwar die Windproduktion {...} nicht mehr so gut ist aber dadurch eben der Artenschutz besser berücksichtigt werden kann. Und was natürlich auch möglich ist, das Windparksetting zu ändern, das heißt weniger oder größere Anlagen, das geht auch noch. Diese Alternativen muss er abprüfen, muss er in einer Prüfung darstellen, dann ist da genüge getan“* (NB2, Rn. 29). Es wird ersichtlich, dass mehrere Aspekte, wie etwa Windhöffigkeit, Standort und Anzahl der WEA im Windpark der Prüfung unterzogen und einer naturschutzfachlichen Verbesserung gegenübergestellt werden. Dabei muss die Verhältnismäßigkeit des Aufwands für die Alternativenprüfung gewahrt bleiben und es soll berücksichtigt werden, dass der zusätzlich monetäre Aufwand von „10 % der Investitionskosten“ nicht überschritten wird (VB1, Rn. 37). Zudem ist die „Nullvariante {...} nicht zumutbar“, sprich ein Projektaus kann keine Alternative darstellen (VB1, Rn. 32). Es ist bereits angeklungen, dass „der Vorhabensträger“ zu prüfen hätte, die Alternativenprüfung also aus seiner Sicht zu erfolgen hätte. Gemeint ist damit, dass es nicht darum geht, dass ein gleichwertiges Projekt anderenorts realisiert wird und Energie aus Erneuerbaren gewinnt, sondern das Projektziel, WEA zu errichten, für den Vorhabensträger angesichts der exkludierten Nullvariante realisierbar bleibt. Entsprechend muss der Vorhabensträger sich im Rahmen des zugesprochenen Aufwandes Zugriff auf die alternativen Flächen verschaffen können. Es handelt sich also um eine Alternativenprüfung für den Vorhabensträger und nicht eine Prüfung im volkswirtschaftlichen Sinne. Denn dann wäre es egal, wer den erneuerbaren Strom bei einem möglichst geringen Eingriff aus naturschutzfachlicher Sicht erzeugt. Demnach sind die Alternativenprüfungen auf dem großräumigen Maßstab aufgrund begrenzter Konzentrationsflächen sehr schwierig und *„die Frage nach Alternativen lässt sich eigentlich immer verneinen“* (VR1, Rn. 36). Dieses Argument kann der Praktikabilität aus der Sicht eines Vorhabensträgers zugeordnet werden, wobei der bereits angesprochene Aspekt der Verhältnismäßigkeit mitschwingt. Auch bleibt die Frage offen, wie genau, bzw. in welcher

Form, die Prüfung erfolgen soll, wie etwa die Zugriffsmöglichkeit auf alternative Flächen und der hypothetische monetäre Aufwand dargestellt werden können. Allerdings wird in Frage gestellt, ob mit dieser *„Interpretation der Rechtslage genüge getan ist. Es gibt da auch klar Kommentierung zur Rechtslage, dass eben die Alternativenprüfung deutlich weiter und großräumiger betrachtet werden muss und auch über den einzelnen Projektierer hinaus, da das hier ja auch sehr eingeschränkt auf das privatwirtschaftliche Interesse des einzelnen Betreibers {abstellt} und nicht auf das, was man zuvor ja begründet hat, nämlich mit dem überwiegend öffentlichen Interesse. Das steht im Gegensatz für manche Kollegen, aktuell überwiegt da aber vom Ministerium die Auffassung, dass man dieses eben aus der Sicht des Projektierers betrachten muss“* (NB2, Rn. 31). Es werden unterschiedliche Auffassungen angesprochen, wie die Alternativenprüfung auszulegen sei, wobei ein politisches Gremium letztlich eine Abwägungsentscheidung trifft. Damit überwiegt die Bedeutung des Kriteriums Haltung in diesem Argument die Debatte, ob ein Abwägungsentscheid zu Gunsten einer artenschutzrechtlichen Ausnahme erteilt werden kann.

Zuständigkeit für artenschutzrechtliche Ausnahme

Die Frage nach der Zuständigkeit erscheint deswegen relevant, weil es sich bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme um einen Abwägungsentscheid handelt, ob die öffentlichen Interessen am Klimaschutz bzw. dem Ausbau der Windenergie gegenüber den öffentlichen Interessen am Artenschutz ³¹ überwiegen (Kap. 2.2.3). Diesen Abwägungsentscheid trifft die Höhere Naturschutzbehörde. Die Zuständigkeit für den Vollzug des besonderen Artenschutzes ist klar geregelt. Für die *„Zugriffsverbote {...ist} zunächst mal {...die UNB} zuständig, zu beurteilen, ob überhaupt Zugriffsverbote berührt sind und ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht {...}, und wenn diese Schwelle überschritten ist und keine Vermeidungsmaßnahmen möglich sind, dann geht es erst in die Ausnahme und erst dann kommt die {O}NB³² ins Spiel“* (NB1, Rn. 7). Im Bundesnaturschutzgesetz heißt es zur artenschutzrechtlichen Ausnahme, die „für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden {...} können von den Verboten des §44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen“ (BNatSchG). Diese sachliche Zuständigkeit der Naturschutzbehörden führen die jeweiligen Landesnaturschutzgesetze weiter aus (§ 58 NatSchG Baden-Württemberg). Sie wird von einem Vertreter der Naturschutzbehörde wie folgt anschaulich dargelegt: *„Die {O}NB {ist} zuständig für {...} die Aufgaben zum Vollzug des Artenschutzrechtes {...} streng geschützter Tier und Pflanzenarten. Dann geht's weiter, sofern ein Antrag streng geschützte und nicht streng geschützte Tier- und Pflanzenarten betrifft, ist die {O}NB insgesamt zuständig. Also wenn wir jetzt bei einer Windkraftanlage den Fall hätten, man braucht eine Ausnahme nur für die Feldlerche {...wäre die UNB} zuständig, wenn aber Rotmilan und Feldlerche betroffen sind, wäre {die ONB} zuständig, und beim Rotmilan sowieso“* (NB1, Rn. 3). In Rheinland-Pfalz wird das Verfahren bei Eingriffsregelungen und der Fachbeitrag des Naturschutzes ebenfalls im Landesnaturschutzgesetz (§ 9 LNatSchG Rheinland-Pfalz) geregelt. Dazu führt ein Naturschutzvertreter aus, dass die UNB über die Eingriffsregelung entscheidet, *„und wenn*

³¹ Der Artenschutz liegt als Teil des Naturschutzes im öffentlichen Interesse, das durch die Naturschutzbehörde als Träger öffentlicher Belange vertreten wird.

³² Speziell in Baden-Württemberg wird häufig von der „HNB“ als Höhere Naturschutzbehörde gesprochen, gleichbedeutend mit der Oberen Naturschutzbehörde (ONB). Um keine unnötige Verwirrung aufkommen zu lassen, wird in dieser Masterarbeit einheitlich von der ONB gesprochen. Naturschutzbehörden sind folgendermaßen untergliedert: Untere Naturschutzbehörde auf Ebene des Landkreises, Obere Naturschutzbehörde auf Ebene des Regierungspräsidiums und Oberste Naturschutzbehörde auf Ebene des Landes, i.d.R. Umweltministerium.

im Rahmen eines Eingriffs eine artenschutzrechtliche Genehmigung zu erteilen {...ist}, dann {muss die UNB} das im Einvernehmen mit der {ONB} machen {...}. Im Einvernehmen bedeutet {...} die {untere Kreisverwaltung in Form von UNB oder untere Immissionsschutzbehörde} kann sich nicht darüber hinwegsetzen, also es ist kein Benehmen mit {der ONB} (NR2, Rn. 53).

Bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme ist neben dem Entscheidungsverfahren auch das Meldeverfahren zu berücksichtigen, denn es *„muss noch das Ministerium eingebunden werden und es wird darüber ein Kataster angelegt, in welchen Räumen schon artenschutzrechtliche Ausnahmen erteilt wurden. Und es muss, da es sich ja auch um eine Art der Vogelschutzrichtlinie handelt, auch an die EU gemeldet werden, {...} das Bundesministerium für Umwelt gibt dann die Meldung an die EU {...}. Das {ist} eine reine Meldung, die Kommission ist in dem Fall nicht entscheidungsfähig, was ja bei prioritären Arten oder Lebensraumtypen der FFH-Richtlinie wieder anders ist“* (NB2, Rn. 39).

Des Weiteren steht im Raum, ob sich der Verfahrensführer im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren aufgrund der Konzentrationswirkung (siehe Kap. 2.1) über die Entscheidung bzw. Stellungnahme der Naturschutzbehörde hinwegsetzen könnte. Dazu wird die Meinung vertreten, dies könne vielleicht theoretisch aber niemals praktisch erfolgen (NR1, Rn. 63; VR1, Rn. 40), der Artenschutz könne nicht weggewogen werden (NB3, Rn. 63), die Naturschutzbehörde ist *„das Zünglein an der Waage“* (NR2, Rn. 55) und hat beim Artenschutz *„das Heft in der Hand“* (NR2, Rn. 71). Auch wenn angemerkt wird, dass es *„wunderbar“* wäre, wenn der Verfahrensführer *„so stark“* wäre, nicht überzeugende Stellungnahmen zu hinterfragen (VB2, Rn. 71-73).

Ländervergleich

Bei dem Prüfschritt der artenschutzrechtlichen Ausnahme für den Rotmilan besteht in beiden Bundesländern keine praktische Erfahrung. Jedoch ist in Baden-Württemberg mit dem Dichtezentrum-Konzept ein Verwaltungsweg vorgezeichnet. Dem Dichtezentrum-Konzept geht eine landesweite Rotmilanerhebung voraus, die eine Beurteilung der Quellpopulation für den Erhalt des günstigen Erhaltungszustands mittels Dichtezentren erst ermöglicht. Diese Daten werden im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren herangezogen und zusätzlich neue Daten erfasst³³.

Überhaupt ist mit dem Vorliegen eines günstigen Erhaltungszustandes des Rotmilans in Baden-Württemberg eine, als grundlegend bezeichnete, Voraussetzung für eine artenschutzrechtliche Ausnahme gegeben, was in Rheinland-Pfalz nicht der Fall ist. Dort wird der Erhaltungszustand als nicht günstig bezeichnet, was zu der Bewertung führt, dass dies einer artenschutzrechtlichen Ausnahme entgegenstehe. Dem muss allerdings gegenübergestellt werden, dass artenschutzrechtliche Ausnahmen *„ausnahmsweise“* {...} dann gewährt werden {dürfen}, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Population weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands dieser Population behindern“ (BVerG Leipzig 2010, 9 B 5.10, Rn. 8). Weiter wird aufgeführt, dass *„der Verlust eines lokalen Reviers nicht gleichbedeutend ist mit einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der betroffenen Art (BVerG Leipzig 2010, 9 B 5.10, Rn. 10). Gerade in Anbetracht der Einschätzungsprärogative und in Verbindung mit dem ungünstigen Erhaltungszustand in Rheinland-Pfalz kann es dennoch zu der Auffassung kommen, dass eine Verschlechterung*

³³ Siehe dazu auch von Woyna 2017 (S. 15-17).

des Erhaltungszustandes durch den Zubau eines WEA-Vorhabens eher vermutet wird als eine Verbesserung oder der Fall, dass es keine Auswirkung gibt.

Eine Interpretationsschwierigkeit tritt bei der tatsächlichen Prüfung der Ausnahmevoraussetzungen Erhaltungszustand und Alternativlosigkeit auf. Ersteres ist zwar mit dem Dichtezentrum-Konzept ausgelegt, aber noch nicht in der Praxis in Form einer bewilligten artenschutzrechtlichen Ausnahme erprobt. Die Herausforderung des anzuwendenden räumlichen Maßstabs tritt bei beiden Voraussetzungen auf, bei der Alternativlosigkeit steht zudem die offene Frage im Raum, wie deren Prüfung erfolgen könnte, wenn man auf keine ausgewiesenen Windkonzentrationszonen als Suchfläche zurückgreifen kann.

Es gibt noch keine Verwaltungspraxis bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme. Diese muss sich erst noch formen und wird die Interpretation der Begrifflichkeiten und des Vollzugs prägen.

6. Diskussion

In diesem Abschnitt werden die methodische Herangehensweise (siehe Kap. 4) und die erhaltenen Ergebnisse des besonderen Artenschutzes aus den Bundesländern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz (siehe Kap. 5) diskutiert.

6.1. Diskussion der Methode

Qualitative Datenerhebung

Die Auswahl für einen Ländervergleich mittels des theoretischen Samplings hat sich als geeignete Methode herausgestellt und ließ sich mittels einer Literaturrecherche zu dem Stand untergesetzlicher Regelungen in Nachbarländern von Baden-Württemberg gut herausarbeiten (siehe Kap. 4.1; Anhang 3). Die Schwierigkeit bestand vor allem darin, geeignete Interviewpartner zu gewinnen, die sich mit der spezifischen Thematik des Rotmilans und einer möglichen artenschutzrechtlichen Ausnahme konkret befasst haben. Das lag zum einen an der Brisanz dieses im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren häufig entgegenstehenden Belangs, zum anderen an der Tatsache, dass es sich um laufende Verfahren handelte. Öfters ließen sich hervorragende Fallbeispiele eruieren, jedoch entwickelte sich in den laufenden Gesprächen, in der Absicht ein problemzentriertes Interview für diese Masterarbeit durchzuführen, eine sehr zögerliche Haltung: man hätte dafür keine Zeit, man wolle bei dieser angespannten Thematik nicht unnötig Öl ins Feuer gießen, sondern sie lieber möglichst flach und unaufgeregt behandeln. Es ließen sich immer wieder Vorhabensansätze finden, die sich konkret mit der Möglichkeit einer artenschutzrechtlichen Ausnahme für den Rotmilan beschäftigten, auch in anderen Bundesländern wie Saarland oder Hessen, denen jedoch aufgrund des theoretischen Samplings nicht weiter nachgegangen wurde. Aus diesem Grund sind die Kriterien für die Auswahl der Interviewpartner etwas abgeschwächt worden: es sollte genügen, wenn sich Projektansätze konkret mit der Rotmilanproblematik im Genehmigungsverfahren auseinandergesetzt haben, denn in dem Fall kann eine artenschutzrechtliche Ausnahme thematisiert und diskutiert werden. Immer wieder hieß es, der Rotmilan sei ein hochbrisantes Thema im Zuge der Projektentwicklung, aber es war eben gleichzeitig auch der Grund, nicht

zu tief in den Informationsaustausch zu treten, wenngleich stets Anonymität zugesichert wurde.

Zunächst hat sich die Suche nach Interviewpartnern auf Untere Naturschutzbehörden und Projektentwickler beschränkt. Es ließ sich aber im Verlauf der Akquisegespräche für die Interviews in Telefonaten und E-Mails, aber auch in persönlichen Kontakten auf Messen oder in Arbeitskreisen herausfinden, dass sich der Suchradius vergrößern müsste. Zum einen, weil die fachliche Expertise zu der konkreten Fragestellung nicht unbedingt im Hause des Vorhabensvertreters liegt, was verständlich ist, wenn man sich vor Augen führt, dass auch Privatpersonen oder sehr kleine Projektgesellschaften als Vorhabensträger auftreten können und viele Fachthemen an Dienstleister oder spezielle Gutachter vergeben werden. Somit sollte fortan nicht notwendigerweise der Projektentwickler oder Vorhabensträger selbst für die Interviews gewonnen werden, sondern der geeignete Vertreter des Vorhabensträgers, was sowohl eine Person aus dem Hause des Vorhabensträgers selbst oder in Absprache mit diesem auch ein externer Dienstleister in Form von Gutachtern sein konnte. Zum anderen hat sich auch auf Seiten der Naturschutzbehörde der Suchradius vergrößert, weil sich mit dem Thema des besonderen Artenschutzes nicht nur die Untere, sondern auch die Obere und sogar die Oberste Naturschutzbehörde befasst, worauf in den Akquisegesprächen vielfach verwiesen wurde. Aus diesem Grunde wurde der Suchradius von Projektentwicklern und Unterer Naturschutzbehörde auf Vertreter des Vorhabensträgers und Vertreter der Oberen Naturschutzbehörde erweitert, wodurch sich geeignete Gesprächspartner leichter finden und für die Interviewteilnahme gewinnen ließen.

Das problemzentrierte Interview war ein sehr gut geeignetes Mittel, um qualitative Daten zu dem untersuchten Thema zu gewinnen. Die Vergleichbarkeit wurde durch einen Interviewleitfaden sichergestellt, der i.d.R. den Interviewten nicht zur Verfügung gestellt wurde, solange dies nicht explizit und inständig gefordert war. Auf diese Weise ließen sich spontane Informationen gewinnen, wobei durchaus während dem Telefonat auch kurzzeitig nachgeschlagen wurde, sei es in Anträgen, Gutachten, Rechtsquellen oder im Internet. Dennoch hat sich die Durchführung der Interviews mittels Telefon und Aufzeichnung hervorragend bewährt, zum einen weil es sich flexibler terminieren ließ, zum anderen, weil die Teilnahmeschwelle gewiss niedriger wurde. Das hat sich zum einen dadurch gezeigt, dass das Telefonat unmittelbar nach dem Akquisekontakt stattgefunden hat, dass ein Telefonat aufgrund eines dringenden Sachverhalts unterbrochen und später fortgesetzt wurde oder dass der Termin mehrfach kurzfristig verschoben. Über den Inhalt, den Ablauf, den Zweck und die zugesicherte Anonymität wurde sowohl im Vorfeld schriftlich per E-Mail hingewiesen, als auch im unmittelbaren Vorspann des Interviews in mündlicher Form. Ein Qualitätsverlust gegenüber einem persönlichen Interviewtermin ist wahrscheinlich. Dieser wird aber angesichts der hier untersuchten Fragestellung als irrelevant eingestuft. Sollte sich eine ähnlich gelagerte Fragestellung tiefgehender und fokussierter mit den verborgenen Inhalten beschäftigen, etwa mittels einer tiefenhermeneutischen Analyse, so wären persönliche Interviews zu empfehlen.

Die Form des Leitfadens hat sich deswegen sehr gut geeignet, weil es sich bei der Thematik des besonderen Artenschutzes um ein sehr breit gefächertes Fachgebiet handelt, bei dem nicht nur der Verwaltungsvollzug eine Rolle spielt, sondern auch persönliche Haltungen, Erfahrungen oder auch der politische und gesellschaftliche Diskurs einen prägenden Einfluss nehmen können. Zudem haben verschiedene Interviewteilnehmer unterschiedliche Schwerpunktgebiete, sei es zum rechtlichen Anforderungsregime, zu fachlichen

Artenkenntnissen, zu politischen Verfahren beim Erlass untergesetzlicher Regelungen oder Haltungen zu einem spezifischen Thema. Der Leitfaden konnte somit sicherstellen, immer wieder zum Thema zurückzufinden und eröffnete gleichzeitig die Möglichkeit, einzelnen Argumenten, die thematisch verbunden waren, nachzugehen und vom Leitfaden abzuweichen.

Qualitative Analysemethodik

Die Transkription der digital aufgezeichneten Interviews ließ sich hervorragend mit dem Programm MaxQDA durchführen, das dafür eine integrierte Applikation anbietet und die schriftliche Datei direkt für die weitere Analyse zur Verfügung steht, wobei auf die Sprachdatei zurückgegriffen werden kann.

Schwierigkeiten hat das Programm bei der Reduzierung des Interviewmaterials. Es war vorgesehen, die Interviews zunächst inhaltlich entlang der Prüfschritte des besonderen Artenschutzes zu codieren, dann mittels Zusammenfassung und anschließender Aggregation von Argumenten das Material zu reduzieren, um schließlich bei einem guten Überblick die Codierung anhand der Qualitätskriterien vorzunehmen. Für diese Methode, die sich an Mayring (2015) anlehnt (siehe Kap. 4.4) und mit der Betreuung dieser Masterarbeit abgestimmt war, ist das Programm MaxQDA weniger geeignet. Denn bei der Zusammenfassung, die in übersichtlicher Form möglich ist, geht der Quellbezug verloren, sodass eine weitere Bearbeitung, etwa für eine Aggregation oder erneute Codierung nicht möglich ist. Genau genommen ist es schon möglich, indem eine neue Datei erzeugt wird, aber eben muss dabei der Verlust des Quellbezugs in Kauf genommen werden, was gerade bei der Bedeutsamkeit von Originalzitate einer qualitativen Auswertung sehr ungünstig ist. Es wurde dennoch dieses Vorgehen gewählt, in dem händisch der Quellbezug geschaffen wurde. Somit konnte durch Reduzierung und Aggregation eine gute Übersichtlichkeit der Argumente erhalten werden, die dann den Qualitätskriterien mittels einer zweiten Codierung zugeführt wurden. Der Quellbezug für die Verwendung von Originalzitate war durch den händischen Vermerk auf das Zwischenergebnis der ersten Codierung möglich, was mit einem größeren Strukturierungsaufwand verbunden war. Dieses Vorgehen geht zu Lasten der unmittelbaren Nachvollziehbarkeit der Zuweisung der Qualitätskriterien, jedoch bleibt der Quellbezug zum durchgeführten Interview erhalten, was als bedeutsamer eingeschätzt wurde.

Alternativ zu dem Vorgehen nach Mayring (2015)³⁴ wäre ein Vorgehen nach Kuckartz (2016) möglich, der sich sehr nahe an dem grundsätzlich überaus geeigneten und viel verwendeten Programm MaxQDA bewegt. Für eine inhaltlich strukturierte Analyse sieht dieser in einer initiierenden Textarbeit zunächst das Markieren wichtiger Textstellen und Schreiben von Memos vor, um thematische Hauptkategorien zu bilden. Diese sollen dann codiert und zusammengestellt werden, um dann induktiv Subkategorien am Material zu bilden und das gesamte Material erneut nach diesem ausdifferenzierten Kategoriensystem zu codieren. Letztlich soll dadurch eine einfache oder komplexe Analyse ermöglicht werden (Kuckartz 2016, S. 97 – 121). Von dieser Methode wurde im Vorfeld abgesehen, da die Festlegung eines Kategoriensystems im Zentrum steht, das im Analyseprozess immer weiter verfeinert wird. Das lässt sich mit dem Programm MaxQDA zwar bestens durchführen. Jedoch passt

³⁴ Mayring gilt als Mitbegründer der qualitativen Inhaltsanalyse, seine Schrift „Qualitative Inhaltsanalyse – Grundlagen und Technik“ ist seit Jahrzehnten eine vielzitierte Quelle, seine Inhaltsanalyse „scheint in der deutschsprachigen qualitativen Sozialforschung die am häufigsten angewendete Analysemethodik zu sein“ (Kruse 2014, S. 398). Sie befindet sich heute bereits in der 12. Auflage (2015).

diese Vorgehen nicht mit dem verfolgten Ansatz dieser Masterarbeit zusammen, einzelne Prüfschritte des besonderen Artenschutzes, soweit wäre es noch bestens geeignet, mit einem zweiten unabhängigen Kategoriensystem der Qualitätskriterien zu verschneiden, um den Verwaltungsprozess zu bewerten. Bei Letzterem tritt die zuvor beschriebene Schwierigkeit mit der Methode und dem Programm auf.

Um ein konsequentes Arbeiten an einer Methode und ein reliables Vorgehen zu ermöglichen, würde der Autor dieser Arbeit, stünde er erneut vor Beginn der Ausarbeitung einer ähnlichen Fragestellung, die methodischen Möglichkeiten als Ausgangspunkt heranziehen und das Forschungsdesign daran ausrichten. Entsprechend wird an dieser Stelle empfohlen, bei der Wahl des Forschungsdesigns das Vorgehen nach Kuckartz (2016) zu wählen und sich im Vorfeld der Datenerhebung und Strukturierung mit den Möglichkeiten des Analyseprogramms intensiv auseinanderzusetzen.

Die Empfehlung begründet sich mitunter an den kurzgehaltenen und nicht sehr praxisorientierten Verfahrensschritten von Mayring (2015), denen anderenorts „grundlegende Spannungen in der inhaltsanalytischen Verfahrensdynamik“ attestiert werden (Kruse 2014, S. 407 – 408). Dagegen erscheint das Vorgehen nach Kuckartz (2016) als eine Weiterentwicklung, deren einzelne Verfahrensschritte konkret und anschaulich dargelegt werden und sich leicht in Analyseprogrammen, wie etwa MaxQDA, umsetzen lassen.

Die Verwendung von Qualitätskriterien eignet sich gut, um den Verwaltungsvollzug, die darauf einwirkenden Faktoren und Beweggründe der Beteiligten zu analysieren. Zwar grenzen sich die Qualitätskriterien nicht scharf voneinander ab, sodass die Zuweisung eines Arguments zu mehreren Kriterien möglich ist. Das ist nicht weiter verwunderlich, da sich die Anforderungskomplexe an den Verwaltungsvollzug aus den drei Aspekten „fachlich“, „rechtlich“ und „administrativ“ zusammensetzt (siehe Kap. 4.5). Diese weisen bei der Operationalisierung inhaltliche Überschneidungsbereiche auf. Der Vorteil der Verwendung von diesen Qualitätskriterien besteht darin, sachliche Anforderungen zu formulieren, die emotionalen oder strategischen Einflüssen gegenüberstehen. Letztere werden in dem zusätzlichen Kriterium Haltung aufgefangen, ohne tiefergehend analysiert zu werden (siehe Kap. 5.2).

6.2. Diskussion der Ergebnisse

Die in dieser Masterarbeit vorgenommene Strukturierung des besonderen Artenschutzes in einzelne Prüfschritte, wie Bestandserfassung zur Bewertung der Zugriffsverbote, die Möglichkeit von Vermeidungsmaßnahmen und, als Ultima Ratio, die artenschutzrechtliche Ausnahme, hat sich als roter Faden herauskristallisiert.

Es wurde erwartet, dass die konkretisierenden Handlungsanleitungen in Baden-Württemberg eine artenschutzrechtliche Ausnahme ermöglichen, während dies in Rheinland-Pfalz aufgrund der wenigen und unkonkreten Handlungsanleitungen zu diesem Thema weniger wahrscheinlich der Fall sein wird.

Zunächst lässt sich feststellen, dass es bisher in keinem der beiden Länder im Zuge eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens eine artenschutzrechtliche Ausnahme für den Rotmilan gegeben hat. Daran haben auch die im Jahr 2015 veröffentlichten untergesetzlichen Regelungen zum Dichtezentrum-Konzept für den Rotmilan

(LUBW 2015; MLR 2015) noch nichts geändert. Doch wenn man etwas genauer hinsieht, so stellt man fest, dass die Voraussetzungen in Baden-Württemberg wesentlich konkreter ausformuliert sind. Gerade mit der Möglichkeit, den Erhaltungszustand des Rotmilans dank einer Datengrundlage bewerten zu können (LUBW 2014; siehe Kap. 2.2.3) und mit dem Dichtezentrum-Konzept sicherzustellen (LUBW 2015; MLR 2015), erscheint eine Abwägungsentscheidung im Verwaltungsvollzug in Bezug auf eine artenschutzrechtliche Ausnahme dort nur noch eine Frage der Zeit zu sein. In den Telefonaten zur Interviewakquirierung haben mehrere Vorhabensträger verlauten lassen, konkrete Gespräche mit der Genehmigungsbehörde zu führen und sogar teilweise bereits im entsprechenden Genehmigungsverfahren zu sein.

Die Restriktion aus dem Dichtezentrum-Konzept bezogen auf den besonderen Artenschutz ist vielfach angesprochen worden. Eine aktuelle Rechtsprechung zu dem Thema legt zudem nahe, das Vorliegen eines Dichtezentrums als ein dynamisches Schutzkonzept anzuerkennen, das neben dem besonderen Artenschutz vor allem auch in der Umweltverträglichkeitsprüfung zu berücksichtigen ist (VG Sigmaringen NuR 2018, S. 284). Folgeschwer ist diese Einstufung, wenn in einer allgemeinen oder standortbezogenen Vorprüfung oder vollumfänglichen Umweltverträglichkeitsprüfung (Anlage 1 UVPG) diese Schutzkategorie nicht berücksichtigt wird (Anlage 3 UVPG), damit ein Abwägungsdefizit und entsprechend ein Verfahrensfehler droht (VG Sigmaringen NuR 2018). Diese Einschätzung des Verwaltungsgerichts Sigmaringen ist überaus bedeutsam, weil es die Wirkung des Dichtezentrum-Konzepts wesentlich erweitert und genehmigungsrechtliche Restriktionen nach sich ziehen kann. Bedeutsam ist es insbesondere, weil sich die Umweltverträglichkeitsprüfung auf den Schutz bestimmter Teile von Natur und Landschaft im Sinne des Bundesnaturschutzgesetzes (Kapitel 4 BNatSchG) bezieht (Anlage 3 UVPG). Mit dem Urteil wird der Eindruck verstärkt, dass sich der Verwaltungsvollzug mit der praktischen Anwendung wandelt und eine Verwaltungspraxis gerade dabei ist sich zu entwickeln. Die unterschiedliche Auslegung einzelner Aspekte im Freiraum der Einschätzungsprärogative an vielen Prüfschritten des besonderen Artenschutzes lassen dafür einen längeren Zeitraum erwarten. Gleichzeitig bietet es vielfach Anknüpfungspunkte für Forschung und Analyse, besonders hinsichtlich nichtfachlicher Einflussnahmen.

In Rheinland-Pfalz dagegen lässt sich nicht der Eindruck gewinnen, dass sich eine artenschutzrechtliche Ausnahme ankündigen würde. Auch wenn die Behörden und auch die politische Landesspitze dort als windkraftfreundlich eingestuft werden, erscheint eine artenschutzrechtliche Ausnahme unter dem geltenden Regime an untergesetzlichen Regelungen nicht wirklich in Betracht zu kommen. Das begründet sich vor allem in der unklaren und nicht konkretisierten Interpretation des Erhaltungszustandes, bei dem sogar behauptet wird, er müsste global erfasst und sichergestellt werden (NR1, Rn. 73). Die Interpretation um die Ausnahmevoraussetzung, den günstigen Erhaltungszustand des Rotmilans im Land definieren und sicherstellen zu können, scheint der wesentliche Unterschied zwischen den Bundesländern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz zu sein.

Ein anderer bedeutsamer Unterschied stellt die Einhaltung der im Helgoländer Papier empfohlenen Abstandsempfehlungen von Rotmilanhorst zum WEA-Vorhaben in Rheinland-Pfalz dar, an das sich eine strenge Regelvermutung knüpft, und von einem Verstoß gegen die Zugriffsverbote bei einer Unterschreitung von 500 m pauschal ausgegangen wird (siehe Kap. 3.2.2). In Baden-Württemberg wird zum einen von den Abstandsempfehlungen des Helgoländer-Papiers abgewichen und eine RNA nicht bereits bei Unterschreitung eines

1.500 m Abstandes erforderlich, sondern erst bei einer Unterschreitung eines 1.000 m Abstandes (LUBW 2013, S. 11). Da die vorliegenden Daten regelmäßig nicht den Anforderungen an Daten zu Flugkorridoren und Frequentierung von Nahrungshabitaten genügen (LUBW 2013, S. 13), ist eine RNA meist erforderlich. Zudem ist die RNA die Bewertungsgrundlage für das Tötungsverbot, selbst innerhalb eines Dichtezentrums für den Rotmilan, es gibt keine harte pauschale Abstandsgrenze (siehe Kap. 3.1.2).

Die anderen Punkte des besonderen Artenschutzes, etwa die Anforderungen und der Aufwand der Bestandserfassung, oder die Wirksamkeit, Umsetzungsfähigkeit und Kontrollmöglichkeit von Vermeidungsmaßnahmen, sowie ein möglicher Schwellwert für die Feststellung eines signifikant erhöhten Tötungswahrscheinlichkeit bei der Bewertung der Zugriffsverbote, werden zwar intensiv diskutiert. Aber es lässt sich kein qualitativer Unterschied zwischen den Bundesländern feststellen.

In Rahmen der Bestandserfassung wurde die Möglichkeit angesprochen, ob nicht auf eine RNA verzichtet werden könnte, wenn stattdessen pauschale Abstandskriterien in Kombination mit aufwendigen Vermeidungsmaßnahmen angewendet werden (siehe Kap. 5.1.). Das erscheint aber angesichts der zugesprochenen Einschätzungsprärogative und der damit verbundenen Einzelfallgerechtigkeit als keine probate Option.

Interessant ist festzustellen, dass sich in den Argumenten keine klare Trennung zwischen Vertretern von Vorhabensträgern und Naturschutzbehörden feststellen lässt (siehe Kap. 5.4). Widererwartend wird von Seiten des Naturschutzes die Meinung vertreten, es solle der Weg in die artenschutzrechtliche Ausnahme gegangen werden (NB2, Rn. 49), während ein Vorhabensträger diesen Weg grundsätzlich nicht gehen will (VB2, Rn. 43).

7. Erkenntnisse

Abschließend sollen die aus dieser Masterarbeit gewonnenen Erkenntnisse dargestellt werden. Der Ländervergleich zwischen Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz hat viele Gemeinsamkeiten und einige Abweichungen in den untergesetzlichen Regelungen aufgezeigt. Neben diesen Unterschieden sind es aber besonders auch allgemeine Themen rund um den Artenschutz, bei denen Verbesserungen der den Handlungsvollzug bestimmenden Regelungen empfohlen wird.

Normkonkretisierung und Haltung

Die normkonkretisierten Aspekte der untergesetzlichen Regelung in Baden-Württemberg rund um das Dichtezentrum-Konzept des Rotmilans, insbesondere der vorgezeichnete Verwaltungsweg für eine artenschutzrechtliche Ausnahme, vermögen es nicht einen einheitlichen Verwaltungsvollzug sicherzustellen (siehe Kap. 5.2). Das liegt zum einen an der Einschätzungsprärogative der Naturschutzbehörden, die ein konkrete Handlungsempfehlung mit Schwellwerten erschweren, solange sich kein einheitlicher Wissensstand durchgesetzt hat (siehe Kap. 2.1). Zum anderen liegt es an der Haltung, die einzelne Vertreter der Naturschutzbehörden einnehmen und dank der Einschätzungsprärogative leichter Einfluss auf den tatsächlichen Verwaltungsvollzug nehmen können. Aus diesen Gründen erscheint es besonders wichtig, ein transparentes Verfahren vorzulegen und einheitliche Bewertungskriterien zu benennen, auch wenn die Bewertungsmaßstäbe angesichts der zugesprochenen Einschätzungsprärogative unberührt bleiben müssen (siehe Kap. 2.2.3,

Kap. 5.4).

Ausnahme kein Lösungsinstrument

Die artenschutzrechtliche Ausnahme kann kein Instrument sein, um dem häufig auftretenden Konflikt zwischen Schutz des Rotmilans und Ausbau der Windenergie zu begegnen. Das liegt schon an der Norm der Ausnahme selbst, die nicht regelmäßig verwendet werden kann, um den Verbotstatbestand des besonderen Artenschutzes zu Gunsten des öffentlichen Interesses am Umweltschutz in Form einer Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien zu umgehen (siehe Kap. 2.1, Kap. 5.4). Die artenschutzrechtliche Ausnahme ist ein Instrument, um besonders gelagerten Einzelfällen gerecht werden zu können, es kann aber kein Anspruch auf Ausnahme abgeleitet werden, auch wenn in Baden-Württemberg ein intendiertes Ermessen in diese Richtung weist (siehe Kap. 3.1.5).

Allgemeiner vs. besonderer Artenschutz

Ein häufig aufgeführtes Argument ist, dass es unverhältnismäßig und nicht zielführend sei, WEA-Vorhaben wegen des Rotmilans nicht zuzulassen, da WEA im Verhältnis zu anderen Einflüssen, wie etwa der Landwirtschaft, einen geringen Effekt auf die Populationsentwicklung der Art hätten (siehe Kap. 5.4). Das mag sein, ist aber nicht Gegenstand des besonderen Artenschutzes, sondern des allgemeinen Artenschutzes. Die Unterscheidung zwischen Schutz des Rotmilans allgemein und den Zugriffsverboten für Vorhabensplanungen allgemein, auch WEA-Vorhaben, muss betont und hervorgehoben werden, besonders in Anbetracht der teilweise emotional geführten Debatte um dieses Thema.

Kein Präzedenzfall

Bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme für den Rotmilan bei WEA-Vorhaben handelt es sich um eine sensible Thematik. Vorhabensträger gehen sehr zurückhaltend mit ihren Informationen um, bezüglich der Akzeptanz von WEA in der Bevölkerung ist es keine gewinnbringende Thematik und angesichts der Einschätzungsprärogative wird vorsorglich ein sorgsamer Kontakt mit der Naturschutzbehörde gepflegt. Bis dato gab es noch keine derartige Ausnahme im behandelten Untersuchungsgebiet (siehe Kap. 1). Aber es sind ein paar Verfahren bekannt, in denen eine solche Ausnahme behandelt wurde, bei denen es allerdings zu keinen Entscheidungen kam, sei es, weil der Vorhabensträger aus anderen Gründen den Antrag zurückgezogen hat, sei es, weil die Ausnahme angesichts der naturschutzfachlichen oder politischen Stellungnahmen keine Aussicht auf Erfolg hatte. Zudem laufen aktuell ein paar Genehmigungsverfahren, die in eine artenschutzrechtliche Ausnahme hineinplanen (siehe Kap. 6.2).

Ungeprüftes Dichtezentrum-Konzept

Das Dichtezentrum-Konzept ist besonders, weil es normkonkretisierende Elemente enthält und einen Verwaltungsweg in die artenschutzrechtliche Ausnahme aufzeigt (siehe Kap. 3.1.4). Jedoch hat es sich noch nicht in dem Sinne als wirkungsvoll erwiesen, dass ebenjene Ausnahme für ein WEA-Vorhaben erteilt worden ist. Um die Wirkung und Qualität des Dichtezentrum-Konzepts zu prüfen und um letztlich herauszufinden, ob es als ein geeignetes Instrument zum Schutz des Rotmilans und gleichzeitigen Förderung des Ausbaus der Windenergie geeignet ist, bieten sich zwei Möglichkeiten an (siehe Kap. 6.2). Erstens könnte seitens der Verwaltung ebenjener aufgezeigte Weg eingeschlagen werden und eine artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt werden, um eine Verwaltungspraxis zu schaffen.

Zweitens könnte ein Vorhabensträger gegen die Restriktionen aus dem Dichtezentrum-Konzept den Klageweg beschreiten und vor ein Verwaltungsgericht ziehen, um die untergesetzliche Regelung auf den Prüfstand zu stellen (siehe Kap. 5.2).

8. Handlungsempfehlungen

Dichtezentrum-Konzept und Bestandsdaten

Auch wenn das Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg keinen Anspruch auf eine artenschutzrechtliche Ausnahme darstellt (siehe Kap. 2.1), sondern lediglich einen Verwaltungsweg aufzeigt (siehe Kap. 5.4), erscheint es dennoch geeignet, um den Schutz des Rotmilans zu stärken. Ausgleichend sollte der Schutzstatus außerhalb geringer ausfallen, nicht nur bei einer etwaigen artenschutzrechtlichen Ausnahme, sondern kann auch in der Bewertung des Signifikanzniveaus Einzug halten (siehe Kap. 5.2). Zudem wird aufgrund der langen Planungszeiträume von mehreren Jahren bei WEA-Vorhaben empfohlen, eine klarere Regelung zu Gunsten der Verfahrenssicherheit zu treffen. Die dynamische Gestaltung von Dichtezentren für den Rotmilan ist hier auf den Prüfstand zu stellen, ebenso wie der Umgang mit Bestandsdaten, unter welchen Bedingungen diese nicht berücksichtigt werden sollen und wie mit hinzukommenden Daten umgegangen werden soll (siehe Kap. 5.1).

Dichtezentrum-Konzept und Artdynamik

Die normative Konkretisierung des Dichtezentrum-Konzepts allein, nämlich mindestens 4 Revierpaare in einem Abstandsradius von 3.300 m, reicht nicht aus, um das Schutzkonzept des Dichtezentrums zu begründen. Die positive Bestandsentwicklung des Rotmilans führt dazu, dass es sich häufig um erste und erfolglose Brutversuche von Jungtieren handelt. Die Artdynamik und das Artverhalten sollen differenzierter berücksichtigt werden (siehe Kap. 5.2). Dabei soll das Ziel im Auge behalten werden, die Quellpopulation zu schützen, die einen Überschuss generiert und eventuelle Verluste durch WEA-Vorhaben anderenorts ausgleichen kann, anstatt ebenjenen Schutzstatus großflächig auszudehnen. Es wird für die Festsetzung eines Reviermittelpunkts des Rotmilans empfohlen, die Beständigkeit der brütenden Revierpaare zu belegen.

Etablierung eines Schutzkonzeptes Rotmilan

Das Dichtezentrum-Konzept ist speziell für die Ausweisung von Windkonzentrationszonen und die Bewertung des besonderen Artenschutzes im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für WEA veröffentlicht worden (siehe Kap. 3.1.5). Dabei wird jedoch nicht der Schutz des Rotmilans in den Mittelpunkt gestellt, bei dem alle Gefährdungsaspekte berücksichtigt werden (siehe Kap. 5.4). Die Verwendung des Dichtezentrums als ein dynamisches Schutzkonzept des Verwaltungsgerichts Sigmaringen (siehe Kap. 6.2) legt jedoch nahe, die Schutzwirkung nicht nur gegenüber dem Ausbau der Windenergie in Verbindung mit dem besonderen Artenschutz zu entfalten. Entsprechend soll ein Schutzkonzept etabliert werden, das den Rotmilan und seine Gefährdungspotenziale ganzheitlich darstellt. Das bedeutet, dass auch andere Vorhabensplanungen berücksichtigt werden sollten und die gute fachliche Praxis der Land- und Forstwirtschaft auf ihre Auswirkung geprüft werden sollte (siehe Kap. 5.4).

Zuständigkeit für artenschutzrechtliche Ausnahme

Das Bundesnaturschutzgesetz verankert die Zuständigkeit für die artenschutzrechtliche Ausnahme bei der Naturschutzbehörde. Damit obliegt der Abwägungsentscheid zwischen dem Artenschutz und dem öffentlichen Interesse an einer umweltfreundlichen Energieerzeugung durch WEA der Naturschutzbehörde (siehe Kap. 2.2.3, Kap. 5.4). Das wird als Fehlkonstruktion eingeschätzt, weil vermutet wird, dass die Naturschutzbehörde nicht unparteiisch zwischen diesen Belangen entscheiden kann, schließlich ist sie per definitionem Träger des Belangs Naturschutz. Die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzes sind dabei eines ihrer wirkungsmächtigsten Instrumente. Aus diesem Grund sollte die Abwägungsentscheidung der Genehmigungsbehörde zugesprochen werden, die eine artenschutzrechtliche Ausnahme im Einvernehmen mit der Naturschutzbehörde erteilen kann.

Erkenntnisgewinn für Vermeidungsmaßnahmen

Die Vermeidungsmaßnahmen im besonderen Artenschutz stellen sowohl bei der Prüfung der Zugriffsverbote als auch der artenschutzrechtlichen Ausnahme ein bedeutsames Instrument dar. Um ihre Wirkung und Verhältnismäßigkeit besser bestimmen zu können, kann ein großes Erkenntnispotenzial gehoben werden, indem die vorhabensbezogenen Gutachten, die genehmigungsrechtlichen Auflagen und deren Nachweise oder Monitoring-Ergebnisse landesweit zusammengetragen, analysiert und ausgewertet werden (siehe Kap. 5.3). Da es sich dabei um geschützte Betriebsdaten handelt, wird empfohlen, einen unabhängigen Arbeitskreis mit Beteiligung des Naturschutzes, naturschutzfachlichen Gutachtern und Vertretern der WEA-Betreiber zu gründen. Um die landesweiten Daten mit unterschiedlicher zeitlicher und qualitativer Validität verarbeiten zu können, wäre zu allererst ein allseits anerkanntes Forschungsdesign zu erarbeiten. Ein besonderes Augenmerk sollte auf der Berücksichtigung möglicher externer Faktoren liegen, also anderer Einflüsse als die Auswirkungen vom WEA-Vorhaben selbst, um eine kausale Aussage zur tatsächlichen Wirksamkeit von Vermeidungsmaßnahmen generieren zu können.

Übergangsregelungen in Handlungsanweisungen

Die untergesetzlichen Regelungen in den Ländern, in Form von Winderlassen oder spezifischeren Handlungsanweisungen für den Verwaltungsvollzug, beabsichtigen einen standardisierten und einheitlichen Verwaltungsvollzug. Damit erheben sie den Anspruch, den aktuellen Wissensstand wiederzugeben und müssen entsprechend regelmäßig die technologischen Entwicklungen, die neuen Erkenntnisse und gesetzlichen Rahmenbedingungen berücksichtigen. Bei diesen Aktualisierungen, die ein langes Abstimmungsverfahren mit verschiedenen Ressorts und Entwurfsfassungen bedeuten können, ist eine Übergangsregelung sehr wichtig (siehe Kap. 5.1). Gerade bei Regelungen, die die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative berühren, ist ein sorgsamer Umgang mit Aussagen zu einem neuen oder aktuellen Wissensstand bedeutsam, da dieser stets Berücksichtigung finden sollte (siehe Kap. 6.2). Um die Verfahrenssicherheit und die Praktikabilität des Verwaltungsvollzugs zu erhöhen, wird empfohlen, konkrete Übergangsregelungen bereits in die Entwurfsfassung aufzunehmen und klar zu kennzeichnen, was als gesicherter Kenntnisstand gelten kann und wo verschiedene fachliche Meinungen zu einem Thema vertreten werden können. Das betrifft insbesondere die Abstandsempfehlungen des Helgoländer Papiers, die in der wissenschaftlichen Diskussion nicht unreflektiert übernommen werden sollten (siehe Kap. 5.2).

Forschungsbedarf an Haltung

In dieser Masterarbeit ist deutlich geworden, dass nicht nur fachliche, administrative oder rechtliche Qualitätskriterien den Verwaltungsvollzug prägen, sondern dass gerade bei der naturschutzfachlichen Einschätzungsprerogative das Kriterium Haltung einen maßgeblichen Einfluss nehmen kann (siehe Kap. 4.5, Kap. 5.4). Um diesen Einfluss weiter zu untersuchen, mit der Absicht den Verwaltungsvollzug zu versachlichen und stärker an Qualitätskriterien zu binden, wird eine Diskursanalyse, etwa in Form eines Aktantenmodells (Dobler et al 2014), als sinnvoll erachtet. Eine tiefenhermeneutische Analyse ist in der Lage, die latenten Sinngehalte zu untersuchen, Tiefenstrukturen aufzudecken und die Motivation der Handlungen in den Mittelpunkt zu stellen. Als Akteure kommen dabei nicht nur die Vertreter der Naturschutzbehörden und Vorhabensträger in Betracht, sondern alle Beteiligten, die geeignet sind, den Diskurs um die Thematik Windenergie und Rotmilan maßgeblich zu beeinflussen. Dazu gehören etwa politische und naturschutzfachliche Verbänden, aber auch Interessensvertreter der Windenergie und Bürgerinitiativen, nicht nur auf Landesebene, sondern darüber hinaus.

Interpretationshilfe für Alternativlosigkeit und Erhaltungszustand

Die Voraussetzungen für eine artenschutzrechtliche Ausnahme, nämlich Alternativlosigkeit und Verschlechterungsverbot des Erhaltungszustands, sind beides Aspekte, die auf Landesebene durch Regelungen und Maßnahmen interpretiert oder konkretisiert werden können. Für beide nimmt die Frage nach dem Maßstab eine bedeutsame Rolle ein (siehe Kap. 5.4). Für die Frage nach dem Zustand und der Entwicklung des Erhaltungszustands kann eine landesweite Kartierung eine sinnvolle Maßnahme darstellen, um den Behörden im Verwaltungsvollzug eine vergleichbare und gesicherte Bewertungsgrundlage an die Hand zu geben. Sofern ein Land einen Verwaltungsweg in die artenschutzrechtliche Ausnahme aufzeigen will, sind dies zwei wesentliche Aspekte, bei denen eine Interpretationshilfe und die Schaffung einer landesweiten Daten- bzw. Bewertungsgrundlage empfohlen wird.

Ausgeglichene Zielerreichung

Das Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg entfaltet mit dem Schutzstatus für den Rotmilan nicht nur eine Restriktion im besonderen Artenschutz, sondern auch im Sinne der Umweltverträglichkeitsprüfung (siehe Kap 2.1, Kap. 6.2). In der allgemeinen oder standortbezogenen Vorprüfung oder Umweltverträglichkeitsprüfung muss gemäß dem Verwaltungsgericht Sigmaringen (VG Sigmaringen NuR 2018) das Dichtezentrum für den Rotmilan in den Abwägungsentscheid eingestellt werden, anderenfalls droht ein Verfahrensfehler. Die Masterarbeit zeigt auf, dass die Restriktionen zum Schutz des Rotmilans bereits greifen und Wirkung in den Planungs- und Genehmigungspraxis zeigen (siehe Kap. 5.4). Das andere Ziel des Dichtezentrum-Konzepts, den Ausbau der Windenergienutzung in Baden-Württemberg zu fördern, wird dagegen noch nicht deutlich. Weder ist eine artenschutzrechtliche Ausnahme bisher erteilt, noch sind die hohen Anforderungen des besonderen Artenschutzes außerhalb von Dichtezentren weniger restriktiv ausgelegt worden als vor der Einführung des Konzepts. Es wird dem Ordnungsgeber empfohlen, sofern er sein Dichtezentrum-Konzept als ein erfolgreiches Instrument bezeichnen will, zunächst dessen Zielformulierung zu konkretisieren und dann für eine gleichartige Zielerreichung zu sorgen. Wenn der Schutzstatus in Dichtezentren, gerade in Verbindung mit der Umweltverträglichkeitsprüfung, so hohe Anforderungen stellt, so sind diese außerhalb der Dichtezentren zu reduzieren. Dies kann dadurch geschehen, dass der

Handlungsempfehlungen

Untersuchungsaufwand in der dortigen Erfassung reduziert, oder auf einen weniger strengen Bewertungsmaßstab bei den Zugriffsverboten hingewirkt wird.

Quellenverzeichnis

Literatur

- Agatz, M. 2017: Windenergie Handbuch; 14. Ausgabe; Hrsg.: die Rechte aller Ausgaben liegen bei der Autorin;
- BauGB: Baugesetzbuch; vom 23.09.2004; zuletzt geändert 20.11.2014;
- Bick, U.; Wulfert, K. 2017: Der Artenschutz in der Vorhabenszulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht; Hrsg.: Neue Zeitung für Verwaltungsrecht, NvWZ 6/2017;
- BImSchG: Bundes-Immissionsschutzgesetz - Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge; vom 17.05.2013; zuletzt geändert 20.11.2014;
4. BImSchV: Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes - Anlagenverordnung; vom 2.05.2013; zuletzt geändert 28.04.2015;
9. BImSchV: Neunte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetz - Genehmigungsverfahrensverordnung; vom 29.05.1992; zuletzt geändert 28.04.2015;
- Blessing, M. 2016: Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen; 1. Auflage; Hrsg.: Kohlhammer;
- BNatSchG: Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege - Bundesnaturschutzgesetz; vom 29. Juli 2009; zuletzt geändert 7.8.2013;
- Brandt, E.; Willmann, S. 2016: Zur Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG; Rechtsgutachten; Auftrag: Förderverein der Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer) e.V.;
- Bulling, L.; Sudhaus, D.; Schnittker, D.; Schuster, E.; Biehl, J.; Tucci, F. 2015: Vermeidungsmaßnahmen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen – Bundesweiter Katalog von Maßnahmen zur Verhinderung des Eintritts artenschutzrechtlicher Verbotstatbeständen nach §44 BNatSchG; Hrsg.: TU Berlin, FA Wind & WWU Münster;
- Dobler, G.; Malets, O.; Suda, M. 2014: Kritik als Erzählung über eine Erzählung – Analyse von Fernsehbeiträgen über Waldzertifizierung anhand eines Aktantenmodells narrativer Semiotik; Hrsg.: Allgemeine Forst und Jäger Zeitung 185, 9/10, S. 220 – 234;
- EEG: Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien – Erneuerbare-Energien-Gesetz; vom 21.07.2014, zuletzt geändert 17.07.2017;
- Faller, R.; Stein, J. 2017: Die artenschutzrechtliche Ausnahme vom Tötungsverbot im Zusammenhang mit Windenergieanlagen; Rechtsgutachten; Auftrag: Landesverband baden-württembergischen Bürgerinitiativen gegen Windkraftanlagen in Natur- und Kulturlandschaften e.V. und Bürger-Initiative Gegenwind Straubenhardt e.V.;
- Flick, U. 2016: Qualitative Sozialforschung – eine Einführung; 7. Auflage; Hrsg.: Rowohlt Taschenbuch Verlag;
- Glaser, B.; Strauss, A. 2010: Grounded Theory – Strategien qualitativer Forschung; Hrsg.: Verlag Hans Huber;
- Grothe, S.; Frey, M. 2016: Die Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen; Hrsg.: Naturschutz und Recht, Ausgabe 38, S. 316-324;
- Kiemstedt, H.; Mönnecke, M.; Ott, S. 1996: Methodik der Eingriffsregelung – Teil II Analyse; Schriftenreihe LANA 5; Hrsg.: Umweltministerium Baden-Württemberg;
- Kitzeder, P. 2013: Kommunalrecht; Band 8; Hrsg.: Bayerische Verwaltungsschule (BVS);
- Kruse, J. 2014: Qualitative Interviewforschung – Ein integrativer Ansatz; 2. Auflage; Hrsg.: Beltz Juventa;
- Kuckartz, U. 2016: Qualitative Inhaltsanalyse – Methoden, Praxis, Computerunterstützung; 3. Auflage; Hrsg.: Beltz Juventa.
- LAG VSW 2015: Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten; Hrsg.:

- Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten, 15.04.2015;
- Lau, M. 2011: §45, Ausnahmen, Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen; Hrsg.: Frenz & Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz Kommentar;
- LfU RLP 2017: Leitfaden zur visuellen Rotmilan-Raumnutzungsanalyse – Untersuchungs- und Bewertungsrahmen zur Behandlung von Rotmilanen (*Milvus milvus*) bei der Genehmigung für Windenergieanlagen; Hrsg.: Ministerium für Umwelt, Energie, Ernährung und Forsten; Entwurf zur Anhörung, 15.03.2017;
- LNatSchG Rheinland-Pfalz: Landesnaturschutzgesetz; vom 6.10.2015; zuletzt geändert 21.12.2016;
- LUBW 2013: Hinweise für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen; Hrsg.: Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg 1.03.2013;
- LUBW 2014: Ergebnisse der Kartierung von Rotmilan-Brutvorkommen aus den Jahren 2011 – 2014; Hrsg.: Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg 4.12.2014;
- LUBW 2015: Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen; Hrsg.: Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg, 1.07.2015;
- Martini, M.; Finkenzeller, X. 2012: Die Abwägungsfehlerlehre; Hrsg.: JuS Juristische Schulung 2/2012, S. 126 – 131;
- Maurer, H.; Waldhoff, C. 2017: Grundrisse des Rechts – Allgemeines Verwaltungsrecht; 19. Auflage; Hrsg.: C.H.Beck;
- Mayer, C. 2016: Aktuelle Rechtsentwicklung in Bezug auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot, Anmerkung zu VGH München Urt. v. 29. 3. 2016, verb. 22 B 14.1875 und 22 B 14.1876; Hrsg.: Natur und Recht, Ausgabe 38, S. 683-686;
- Mayring, P. 2015: Qualitative Inhaltsanalyse – Grundlagen und Techniken; 12. Auflage; Hrsg.: Beltz;
- Misoch, S. 2015: Qualitative Interviews; 1. Auflage; Hrsg.: Walter de Gruyter;
- MLR 2015: Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen; Hrsg.: Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, 1.07.2015;
- NatSchG – Baden-Württemberg: Gesetz des Landes Baden-Württemberg zum Schutz der Natur und zur Pflege der Landschaft – Naturschutzgesetz; vom 23.06.2015; zuletzt geändert 21.11.2017;
- Plenge, L. 2012: Die Eingriffsregelung in der Bauleitplanung – Analyse und Vergleich von Arbeitshilfen und praktizierten Vorgehensweisen in ausgewählten Bundesländern; Masterarbeit; Technische Universität München, Lehrstuhl für Strategie und Management der Landschaftsplanung;
- Raschke, M. 2015: Die Windenergieerlässe der Länder; Schriften zum Umweltenergierecht 18, Energiewende im Föderalismus; Hrsg.: Nomos;
- Rundschreiben Windenergie 2013: Hinweise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Errichtung von Windenergieanlagen in Rheinland-Pfalz – Rundschreiben Windenergie; Hrsg.: Ministerium für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung, Ministerium der Finanzen, Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten, Ministerium des Innern, für Sport und Infrastruktur, 28.05.2013;
- Ruß, S.; Sailer, F. 2016: Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben; Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 21; Hrsg.: Stiftung Umweltenergierecht;
- Schlacke, S.; Schnittker, D. 2015: Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten – Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers

- der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015); Hrsg.: Fachagentur Windenergie an Land;
- Schwarzenberg, S.; Ruß, S.; Sailer, F. 2016: Aktuelle Entwicklung im Bereich der Windenergieerlasse der Länder; Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 19; Hrsg.: Stiftung Umweltenergierecht;
- UVPG: Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung; vom 24.02.2010; zuletzt geändert 21.12.2015;
- VG Sigmaringen NuR 2018: Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen; Hrsg. Natur und Recht, NuR (2018) 40;
- Von Woyna, S. 2017: Normative Setzungen für den Rotmilan – das Spannungsfeld zwischen Artenschutz und Ausbau der Windenergie am Beispiel des Dichtezentrum-Konzepts für den Rotmilan in Baden-Württemberg; Projektarbeit; Technische Universität München, Wissenschaftszentrum Weihenstephan;³⁵
- VS-RL: Vogelschutzrichtlinie – über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten; Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates; vom 30.11.2009;
- VSWFFM 2012: Naturschutzfachlicher Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in Rheinland-Pfalz – Artenschutz (Vögel, Fledermäuse) und NATURA 2000-Gebiete; Hrsg.: Staatliche Vogelschutzwarte für Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland, Landesamt für Umwelt, Wasserwirtschaft und Gewerbeaufsicht Rheinland-Pfalz, 13.09.2012;
- VSWFFM 2013: Aktionsraumanalyse Rotmilan – Untersuchungsrahmen für Windenergie-Planungen in Rheinland-Pfalz; Teil 1 Erfassungsmethode; Hrsg.: Staatliche Vogelschutzwarte für Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland, Landesamt für Umwelt, Wasserwirtschaft und Gewerbeaufsicht Rheinland-Pfalz, Büro für faunistische Fachfragen, 30.04.2013;
- VwVfG: Verwaltungsverfahrensgesetz; vom 23.01.2013; zuletzt geändert 25.07.2013;
- Willmann, S. 2016: Das neue Helgoländer Papier; Aktuelle Herausforderungen der Windenergienutzung, S. 50-71; Hrsg.: Förderverein der Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer) e.V.;
- Windenergieerlass BaWü 2012: Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, des Ministeriums für ländlichen Raum und Verbraucherschutz, des Ministeriums für Verkehr und Infrastruktur und des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft, 9.05.2012;

Gerichtsurteile

- BVerG Leipzig 2010: Urteil vom 17.04.2010 - 9 B 5.10;
- BVerG Leipzig 2010: Urteil vom 6.11.2010 - 9 A 20.08;
- VGH München 2016: Urteil vom 29.03.2016 - 22 B 14.1875 und 22 B 14.1876;

Internetquellen

- Pressemitteilung Umweltministerium BaWü, 17.09.2017 (zuletzt abgerufen: 31.05.2018): <https://um.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/windkraft-und-artenschutz/>
- BfN Projektsteckbrief Verantwortungsarten 2016 (zuletzt abgerufen: 31.05.2018): <https://biologischevielfalt.bfn.de/bundesprogramm/projekte/projektbeschreibungen/rotmilan.html>

³⁵ Siehe Anhang 2.

Software

MaxQDA: The Art of Data Analysis, MAXQDA Standard 2018, Release 18.0.8, Lizenz
MAXQDA Standard 18 Semester;

Danksagung

Meine liebe Tochter Lovis, nachdem ich mich so intensiv und lange mit dem Milan beschäftigt habe, werde ich nun ganz für Dich da sein. Deine grundehrliche Ausstrahlung und Dein verschmitztes Lächeln haben mich immer wieder ermutigt und angetrieben. Dir möchte ich diese Arbeit widmen.

Danken will ich vor allen meinen Betreuer Klaus Pukall und Wolfgang Zehlius-Eckert, mit denen ich das Thema Windenergie und Rotmilan nun seit zwei Jahren in Vorlesungen, in Seminaren und meiner Projektarbeit diskutieren durfte, ich hoffe das Ergebnis dieser Arbeit wird dem gerecht. Danke für Eure beständige Unterstützung, für Eure Flexibilität und sowohl den fachlichen als auch methodischen Input.

Ein besonderer Dank geht an Xenia, die mich unermüdlich ermuntert und mir den Rücken freigehalten hat. Zudem will ich mich ausdrücklich für den Input und die Anmerkungen bei Jana, Martha, Rafael, Sarah bedanken. Und weiter meinem Freundeskreis und nahen Umfeld, nun werde ich wieder mehr Zeit für Euch haben.

Erklärung

Ich versichere, dass die vorstehende Arbeit von mir selbständig ohne unerlaubte fremde Hilfe und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt wurde. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäß aus veröffentlichten oder unveröffentlichten Schriften entnommen sind, sind als solche gekennzeichnet. Die Arbeit ist in gleicher oder ähnlicher Form noch nicht als Prüfungsarbeit eingereicht worden.

Severin von Woyna

München, 1.06.2018

Anhang

Anhang 1: Leitfaden – problemzentriertes Interview

Leitfaden – problemzentriertes Interview

1. Welche Bedeutung hat der Rotmilan für die Genehmigungsfähigkeit von WEA?
 - Ist es ein wichtiges Thema im Genehmigungsverfahren?
 - Scheitern viele Projekte am RM?
 - Gibt es gesellschaftliche Debatten zum Rotmilan?
 - 1.1. Und wie relevant ist der Ausbau der WEA im Bundesland für die Population des Rotmilans?
 - wie geht es dem RM-Bestand und wie entwickelt er sich?
 - Was sind potenzielle Gefahren für den Rotmilan und welche ist die größte?
 - Wie bedeutsam sind WEA?
2. Welche Handlungsleitfäden werden für den Vollzug des besonderen Artenschutzes (Zugriffsverbote und Ausnahmeregelung) bezogen auf den Rotmilan im vorliegenden Projekt angewendet?
 - BaWü: Winderlass 2012, MLR-Ausnahme 2015, LUBW-Bewertung 2015;
 - RLP: Naturschutzfachlicher Rahmen 2012, Rundschreiben Windenergie 2013, Aktionsraumanalyse Rotmilan 13, Leitfaden Rotmilan-Raumnutzungsanalyse Entwurf;
 - 2.1. Haben spezielle Handlungsleitfäden die artenschutzrechtliche Bewertung oder Ausnahmeregelung im Genehmigungsverfahren von WEA aus Ihrer Sicht positiv oder negativ verändert?
 - sind Entscheidungen leichter gefallen?
 - Gab es klarere Anforderungen für beiden Seiten, Behörde und Vorhabensträger?
 - Hat sich die Verfahrenssicherheit erhöht?
3. Die Bewertung, ob das WEA-Vorhaben gegen die Zugriffsverbote (Tötungsverbot, Störungsverbot...) verstößt, bedarf einer Bestandserfassung (speziellen Artenprüfung, saP).
 - 3.1. Wie genau erfolgt die Ermittlung des Ausgangszustandes?
 - Sachverhaltsermittlung: Bestand und Aktivität?
 - Flugbewegungen: Anzahl Untersuchungsstd (mind. 54 Std)?
 - Horstsuche?
 - Untersuchungsradius?
 - Wieso genau diese Zahlen?
 - Möglichkeiten abzuweichen?
 - 3.2. Was sind die wichtigen Aspekte, um einen möglichen Verstoß gegen die Zugriffsverbote angemessen beurteilen zu können?
 - was ist wichtig, ob zu Verstößen kommt (Normatives und Sachliches)?
 - Kollisionsrisiko?
 - Signifikanztheorem?

1

MA WEA & RM: Interview - Notizen
Severin von Woyna, 17.1.2018

- Abstand zu Horst?
- Brutwahrscheinlichkeit und Mortalitätsrisiko?

3.3. Was läuft gut im Rahmen der Bestandserfassung? was ist nachteilig?

- wo gibt es Unsicherheiten?
- Abweichungen im Einzelfall?
- Angemessenheit?

3.4. Was sind geeignete oder bevorzugte Vermeidungsmaßnahmen um einen Verstoß abzuwenden?

- generelle Anwendung oder speziell geeignet?
- Umsetzungsfähigkeit?
- Bewährte Maßnahme → Wirkung?

4. Bei einem Verstoß gegen die Zugriffsverbote gibt es die Möglichkeit eine artenschutzrechtliche Ausnahme zu erteilen

4.1. Welche Ausnahmegründe kommen in Frage? (Nr. 4 günstige Umweltauswirkungen, Nr. 5 zwingende Gründe überwiegenden Interesses)

- Nr. 4 unmittelbar kausale Umweltverbesserung?
- Nr. 5 als Auffangtatbestand, fehlt in VSRL als Ausnahmegrund?
- öffentliches Interesse, zwingendes Interesse?
- Gewichtung Klimaschutz, überwiegendes Interesse?
- Abwägungsentscheidung: Kriterien und Gewichte?

4.2. Welche Anforderungen stellen Sie an die Ausnahmevoraussetzungen „Alternativenprüfung“ und „Erhaltungszustand“?

Alternativenprüfung:

- naturschutzfachlich schonendste Projektvariante → Vermeidungsgebot?
- Welcher Maßstab?
- Verständnis von Zumutbarkeit?
- Wer macht das?
- Entscheidungsrelevante Unterlagen?
- Alternativenauswahl anhand Projektziel → nur auf Windstrom bezogen ohne Nullvariante?
- Prüfungsdichte oder vorhabensunabhängige Aussagen und Grobanalysen?
- Zugriff auf Alternativstandorte?
- Nur in Windkonzentrationszonen?

Erhaltungszustand:

- Erhalt der Population als lebensfähiges Element?
- natürliches Verbreitungsgebiet ermitteln → dann Auswirkungen der Ausnahme?
- Ausnahme bei ungünstigen Erhaltungszustand?
- Keine Verschlechterung vs. eine günstige Entwicklung des Erhaltungszustands nicht behindern?
- Kann ein Dichtezentrum-Konzept das gewährleisten?

2

MA WEA & RM: Interview - Notizen
Severin von Woyna, 17.1.2018

4.3. Welche Rolle spielen populationserhaltende Maßnahmen?

- konfliktvermeidende oder –mindernde Maßnahmen?
- FCS-Maßnahmen (favourable conservation status) bewahrt günstigen Erhaltungszustand bzw. keine Verschlechterung?
- Verhältnismäßigkeit?
- Wirkung?
- Umsetzungsfähigkeit?

4.4. Wer erteilt die artenschutzrechtliche Ausnahme und wer wird in die Entscheidung einbezogen?

- §13 BImSchG Konzentrationswirkung?
- §45 Abs. 7 Satz1 „Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen“?
- wer trifft Abwägungsentscheid „überwiegendes öffentliches Interesse“?

5. Welche Verbesserungsvorschläge haben Sie, um eine artenschutzrechtliche Ausnahme für ein WEA-Projekt erteilen zu können und gleichzeitig den Erhalt der Rotmilanpopulation zu gewährleisten?

- Forschungsbedarf Rotmilankonflikt?
- Flächendeckende Bewertungsgrundlage?
- Konkretere Handlungsanleitungen?
- Mehr Gestaltungsspielraum?
- Höhere gerichtliche Entscheidungen?
- kennen sie einen Ausnahmefall im Land?
- Halten Sie eine Ausnahme für möglich?

6. Gibt es noch etwas, das Sie bei der Thematik für besonders relevant erachten?

Anhang 2: Projektarbeit von Woyna (2017): Normative Setzungen für den Rotmilan – das Spannungsfeld zwischen Artenschutz und Ausbau der Windenergie am Beispiel des Dichtezentrum-Konzepts für den Rotmilan in Baden-Württemberg

Normative Setzungen für den Rotmilan

Das Spannungsfeld zwischen Artenschutz und Ausbau der
Windenergie am Beispiel des Dichtezentrum-Konzepts
für den Rotmilan in Baden-Württemberg



Projektarbeit: Severin von Woyna, Matrikelnr. 03668353
Studiengang: Umweltplanung und Ingenieurökologie
Betreuer: Dr. Klaus Pukall, Dr. Wolfgang Zehlius-Eckert
Technische Universität München – Wissenschaftszentrum Weihenstephan
Abgabe: 10. Mai 2017

Inhaltsverzeichnis:

1.	Einleitung.....	3
2.	Dichtezentrum-Konzept Rotmilan in Baden-Württemberg.....	4
2.1.	Bewertungshinweise	4
2.2.	Ausnahmeinweise	7
2.3.	Helgoländer Papier	12
3.	Bedeutung von untergesetzlichen Regelungen.....	13
4.	Diskussion.....	15
4.1.	Welche normativen Setzungen werden im Dichtezentrum-Konzept getroffen und wie werden die Abweichungen vom Helgoländer Papier begründet?	15
4.2.	Ermöglicht das Dichtezentrum-Konzept die Anforderung an die artenschutzrechtliche Ausnahmeregelung zu erfüllen?	18
4.3.	Welche untergesetzlichen Regelungen sind in dem hier behandelten Zusammenhang letztlich maßgeblich und setzen sich in gerichtlichen Auseinandersetzungen durch?	21
5.	Fazit und Ausblick.....	23

Abbildungsverzeichnis:

Abbildung 1:	Standortsituation (eigene Darstellung mittels QGIS).....	11
Abbildung 2:	Abstandsradien (eigene Darstellung mittels QGIS).....	11
Abbildung 3:	Fallgruppen (eigene Darstellung mittels QGIS).....	12

Titelfoto: von Pixabay, Creative Commons CCO;

Projektarbeit: Normative Setzungen für den Rotmilan

1. Einleitung

Die Auswirkungen des Ausbaus der Windenergie in Deutschland auf den Natur- und Artenschutz ist ein viel diskutiertes Thema in der Gesellschaft und der Politik. Während für die einen zu viele Hindernisse für den Ausbau der Windenergie bestehen, wird für die anderen zu wenig Rücksicht auf Natur- und Artenschutz genommen. Oftmals scheitern Windenergieprojekte an dem Belang des Artenschutzes und häufig handelt es sich dabei um den Rotmilan¹, für den Deutschland in besonderem Maße in Verantwortung steht, denn jeder zweite Rotmilan des weltweiten Vorkommens brütet dort (BfN 2014, zuletzt aufgerufen am 1.05.2017).

Die Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg hat im Juli 2015 „Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen“ veröffentlicht (LUBW 2015). Neben allgemeinen Hinweisen zu Vögeln und Windenergieanlagen (WEA) und den entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen finden sich darin insbesondere Hinweise, wie der Ausbau der Windenergie in so genannten „Dichtezentren des Rotmilans“ erfolgen soll (LUBW 2015, S. 69-72).

In Deutschland stellt sich der Schutz des Rotmilans als besonders und streng geschützte Art insbesondere in den Zugriffsverboten des Bundesnaturschutzgesetzes (§44 BNatSchG) dar. In vielen Fällen löst der Rotmilan einen Verbotstatbestand aus und steht damit als öffentlicher Belang einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung entgegen. Eine bundesweit einheitliche Norminterpretierung, also spezifischere Angaben zu Umgang, Anforderungen und Schwellwerten konkret für die Anwendung der Zugriffsverbote auf den Rotmilan, gibt es nicht. Das so genannte Helgoländer Papier der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten hat zwar einen allgemeinen Katalog mit konkreten Schutzradien zu Brutplätzen einzelner Arten veröffentlicht, jedoch handelt es sich hierbei um keine gesetzliche oder verbindliche Vorschrift. Die behördlichen Anforderungen im Genehmigungsverfahren von WEA der Landratsämter (bzw. zuständigen Behörden) richten sich meist nach den jeweiligen Windenergieerlassen einzelner Bundesländer, die den aktuellen Sachstand genehmigungsrelevanter Aspekte und landestypischer Besonderheiten darstellen. Das Bundesland Baden-Württemberg hat sich entschieden, in Verwaltungsvorschriften (MLR 2015, LUBW 2015) mit dem Dichtezentrum-Konzept ein besonderes Schutzregime konkret für den Rotmilan in Verbindung mit dem Ausbau der Windenergie zu schaffen.

In der Projektarbeit wird zunächst das Dichtezentrum-Konzept für den Rotmilan in Baden-Württemberg genauer erläutert. Relevant hierfür sind die Veröffentlichungen des Landesamtes für Umwelt, Messungen und Naturschutz (LUBW) und das Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz (MLR). Um die darin getroffenen normativen Setzungen deutlich zu machen, wird auch auf das Helgoländer Papier eingegangen und die Stellung von untergesetzlichen Regelungen erörtert. Darauf werden folgende Fragen diskutiert:

¹ Die Green City Energy AG, ein mittelständisches Unternehmen und unter Anderem Projektentwickler von WEA im süddeutschen Raum, hat allein in Baden-Württemberg im Jahr 2015 fünf Windprojekte, mit einer gesamten installierten Leistung von etwa 60 MW, aufgrund von artenschutzrechtlichen Konflikten mit dem Rotmilan aufgegeben (persönliche Mitteilung von Green City Energy AG im 28. Juli 2016);

1. Welche normativen Setzungen werden im Dichtezentrum-Konzept getroffen und wie werden die Abweichungen vom Helgoländer Papier begründet?
2. Ermöglicht das Dichtezentrum-Konzept die Anforderungen an die artenschutzrechtliche Ausnahmeregelung zu erfüllen?
3. Welche untergesetzlichen Regelungen sind in dem hier behandelten Zusammenhang letztlich maßgeblich und setzen sich in gerichtlichen Auseinandersetzungen durch?

Insgesamt zeigt die Projektarbeit exemplarisch am Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg auf, welche normativen Rahmenbedingungen, aus artenschutzrechtlicher Sicht bezogen auf den Rotmilan, maßgeblichen Einfluss auf die Genehmigungsfähigkeit von WEA haben. Das Dichtezentrum-Konzept kann dabei eine normkonkretisierende Wirkung entfalten, und damit eine Bindewirkung für gerichtliche Prüfungen bedeuten. Ob sich dies bewahrheitet, wird sich allerdings erst nach gerichtlichen Auseinandersetzungen bei derart gelagerten Fällen zeigen. Letztlich wird skizziert, wie die Auswirkungen des Dichtezentrum-Konzepts im Spannungsfeld zwischen politischen, rechtlichen und fachlichen Anforderungen vertiefend untersucht werden können.

2. Dichtezentrum-Konzept Rotmilan in Baden-Württemberg

Im Juli 2015 hat das Landesamt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg (LUBW) „Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen“ veröffentlicht, die aus praktischen Gründen folgend „Bewertungshinweise“ genannt werden. Gleichzeitig hat das Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg (MLR) „Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen“ herausgebracht, die folgend „Ausnahmhinweise“ genannt werden. Beide Hinweisepapiere behandeln nicht ausschließlich den Rotmilan, sondern gehen in abstrakter Weise auf die Wechselwirkung von Vogelarten und Windenergieanlagen ein. Jedoch wird in beiden Hinweisen speziell auf das „Dichtezentrum“ für den Rotmilan verwiesen, das folgend „Dichtezentrum-Konzept“ genannt werden soll.

In diesem Kapitel wird zunächst das Dichtezentrum-Konzept vorgestellt, dann seine Auswirkungen auf Planungen von WEA aufgezeigt und schließlich erläutert, welche Verbindlichkeit es entfaltet.

Der Begriff des Dichtezentrums ist dabei nicht neu. Er erscheint in mehreren Windenergieerlassen der Bundesländer, wie etwa in Nordrhein-Westfalen bereits im Jahr 2010, in Hessen 2012 und aktuell in Bayern und Thüringen 2015, jedoch verwendet Baden-Württemberg erstmals eigens entwickelte fachliche Methoden und Kriterien zur Festlegung von Dichtezentren (Schwarzenberg et al 2016, S. 15).

2.1. Bewertungshinweise

Die LUBW beabsichtigt mit den Bewertungshinweisen einen einheitlichen und beschleunigten Verwaltungsvollzug zu unterstützen, indem es fachliche Kriterien nach dem aktuellen Wissensstand zur Verfügung stellt. Diese sollen eine Hilfestellung bei der Interpretation und Bewertung der Datengrundlage sein, sowohl im Zuge der Bauleitplanung als auch im Genehmigungsverfahren. Für Letzteres geht die Funktion des Bewertungshinweises über eine Hilfestellung hinaus, denn für nachgeordnete Behörden entfaltet es eine bindende Wirkung (LUBW 2015, S. 5).

Die Beeinträchtigungen von Vögeln durch WEA können in Art, Schwere und artspezifischer Besonderheiten variieren. Als Hauptgefährdungsursache werden Kollision, Verlust von Fortpflanzungs- und Ruhestätten sowie Störung genannt, wobei Erstere eine Verletzung oder Tötung zur Folge hat (LUBW 2015, S. 7).

Der rechtliche Rahmen wird durch die Zugriffsverbote des Bundesnaturschutzgesetzes (§44 Abs. 1 BNatSchG) vorgegeben, nach denen es verboten ist, streng und besonders geschützte wildlebende Arten zu verletzen oder zu töten (§44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG), erheblich zu stören (§44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) oder die Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu beschädigen oder zu zerstören (§44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG).

Da der Rotmilan als kollisionsgefährdete Vogelart gilt (Grothe & Frey 2016, S. 317), geht es bei dem individuenbezogenen Tötungsverbot besonders um die Beurteilung, ob sich das Tötungsrisiko signifikant erhöht. Dies wird angenommen, wenn es im Gefahrenbereich der WEA zu deutlich erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten gegenüber der Umgebung kommt (LUBW 2015, S. 23).

Wird durch ein WEA-Vorhaben ein Verbotstatbestand ausgelöst, so erfolgt eine abgestufte Prüfreihefolge, ob der prognostizierte Konflikt mit dem Artenschutzrecht nicht durch verfügbare Mittel verhindert werden kann (LUBW 2015, S. 8-9):

1. Prüfung, ob die Erfüllung des jeweiligen Verbotstatbestandes durch geeignete Maßnahmen verhindert werden kann;
2. Prüfung, ob in Hinblick auf das Beschädigungsverbot die ökologische Funktion betroffener Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin gewährleistet ist oder diese durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF) gewährleistet werden kann;
3. Prüfung, ob für den jeweiligen Verbotstatbestand die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme (§45 Abs. 7 BNatSchG) vorliegen: zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses als Ausnahmegrund, keine zumutbare Alternative und keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population unter Berücksichtigung kompensatorischer Maßnahmen (FCS);

Die Bewertungshinweise führen auf, dass Baden-Württemberg für den Rotmilan „eine besonders hohe Verantwortung {trägt}, da etwa 17 % des deutschen bzw. 10 % des Weltbestands im Land brüten“ (LUBW 2015, S. 25). Um dieser Verantwortung gerecht zu werden und aber gleichzeitig nicht das Ziel zu verfehlen die Nutzung der Windenergie auszubauen, hat das LUBW das Dichtezentrum-Konzept entwickelt. Es geht davon aus, dass der günstige Erhaltungszustand des Rotmilan gewährleistet ist, wenn die Quellpopulationen in Gebieten mit hoher Siedlungsdichte geschützt sind, die so genannten Dichtezentren. In ihnen sind Ausnahmen vom Tötungsverbot unzulässig, „da bei jedem Eingriff in einem Dichtezentrum unmittelbar populationsrelevante Verluste zu erwarten sind und daher eine Verschlechterung des Erhaltungszustands anzunehmen ist“ (LUBW 2015, S. 25). Dafür sind außerhalb der Dichtezentren keine kompensatorischen Maßnahmen erforderlich und Individuenverluste können ausgeglichen werden.

Nach dem Bewertungshinweis liegt ein Dichtezentrum vor, „wenn in einem Radius von 3,3 km um eine geplante WEA mindestens 4 Revierpaare vorkommen“ (LUBW 2015, S. 25).

In den „Artensteckbriefe{n} für windenergieempfindliche Vogelarten“ der Bewertungshinweise wird konkret auf einzelne Arten unter den landesspezifischen Gegebenheiten eingegangen und auch das Dichtezentrum-Konzept für den Rotmilan genauer erläutert. (LUBW 2015, S. 40, 67-73). So handelt es sich bei dem Rotmilan um eine

streng und besonders geschützte Art, die aber nicht auf der Roten Liste geführt wird. Die regelmäßig brütende heimische Vogelart in Baden-Württemberg hat gemäß der Milankartierung des LUBW (2014) einen Brutbestand von 2.600 bis 3.300 Individuen, bei einer positiven Bestandszunahme von über 50 % zwischen 1985 und 2009 (LUBW 2015, S. 67). Der Rotmilan wird als kollisionsgefährdet eingestuft, weil er „nachweislich zu den überproportional häufigsten Schlagopfern an WEA“ gehört, darunter „überwiegend adulte Vögel“ (LUBW 2015, S. 67). Für den Rotmilan wird in den Bewertungshinweisen von den „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten“ der Landesarbeitsgemeinschaft-Vogelschutzwarten (LAG-VSW 2015), auch bekannt als „Helgoländer Papier“, abgewichen. Dies wird damit begründet, dass zum einen die naturräumlichen Gegebenheiten und die Flächennutzung speziell in Baden-Württemberg nicht vergleichbar sind mit allgemein getroffenen Annahmen für Deutschland und zum anderen im Dichtezentrum-Konzept ein strengerer Schutz für den Rotmilan geleistet wird (LUBW 2015, S. 67). Die explizite Bewertungsempfehlung für den Rotmilan lautet wie folgt (LUBW 2015, S. 76 – 68):

„Innerhalb eines Radius von 1.000 m um den Horst sowie in den regelmäßig frequentierten Nahrungshabitaten und Flugkorridoren ist durch den Betrieb von WEA ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben, es sei denn eine Ermittlung der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore zeigt auf, dass die innerhalb des 1.000 m-Radius betroffenen Bereiche nicht oder nicht regelmäßig genutzt werden. Außerhalb der Dichtezentren lässt sich das Tötungsrisiko bei Unterschreitung des 1.000 m-Radius im Einzelfall durch Vermeidungsmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle absenken, innerhalb der Dichtezentren ist dies nicht möglich.

In den Dichtezentren {Fettdruck übernommen} der Art kommt für WEA eine **artenschutzrechtliche Ausnahme vom Tötungsverbot** i. S. d. §45 Abs. 7 BNatSchG {...} innerhalb eines Radius von 1000 m um die Fortpflanzungsstätte sowie in den regelmäßig frequentierten Nahrungshabitaten und Flugkorridoren auf Grund des hohen Gefährdungspotenzials **nicht in Betracht**. In den Dichtezentren ist im Gegensatz zu Bereichen außerhalb der Dichtezentren die Wahrscheinlichkeit für Verluste einer großen Anzahl von Individuen so hoch, dass von einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population im Land ausgegangen werden muss (Beeinträchtigung der Quellpopulation). {...}“

Es wird zudem die Methode beschrieben, nach welchen Daten und mit welcher Verbindlichkeit die Dichtezentren abgegrenzt werden. Maßgeblich für die Siedlungsdichte von Rotmilan-Revierpaaren ist dabei die Bezugsgröße von 34 km², die einem TK25-Quadranten und dem Abstand von 3.300 m-Radius entspricht. Als Datengrundlage dienen die Fortpflanzungsstätten bzw. Revierpaare, die in der landesweiten Rotmilanerhebung kartiert wurden (LUBW 2014). Über das Vorliegen eines Dichtezentrums kann ausschließlich auf Grundlage von Daten entschieden werden, die innerhalb der Brutperiode erfasst wurden. Bei Vorliegen mehrerer Datensätze soll „der größere Datensatz“ verwendet werden, bzw. wenn aus mehreren Brutperioden Teildatensätze vorliegen, soll eine „sinnvolle Zusammenführung“ stattfinden (LUBW 2015, S. 69).

2.2. Ausnahmehinweise

Neben den Bewertungshinweisen der LUBW hat das Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg (MLR) gleichzeitig die sog. Ausnahmehinweise veröffentlicht. Wenn die Zugriffsverbote des Artenschutzes (§44 Abs. 1 BNatSchG) einem WEA-Vorhaben entgegenstehen und auch Vermeidungsmaßnahmen keine Abhilfe schaffen, besteht noch die Möglichkeit einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach §45 Abs. 7. Der Verstoß gegen die Zugriffsverbote stellt dann kein Hindernis im Genehmigungsverfahren dar, wenn die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahme objektiv erfüllt werden. Die Ausnahmehinweise sollen helfen, die artenschutzrechtliche Ausnahme zu konkretisieren und auszulegen und einen Beitrag zur Gleichbehandlung und Rechtssicherheit zu leisten (MLR 2015, S. 1, 4).

Ein Tötungsverbot, das individuenbezogen auszulegen ist, liegt dann vor, wenn durch die Errichtung und den Betrieb von WEA das Tötungsrisiko für den Rotmilan in signifikanter Weise erhöht wird, also wenn es deutlich ansteigt (MLR 2015, S. 2). Der zuständigen Behörde steht zu der Beurteilung, ob es sich um einen signifikanten Anstieg handelt, eine Einschätzungsprärogative zu. Als maßgebliche Grundlage zu dieser Beurteilung werden Mindestabstände der WEA zu den Brutplätzen von Rotmilanen, regelmäßig frequentierte Nahrungshabitats und Flugkorridore angegeben (MLR 2015, S. 2). Für den Rotmilan hat das LUBW bereits im Jahr 2013 in den „Hinweise{n} für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen“ den Untersuchungsradius zur Ermittlung der Fortpflanzungsstätten von 1.000 m und zur Ermittlung des Prüfbereiches für die Datenrecherche auf 6.000 m festgelegt (LUBW 2013, S. 20). In dem Bereich von 1.000 m um die Fortpflanzungsstätte ist die Vermutung gerechtfertigt, dass dort regelmäßig eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos gegeben ist, wo „es gegenüber der Umgebung {zu} deutlich erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten“ kommt, da es sich um Zentren der Aktivitätsdichte handelt (MLR 2015, S. 3). Erst eine Raumnutzungsanalyse kann diese Vermutung widerlegen. Wenn aufgrund der Raumnutzungsanalyse oder aufgrund der Abstände zu Fortpflanzungsstätten ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vermutet werden muss, können artspezifische Vermeidungsmaßnahmen zu einer naturschutzfachlichen Einschätzung führen, die nicht gegen das Tötungsverbot verstößt (MLR 2015, S. 5). Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind die Vermeidungsmaßnahmen „fachlich zu ermitteln und auf ihre Eignung und Wirkung hin zu bewerten, im Genehmigungsbescheid in den Nebenbestimmungen konkret festzulegen und rechtlich zu sichern“ (MLR 2015, S. 5). Hinweise zur Bemessung von Vermeidungsmaßnahmen für den Rotmilan, wie etwa Abschaltzeiten und Maßnahmen zur Steuerung der Raumnutzung bei der Nahrungssuche, werden in den Bewertungshinweisen beschrieben (LUBW 2015, S. 70-73)². Sollte die Wirksamkeit der Maßnahmen mit Unsicherheiten behaftet sein, ist im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid „ein vorhabenbegleitendes Monitoring und/oder ein Risikomanagement mit konkreten Vorsorgemaßnahmen“ sicherzustellen (MLR 2015, S. 6).

² Weitere artspezifische Vermeidungsmaßnahmen finden sich in „Vermeidungsmaßnahmen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen“ (Bulling et al. 2015), die einen bundesweiten Katalog von Maßnahmen zur Verhinderung des Eintritts des Verbotstatbestandes aufführen und kommentieren;

Ist trotz Vermeidungsmaßnahmen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko nicht abzuwenden, verbleibt im Einzelfall die Möglichkeit der Ausnahme nach §45 Abs. 7 BNatSchG, um das WEA-Vorhaben dennoch zu realisieren. Aufgrund der Konzentrationswirkung des immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens (§13 BImSchG) ist die Entscheidung über eine naturschutzrechtliche Ausnahme in das Verfahren unter Beteiligung (§10 Abs. 5 BImSchG) der höheren Naturschutzbehörde zu integrieren (MLR 2015, S. 6). Der zuständigen Behörde kommt dabei ein „intendiertes Ermessen“ zu, was zur Folge hat, dass die Ausnahme zu erteilen ist, wenn die Ausnahmevoraussetzungen erfüllt sind (MLR 2015, S. 16). Die Ausnahmevoraussetzungen sind aus §45. Abs. 7 BNatSchG abgeleitet und werden folgend erklärt (MLR 2015, S. 6-16).

Es wird vorweggenommen, dass der Ausnahmegrund der „maßgeblich günstigeren Auswirkung auf die Umwelt“ (§45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG) nicht einschlägig ist. Bei dem Betrieb von WEA wird zwar elektrische Energie erzeugt ohne Emission von Kohlendioxid oder weiteren Schadstoffen, jedoch ist dies nicht ausreichend als Ausnahmegrund. Es soll vielmehr Vorhaben dienen, „bei denen die Verschlechterung der ökologischen Situation mit einer mindestens gleichwertigen Verbesserung an anderer Stelle einhergeht“ (Gatz in MLR 2015, S. 7). Es bedarf also eines Vorhabens, das „unmittelbar und kausal nachweisbar“ die Umweltsituation verbessert, „nicht nur abstrakt, sondern konkret“. Daher kommt dieser Ausnahmegrund für WEA nicht in Betracht (MLR 2015, S. 7).

Vielmehr kommt der Ausnahmegrund des „zwingenden überwiegenden öffentlichen Interesses“ (§45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG) in Frage. Der Ausbau der Windenergie ist ein wichtiges umweltpolitisches Ziel und liegt im zwingenden öffentlichen Interesse. Er trägt dazu bei, „die zukünftige Energieversorgung sicherzustellen und Folgeschäden der Klimaveränderung für Natur und Landschaft zu vermindern“ und dient damit dem Gemeinwohl (MLR 2015, S. 8). Der maßgebliche Beitrag zum Klimaschutz von WEA ist die Vermeidung von Treibhausgasemissionen³ aber auch die Minderung von „Folgeschäden der Klimaveränderung in Natur und Landschaft“ (MLR 2015, S. 8-9). Jedoch kann daraus kein allgemeiner Vorrang des Windenergieausbaus vor den Belangen des Artenschutzes abgeleitet werden. Die zwingenden Gründe müssen in der Abwägung der Belange im konkreten Einzelfall überwiegen.

Bei der Gewichtung des Belangs der Windenergie sind besonders folgende Kriterien relevant (MLR 2015, S. 9):

- Windhöufigkeit des Planungsstandorts;
- Anzahl und Konzentration der möglichen WEA an einem Standort;
- Erschließungssituation hinsichtlich Neu- und Ausbau von Infrastruktur.

Bei der Gewichtung des Belangs des Artenschutzes sind besonders folgende Kriterien relevant (MLR 2015, S. 9-10):

- Anzahl betroffener Arten;
- Anzahl betroffener Brutpaare;
- Anzahl betroffener Individuen;
- Nationale und internationale Verantwortung des Landes hinsichtlich der Roten Liste;
- Erhaltungszustand im Land;
- Seltenheit nach Kriterien der Roten Liste;
- Bedeutung des Vorkommens für die lokale Population und den Landesbestand;

³ Explizit werden 781 g Treibhausgasemissionen pro produzierte kWh aus dem Betrieb von WEA eingespart (MLR 2015, S. 8);

- Populationstrend im Land;
- Eingriffssensibilität.

Als eine Ausnahmevoraussetzung gilt die Alternativenprüfung, es dürfen also keine „zumutbaren Alternativen“ vorliegen (§45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG). Eine Alternative liegt dann vor, wenn ein gleichwertiger Standort, unter Berücksichtigung der Windhöflichkeit, der Erschließung und der Flächenverfügbarkeit, für den Vorhabensträger geringere artenschutzrechtliche Auswirkungen mit sich bringt und sich das Ziel des Windenergieausbaus damit noch verwirklichen lässt (MLR 2015, S. 10)⁴. Die Alternative muss zudem „zumutbar“ sein, Ziele müssen also mit „hinnehmbaren Abstrichen“ weiterhin erreichbar bleiben, damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt (MLR 2015, S. 11-12).

Als andere Ausnahmevoraussetzung darf sich der Erhaltungszustand der Rotmilanpopulation nicht verschlechtern (§45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG). Als Maßstab gilt die übergeordnete Populationsebene, also das Verbreitungsgebiet im Land. Bei der Verschlechterung des Erhaltungszustands bei windenergieempfindlichen Vogelarten geht der Ausnahmehinweis explizit auf den Rotmilan ein (MLR 2015, S. 14):

„Beim Rotmilan (*Milvus milvus*) kommt eine artenschutzrechtliche Ausnahme in Dichtezentren nicht in Betracht, da Verluste in den Dichtezentren als populationsrelevant anzusehen sind.

Die in den Dichtezentren lebenden Bestände des Rotmilans müssen dauerhaft ihre Funktion als Quellpopulation (Bereiche mit demographischem Überschuss) bewahren können. Die Möglichkeit der Abwanderung von Individuen aus dem demographischen Überschuss der Quellpopulation ist notwendig, um Verluste in anderen Regionen auszugleichen und somit eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population zu verhindern. Die Bestimmung der Dichtezentren des Rotmilans erfolgt gemäß Bewertungshinweisen Vögel der LUBW {...}. Demnach liegt ab einer Siedlungsdichte von mehr als 3 Revierpaaren⁵ je 34 km² ein Dichtezentrum vor. Wenn in den Dichtezentren keine Individuenverluste durch Windenergieanlagen eintreten, wird der Erhaltungszustand des Rotmilans insgesamt gesichert.

Demgegenüber liegt jedoch keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Rotmilanpopulation im Land vor, wenn sich die geplanten Windenergieanlagen außerhalb der Dichtezentren des Rotmilans befinden. {...}“

Innerhalb von Dichtezentren sind keine FCS-Maßnahmen, also populationsstützende Maßnahmen, möglich, da „unmittelbar populationsrelevante Verluste zu erwarten sind“, während sie außerhalb nicht erforderlich sind, „da durch die Dichtezentren des Rotmilans der Erhaltungszustand der Population im Land gewahrt bleibt“ (MLR 2015, S. 15).

⁴ Liegt das WEA-Vorhaben in einer Konzentrationszone der Bauleitplanung oder in einem Vorranggebiet der Regionalplanung, so muss dort bereits eine Alternativenprüfung stattgefunden haben, ansonsten erstreckt sich der Suchbereich auf das Gemeindegebiet bzw. auch auf das von benachbarten Gemeinden (MLR 2015, S. 11).

⁵ Zuvor im Kapitel 2.1 ist das Dichtezentrum mit „mindestens 4 Revierpaaren“ (LUBW 2015, S. 25) definiert worden, was zwar eine andere Formulierung als hier „mehr als 3 Revierpaare“ (MLR 2015, S. 11) ist, aber das gleiche aussagt;

Abschließend unterscheiden die Ausnahmehinweise, auf Grundlage von Raumnutzungsanalysen, mögliche Fallkonstellationen zur Beurteilung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos, zu Vermeidungsmaßnahmen und zur Verschlechterung des Erhaltungszustandes (MLR 2015, S. 20-22):

- **Fallgruppe 1:** WEA innerhalb eines Dichtezentrums und innerhalb des 1.000 m Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten:
 - Sofern aufgrund der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore im Vorhabensbereich kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt, ist das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nicht erfüllt;
 - Vermeidungsmaßnahmen sind in diesem Fall nicht geeignet, das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu bringen, da aufgrund der hohen Individuendichte eine ausreichende Prognosesicherheit nicht gegeben ist und die Quellpopulation in Dichtezentren keine Verluste erleiden darf;
 - Es ist keine Ausnahme möglich, da populationsrelevante Verluste zu erwarten sind.
- **Fallgruppe 2:** WEA innerhalb eines Dichtezentrums aber außerhalb des 1.000 m Mindestabstands jedoch innerhalb des 6.000 m-Radius zu Fortpflanzungsstätten:
 - Sofern keine regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore festgestellt werden, liegt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor;
 - Vermeidungsmaßnahmen sind im Einzelfall möglich und auszuschöpfen;
 - Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind, ist keine Ausnahme möglich, da im Dichtezentrum populationsrelevante Verluste zu erwarten sind.
- **Fallgruppe 3:** WEA außerhalb eines Dichtezentrums aber innerhalb des 1.000 m Mindestabstands zu Fortpflanzungsstätten:
 - Sofern aufgrund der regelmäßig frequentierten Nahrungshabitate und Flugkorridore im Vorhabensbereich kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt, ist das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nicht erfüllt;
 - Vermeidungsmaßnahmen sind im Einzelfall möglich und auszuschöpfen;
 - Wenn Vermeidungsmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind, da das Vorhaben außerhalb eines Dichtezentrums liegt, besteht keine Populationsrelevanz; eine Ausnahme ist möglich, wenn die übrigen Ausnahmeveraussetzungen vorliegen; im Fall einer Ausnahmegenehmigung sind Vermeidungsmaßnahmen auszuschöpfen.
- **Fallgruppe 4:** WEA außerhalb eines Dichtezentrums und außerhalb des 1.000 m Mindestabstands, aber innerhalb des 6.000 m Radius zu Fortpflanzungsstätten:
 - wie Fallgruppe 3.

Die Fallgruppen sollen an einem fiktiven Beispiel in folgenden Karten veranschaulicht werden, um eine Vorstellung von der räumlichen Verteilung zu erhalten. Zu sehen sind dort Vorranggebiete für WEA die auf Freiflächen zu liegen kommen und von einzelnen Waldgebieten mit Revierzentren am Waldrand umgeben werden (Abbildung 1: Standortssituation). Als nächstes (Abbildung 2: Abstandsradien) wird um die Revierzentren Abstandspuffer mit den Radien von 1.000 m, 3.300 m und 6.000 m gebildet. Daraus ergeben sich letztlich (Abbildung 3: Fallgruppen) die vom MLR gelisteten vier Fallgruppen. Das Dichtezentrum wird dabei von den Fallgruppen 1 und 2 gebildet.



Abbildung 1: Standortituation (eigene Darstellung mittels QGIS)

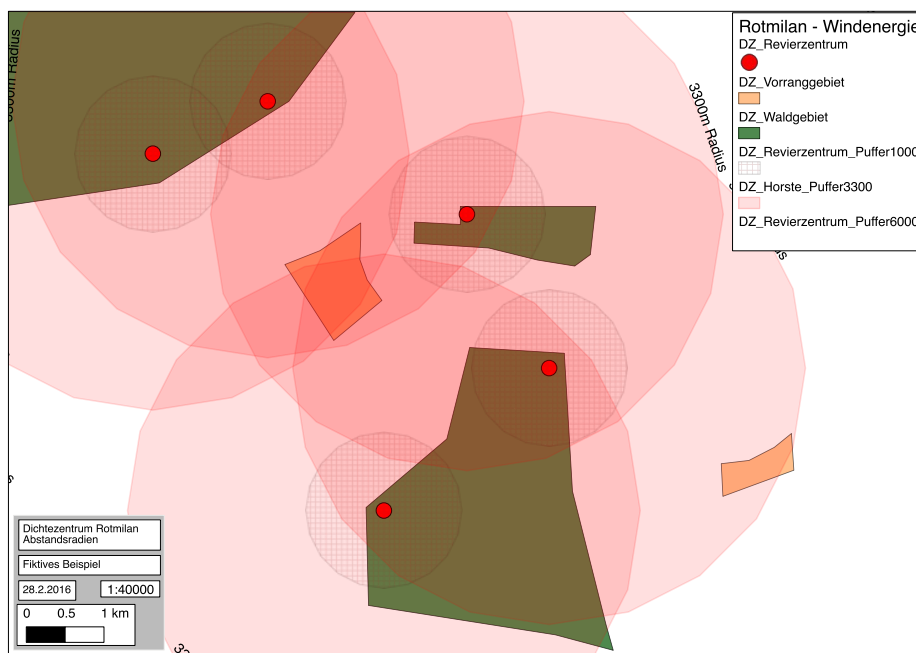


Abbildung 2: Abstandsradien (eigene Darstellung mittels QGIS)

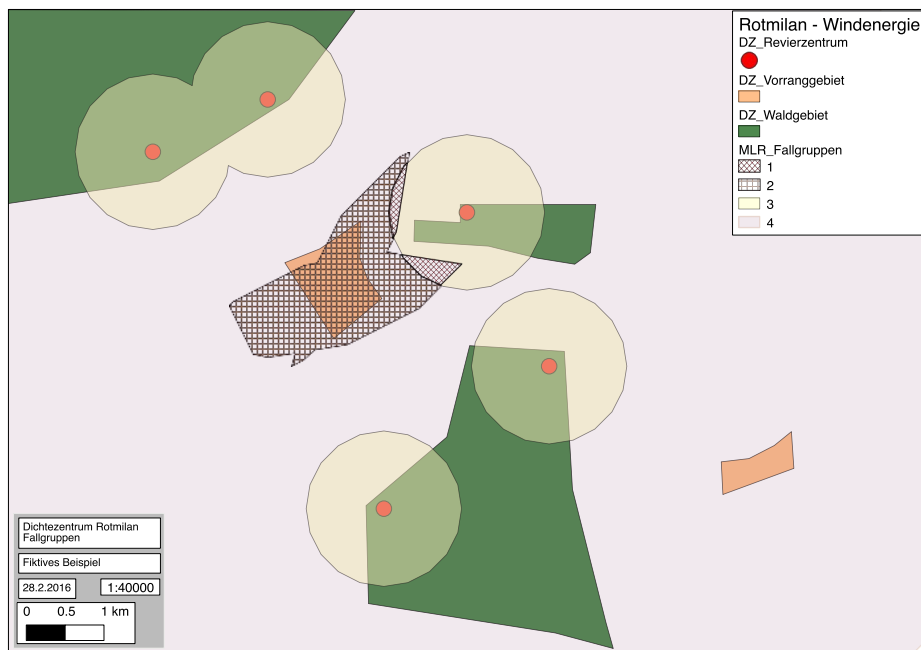


Abbildung 3: Fallgruppen (eigene Darstellung mittels QGIS)

2.3. Helgoländer Papier

Das Dichtezentrum-Konzept in Form der Bewertungshinweise (LUBW 2015) und der Ausnahmeanweisung (MLR 2015) steht in einem engen kontextualen Zusammenhang mit den „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten“, die die Länderarbeitsgemeinschaften der Vogelschutzwarten (LAG VSW) im April 2015 veröffentlichte. Zum einen dient das Helgoländer Papier, mit seiner Empfehlung Greifvögel-Dichtezentren von WEA freizuhalten (LAG VSW 2015, S. 6-7), als Anlass das Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg einzuführen, zum anderen grenzen sich die Bewertungs- und Ausnahmeanweisung explizit von dem Helgoländer Papier ab (LUBW 2015, S. 40, 67; MLR 2015, S. 2).

Bereits im Jahr 2007 hat die LAG VSW eine erste Version des Helgoländer Papiers veröffentlicht, ein weiterer Zubau der Windenergie auch in Waldgebieten und ein aktualisierter Stand des Wissens hinsichtlich des Vogelschutzes, der kumulativen Effekte von Windparks, haben eine Aktualisierung erforderlich gemacht (LAG VSW 2015, S. 1)⁶. Neben den Abstandsempfehlungen zu bedeutenden Vogellebensräumen und deren Gebietsschutz sind im Helgoländer Papier besonders die artspezifischen Mindestabstände und Prüfbereiche von Interesse. Für den Rotmilan wird ein „fachlich empfohlener Mindestabstand“ von der WEA zu Brutplätzen von 1.500 m und ein Prüfbereich von 4.000 m genannt (LAG VSW 2015, S. 4). Als Begründung wird die große Verantwortung Deutschlands für den Rotmilan angeführt, da „mehr als 50 % des Weltbestandes“ des Rotmilans dort vorkommen und der Rotmilan „absolut und auf den Bestand bezogen zu den häufigsten

⁶ Wenn in dieser Arbeit vom Helgoländer Papier gesprochen wird, dann ist immer die Veröffentlichung von 2015 und nicht von 2007 gemeint;

Kollisionsopfern an WEA“ gehört (LAG VSW 2015, S. 12). Die Wahl der genauen Abstandsempfehlungen⁷ für den Rotmilan wird damit begründet, dass in einem Radius von 1.500 m um den Horst „rund 60 %“ aller Flugaktivitäten und in einem Radius von 4.000 m „im Schnitt über 90 %“ der Flugaktivitäten abgedeckt werden (LAG VSW 2015, S. 12). Die zweite Empfehlung des Helgoländer Papiers, neben den Abstandsempfehlungen, bezieht sich auf das Freihalten der Greifvogel-Dichtezentren von WEA, damit sie „ihrer Funktion als Quellpopulationen, in denen i.d.R. ein Überschuss an Nachwuchs produziert wird“ gerecht werden und die Bestände erhalten bleiben (LAG VSW 2015, S. 7).

3. Bedeutung von untergesetzlichen Regelungen

Der Rechtsrahmen für den Ausbau der Windenergie in Deutschland wird durch das Bundesrecht geformt. Das Erneuerbaren-Energie-Gesetz (EEG) regelt die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, insbesondere den Vergütungsanspruch, das Baugesetzbuch (BauGB) die planungsrechtliche Zulässigkeit, insbesondere über die Privilegierung von WEA im Außenbereich und das Genehmigungsrecht, da WEA ab einer Höhe von über 50 m nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) genehmigungsbedürftig sind (Raschke 2015, S. 262).

Die Bundesländer und Kommunen spielen neben dem Bund eine wichtige Rolle, da sie den Rechtsrahmen im Genehmigungsrecht als Träger der Verwaltung vollziehen und sie im Rahmen der Raumordnung und der Bauleitplanung planerische Grundlagen erlassen (Raschke 2015, S. 263).

Einige Bundesländer haben so genannte Windenergieerlasse⁸ veröffentlicht, in denen inhaltlich Stellung zu Aspekten der Genehmigung von WEA und zu der planerischen Ausweisung von Konzentrationszonen für WEA bezogen wird (Raschke 2015, S. 265). Sie stellen eine Verwaltungsvorschrift dar, die „keine Außenwirkung, sondern eine Binnenwirkung“ entfaltet. Sie werden „dogmatisch als Rechtssätze“ eingeordnet, sind jedoch „keine Rechtsnormen im Sinne von Außenrechtssätzen, sondern Innenrechtssätze zur Organisation und Funktion der Verwaltung oder zur sachlichen Erledigung der Verwaltungsaufgaben“ (Raschke 2015, S. 267). Die Funktion der Windenergieerlasse kann man als „verhaltenslenkende Vorschriften“ bezeichnen, die sich weiter in „ermessenslenkende“, „norminterpretierende“ und „normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften“ untergliedern lassen. Während nur die „normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften“⁹ eine Bindewirkung vor Gericht entfalten, tragen alle drei dazu bei, unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen (Raschke 2015, S. 271-272). Windenergieerlasse sind nach dieser Kategorisierung den „norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften“ zuzuordnen, die helfen sollen, das Gesetz auszulegen. Bei den Genehmigungsverfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz handelt es sich um einen „gebundenen Anspruch“, bei

⁷ Die zur Verfügung stehenden Daten erlauben eine Genauigkeit von 500 m-Schritten um den Bereich der überwiegenden Aktivität einer Art um den Neststandort (mehr als 50 % der Flugaktivität) darzustellen (LAG VSW 2015, S. 3);

⁸ Manche Bundesländer verwenden den Begriff „Windenergieerlass“ (Baden-Württemberg, NRW), andere nennen es „Runderlass“ (Schleswig-Holstein), nur „Erlass“ (Brandenburg), „Leitfäden“ (Saarland) oder „Handlungsempfehlungen“ (Hessen);

⁹ Als „normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften“ haben sich etwa Technische Anlagen wie TA-Lärm zur Auslegung des unbestimmten Begriffs „schädliche Umweltauswirkung“ oder TA-Luft durchgesetzt, die als Technik- und Sicherheitsstandard angesehen werden;

dem es „keine Ausführungen zu einem Ermessen“¹⁰ gibt, sofern keine anderen Versagungsgründe entgegenstehen (§6 Abs. 1 BImSchG; Raschke 2015, S. 272, 288). Die Hinweise von Windenergieerlassen behandeln die Thematik in einer allgemeinen Art und Weise ohne auf besondere Einzelfälle einzugehen und versuchen dabei geltendes Recht und geltende Praxis zu berücksichtigen (Raschke 2015, S. 273). Die Windenergieerlasse sind Verwaltungsvorschriften, die als „Binnenrecht der Verwaltung“ eine Bindewirkung gegenüber den untergeordneten Landesbehörden entfalten und Auslegungen der geltenden Gesetze in einer bestimmten Art und Weise beabsichtigen, sei es in Form von Empfehlungen, Entscheidungs- oder Orientierungshilfen. Jedoch darf dabei „der Rahmen, den das Gesetz verbindlich setzt, nicht überschritten werden“ (Schwarzenberg et al 2016, S. 5).

Die Komplexität des Windenergierechts aufgrund seines Querschnittsbereichs spiegelt sich auch im Artenschutz als Element der Genehmigungsentscheidung wieder. Als Genehmigungsvoraussetzung müssen relevante Träger öffentlicher Belange im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren einbezogen werden, dazu gehört u. a. der Naturschutz, vertreten durch die zuständige Behörde, meist die Untere Naturschutzbehörde (§6 Abs. 2 Nr. 2 BImSchG). In dem Bereich gibt es eine „Vielzahl an Interaktionen und Interdependenzen“ zwischen den zahlreichen Akteuren, wie etwa Gesetzgeber auf internationaler und nationaler Ebene, Verwaltung und Rechtsprechung (Willmann 2015, S. 58-59). Aus diesem Grund kann man vom Gesetzgeber nicht verlangen eine normative Regelung zu erreichen, schon „aufgrund der Dauer und Komplexität“ die erforderlich wäre, vielmehr erscheinen „untergesetzliche oder schlicht nicht gesetzliche Regelwerke“ erforderlich um artenschutzrechtliche Anforderungen genauer zu bestimmen und damit ein einheitliches behördliches Vorgehen zu ermöglichen (Willmann 2015, S. 59). Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften lassen sich besonders dann begründen, wenn die Voraussetzungen „Beachtung höherrangiger Gebote und gesetzlich getroffener Wertung, die Einhaltung eines sorgfältigen Verfahrens bei der Erstellung sowie die dafür notwendige Einbeziehung wissenschaftlichen und technischen Sachverständs“ erfüllt werden und wenn den Behörden ein Beurteilungsspielraum offen steht, den Willmann wie folgt verständlich macht (2015, S 61): „Bei einem Beurteilungsspielraum handelt es sich um eine der Verwaltungseinheit bei der Operationalisierung einer Vorschrift oder eines darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffs auf Tatbestandsseite eingeräumte Einschätzungsprärogative, die im Ergebnis zur Zurücknahme der gerichtlichen Kontrollrechte und einer weitgehenden Letztentscheidungskompetenz der jeweiligen Behörde führt“. Das bedeutet, dass der Unteren Naturschutzbehörde die Kompetenz zugesprochen wird, die fachliche Bewertung und Entscheidung zu treffen, ob eine signifikante Erhöhung des Tötungsverbots durch ein WEA-Vorhaben gegeben ist oder nicht. Im Zusammenspiel mit der Letztentscheidungskompetenz der untergeordneten Unteren Naturschutzbehörde aufgrund der Einschätzungsprärogative entfaltet eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift dann eine direkte Wirkung auch auf der

¹⁰ Dieser Anspruch bezieht sich nur auf den Verwaltungsakt der zuständigen immissionsschutzrechtlichen Verfahrensführung für WEA größer als 50 m, meist die Untere Immissionsschutzbehörde, nicht jedoch auf die zu beteiligten Träger öffentlicher Belange, deren Fachbereichen ein Ermessen in Form eines Beurteilungsspielraums zugesprochen werden kann, wie etwa der Naturschutzbehörde bei der Frage ob gegen artenschutzrechtliche Zugriffsverbote (§§44 BNatSchG) verstoßen wird;

gerichtlichen Ebene, da die Entscheidung „seitens der Rechtsprechung lediglich eingeschränkt überprüfbar ist“, etwa bei „Kann-Vorschriften“ oder bei „Bewertungsspannen“ (Willmann 2015, S. 61-62).

Während normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften geeignet sind eine gewisse Außenwirkung zu entfalten, können norminterpretierende Verwaltungsvorschriften, etwa Windenergieerlasse, von Gerichten allenfalls aufgegriffen aber „nicht {als} Maßstab gerichtlicher Prüfung“ herangezogen werden (Schwarzenberg et al 2016, S. 5).

4. Diskussion

Auf Grundlage des aufgeführten Dichtezentrum-Konzepts, des Helgoländer Papiers und der Bedeutung von untergesetzlichen Regelungen sollen nun in der Diskussion die eingangs gestellten Fragen wiederaufgenommen werden.

4.1. Welche normativen Setzungen werden im Dichtezentrum-Konzept getroffen und wie werden die Abweichungen vom Helgoländer Papier begründet?

Als normative Setzung wird verstanden, dass ein bestimmtes Verständnis eines Sachverhalts durch eine bewusste Handlung eine Verbindlichkeit erhält. Dabei stellt sich besonders die Frage nach den Grundlagen und Zielen dieser Handlung.

Als Handlung bei dem Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg ist die Veröffentlichung der Hinweispapiere (siehe Kapitel 2) durch politische Gremien LUBW und MLR gemeint. Das verfolgte Ziel ist, den nachgeordneten Behörden eine verbindliche und klare Handlungsanweisung zu liefern, damit ein einheitlicher Vollzug in der Sache Artenschutz und Ausbau der Windenergie im Land möglich wird.

Bei der Definition des Dichtezentrum-Konzepts werden einige Schwellwerte genannt, wie etwa der Radius von 3.300 m um Revierpaare, mehr als 3 Revierpaare oder auch der Radius von 1.000 m um Fortpflanzungsstätten.

Diese Festsetzungen haben unmittelbare artenschutzrechtliche Konsequenzen auf einzelne WEA-Vorhaben. Je nachdem, wie weit ein WEA-Standort von einer Fortpflanzungsstätte oder Revierpaaren von Rotmilanen entfernt ist, besteht die Möglichkeit eine artenschutzrechtliche Ausnahme (§45 Abs. 7 BNatSchG) zu prüfen, oder der Artenschutz steht dem WEA-Vorhaben als öffentlicher Belang entgegen, so dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die WEA nicht möglich ist (siehe Abb. 3: Fallgruppen in Kapitel 2.2).

Das Dichtezentrum-Konzept ist aber nicht nur als ein planerisches Erschwernis für den Ausbau der Windenergie im Land zu verstehen. Denn als es das Dichtezentrum-Konzept noch nicht gab, war es schlicht nicht möglich, eine artenschutzrechtliche Ausnahme zu erhalten, da die Ausnahmevoraussetzung, dass der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtert werden darf (§45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG), auf die regionale Population Bezug nimmt, zu der erst mit einem landesweiten Konzept eine Aussage und Bewertung getroffen werden kann. Die Grundlage dafür liefert die landesweite Erhebung von Rotmilanaten im Zeitraum von 2012 bis 2014 in windhöffigen Gebieten (LUBW 2014). Da die Daten über mehrere Jahre „mit teilweise abweichenden Methoden“ erhoben wurden, kann die Auswertung „nur als Anhaltspunkt für die Anzahl von Rotmilanbrutvorkommen“ verwendet werden, wobei für die Bestimmung von Dichtezentren „ausschließlich Daten konsistenter Quellen {...} aus einem Jahr“ verwendet wurden (LUBW 2014, S. 3). Es werden Hinweise gegeben, was bei der Interpretation der Daten zu berücksichtigen ist. Dazu gehören etwa Statusangaben in den Daten zu „Brutverdacht“ und

einem „Brutnachweis“, sowie Angaben zu unterschiedlichen Genauigkeiten (LUBW 2014, S. 4-5):

- konkreter Horststandort: punktgenau, Genauigkeit kleiner als 10 m;
- Brutwald: Genauigkeit kleiner als 100 m;
- Revier: kein Horst oder Brutwald identifiziert, Genauigkeit 100 m und 1.000 m, in Ausnahmen bis zu 3.000 m.

Die LUBW schließt bei den erhobenen Daten, die „als Grundlage für die artenschutzrechtliche Beurteilung der Eignung von Standorten zur Planung von Windenergieanlagen bereitgestellt“ werden, die Übernahme einer Haftung aus, da „die Angaben in einzelnen Fällen trotz der Plausibilitätsprüfung fehlerhaft oder unvollständig sind“ (LUBW 2014, S. 5). Auch wenn darauf hingewiesen wird, dass zur Bestimmung eines Dichtezentrums auch andere Daten Verwendung finden können (LUBW 2015, S. 69), so ist der dort genannte Mehraufwand, einen Erhebungszeitraum von zwei Jahren in der Fläche von 34 km² als unverhältnismäßig einzustufen, besonders, weil die Grundlagedaten selbst bedeutsame Unsicherheiten aufweisen und Ausgangspunkt erheblicher Konsequenzen sein können. Nach Frenz besteht aber nicht allgemein der Anspruch, dass der Horst als Ausgangspunkt „notwendigerweise bewiesen sein {muss}, sondern nur im Rahmen des naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraums vertretbar angenommen“ werden kann (2016 b, S. 457).

Der 3.300 m-Abstand zur Bestimmung des Dichtezentrums für den Rotmilan, der in Baden-Württemberg erstmalig flächendeckend für ein Bundesland vorliegt, wurde gewählt, um die Rotmilanaten am besten nutzen zu können, da die daraus resultierende Fläche von 34 km² in etwa einem TK25-Quadranten entspricht (LUBW 2015, S.69). Der Abstand von 1.000 m um Horste weicht bewusst von der bestehenden normativen Setzung des Helgoländer Papiers der LAG VSW ab, denn dort wird für den Rotmilan ein Mindestabstand zu Horsten von 1.500 m und ein Prüfbereich von 4.000 m empfohlen. Die LUBW begründet diese Abweichung damit, dass sich die naturräumlichen Gegebenheiten und die Flächennutzung in Baden-Württemberg von denen im Helgoländer Papier angenommenen unterscheiden und zudem ein besonders strenger Schutz in den Dichtezentren herrscht (2015, S. 67). Gerade letzteres ist neben den Abstandsempfehlungen zentraler Gegenstand des Helgoländer Papiers um die Quellpopulationen von großen Greifvögeln sicherzustellen.

Das Helgoländer Papier wurde von der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten veröffentlicht und nicht von der Umweltministerkonferenz empfohlen, nicht einmal vorgelegt, sondern lediglich von der Amtschefkonferenz zur Kenntnis genommen, die feststellt, dass derzeit „einheitliche Empfehlungen nicht möglich sind“ (Ruß 2016, S. 687; Willmann 2015, S. 55, 66; Amtschefkonferenz Ergebnisprotokoll TOP12, 21.5.2015). Das Helgoländer Papier wurde auch nicht von der Bund und Länder Arbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung (LANA) veröffentlicht oder zur Anwendung empfohlen (Ruß 2016, 687). Aus den Abstandsempfehlungen des Helgoländer Papiers eine fachliche Methode abzuleiten, um einen Verstoß gegen das Tötungsverbot beurteilen zu können, ist umstritten, denn es würde bedeuten, dass als Regelvermutung innerhalb der Abstände von einem Verstoß auszugehen ist, außerhalb jedoch nicht (Willmann 2015, S. 67).

Das Helgoländer Papier hat den Anspruch, durch wissenschaftliche Untermauerung den Stand des Wissens darzustellen und gutachtlich daraus Empfehlungen für die Genehmigung von WEA abzuleiten. Gerade bezüglich der „guten wissenschaftlichen Praxis“ (DFG 2013)

bestehen „gravierende Mängel im Hinblick auf die normative Absicherung, den Umgang mit empirischen sowie sekundäranalytischen erzielten Befunden, die Rückverfolgbarkeit von Belegen/Quellen, die Auseinandersetzung mit abweichenden Ansätzen sowie der Ableitung von Folgerungen“ und somit muss in Frage gestellt werden, ob die wissenschaftlichen Ansprüche an Reliabilität, Objektivität oder Validität erfüllt werden (Brandt 2016, S. 48). Demnach handelt es sich bei dem Helgoländer Papier „weder um ein untergesetzliches Regelwerk noch um eine Fachkonvention“ (Brandt 2016, S. 48). Es handelt sich bei dem Helgoländer Papier um kein formelles oder materielles Recht, sondern kann „allenfalls {...} als untergesetzliches Regelwerk“ eingeordnet werden, um bei der Norminterpretation behilflich zu sein, jedoch weder bei behördlichen Entscheidungen noch innerhalb einer gerichtlichen Prüfung zwingend anzulegende Maßstäbe festsetzt (Raschke 2015, S. 271-272; Willmann 2015, S. 65, 68-69).

Wenn untergesetzliche Regelungen für nachgeordnete Behörden eine Verbindlichkeit entfalten sollen um einen einheitlichen Verwaltungsvollzug zu ermöglichen, dann brauchen sie eine Berücksichtigung aktueller wissenschaftlicher Teilbeiträge, zu denen unter anderem auch das Helgoländer Papier zählt. Sofern das Helgoländer Papier nur einen empfehlenden Charakter besitzt, sind Mindestabstände mit dem Begründungsaufwand einer Raumfunktions- und Raumnutzungsanalyse jedoch überwindbar und es liegt kein einheitlicher Stand der Wissenschaft vor (Schlacke & Schmittker 2015, S. 32). Die Empfehlungen des Helgoländer Papiers müssen demnach nicht befolgt werden um rechtsicher zu handeln, jedoch gehen von ihnen eine Indizwirkung aus. Diese bewirken, dass weitere tiefgründige Gutachten in dem jeweiligen Vorhabensgebiet anzustellen sind, um von den allgemeinen Empfehlungen oder Regelvermutungen des Helgoländer Papiers in einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren mit plausiblen Grund abweichen zu können. Damit kann der aktuelle Stand der Wissenschaft bei der Einschätzungsprärogative der zuständigen Behörden berücksichtigt werden. Eine Abweichung vom Helgoländer Papier bleibt möglich und stellt keine Rechtswidrigkeit dar (Schlacke & Schmittker 2015, S. 36).

Das Dichtezentrum-Konzept stellt dagegen eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift dar. Zum einen nimmt es selbst normative Setzungen vor, indem es landesspezifische Vermutungsregelungen für bestimmte Abstände von Rotmilan-Revierzentren Fallgruppen festsetzt (siehe Kapitel 2.2), zum anderen nennt es konkrete Rechtsfolgen für ebendiese. In dem Dichtezentrum-Konzept wird sowohl auf die Herausforderungen der komplexen Anforderungen und Interpretationsspielräumen des Bundesgesetzes eingegangen, als auch der fachliche Diskurs von Abstandsregelungen und Möglichkeiten von Vermeidungsmaßnahmen aufgenommen. Es ist von den Landesbehörden LUBW und MLR in Baden-Württemberg veröffentlicht worden, die ermächtigt sind, sowohl eine Wirkung innerhalb der Behörden aber auch nach außen zu gestalten (siehe Kapitel 2). Somit scheinen die Voraussetzungen, die Willmann für ein Vorliegen von normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften nennt (siehe Kapitel 3) erfüllt zu werden. Wenn das Dichtezentrum-Konzept als eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift charakterisiert wird, dann geht von ihm auch eine Außenwirkung aus, die bei einer gerichtlichen Überprüfung zu berücksichtigen wäre.

4.2. Ermöglicht das Dichtezentrum-Konzept die Anforderung an die artenschutzrechtliche Ausnahmeregelung zu erfüllen?

Das Dichtezentrum-Konzept birgt zwei Versprechen. Zum einen soll der Schutz des Rotmilans in von ihm dicht besiedelten Gebieten strenger werden, zum anderen soll es außerhalb davon leichter werden WEA zu errichten, weil dort nun eine artenschutzrechtliche Ausnahme möglich ist. Eine artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung (§45 BNatSchG) ist allgemein selten und in Baden-Württemberg bis zu dem Dichtezentrum-Konzept nicht erteilt worden (Grothe & Frey 2016 S. 316), weil bei standortbezogenen Gutachten keine Antwort auf den Zustand der Population getroffen werden konnte, wie ihn das Bundesnaturschutzgesetz vorsieht.¹¹ So heißt es, „eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtert“ (§45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG). An dieser Stelle kann das Dichtezentrum-Konzept einen Beitrag leisten, da es landesweit gültig ist und zum Ziel hat, den günstigen Erhaltungszustand des Rotmilans sicherzustellen.

Die Ausnahmeregelung (§45 Abs. 7 BNatSchG) nennt einige Gründe, in denen von den Zugriffsverboten (§44 Abs. 1 BNatSchG) im Einzelfall eine Ausnahme von der nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde zugelassen werden kann. Grundsätzlich handelt es sich um ein so genanntes intendiertes Ermessen, die Ausnahme wird also in der Regel erteilt, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (VG Freiburg, Ur. v. 17.2.2009 – 3 K 805/08; Grothe & Frey 2016, S. 322).

In Betracht kommt zunächst der Ausnahmegrund, „im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ zu handeln (§45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG). Diese günstigen Auswirkungen auf die Umwelt müssen „unmittelbar und kausal nachweisbar“ sein (siehe auch Kapitel 3.2), bei der Nutzung der Windenergie handelt es sich jedoch nur um „mittelbare Auswirkungen auf den Zustand der Umwelt“ (Grothe & Frye 2016, S. 317), aus denen keine allgemeine Privilegierung der Windenergie abgeleitet werden kann (Frenz 2016 a, S. 255).

Als Ausnahmegrund und einschlägige Rechtsgrundlage kann herangezogen werden, „aus anderen zwingenden Gründen des überwiegend öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“ zu handeln (§45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG). Neben dem Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses müssen die Ausnahmegrundbedingungen erfüllt werden, dass keine zumutbaren Alternativen vorliegen und sich der Erhaltungszustand der Population nicht verschlechtert (§45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG). Auf diese wird folgend einzeln eingegangen.

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Um das Genehmigungshindernis durch den Belang des Artenschutzes, das durch den Verstoß gegen die Zugriffsverbote ausgelöst wird, zu überwinden und eine Ausnahmegenehmigung zu rechtfertigen, müssen zwingende Gründe des öffentlichen Interesses überwiegen. Es ist also zunächst zu klären, ob diese vorliegen, dann ob sie überwiegen.

¹¹ An der Stelle sei angemerkt, dass die Befreiung nach §67 BNatSchG nicht relevant und nicht weiter diskutiert wird, weil eine Befreiungsvoraussetzung, die sog. Atypik, im konkret auf den Rotmilan ausgerichteten Dichtezentrum-Konzept nicht anzunehmen ist;

Das öffentliche Interesse liegt bei der Nutzung der Windenergie in der Erzeugung elektrischer Energie und die damit verbundenen Einsparungen gegenüber fossiler Energieerzeugung und ist nicht etwa nur ein rein privater wirtschaftlicher Belang. Die Ausnahmehinweise beziffern die Reduktion an Treibhausgasen, die durch die Stromproduktion von WEA entsteht, auf 781 g/kWh und schreibt der Nutzung der Windenergie damit einen maßgeblichen Beitrag zum Klimaschutz zu (MLR 2015, S. 8). Das öffentliche Interesse kommt allgemein in mehreren Gesetzen zum Ausdruck, etwa dass der Staat „in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen“ schützt (Art. 20 a GG, Art. 3a Landesverfassung BaWü), etwa durch das „Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen“ (§1 EEG 2014), etwa durch die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich (§35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) oder etwa durch den „Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien“, dem eine besondere Bedeutung zukommt (§1 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG). Auch konkrete Zielsetzungen des Landes Baden-Württemberg bekräftigen die strategische Bedeutung für den Klimaschutz und das Interesse an der Nutzung der Windenergie, etwa „bis zum Jahr 2020 mindestens 10% des Stroms im Land aus heimischer Windenergie bereit zu stellen {... und dafür} rund 1.200 neue Windenergieanlagen {...} zu errichten“ (Windenergieerlass BaWü 2012, S. 5) oder etwa den „mit einem Anteil von 1% {...} derzeit nur sehr geringen Beitrag zur Stromversorgung {... auf den} Zielwert 10%“ zu versechsfachen (IEKK BaWü 2014, S. 54-55). Die Ausnahmehinweise betonen den Beitrag der erneuerbaren Energien „die Folgeschäden der Klimaveränderung in Natur und Landschaft zu mindern“ (MLR 2015, S. 9). In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Ausbau der Windenergie um zwingende Gründe des öffentlichen Interesses handelt, was durch die Ausnahmehinweise deutlich formuliert wird (MLR 2015, S. 9): „Die öffentlichen Interessen am Klimaschutz und der Versorgung mit regenerativen Energien sind auch zwingend, da ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln vorliegt {...}, zumal es sich hierbei vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsgrundlage um Belange mit normativem Gewicht handelt“.

Es bleibt zu beantworten, ob das zwingend öffentliche Interesse das hohe Interesse am öffentlichen Belang des Artenschutzes im Einzelfall überwiegt. Besonders bedeutsam werden an der Stelle die Eignungsfaktoren des speziellen Windenergiestandorts, also die Windhöflichkeit, die infrastrukturelle Erschließungssituation für Zuwegung und Netzanbindung und die Möglichkeit der Konzentrationswirkung des Windparks (Grothe & Frey 2016, S. 322, MLR 2015; S. 9-10). Demgegenüber stehen zu bewertende Kriterien wie Anzahl der betroffenen Arten, nationale und internationale Verantwortung für diese, Erhaltungszustand und Seltenheit der betroffenen Arten (Grothe & Frey 2016, S. 322; MLR S. 9).

Zumutbare Alternativen

Bei der Begründung, einen Anspruch auf die artenschutzrechtliche Ausnahmeregelung zu haben, muss der Vorhabensträger den Nachweis führen, dass keine zumutbare Alternative besteht. Liegt eine Alternative vor, ist diese grundsätzlich vorzuziehen, „wenn sie aus naturschutzfachlicher Sicht geringere Beeinträchtigungen mit sich bringt“ (Grothe & Frey 2016, S. 320). Das Vermeidungsgebot verfolgt die Absicht, „die aus naturschutzfachlicher Sicht schonendste Projektvariante“ zu finden (Ruß 2016, S. 594). Die Zumutbarkeit bleibt zu

prüfen¹², ist aber grundsätzlich gegeben, wenn der Verwirklichungsaufwand in einem Verhältnis zu dem erzielten naturschutzfachlichen Gewinn steht, wobei die „Zumutbarkeitsgrenze bei Zusatzkosten von 10 % der Gesamtinvestitionskosten“ gesehen wird (Lau 2011, Rn. 22). Bei der technischen Alternative geht es um die Frage, ob das Vorhaben durch eine alternative Ausführung eine Verbesserung bringt, bei der räumlichen Frage, ob im Kommunalgebiet oder im benachbarten Gebiet eine Alternative besteht, wobei Regionalplanung und Bauleitplanung berücksichtigt werden (Grothe & Frey 2016, S. 320). Zumutbar sind die Alternativen, „wenn ihr Aufwand nicht außer Verhältnis zu dem mit Ihnen erreichten Gewinn für den Naturschutz steht {..., der} am Gewicht der beeinträchtigten Artenschutzbelange zu messen“ ist (Grothe & Frey 2016, S. 320). Damit ein Alternativstandort für den Vorhabensträger im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zumutbar ist, muss er tatsächlich auf diesen Standort rechtlich zugreifen, ihn also pachten oder aneignen können (Grothe & Frey 2016, S. 320, MLR S. 10-11).

Spätestens an dem letzten Punkt wird deutlich, dass eine Alternativensuche in der Regel nicht zumutbar ist, da zum einen die Grundstücksverhältnisse in Baden-Württemberg oftmals sehr kleinteilig sind und zudem der Konkurrenzdruck von Projektentwicklern gerade in windhöufigen Konzentrationszonen groß ist, sodass ein vergleichbares Vorhaben sehr unwahrscheinlich ist. Es würde sich eher um ein neues und anders gelagertes Projekt handeln, als um eine zumutbare Alternative.

An der Stelle kommt die Frage auf, ob die Zumutbarkeit die betriebswirtschaftlichen Interessen eines Vorhabensträger betrifft, oder die volkswirtschaftlichen Interessen der Allgemeinheit, was der Ausnahmegrund des überwiegenden öffentlichen Interesses nahelegt. Es kommt bei der Alternativenprüfung letztlich darauf an, ob sich das konkret verfolgte Ziel, das an der Stelle der Ausbau der Windenergie darstellt, „unter gewissen Abstrichen am Zielerfüllungsgrad verwirklichen“ lässt (Lau 2011, Rn. 21). Eine abgeschichtete Gebietsausweisung für WEA, etwa durch die Regionalplanung oder die Bauleitplanung, ist dabei zu berücksichtigen und ungeeignete Flächen sind nicht zu betrachten (Lau 2011, Rn. 23). Wenn in einem begrenzten Suchgebiet, sei es in der Bauleitplanung das Kommunalgebiet oder in der Regionalplanung das des regionalen Planungsverbands, jedoch in ausgewiesenen Gebieten zur Nutzung der Windenergie keine Möglichkeit für eine Alternative besteht, weil dort etwa bereits WEA realisiert sind oder andere materielle Bauverbote bestehen, so würde dies in einer Null-Variante resultieren. Eine Null-Variante scheidet als eine zumutbare Alternative jedoch genauso aus wie eine System- oder Konzeptalternative, da es sich um ein nicht realisiertes bzw. anderes Vorhaben handeln würde (Lau 2011, Rn. 21).

Erhaltungszustand der Population

Der Begriff der Population ist im Bundesnaturschutzgesetz als „eine biologisch oder geographisch abgegrenzte Zahl von Individuen einer Art“ definiert (§7 Abs. 2 Nr. 6). Der Erhaltungszustand einer Art ist dort nicht weiter bestimmt, jedoch findet sich in der FFH-Richtlinie eine genaue Erklärung dazu (Art. 1, lit i) FFH RL 1992):

„die Gesamtheit der Einflüsse, die sich langfristig auf die Verbreitung und die Größe der Populationen der betreffenden Arten in dem {...} Gebiet auswirken {kann}.

¹² Die Debatte von erforderlichen Vorsorge- und Ausgleichsmaßnahmen (CEF, FCS), deren Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit wird in dieser Projektarbeit nicht aufgenommen, an der Stelle sei erneut auf „Vermeidungsmaßnahmen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen“ (Bulling et al 2015) verwiesen;

Der Erhaltungszustand wird als günstig betrachtet, wenn

- aufgrund der Daten über die Populationsdynamik der Art anzunehmen ist, dass diese Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird, und
- das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt, noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird und
- ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Population dieser Art zu sichern.“

Es geht also besonders um das natürliche Verbreitungsgebiet und die Qualität und Größe des Habitats einer Art. Das bloße Verschlechterungsverbot der FFH-Regelung ist in der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung nicht gemeint, wenn auch bei ungünstigem Erhaltungszustand kein absolutes Ausnahmeverbot vorliegt, sondern es soll vielmehr eine „Entwicklung eines günstigen Erhaltungszustands“ möglich sein (Ruß 2016, S. 596). Genauer gesagt, darf der Eingriff durch das Vorhaben „weder den günstigen Erhaltungszustand der betroffenen Population weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Art behindern“ (Lau 2011, S. 952).

Insgesamt leistet das Dichtezentrum-Konzept einen konkreten Beitrag um die artenschutzrechtliche Ausnahme zu ermöglichen. Insbesondere eine Aussage auf Populationsebene über den Erhaltungszustand des Rotmilans treffen zu können, ermöglicht die Erfüllung der Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung. Damit kann ein Ziel des Dichtezentrum-Konzepts erreicht werden: wenn gegen die Zugriffsverbote verstoßen wird und der Rotmilan einen Verbotstatbestand auslöst, kann das WEA-Vorhaben über die artenschutzrechtliche Ausnahme dennoch genehmigt werden, sofern es außerhalb eines Dichtezentrums liegt.

Jedoch scheint ein zwingend öffentliches Interesse von der Nutzung der erneuerbaren Windenergie nicht grundsätzlich vorzuliegen und bleibt an der Stelle sicher ein entscheidendes Kriterium, wenn es zu einer derart gelagerten gerichtlichen Prüfung kommen sollte.

Eine pauschale Antwort, ob die artenschutzrechtliche Ausnahme möglich ist, wird nicht erfolgen können, denn es ist ein Instrument, das nur im Einzelfall zu einer Genehmigung führen soll. Dennoch erscheint der Rahmen gegeben, im Einzelfall eine Ausnahme für WEA in Anbetracht der artenschutzrechtlichen Beeinträchtigung gewähren zu können.

4.3. Welche untergesetzlichen Regelungen sind in dem hier behandelten Zusammenhang letztlich maßgeblich und setzen sich in gerichtlichen Auseinandersetzungen durch?

Es gestaltet sich als schwierig, ein Fallbeispiel für die artenschutzrechtliche Ausnahme bei einem Windenergievorhaben in Bezug auf den Rotmilan zu erläutern, da es in Baden-Württemberg keines gibt und auch bundesweit eher Fälle mit den Arten Mäusebussard und Wespenbussard behandelt wurden, deren naturschutzfachliche und –rechtliche Anforderungen anders gelagert sind als beim Rotmilan (Grothe & Frey 2016, S. 316, 323). Auch wenn die Landesregierung von Baden-Württemberg mit dem Dichtezentrum-Konzept die Voraussetzungen geschaffen hat, Aussagen über den Erhaltungszustand der Population des Rotmilans zu treffen, so muss ein Klageverfahren und ein Urteil zu dieser Thematik erst noch abgewartet werden.

21

Projektarbeit: Normative Setzungen für den Rotmilan

Im März 2016 hat der bayerische Verwaltungsgerichtshof München (VGH München 2016) ein für diese Projektarbeit interessantes Gerichtsurteil getroffen, bei dem es um die Voraussetzungen des Tötungstatbestandes, den diesbezüglichen Ausnahmetatbestand und insbesondere um das Verhältnis von untergesetzlichen Regelungen wie dem Bayerischen Windenergieerlass und dem Helgoländer Papier geht.

Der Vorhabensträger klagte auf die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung von drei WEA in der bayerischen Rhön gegen den Freistaat Bayern. In erster Instanz wurde der Klage vom Verwaltungsgericht Würzburg nicht entsprochen (VG Würzburg 2013). An dem Vorhabensstandort in der Rhön gab es einen Horstnachweis des Rotmilans in etwa 2.000 m Entfernung, auch wurde der Rotmilan beim Überfliegen und Jagen beobachtet. Die zuständige Genehmigungsbehörde sah ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gegeben, woraufhin der Vorhabensträger eine Ausnahme von dem Tötungsverbot beantragte (VGH München 2016, Rn. 6-9).

Bei der Risikoermittlung, ob gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verstoßen wird, besteht grundsätzlich ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum bezüglich der Bestandserfassung und der Gefahrenbewertung (Mayer 2016, S. 684). Diese Einschätzungsprärogative besteht jedoch nicht, „wenn sich für die Bestandserfassung eine bestimmte Methode bzw. für die Risikobewertung ein bestimmter Maßstab als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt“¹³ hat, den das VGH München im Bayerischen Windenergieerlass erkennt (Mayer 2016, S. 684-685; VGH München 2016, Rn. 39). Denn der Windenergieerlass beruht auf „landesweit fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen“ und kann als ein „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ angesehen werden (Mayer 2016, S. 685; VGH München 2016, Rn. 41). Jedoch hat sich gegenüber dem Bayerischen Windenergieerlass aus dem Jahr 2011 der Stand der Wissenschaft hinsichtlich der Abstände zwischen WEA und Horsten aktualisiert, denn dieser wird mit dem im Frühjahr 2015 veröffentlichten Helgoländer Papier (LAG VSW 2015) dargestellt (Mayer 2016, S. 685). Eine Ausnahme von dem Tötungsverbot kommt nicht in Betracht, weil der Erhaltungszustand der Rotmilanpopulation in der bayerischen Rhön durch die WEA verschlechtert werden würde (Mayer 2016, S. 685; VGH München 2016, Rn. 68-76). Den Maßstab der Population kann hier nur das Gebiet der bayerischen Rhön darstellen, denn für die Bereiche angrenzender Bundesländer sind andere Vorschriften relevant, sodass der Artenschutz nicht gebietsübergreifend gewährleistet und geregelt werden kann.

Es fällt auf, dass in dem Urteil zum einen sowohl Windenergieerlassen als auch dem Helgoländer Papier ein allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft zugeschrieben und zum anderen den zuständigen Behörden für naturschutzfachliche Belange eine Einschätzungsprärogative zugesprochen wird (Ruß 2016, S. 687-688). Die daraus entstehenden Fragen sind, ob es sich denn um einen allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft handelt, wenn es sowohl in der juristischen Fachliteratur als auch in Fachkreisen durchaus Kritik daran gibt, und ob es denn noch einer Einschätzungsprärogative bedarf, wenn es einen allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft zur Erhebungs- und

¹³ Als ein Beispiel wird erneut die TA-Lärm zur Auslegung des unbestimmten Begriffs „schädliche Umweltauswirkung“ genannt, die als allgemein anerkannte Regeln der Technik anerkannt sind: es sind Regeln, die in der Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und sich aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung bewährt haben (Kalinowski, Sachverständigen-Gutachten.de, zuletzt aufgerufen am 1.05.2017);

Bewertungsmethodik geben würde (Ruß 2016, S. 687). Vor dem Hintergrund der Kritik an dem Helgoländer Papier (siehe Kapitel 4.1.) ist es bemerkenswert, dass das VGH München die kontroverse Debatte nicht einmal erwähnt.

Das Urteil macht für diese Projektarbeit zweierlei besonders deutlich. Erstens wird dargelegt, dass die Windenergieerlasse der Länder als Planungsgrundlage dienen, weil sie den Stand der Wissenschaft darstellen und als ein „antizipiertes Sachverständigengutachten“ charakterisiert werden. Jedoch müssen diese auch immer wieder aktualisiert werden und neue Erkenntnisse der Wissenschaft aufnehmen, um diesen Anspruch zu erfüllen. Anderweitig geschieht es wie hier, dass die genannten Grenzwerte bzw. Mindestabstände zwischen Horsten und WEA des Windenergieerlasses als Planungsgrundlage herangezogen werden, letztlich aber bei einer gerichtlichen Prüfung nicht relevant sind. Das Dichtezentrum-Konzept für den Rotmilan in Baden-Württemberg, bei dem es sich nicht wie bei Windenergieerlassen um norminterpretierende, sondern um eine normkonkretisierende Verwaltungsverordnung handelt, übernimmt zwar für den Rotmilan nicht die Empfehlungen des Helgoländer Papiers, jedoch wird die Abweichung explizit begründet. Wie Gerichte diese Abweichung beurteilen, bleibt abzuwarten. Zweitens wird in dem Urteil deutlich gemacht, dass die Beurteilung des Erhaltungszustandes der Rotmilanpopulation auf Verwaltungsgrenzen abgestellt werden kann um den Anforderungen des Artenschutzes gerecht werden zu können. Dies bekräftigt die Absicht des Dichtezentrum-Konzepts, außerhalb von Dichtezentren des Rotmilans Ausnahmen vom Tötungsverbot zuzulassen. Auch hier bleibt jedoch abzuwarten, wie die Gerichte Baden-Württembergs mit einem derartig gelagerten Klageverfahren, angesichts der konkreten Hinweise der Landesregierung, umgehen werden.

5. Fazit und Ausblick

Die Projektarbeit geht auf die Rahmenbedingungen für die artenschutzrechtliche Ausnahmeregelung ein, die das Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg geschaffen hat. Während die Restriktionen für den Ausbau der Windenergie in den Dichtezentren seit der Veröffentlichung im Sommer 2015 wirken um den Schutz des Rotmilans in den von ihm dicht besiedelten Gebieten zu gewährleisten, steht es noch offen, ob eine artenschutzrechtliche Ausnahme außerhalb von Dichtezentren vor Gericht standhalten würde. Das neuartige an dem Dichtezentrum-Konzept ist, dass auf die landesweite Population einer Art eingegangen und dadurch die Möglichkeit geschaffen wird, den Erhaltungszustand der Rotmilanpopulation zu beurteilen. Damit können die Voraussetzungen für eine artenschutzrechtliche Ausnahme erfüllt werden.

Bedeutsam an dem Dichtezentrum-Konzept ist weiter, dass es normative Setzungen enthält, die explizit von den Empfehlungen des Helgoländer Papiers abweichen. Das Dichtezentrum-Konzept, das von untergeordneten Landesbehörden befolgt werden muss, gilt ebenso wie ein Windenergieerlass oder das Helgoländer Papier als eine untergesetzliche Regelung um unter anderem bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zu helfen. Während den Windenergieerlässen und dem Helgoländer Papier allgemein ein norminterpretierender Charakter zugesprochen wird, ist das Dichtezentrum-Konzept in Baden-Württemberg dem Anschein nach als normkonkretisierend einzustufen, was eine Bindewirkung der Gerichte zur Folge hätte.

Bei norminterpretierenden Empfehlungen, wie bei Windenergieerlässen oder dem Helgoländer Papier, handelt es sich um fachliche Einschätzungen eines

Sachverständigengutachters mit hoher Qualität, von denen nicht ohne Grund abgewichen werden soll. Während vom VGH-München die Ausführungen der untergesetzlichen Regelung des Bayerischen Windenergieerlasses nicht mehr berücksichtigt werden, weil zwischenzeitlich das Helgoländer Papier als neuer Stand der Wissenschaft gewertet wird, ist dies bei dem Dichtezentrum-Konzept nicht zu erwarten. Denn es erwähnt explizit die Existenz des Helgoländer Papiers und weicht bewusst von diesem aufgrund landestypischer Gegebenheiten ab, so wie es die Empfehlungen des Helgoländer Papiers selbst vorsehen. Die spannende Frage bleibt bestehen, ob pauschale Regelungen geeignet sind, Fragen des Einzelfalls sachgerecht zu regeln, und welche dafür herangezogen werden.

Die vorliegende Projektarbeit ermöglicht es nicht, die Konsequenzen des Dichtezentrum-Konzepts qualitativ zu bewerten, das Thema Artenschutz-Rotmilan im Zusammenhang mit dem Ausbau der Windenergie in seiner gesamten Breite zu behandeln, sondern bezieht sich nur auf die in den Leitfragen aufgeführten Aspekte. Um die Konsequenzen des Dichtezentrum-Konzepts bewerten zu können, könnte in nachfolgenden Untersuchungen vertieft auf das Spannungsfeld zwischen den juristischen, den politischen und fachlichen Anforderungen eingegangen werden, die bei dem Ausbau der Windenergie und dem Schutz des Rotmilans zu Tage treten. Das könnte etwa mittels qualitativer Interviews mit Behörden, die im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für naturschutzfachliche Belange zuständig sind, und Projektierern von WEA als Vorhabensträgern durchgeführt werden. Um besonders auf die Wirkung des Dichtezentrum-Konzepts abstellen zu können, wäre ein Ländervergleich von Baden-Württemberg und einem Bundesland mit ähnlichen naturräumlichen Bedingungen aber ohne ein so konkretes Schutzkonzept für den Rotmilan von weiterem Interesse. Damit könnte ein weiterer Beitrag für die Beantwortung der Frage geleistet werden, ob das Dichtezentrum-Konzept ein geeignetes Instrument ist, den Artenschutz mit dem Ausbau der Windenergie in Einklang zu bringen.

Literatur

- BauGB: Baugesetzbuch; vom 23. September 2004; zuletzt geändert 20.11.2014;
- BImSchG: Bundes-Immissionsschutzgesetz, Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge; vom 17. Mai 2013; zuletzt geändert 20.11.2014;
- BNatSchG: Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege - Bundesnaturschutzgesetz; vom 29. Juli 2009; zuletzt geändert 7.8.2013;
- Brandt, E. 2016: Das Helgoländer Papier – grundsätzliche wissenschaftliche Anforderungen; Studie beauftragt vom Förderverein der Koordinierungsstelle Windenergierecht e.V., (k:wer);
- DFG Deutsche Forschungsgesellschaft 2013: Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis – Safeguarding Good Scientific Practice – Denkschrift – Memorandum; Herausgeber: WILEY-VCH, DFG;
- EEG: Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien – Erneuerbare-Energien-Gesetz; vom 21. Juli 2014, zuletzt geändert 22.12.2014;
- Bulling, L.; Sudhaus, D.; Schnittker, D.; Schuster, E.; Biehl, J.; Tucci, F.; Damen, M. 2015: Vermeidungsmaßnahmen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, Bundesweiter Katalog von Maßnahmen zur Verhinderung des Eintritts von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen nach §44 BNatSchG; Herausgeber: Windenergie an Land;
- Frenz, W. 2016 a: Windkraft vs. Artenschutz und Eigentümerbelange; in: Natur und Recht, Ausgabe 38, S. 251-257;
- Frenz, W. 2016 b: Vogeltodvermeidung bei Windrädern; in: Natur und Recht, Ausgabe 38, S. 456-463;
- GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23. Mai 1949, zuletzt geändert 23.12.2014;
- Grothe, S.; Frey, M. 2016: Die Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen; in: Naturschutz und Recht, Ausgabe 38, S. 316-324;
- IEKK BaWü 2014: Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept Baden-Württemberg; veröffentlicht von: Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft des Landes Baden-Württemberg; Stand 15. Juli 2014;

- LAG VSW 2015: Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten; Herausgeber: Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten, 15. April 2015;
- Landesverfassung BaWü: Verfassung des Landes Baden-Württemberg; vom 11. November 1953; zuletzt geändert 1.12.2015;
- Lau, M. 2011: §45, Ausnahmen, Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen; Herausgeber: Frenz & Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz Kommentar;
- LUBW 2013: Hinweise für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen; Herausgeber: Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg, 1. März 2013;
- LUBW 2014: Ergebnisse der Kartierung von Rotmilan-Brutvorkommen aus den Jahren 2011 – 2014; Herausgeber: Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg 4.12.2014;
- LUBW 2015: Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen; Herausgeber: Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg, 1. Juli 2015;
- Mayer, C. 2016: Aktuelle Rechtsentwicklung in Bezug auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot, Anmerkung zu VGH München Ur. v. 29. 3. 2016, verb. 22 B 14.1875 und 22 B 14.1876 ; in: Natur und Recht, Ausgabe 38, S. 683-686;
- MLR 2015: Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen; Herausgeber: Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, 1. Juli 2015;
- Raschke, M. 2015: Die Windenergieerlässe der Länder; in: Schriften zum Umweltenergierecht 18, Energiewende im Föderalismus; Herausgeber: Müller, T., Hartmund, K.;
- Ruß, S. 2016: Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach §45 Abs. 7 BNatSchG auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises; in: Natur und Recht, Ausgabe 38, S. 591-597;

- Schlacke, S.; Schmittker D. 2015: Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten – Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015); Herausgeber: Fachagentur Windenergie an Land;
- Schwarzenberg, S.; Ruß, S.; Sailer, F. 2016: Aktuelle Entwicklung im Bereich der Windenergieerlasse der Länder; in: Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 19, Stiftung Umweltenergie recht;
- Willmann, S. 2016: Das neue Helgoländer Papier; in: Aktuelle Herausforderungen der Windenergienutzung, S. 50-71; Herausgeber: Thiele, J., Brand, E., k:wer-Schriften;
- Windenergieerlass BaWü 2012: Windenergieerlass Baden-Württemberg - Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz, des Ministeriums für Verkehr und Infrastruktur und des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft; Aktenzeichen Az.:64-4583/404;

Gerichtsurteile:

- VG Freiburg, Urt. v. 17.2.2009 – 3 K 805/08, NuR 2009, 440.
- BVerwG, Urt. v. 27.01.2000, 4 C 2.99, Rn. 39
- VGH München, Urt. v. 29.3.2016 – 22 B 14.1875 und 22 B 14.1876
- VG Würzburg, Urt. v. 12.11.2013 – W 4 K 12.904 und W 4 K 12.905

Internetquellen:

- Amtschefkonferenz Ergebnisprotokoll TOP12 vom 21.05.2015 (zuletzt aufgerufen 1.05.2017):
https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/Ergebnisprotokoll_55-_ACK_Banz.pdf
- BFN 2014: Bundesamt für Naturschutz (zuletzt aufgerufen am 1.05.2017):
https://www.bfn.de/0401_2014.html?&cHash=a1f35d532431d0286cbaafd4de8ba1a4&tx_ttnews%5Btt_news%5D=4914

Kalinowski, R.: Sachverstand-Gutachten.de (zuletzt aufgerufen am 1.05.2017):

http://www.sachverstand-gutachten.de/wissenswertes/wissenswertes_techniklauseln.html

Software:

QGIS: Quantum GIS; Version 1.7.4; lizenziert unter der GNU General Public License;

Anhang 3: Nachweis Windenergieerlasse und wichtige windspezifische Dokumente (Schwarzenberg et al 2016, S. 23-29)

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder

E. Anhang: Nachweis Windenergieerlasse und wichtiger windspezifischer Dokumente

Bundesland	Herausgeber	Titel (i.d.R. mit Online-Link)	Hier verwendeter Kurztitel	Datum
Baden-Württemberg	Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz, Ministerium für Verkehr und Infrastruktur, Ministerium für Finanzen und Wirtschaft	Windenergieerlass Baden-Württemberg	Windenergieerlass Baden-Württemberg, 2012	09. Mai 2012
	Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz	Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen	Hinweise zur artenschutzrechtlichen Ausnahme Baden-Württemberg, 2015	01. Juli 2015
	Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz	Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen	Hinweise zur Bewertung und Vermeidung Baden-Württemberg, 2015	01. Juli 2015
	Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, Ministerium für ländlichen Raum und Verbraucherschutz	Windkraftanlagen - Hinweise zur Berücksichtigung der Windhöflichkeit bei naturschutzrechtlichen Abwägungen in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen	Hinweise zur Berücksichtigung der Windhöflichkeit Baden-Württemberg, 2014	17. Oktober 2014
	Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz	Anlage zum Erlass vom 17. Oktober 2014 Tabelle der LUBW mit Erläuterungen zu den	Anlage Tabelle der LUBW Baden-Württemberg, 2014	17. Oktober 2014

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder

Bundesland	Herausgeber	Titel (i.d.R. mit Online-Link)	Hier verwendeter Kurztitel	Datum
		verschiedenen Daten- grundlagen		
	Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz	Hinweise für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen	Hinweise für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten Baden-Württemberg, 2013	01. März 2013
Bayern	Gemeinsame Bekanntmachung der Staatsministerien des Innern, für Bau und Verkehr, für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst, der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat, für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie, für Umwelt und Verbraucherschutz sowie für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten	Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (Windenergieanlage) Entwurf des Windenergieerlass 2015	Entwurf Windenergieerlass Bayern, 2015	2015 (soweit ersichtlich bislang nur in einer internen Fassung)
	Gemeinsame Bekanntmachung der Staatsministerien des Innern, für Wissenschaft, Forschung und Kunst, der Finanzen, für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, für Umwelt und Gesundheit sowie für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten	Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen	Windenergieerlass Bayern, 2011	20. Dezember 2011 (wird ersetzt werden durch den neuen Windenergieerlass)
Brandenburg ¹⁵¹	Ministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz	Leitfaden des Landes Brandenburg für Planung, Genehmigung und Betrieb von Windkraftanlagen im Wald unter besonderer Berücksichtigung des Brandschutzes	Leitfaden Windenergieanlage im Wald Brandenburg, 2014	Mai 2014

¹⁵¹ Siehe zudem etwa auch den [Erlass zum Vollzug des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG](#) von Januar 2011.

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder

Bundesland	Herausgeber	Titel (i.d.R. mit Online-Link)	Hier verwendeter Kurztitel	Datum
	Ministerium für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft	Anforderungen an faunistische Untersuchungen im Rahmen von Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen im Land Brandenburg - Anlage 2	Anforderungen an faunistische Untersuchungen Brandenburg, 2013	August 2013
	Ministerium für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft	Tierökologische Abstandskriterien für die Errichtung von Windenergieanlagen in Brandenburg (TAK) - Anlage 1	Tierökologische Abstandskriterien Brandenburg, 2012	15. Oktober 2012
	Ministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz	Beachtung naturschutzfachlicher Belange bei der Ausweisung von Windeignungsgebieten und bei der Genehmigung von Windenergieanlagen	Naturschutzfachliche Belange Brandenburg, 2011	01. Januar 2011
	Ministerium für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft	Handlungsempfehlung zum Umgang mit Fledermäusen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Brandenburg – Anlage 3	Handlungsempfehlung Umgang mit Fledermäusen Brandenburg, 2010	13. Dezember 2010
	Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft, Ministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz	Sicherung der Verwirklichung von in Aufstellung befindlichen Zielen der Raumordnung zur Steuerung der Windenergienutzung	Steuerung der Windenergienutzung Brandenburg, 2010	23. April 2010
Hamburg	Behörde für Umwelt und Energie	Ausschlussgebiete für Windkraftanlagen in Hamburg	Ausschlussgebiete WKA in Hamburg, 2010	26. Oktober 2010
Hessen	Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung	Windenergie in Hessen Von den Beschlüssen des Energiegipfels zur konkreten Umsetzung vor Ort Informationen & Erfahrungen	Windenergie-Broschüre Hessen, 2015	Mai 2015
	Ministerium für Umwelt, Energie, Landwirtschaft und Verbraucherschutz,	Leitfaden Berücksichtigung der Naturschutz-	Leitfaden Berücksichtigung	29. November 2012

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder

Bundesland	Herausgeber	Titel (i.d.R. mit Online-Link)	Hier verwendeter Kurztitel	Datum
	Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung	belange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) in Hessen	der Naturschutzbelange in Hessen, 2012	
	Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, Ministerium für Umwelt, Energie, Landwirtschaft und Verbraucherschutz	Handlungsempfehlungen zu Abständen von raumbedeutsamen Windenergieanlagen zu schutzwürdigen Räumen und Einrichtungen	Handlungsempfehlungen Abstände Windenergieanlage Hessen, 2010	17. Mai 2010
Mecklenburg-Vorpommern ¹⁵²	Ministerium für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung	Anlage 3 der Richtlinie zum Zwecke der Neuaufstellung, Änderung und Ergänzung Regionaler Raumentwicklungsprogramme in Mecklenburg-Vorpommern - Hinweise zur Festlegung von Eignungsgebieten für Windenergieanlagen	Hinweise zur Festlegung von Eignungsgebieten Mecklenburg-Vorpommern, 2012	22. Mai 2012
Niedersachsen	Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz	Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen an Land in Niedersachsen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergieerlass)	Entwurf Windenergieerlass Niedersachsen, 2015	14. Dezember 2015
	Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz	Für eine sichere und umweltfreundliche Energieversorgung – Windenergienutzung mit Augenmaß - FAQ zum Winderlass	Fragen und Antworten zum Windenergieerlass Niedersachsen, 2015	14. Dezember 2015
	Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz	Leitfaden Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen	Umsetzung des Artenschutzes Niedersachsen, 2015	23. November 2015

¹⁵² Siehe zudem auch noch die hier nicht näher betrachteten „Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windenergieanlagen (WEA-Schattenwurf-Hinweise)“ sowie die „Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windenergieanlagen“ auf der Seite des Landesamts für Umwelt, Naturschutz und Geologie (LUNG) im Mecklenburg-Vorpommern.

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder

Bundesland	Herausgeber	Titel (i.d.R. mit Online-Link)	Hier verwendeter Kurztitel	Datum
Nordrhein-Westfalen	Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz, Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr, Staatskanzlei	Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung	Windenergieerlass Nordrhein-Westfalen, 2015	04. November 2015 (ersetzt den Windenergie-Erlass vom 11.07.2011)
	Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz	Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“	Leitfaden Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes in Nordrhein-Westfalen, 2013	12. November 2013
	Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz	Leitfaden Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen auf Waldflächen in Nordrhein-Westfalen	Leitfaden Windenergieanlage auf Waldflächen Nordrhein-Westfalen, 2012	29. März 2012
Rheinland-Pfalz	Ministerium für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung, Ministerium der Finanzen, Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten, Ministerium des Innern, für Sport und Infrastruktur	Hinweise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Errichtung von Windenergieanlagen in Rheinland-Pfalz (Rundschreiben Windenergie)	Rundschreiben Windenergie Rheinland-Pfalz, 2013	28. Mai 2013
	Staatliche Vogelschutzbehörde für Hessen, Rheinland-Pfalz und das Saarland (Frankfurt am Main), Landesamt für Umwelt, Wasserwirtschaft und Gewerbeaufsicht Rheinland-Pfalz (Mainz) im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Verbraucherschutz, Weinbau und Forsten Rheinland-Pfalz	Naturschutzfachlicher Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in Rheinland-Pfalz Artenschutz (Vögel, Fledermäuse) und NATURA 2000-Gebiete	Naturschutzfachlicher Rahmen Windenergienutzung Rheinland-Pfalz, 2012	13. September 2012

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder

Bundesland	Herausgeber	Titel (i.d.R. mit Online-Link)	Hier verwendeter Kurztitel	Datum
Saarland	Ministerium für Umwelt, Energie und Verkehr	Neue Energien und Klimaschutz. Leitfaden zur Windenergienutzung im Saarland	Leitfaden zur Windenergienutzung im Saarland, 2012	17. Januar 2012
Sachsen	Staatsministerium des Innern, Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr	Gemeinsamer Erlass über Mindestabstände zwischen Wohngebieten und Vorrang- u. Eignungsgebieten zur Nutzung der Windenergie	Abstandserlass Sachsen, 2015	20. November 2015
Sachsen-Anhalt	Ministerium für Bau und Verkehr	Genehmigung von Windenergieanlagen hier: Folgerung aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts	Genehmigungshinweis Sachsen-Anhalt, 2004	30. Juni 2004
	Ministerium für Bau und Verkehr, Ministerium für Landesentwicklung und Verkehr	Hinweise zur Umsetzung bauplanungs- und bauordnungsrechtlicher Anforderungen zur Rückbauverpflichtung und Sicherheitsleistung an Windenergieanlagen (WEA)	Rückbau-Hinweis Sachsen-Anhalt, 2005	21. Juni 2005
	Ministerium für Landesentwicklung und Verkehr	Baurechtliche Relevanz von Änderungen an Windkraftanlagen	Baurechts-Hinweis Sachsen-Anhalt, 2007	13. August 2007
Schleswig-Holstein	Staatskanzlei, Innenministerium, Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume, Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie	Grundsätze zur Planung von und zur Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bei Windkraftanlagen	Windenergieerlass Schleswig-Holstein, 2012	26. November 2012 (zwischenzeitlich weitgehend aufgehoben in der Fassung vom 23.06.2015) ¹⁵³
	Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein (MELUR),	Errichtung von Windenergieanlagen (WEA) innerhalb der Abstandsgrenzen der sogenannten Potentiellen	Großvogelarten-Empfehlung Schleswig-Holstein, 2013	Juli 2013

¹⁵³ Siehe hierzu oben Fn. 14.

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder

Bundesland	Herausgeber	Titel (i.d.R. mit Online-Link)	Hier verwendeter Kurztitel	Datum
	Landesamt für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein (LLUR)	Beeinträchtigungsbereiche bei einigen sensiblen Großvogelarten		
	Landesamt für Natur und Umwelt	Empfehlungen zur Berücksichtigung tierökologischer Belange bei Windenergieplanungen in Schleswig-Holstein	Tierökologische Empfehlungen Schleswig-Holstein, 2008	Dezember 2008
Thüringen	Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft	Planung von Vorranggebieten „Windenergie“, die zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten haben (Windenergieerlass)	Entwurf Windenergieerlass Thüringen, 2015	20. Juli 2015
	Ministerium für Bau und Verkehr	Handlungsempfehlung für die Fortschreibung der Regionalpläne zur Ausweisung von Vorranggebieten „Windenergie“, die zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten haben (Stand April 2005)	Handlungsempfehlung zur Ausweisung von Vorranggebieten Thüringen, 2005	2005 (wird ersetzt werden durch den neuen Windenergieerlass)