

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
der Piratenfraktion
Herrn Torge Schmidt, MdL

- im Hause -

Ihre Nachricht vom: 07.02.2013

Mein Zeichen: L 202 – 59/18
Meine Nachricht vom:

Bearbeiter/in:
Dr. Sonja Riedinger

Telefon (0431) 988-1104
Telefax (0431) 988-1250
sonja.riedinger@landtag.ltsh.de

02.07.2013

Anfrage zum FFH-/EU-Vogelschutzgebiet Schierenwald

Sehr geehrter Herr Schmidt,

mit Schreiben vom 07.02.2013 haben Sie uns um Beantwortung von Fragen im Zusammenhang mit der Errichtung eines Windparks mit bis zu 12 Windenergieanlagen (WEA)¹ im Naturpark Aukrug² gebeten.

Nachdem Sie diesen Auftrag zwischenzeitlich zurückgestellt hatten, kommen wir dieser Bitte nunmehr gerne nach und nehmen wie folgt Stellung:

1. Unter welchen Voraussetzungen ist die EU-Vogelschutzrichtlinie dazu geeignet, die Errichtung von WEA zu verhindern und stellt das Vogelschutzgebiet Schierenwald – vor dem Hintergrund des oben geschilderten Szenarios – einen solchen Verhinderungsgrund dar?

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)³ i. V. m. § 1 Abs. 1 der 4. BImSchV⁴ und Nr. 1.6 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV sind die Errich-

¹ Laut Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Angelika Beer stellen die geplanten Windeignungsflächen in den Gemeinden Poyenberg und Meezen nicht genügend Fläche für zwölf Windkraftanlagen bereit. Die Landesregierung geht daher von einer maximalen Anzahl von drei bis vier Anlagen aus, vgl. Drs. 18/249, S. 1.

² Aufgrund Ihrer Angaben gehen wir davon aus, dass Ihre Fragen die in den Teilfortschreibungen des Regionalplanes 2012 für den Planungsraum III und für den Planungsraum IV zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung (Amtsbl. Schl.-H. S. 1330 und S. 1336) benannten Eignungsgebiete in den Gemeinden Poyenberg (Eignungsgebietsnummer 285) und Meezen (Eignungsgebietsnummer 286) betreffen. Diese Eignungsgebiete liegen im Naturpark Aukrug, haben aber im Übrigen keine Überschneidungen mit den in der Umgebung befindlichen EU-Vogelschutz- und FFH-Gebieten sowie Naturschutz- und Landschaftsschutzgebieten.

³ In der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274).

tung und der Betrieb von Anlagen zur Nutzung von Windenergie mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern genehmigungsbedürftig. Handelt es sich dabei um 20 oder mehr Windkraftanlagen, so ist gem. Nr. 1.6.1 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV ein Genehmigungsverfahren gem. § 10 BImSchG (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) notwendig; handelt es sich dabei um weniger als 20 Windkraftanlagen, so ist gem. Nr. 1.6.2 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV das vereinfachte Verfahren gem. § 19 BImSchG (ohne Öffentlichkeitsbeteiligung) ausreichend.⁵ Zur Höhe der geplanten Windkraftanlagen ist uns nichts Konkretes bekannt; laut Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Angelika Beer soll es sich jedoch um einen neuen Anlagentyp handeln, der für windschwächere Standorte ausgelegt ist und in der Regel größere Rotoren und Masthöhen als vergleichbare WEA für Starkwind-Standorte hat (Drs. 18/249, S. 1 f.). Wir gehen daher im Folgenden von der Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz aus.⁶

Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn (1.) sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und (2.) andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 BImSchG). Zu den anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung entgegenstehen können, gehören u. a. die Vorschriften des Bauplanungs- und Raumordnungsrechts sowie die Vorschriften des Natur- und Artenschutzrechts. Die Genehmigung entfaltet

⁴ Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen) vom 02.05.2013 (BGBl. I S. 973).

⁵ Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1c der 4. BImSchV ist das förmliche Verfahren nach § 10 BImSchG allerdings in jedem Fall dann durchzuführen, wenn das Vorhaben einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bedarf. Zu den Voraussetzungen der UVP vgl. FN 6.

⁶ Ob in diesem Zusammenhang auch eine Umweltverträglichkeitsprüfung notwendig wird, ergibt sich aus § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG vom 24.02.2010, BGBl. I S. 94, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 08.04.2013, BGBl. I S. 734) i. V. m. Nr. 1.6 der Anlage 1 (Liste „UVP-pflichtige Vorhaben“). Eine unmittelbare UVP-Pflicht ergibt sich nur bei Errichtung und Betrieb einer Windfarm mit Anlagen mit einer Gesamthöhe von jeweils mehr als 50 Metern und mit 20 oder mehr Windkraftanlagen (vgl. Nr. 1.6.1); bei 6 bis weniger als 20 Windkraftanlagen findet eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls gem. § 3c Satz 1 UVPG statt (Nr. 1.6.2); bei 3 bis weniger als 6 Windkraftanlagen eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls gem. § 3c Satz 2 UVPG (Nr. 1.6.3).

Vorliegend sind im Rahmen des raumordnerischen Verfahrens bereits Umweltprüfungen gem. § 9 i. V. m. § 8 des Raumordnungsgesetzes (ROG vom 22.12.2008, BGBl. I S. 2986, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 31.07.2009, BGBl. I S. 2585) durchgeführt worden, vgl. Umweltberichte, Anlage zur Teilfortschreibung zum Regionalplan für den Planungsraum III zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung (im Internet abrufbar unter: http://www.schleswig-holstein.de/STK/DE/Schwerpunkte/Landesplanung/WeitereThemen/Windenergie/Teilfortschreibungen/Downloads/Planungsraum3/umweltbericht_blob=publicationFile.pdf) sowie Anlage zur Teilfortschreibung zum Regionalplan für den Planungsraum IV zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung (im Internet abrufbar unter: http://www.schleswig-holstein.de/STK/DE/Schwerpunkte/Landesplanung/WeitereThemen/Windenergie/Teilfortschreibungen/Downloads/Planungsraum4/umweltbericht_blob=publicationFile.pdf). Der Umfang einer ggf. durchzuführenden Umweltverträglichkeitsprüfung wäre daher gem. § 23a der 9. BImSchV beschränkt.

eine sog. Konzentrationswirkung, d. h. dass andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen eingeschlossen sind, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen (mit bestimmten Ausnahmen, vgl. § 13 BImSchG).

1.1 Da vorliegend nach den Auswirkungen von Vogelschutzgebieten gefragt wird, beschränken sich unsere näheren Ausführungen auf diesen Themenkomplex.

Im Hinblick auf FFH- oder europäische Vogelschutzgebiete ist insbesondere § 34 BNatSchG zu beachten. Gemäß § 34 Abs. 1 BNatSchG sind Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebiets⁷ zu überprüfen, wenn sie einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen, und nicht unmittelbar der Verwaltung des Gebiets dienen.⁸ Projekt in diesem Sinne ist auch die Errichtung einer Windfarm oder Windkraftanlage.⁹ Ergibt die Prüfung der Verträglichkeit, dass das Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann, ist es gem. § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässig.^{10/11}

Nach der auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur FFH-Richtlinie gestützten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist somit grundsätzlich jede Beeinträchtigung von Erhaltungszielen erheblich und muss als Beeinträchtigung

⁷ Zu den Natura 2000-Gebieten zählen sowohl die Gebiete, die aufgrund der FFH-Richtlinie benannt sind, als auch die Gebiete, die aufgrund der Vogelschutzrichtlinie benannt sind, vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 6, § 31 BNatSchG.

⁸ Diese FFH-Verträglichkeitsprüfung ist von der Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterscheiden. Letztere hat die Aufgabe, die Auswirkungen auf die Umwelt umfassend zu ermitteln, beschreiben und bewerten, während die Verträglichkeitsprüfung i. S. d. § 34 Abs. 1 BNatSchG darauf abzielt, das betreffende Projekt auf seine Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen des betroffenen Schutzgebiets zu überprüfen, vgl. Ewer, in: Lütkes/Ewer, Bundesnaturschutzgesetz, 2011, § 34 RN 17.

⁹ Scheidler, in: DVBl. 2012, S. 216, 218; Weidemann/Krappel, in: DÖV 2011, S. 19, 25; vgl. auch OVG Münster, ZUR 2011, S. 35 ff.

¹⁰ § 34 BNatSchG dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie (Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen, ABl. EG L 206, S. 7, zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/105/EG des Rates vom 20.11.2006, ABl. EG L 363, S. 368). Danach erfordern Pläne oder Projekte, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebietes in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind, die ein solches Gebiet jedoch einzeln oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten, eine Prüfung auf Verträglichkeit mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung und vorbehaltlich [bestimmter Ausnahmen] dürfen die zuständigen einzelstaatlichen Behörden dem Plan bzw. Projekt nur zustimmen, wenn sie festgestellt haben, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird, und nachdem sie gegebenenfalls die Öffentlichkeit angehört haben.

¹¹ § 34 Abs. 1 bis 7 BNatSchG gilt mit Ausnahme von Bebauungsplänen, die eine Planfeststellung ersetzen, nicht für Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 BauGB und während der Planaufstellung nach § 33 BauGB (§ 34 Abs. 8 BNatSchG). Mangels gegenteiliger Angaben gehen wir im Rahmen dieses Gutachtens davon aus, dass ein Bebauungsplan für das in Frage stehende Gebiet nicht vorhanden ist.

des Gebiets als solches gewertet werden. Unerheblich sind danach nur Beeinträchtigungen, die kein Erhaltungsziel nachteilig berühren.¹² Vorbehaltlich eines Ausnahmegrundes dürfen Projekte daher nur zugelassen werden, wenn sie sich nicht nachteilig auf das geschützte Gebiet als solches auswirken können.¹³

Bei der Frage, ob ein Projekt zu „erheblichen Beeinträchtigungen“ i. S. d. § 34 Abs. 2 BNatSchG führen kann, handelt es sich allerdings in erster Linie um eine naturschutzfachliche Fragestellung, die anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beantwortet werden muss.¹⁴ Hierzu kann der Wissenschaftliche Dienst mit Ausnahme der Darstellung der in der Rechtsprechung herausgearbeiteten relevanten Kriterien nicht Stellung nehmen.

Mit Blick auf die Erhaltungsziele¹⁵ eines FFH-Gebiets stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allein der günstige Erhaltungszustand der geschützten Lebensräume und Arten ein geeignetes Bewertungskriterium dar. Zu fragen ist, ob gewährleistet ist, dass ein günstiger Erhaltungszustand trotz Durchführung des Vorhabens stabil bleiben wird.¹⁶ Beim günstigen Erhaltungszustand einer vom Erhaltungsziel des FFH-Gebiets umfassten Tier- oder Pflanzenart geht es um ihr Verbreitungsgebiet und ihre Populationsgröße.¹⁷ Von dem Vorhaben ausgehende Stressfaktoren dürfen die artspezifische Populationsdynamik nicht soweit stören, dass die Art nicht mehr „ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird“ (Art. 1 lit. i der FFH-Richtlinie).¹⁸ Dabei ist der Verlust einzelner Brut-, Nahrungs- oder Rückzugsgebiete bei Vögeln nicht notwendig mit einer Abnahme des Verbreitungsgebietes gleichzusetzen, wenn es die Lebensweise der betroffenen Art ihr unter den gegebenen Umständen gestattet, Flächenverluste selbst auszugleichen und ihren Lebensraum zu verlagern.¹⁹

¹² BVerwGE 128, 1, 21; Ewer, in: Lütkes/Ewer, Bundesnaturschutzgesetz, 2011, § 34 RN 32.

¹³ OVG Münster, ZUR 2011, S. 35, 36 f.

¹⁴ BVerwGE 128, 1, 21 f.

¹⁵ Erhaltungsziele sind gem. § 7 Abs. 1 Nr. 9 BNatSchG Ziele, die im Hinblick auf die Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands eines natürlichen Lebensraumtyps von gemeinschaftlichem Interesse, einer in Anhang II der RL 92/43/EWG oder in Art. 4 Abs. 2 oder Anhang I der RL 2009/147/EG aufgeführten Art für ein Natura 2000-Gebiet festgelegt sind.

¹⁶ OVG Lüneburg, Urteil vom 12.11.2008, Az.: 12 LC 72/07, RN 66 – zit. nach juris.

¹⁷ BVerwGE 128, 1, 22.

¹⁸ OVG Lüneburg, Urteil vom 12.11.2008, Az.: 12 LC 72/07, RN 66 – zit. nach juris.

¹⁹ BVerwGE 128, 1, 23 m. w. N.; OVG Lüneburg, Urteil vom 12.11.2008, Az.: 12 LC 72/07, RN 66 – zit. nach juris.

Schutz- und Kompensationsmaßnahmen²⁰ sind zu berücksichtigen, wenn durch sie gewährleistet wird, dass ein günstiger Erhaltungszustand der geschützten Lebensraumtypen und Arten stabil bleibt, da sich dann die nachteiligen Wirkungen des Vorhabens unterhalb der Erheblichkeitsschwelle bewegen.²¹ Der notwendige Grad der Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung ist bereits dann erreicht, wenn anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Vorhaben das fragile Gebiet erheblich beeinträchtigt; ein „Nullrisiko“ wird dagegen nicht verlangt.²² Das Projekt ist vielmehr zulässig, wenn nach Abschluss der Verträglichkeitsprüfung kein vernünftiger Zweifel verbleibt, dass erhebliche Beeinträchtigungen vermieden werden.²³ Rein theoretische Besorgnisse begründen keine Prüfungspflicht.²⁴

Vorliegend ist nicht geplant, Windenergieanlagen in einem Vogelschutzgebiet zu errichten. Jedoch ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass erhebliche Beeinträchtigungen i. S. d. § 34 Abs. 2 BNatSchG auch von Projekten ausgehen können, die außerhalb eines Schutzgebietes errichtet werden.²⁵

Nach der Rechtsprechung des OVG Münster können Windenergieanlagen, die außerhalb Europäischer Vogelschutzgebiete errichtet werden sollen, Gebietsbestandteile, die für dessen Erhaltungsziele und Schutzzweck maßgebend sind, im Regelfall nicht mittels der von ihnen ausgehenden Emissionen erheblich beeinträchtigen. Etwas anderes gelte nur, wenn durch die Errichtung der Windenergieanlage ein Funktionsverlust des Schutzgebiets zu besorgen ist, weil etwa die Gefahr einer „Verriegelung“ des Gebiets besteht oder weil sie eine Barrierewirkung dergestalt entfalten, dass die Vögel daran gehindert werden, das Schutzgebiet zu erreichen oder zwischen Nahrungs- und Rastplätzen, die sich jeweils in einem Schutzgebiet befinden, zu wechseln.²⁶ Unabhängig davon kann die Einhaltung bestimmter Schutzabstände geboten sein, um er-

²⁰ Zur Möglichkeit technischer Maßnahmen zur Vermeidung von Vogelschlag vgl. *Fest*, Die Errichtung von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner Ausschließlichen Wirtschaftszone, 2010, S. 262; vgl. auch *OVG Weimar*, Urteil vom 29.05.2007, Az.: 1 KO 1054/03, RN 54, zur Bedeutung des Bewuchses im Umfeld von Windkraftanlagen – zit. nach juris.

²¹ *BVerwGE* 128, 1, 26 f.; vgl. auch *Meßerschmidt*, Bundesnaturschutzrecht, § 34 BNatSchG RN 33.

²² *BVerwGE* 128, 1, 29; vgl. auch *Ewer*, in: Lütkes/Ewer, Bundesnaturschutzgesetz, 2011, § 34 RN 31.

²³ *BVerwGE* 130, 299, 334.

²⁴ *BVerwGE* 128, 1, 30; *OVG Münster*, ZUR 2011, S. 35, 38.

²⁵ *BVerwGE* 107, 1; 128, 1, 18 f.; *OVG Münster*, ZUR 2011, S. 35, 37 f.; *OVG Lüneburg*, Urteil vom 12.11.2008, Az.: 12 LC 72/07, RN 65 – zit. nach juris; vgl. auch *Fest*, Die Errichtung von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner Ausschließlichen Wirtschaftszone, 2010, S. 294; *Scheidler*, in: DVBl. 2012, S. 216, 218.

²⁶ *OVG Münster*, ZUR 2011, S. 35, 38.

hebliche Beeinträchtigungen, die von außen auf das Schutzgebiet einwirken, zu vermeiden²⁷ (zu tierökologischen Abstandskriterien vgl. unter 2.).

Ob dies vorliegend der Fall wäre, ist – wie bereits ausgeführt – eine naturschutzfachliche Frage, die anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beantwortet werden muss und vom Wissenschaftlichen Dienst nicht beurteilt werden kann. Gleiches gilt für die Frage, ob eine Abweichung nach § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG in Frage käme.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber darauf, dass der Umweltbericht als Anlage zur Teilfortschreibung zum Regionalplan für den Planungsraum III zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung²⁸ bestimmt, dass die einzuhaltenden Abstände zwischen EU-Vogelschutzgebieten und förmlich abgestimmten FFH-Gebieten und Eignungsgebieten für Windenergienutzung bzw. Windkraftanlagen entsprechend dem gemeinsamen Runderlass „Grundsätze zur Planung von Windkraftanlagen“ 300 Meter + Rotorradius betragen. Daher können nach Einschätzung des Umweltberichts für die Betrachtungsebene des Regionalplans erhebliche Beeinträchtigungen ausgeschlossen werden. In den nachfolgenden Plan- und Genehmigungsverfahren müsse aber ausgehend vom konkreten Vorhaben eine abschließende Natura 2000-Prüfung nach § 34 BNatSchG erfolgen.²⁹ Gleiche Formulierungen finden sich auch im Umweltbericht als Anlage zur Teilfortschreibung zum Regionalplan für den Planungsraum IV zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung.³⁰

1.2 Dieses Ergebnis ändert sich nicht aufgrund der Tatsache, dass sich das Areal, auf dem die Windenergieanlagen errichtet werden sollen, im Naturpark Aukrug befindet.

Naturparke sind gem. Ziffer 3.5.2 Abs. 9 des Landesentwicklungsplans (LEP)³¹ Ausschlussgebiete mit der Möglichkeit der Feinsteuerung auf der Regionalebene. Das bedeutet, dass die Festlegung von Windeignungsgebieten in entsprechenden Gebieten zulässig ist, wenn die Errichtung von Windkraftanlagen im Einzelfall mit dem Schutz- bzw. Nutzungszweck dieser Gebiete vereinbar ist.

²⁷ Vgl. nur *OVG Lüneburg*, Urteil vom 12.11.2008, Az.: 12 LC 72/07, RN 68 – zit. nach juris; *Scheidler*, in: DVBl. 2012, S. 216, 219.

²⁸ S. oben, FN 6.

²⁹ Ebd. S. 34.

³⁰ S. oben, FN 6, S. 34.

³¹ Landesentwicklungsplan Schleswig-Holstein 2010 vom 13.07.2010 (Amtsbl. Schl.-H. S. 719).

Ein strengeres Schutzregime ist weder aufgrund des Bundes- noch des Landesnaturschutzgesetzes geboten. Die Regelung zu Naturparks in § 27 BNatSchG, die ein Verbotssystem im Übrigen ebenfalls nicht vorsieht, gilt gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 LNatSchG in Schleswig-Holstein nicht.³² Vielmehr erfolgt die Erklärung zu Naturparks gem. § 16 Abs. 1 Satz 2 LNatSchG durch Allgemeinverfügung. In dieser Erklärung werden Schutz- und Entwicklungsziele festgelegt (§ 16 Abs. 2 Satz 1 LNatSchG); die Möglichkeit, nach § 22 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG in diesem Zusammenhang konkrete Ge- und Verbote festzulegen, besteht jedoch gem. § 16 Abs. 2 Satz 2 LNatSchG nicht. Entsprechendes ergibt sich daher auch nicht aus der Erklärung über den Naturpark „Aukrug“ im Kreis Rendsburg-Eckernförde³³.

2. Unter welchen Voraussetzungen ist das Europäische Artenschutzrecht dazu geeignet, die Errichtung von Windenergieanlagen zu verhindern und inwieweit stellt die Schutzwürdigkeit der im Schierenwald vorkommenden Arten (Uhu, Roter Milan, Seeadler, Schwarzstorch) einen solchen Verhinderungsgrund dar?

Auch aus den vom europäischen Recht geprägten Artenschutzregelungen im Bundesnaturschutzgesetz können sich Einschränkungen für die Zulassungsfähigkeit von Windkraftanlagen ergeben.

Uhu, Rotmilan, Seeadler und Schwarzstorch sind in Anhang A der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 09.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels³⁴ gelistet und gelten somit als besonders geschützte Arten i. S. v. § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG sowie als streng geschützte Arten i. S. v. § 7 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG. Diese Arten werden durch eine Reihe von Verbotstatbeständen geschützt. So werden in § 44 Abs. 1 BNatSchG Zugriffsverbote normiert, darunter das Verbot, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören (Nr. 1), sowie das Verbot, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwin-

³² Im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege (ohne die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes oder des Meeresnaturschutzes) können die Länder gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG durch Gesetz abweichende Regelungen von bestehenden Bundesregelungen treffen.

³³ Amtsbl. Schl.-H. 1998, S. 684.

³⁴ ABl. EG L 61 vom 03.03.1997, S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 1158/2012 der Kommission vom 27.11.2012, ABl. EU L 339, S. 1.

terungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert (Nr. 2).

Ob die artenschutzrechtlichen Verbote einschlägig sind, obliegt der naturschutzfachlichen Einschätzung der Zulassungsbehörde.³⁵ Das OVG Lüneburg führt insoweit aus, „(d)a zur fachgerechten Beurteilung ornithologische Kriterien maßgeblich sind, die zutreffende Entscheidung prognostische Elemente enthält und überdies naturschutzfachlich allgemein anerkannte standardisierte Maßstäbe und rechenhaft handhabbare Verfahren fehlen, muss der zuständigen Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuerkannt werden. Die gerichtliche Prüfung ist insoweit auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt“³⁶. Diese beschränkt sich darauf, ob die Einschätzung der Behörde im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar ist und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruht, das sich als unzulängliches oder ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden.³⁷

Das Verbot von Störungen nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG kann durch bau- und betriebsbedingte Beeinträchtigungen der geschützten Tierarten in Form von Lärm, Wärme oder optischen Reizen erfüllt werden.³⁸ Allerdings zeigen offenbar gerade die schlaggefährdeten Arten wie Greifvögel kein oder nur sehr geringes Meideverhalten. Eine störende Wirkung kommt eher bei Rastvögeln zum Tragen, die hier nicht in Rede stehen. Zudem können solche Störwirkungen bei Windenergieanlagen durch das Einhalten eines Abstandes von ca. 500 Metern vermieden werden.³⁹ Es erscheint daher eher unwahrscheinlich, dass der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG vorliegend zum Tragen kommen könnte.

Das Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG kann zwar nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch dann erfüllt sein, wenn sich die Tötung als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns erweist, denn ausreichend ist, dass der Handelnde die Tötung von Tieren der genannten Arten „gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat“⁴⁰; gleichwohl ist dieser Tat-

³⁵ Hinsch, in: ZUR 2011, S. 191, 193.

³⁶ OVG Lüneburg, Urteil vom 12.11.2008, Az.: 12 LC 72/07, RN 75 – zit. nach juris.

³⁷ OVG Münster, Beschluss vom 06.11.2012, Az.: 8 B 441/12, RN 31 m. w. N. – zit. nach juris.

³⁸ Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 06.11.2012, Az.: 8 B 441/12, RN 18 ff. – zit. nach juris.

³⁹ Zum Ganzen Hinsch, in: ZUR 2011, S. 191, 195.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 18.05.2006, Rs. C-221/04, Slg. I-4536, RN 71; vgl. auch OVG Weimar, Urteil vom 14.10.2009, Az.: 1 KO 372/06, RN 34 m. w. N. – zit. nach juris.

bestand nicht bereits dann erfüllt, wenn betriebsbedingt einzelne Tiere durch eine Windkraftanlage getötet werden können. Einschlägig ist das Tötungsverbot jedoch dann, wenn sich das Risiko des Erfolgseintritts durch das Vorhaben in signifikanter Weise erhöht,⁴¹ also eine deutliche Erhöhung des allgemeinen Lebensrisikos der im Gebiet befindlichen geschützten Arten zu erwarten ist.⁴² Dieser Tatbestand betrifft also gerade die schlaggefährdeten Arten.

Ob eine signifikante Erhöhung des allgemeinen Lebensrisikos der im Gebiet befindlichen geschützten Arten zu erwarten ist, unterliegt aber wiederum einer naturschutzfachlichen Einschätzung, die vom Wissenschaftlichen Dienst nicht vorgenommen werden kann. Jedoch können auch hier bestimmte Parameter aufgezeigt werden:

So spricht gegen den Standort einer Windkraftanlage beispielsweise, wenn dort Hauptflugrouten verlaufen oder sich bevorzugte Jagdgebiete befinden.⁴³ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass naturschutzfachliche Empfehlungen für Abstandsregelungen existieren, darunter die „Empfehlungen zur Berücksichtigung tierökologischer Belange bei Windenergieplanungen in Schleswig-Holstein“ des Landesamtes für Natur und Umwelt vom Dezember 2008⁴⁴, ferner der Länder-Arbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten⁴⁵ sowie die „Tierökologischen Abstandskriterien für die Errichtung von Windenergieanlagen in Brandenburg“ (Stand: 01.06.2003) des Ministeriums für Landwirtschaft, Umweltschutz und Raumordnung Brandenburg und die unter dem Titel „Naturschutz und Windenergie“ von einer Arbeitsgruppe des Niedersächsischen Landkreistages erarbeiteten „Hinweise zur Berücksichtigung des Naturschutzes und der Landschaftspflege sowie zur Durchführung der Umweltprüfung und Umweltverträglichkeitsprüfung bei Standortplanung und Zulassung von Windenergieanlagen“

⁴¹ Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten betreffend den Bau von Straßen entwickelt, vgl. *BVerwGE* 130, 299, 366, wird aber auch auf die Errichtung von Windkraftanlagen übertragen, vgl. *VG Minden*, NuR 2010, S. 891, 894 m. w. N.; *OVG Magdeburg*, Urteil vom 23.07.2009, Az.: 2 L 302/06, RN 60 ff. – zit. nach juris; vgl. auch *Heugel*, in: Lütkes/Ewer, Bundesnaturschutzgesetz, 2011, § 44 RN 8.

⁴² *Hinsch*, in: ZUR 2011, S. 191, 193.

⁴³ *Hinsch*, in: ZUR 2011, S. 191, 193 m. w. N.

⁴⁴ Im Internet abrufbar unter: http://www.schleswig-holstein.de/UmweltLandwirtschaft/DE/NaturschutzForst-Jagd/14_Eingriffsregelung/PDF/Publikation_Wind_Voegel_blob=publicationFile.pdf (Stand: 26.06.2013).

Hierauf hat auch Minister Habeck im Rahmen einer Frage zu Windenergieanlagen in der Nähe des Naturparks Aukrug in der Fragestunde am 14.12.2012 Bezug genommen, vgl. Plenarprotokoll 18/15, S. 1106.

⁴⁵ Länder-Arbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten, Abstandsregelungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, 2006, im Internet abrufbar unter: http://www.vogelschutzwarten.de/downloads/bzv_abstand.pdf (Stand: 26.06.2013).

(Stand: Juli 2007), die auch von der obergerichtlichen Rechtsprechung herangezogen werden.⁴⁶

Die „Empfehlungen zur Berücksichtigung tierökologischer Belange bei Windenergieplanungen in Schleswig-Holstein“ des Landesamtes für Natur und Umwelt sehen für den *Schwarzstorch* das Einhalten eines Abstandes von mindestens 3 km zum Brutplatz sowie die Ermittlung und Freihaltung der Nahrungshabitate sowie der Flugwege vom Brutplatz dorthin vor; für den *Rotmilan* das Einhalten eines Abstandes von mindestens 1 km zum Brutplatz und Ermittlung und Freihaltung der Nahrungshabitate sowie der Flugwege vom Brutplatz dorthin; für den *Seeadler* das Einhalten eines Abstandes von mindestens 3 km zum Brutplatz und Ermittlung und Freihaltung der Nahrungshabitate sowie der Flugwege vom Brutplatz dorthin; und schließlich für den *Uhu* das Einhalten eines Abstandes von mindestens 1 km zum Brutplatz vor.

Für eine Beeinträchtigung einer geschützten Art spricht grundsätzlich wenig, wenn diese Vorgaben eingehalten werden.⁴⁷ Es bedarf konkreter naturschutzfachlicher Darlegungen, aus welchem Anlass ein Abweichen von den Abstandsempfehlungen für notwendig erachtet wird.⁴⁸

Zudem ist zu beachten, dass bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen Vermeidungsmaßnahmen möglich sind, die geeignet sein können, die Wahrscheinlichkeit des Vogelschlags auf ein nicht mehr signifikantes Maß zu senken. Dazu gehört etwa die Abschaltung der Anlagen zu bestimmten Tages- oder Jahreszeiten.⁴⁹

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass bei Windenergieanlagen eine Privilegierung nach § 44 Abs. 5 BNatSchG und Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG denkbar sind.⁵⁰

⁴⁶ Vgl. *OVG Lüneburg*, Urteil vom 12.11.2008, Az.: 12 LC 72/07, RN 76 – zit. nach juris; *OVG Münster*, ZUR 2011, S. 35, 41; *Bay. VGH*, Beschluss vom 26.01.2012, Az.: 22 CS 11.2783, RN 17; *OVG Magdeburg*, Urteil vom 19.01.2012, Az.: 2 L 124/09, RN 87; *OVG Weimar*, Urteil vom 29.05.2007, Az.: 1 KO 1054/03, RN 54 – zit. nach juris.

⁴⁷ *Hinsch*, in: ZUR 2011, S. 191, 193.

⁴⁸ *OVG Lüneburg*, Urteil vom 12.11.2008, Az.: 12 LC 72/07, RN 78 – zit. nach juris.

⁴⁹ *Hinsch*, in: ZUR 2011, S. 191, 195 f. m. w. N.; vgl. auch bereits FN 20.

⁵⁰ *Hinsch*, in: ZUR 2011, S. 191, 196 m. w. N.

3. Ergebnis

Sowohl der auf die EU-Vogelschutz- sowie die FFH-Richtlinie zurückgehende Habitatschutz als auch die Regelungen des Artenschutzes können unter den beschriebenen Voraussetzungen Auswirkungen auf die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen entfalten.

Ob dies hinsichtlich der von Ihnen beschriebenen, im Naturpark Aukrug geplanten Windenergieanlagen tatsächlich der Fall wäre, ist allerdings in erster Linie eine *natur-schutzfachliche* Fragestellung, die anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beantwortet werden muss.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Dr. Sonja Riedinger