



Edmund Brandt

Windenergierecht

Eine Bestandsaufnahme

Forum Energierecht

Potsdamer Windenergietage, 05.11.2019

I. Ausgangslage

II. Abarbeitung planungsrechtlicher Anforderungen

- a. §§ 44,46 BNatSchG
- b. §§ 18a LuftVG

III. Umgang mit Handlungsempfehlungen

IV. Fazit



I. Ausgangslage

II. Abarbeitung planungsrechtlicher Anforderungen

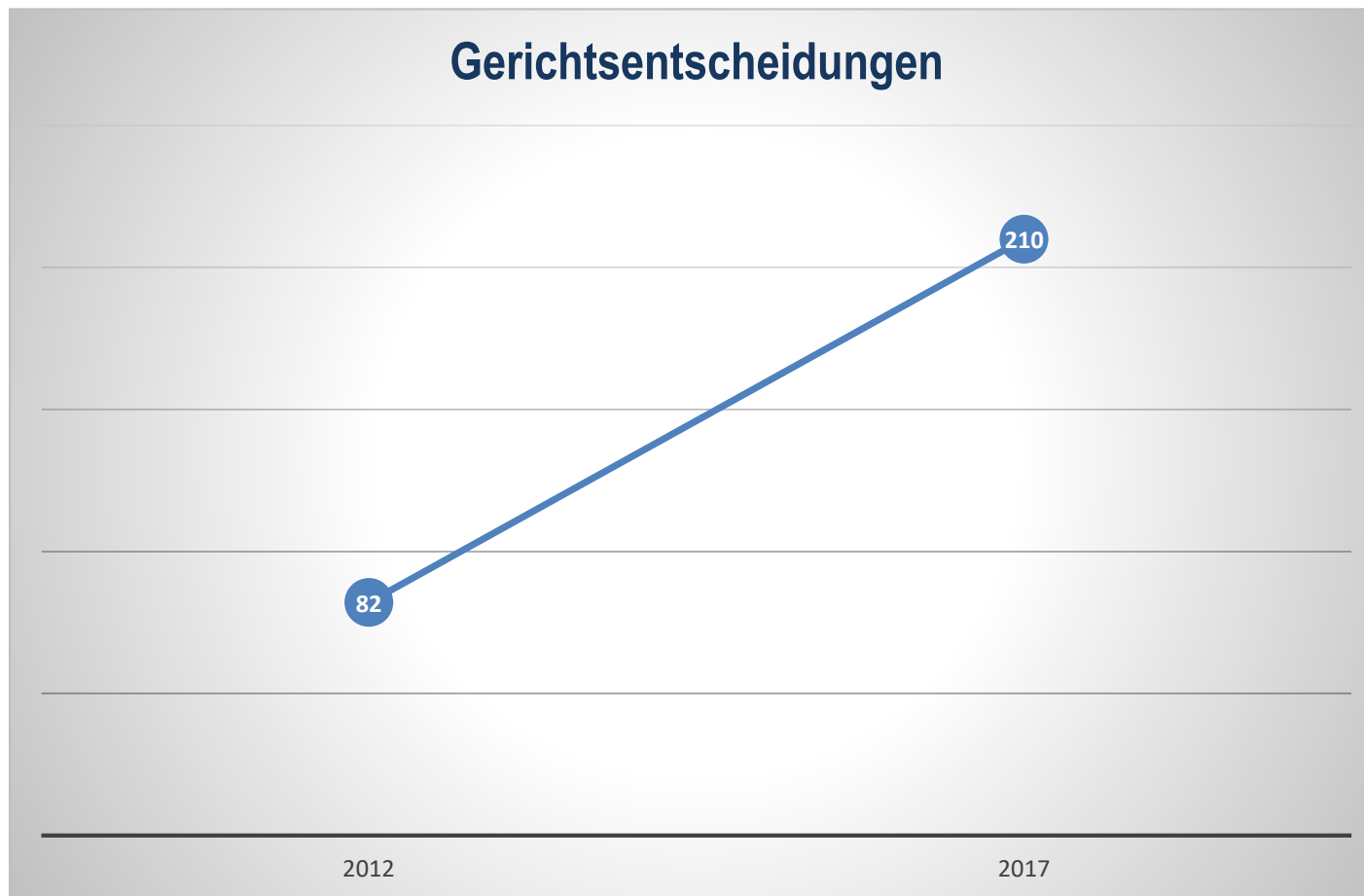
- a. §§ 44,46 BNatSchG
- b. §§ 18a LuftVG

III. Umgang mit Handlungsempfehlungen

IV. Fazit



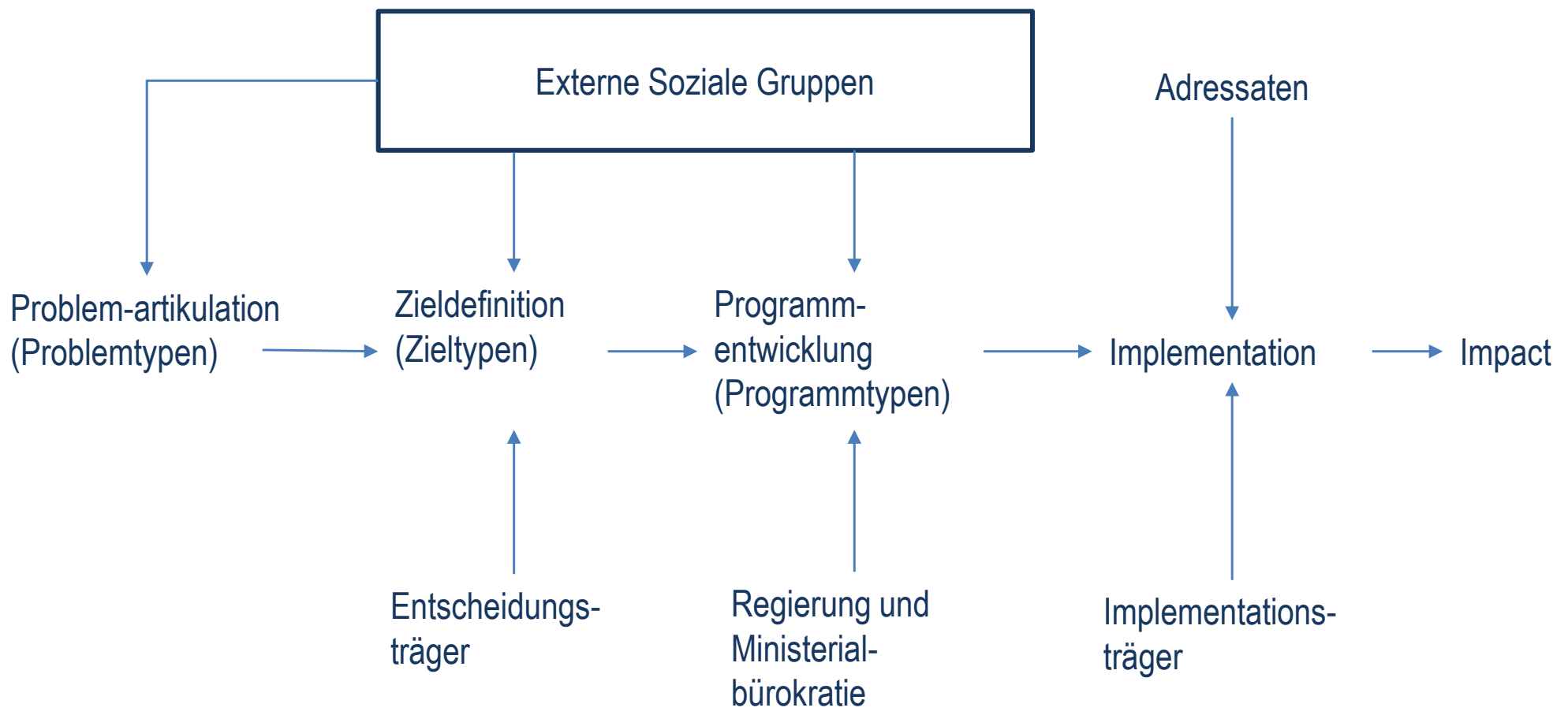
Gerichtsentscheidungen



Denkbare Ursachen für die Häufung von Gerichtsverfahren

- Unzureichende Normprogramme
- Geringe Folgebereitschaft, was behördliche Entscheidungen betrifft
- Günstige Prognose im Hinblick auf Korrekturchancen
- Oder auch umgekehrt „Verzweiflung“

Der politische Prozess Phasen und Akteure



Nach: R. Mayntz

- Abarbeitung planungsrechtlicher Anforderungen
- §§ 44, 45 BNatSchG
- § 18a LuftVG
- Umgang mit Handlungsempfehlungen

I. Ausgangslage

II. Abarbeitung planungsrechtlicher Anforderungen

- a. §§ 44,46 BNatSchG
- b. §§ 18a LuftVG

III. Umgang mit Handlungsempfehlungen

IV. Fazit



§ 1 Abs. 7 BauGB

[...] Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. [...]

§ 7 Abs. 2 Satz 1 ROG

[...] Bei der Aufstellung der Raumordnungspläne sind die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen. [...]

[...]

3. Daraus folgt: Die angeblich aus tatsächlichen Gründen hart gesperrten Tabuflächen sind in Wirklichkeit nicht unangreifbar hart gesperrt. Ebenso angreifbar ist die Einstufung von Flächen als aus rechtlichen Gründen hart gesperrt. Das gilt besonders bei Verboten mit Ausnahmen und Befreiungen. In der Folge sind in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlichste Kataloge dazu aufgestellt worden, welche Flächen unter welchen Umständen als hart gesperrt einzuordnen sind. Leidtragende sind die Kommunen und die regionalen Planungsstellen, deren Pläne reihenweise an angeblich falschen Einordnungen scheiterten.

4. Nach alledem handelt es sich bei der Forderung nach definitiver Unterscheidung um eine Fehlkonstruktion. Ob bzw. in welchem Umfang der Genauigkeit eine Unterscheidung von „harten“ und „weichen“ Kriterien anlässlich des Feststellungsbeschlusses zum Plan am Ende notwendig ist, entscheidet sich im Rahmen der Prüfung der Substanzialität der Flächenbereitstellung am Ende der Planung. [...]

Auszug nach: Deppe, Übersicht zur Regionalplanung, 2019



- Quantifizierungsversuch für den Zeitraum 2009 – 2019, Grundlage: 13 Flächenländer
- Insgesamt ~105 Regionalplanungsverbände bzw. -projekte
- Regelfall: Anfechtung der Regionalen Raumordnungsplanung

- In einer ersten Recherche: 21 Urteile zur Regionalplanung, davon:
 - 2 Wirksamkeitserklärungen/Genehmigungen
 - z. B. OVG Sachsen, Urt. v. 25.03.2014 – 1 C 4/11
 - 1 Wirksamkeitserklärung in Inzidentkontrolle
 - OVG Magdeburg, Urt. v. 16.03.2012 – 2 L 2/11
 - **18** Unwirksamkeitserklärungen im Normkontrollverfahren
 - z. B. OVG Lüneburg, Urt. v. 05.03.2019 – 12 KN 202/17 u.a.
 - z. B. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 05.07.2018 – OVG A 2/16

- Häufigste Gründe des Scheiterns:
 - Tabukriterien nicht korrekt abgearbeitet; Mindestabstandsregeln; Nicht hinreichende Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen
 - Nicht korrekte bzw. nicht lückenlose Öffentlichkeitsbeteiligung
 - Auffallend häufigster Verweis: § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (Umweltschutz bzw. Artenschutz, Anwohnerschutz)

I. Ausgangslage

II. Abarbeitung planungsrechtlicher Anforderungen

- a. §§ 44,46 BNatSchG
- b. §§ 18a LuftVG

III. Umgang mit Handlungsempfehlungen

IV. Fazit



§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG

[...]

Es ist verboten,

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, [...]

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG

[...] liegt ein Verstoß gegen

das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann, [...]

[...]

Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gehört die sog. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative gewissermaßen der Rechtsgeschichte an. Ohne dass das Verfassungsgericht offenbar Veranlassung sah, sich mit dem Konstrukt überhaupt intensiver zu beschäftigen, wird sie mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG für nicht haltbar angesehen. Damit ist ein Schritt getan, um insoweit sowohl für verfassungsrechtsdogmatische Klarheit zu sorgen als auch die Interpretation der Normstruktur von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu „bereinigen“. [...]

I. Ausgangslage

II. Abarbeitung planungsrechtlicher Anforderungen

- a. §§ 44,46 BNatSchG
- b. §§ 18a LuftVG

III. Umgang mit Handlungsempfehlungen

IV. Fazit



§ 18a Abs. 1 Satz 1 und 2 LuftVG

[...]

Bauwerke dürfen nicht errichtet werden, wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können. Das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung entscheidet auf der Grundlage einer gutachtlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation, ob durch die Errichtung der Bauwerke Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können.

[...] hat die Wissenschaft mehrfach und eindeutig gezeigt, dass die aktuell seitens der DFS verwendete Methode zur Bewertung des Störpotentials von Windenergieanlagen wissenschaftlichen Ansprüchen nicht genügt. Eine Anpassung der Vorgehensweise für Berechnung von Winkelfehlern sowie Anlagenschutzbereiche an den international etablierten Standard ist angesichts der Maßgabe des Bundesverwaltungsgerichts überfällig. [...]

I. Ausgangslage

II. Abarbeitung planungsrechtlicher Anforderungen

- a. §§ 44,46 BNatSchG
- b. §§ 18a LuftVG

III. Umgang mit Handlungsempfehlungen

IV. Fazit



[...]

9. Nach der Bad Oeynhausen-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hat die Frage der Bestandserfassung und der Bewertung des Tötungsrisikos im Rahmen der Prüfung von §44 Abs.1 Nr.1 BNatSchG nach ausschließlich wissenschaftlichen Kriterien zu erfolgen. Für den Bereich der Normsetzung lässt das Gericht Abweichungen bzw. Abstufungen nicht zu. [...]

[...]

11. Dass es eine normative Absicherung gibt, wird im Helgoländer Papier behauptet, aber nicht begründet. Zentrale Kategorien werden ohne Erläuterung und teilweise uneinheitlich herangezogen. An zahlreichen Stellen fehlt es an einer schlüssigen Gedankenführung. Nicht selten werden Einzelbefunde aneinandergereiht, ohne Basis- oder Bezugsgrößen zu benennen. Mit Termini wie „Folgerungen aus diesen Untersuchungen und Analysen“ wird der Eindruck erweckt, es handle sich um Deduktionen aus zuvor herangezogenen Untersuchungen und Analysen. In der Sache handelt es sich demgegenüber um neu ansetzende Diskussionsbeiträge. Längst nicht alle „Befunde“ sind durch einen Beleg abgesichert; es ist auch kein System erkennbar, aus dem abgeleitet werden könnte, wann eine solche Absicherung für nötig erachtet wurde und wann nicht. An keiner Stelle wird diskutiert, nach welchen Kriterien die Heranziehung der Quellen erfolgt ist und was den Ausschlag dafür gegeben hat, im Text explizit eine Quelle zu nennen oder sich demgegenüber darauf zu beschränken, pauschal auf die Quellenangaben am Ende des Abschnitts zurückzugreifen. Erörtert wird auch nicht die Ergiebigkeit/Tragfähigkeit der herangezogenen Quellen. [...]

[...]

14. Beim Helgoländer Papier handelt es sich weder um ein untergesetzliches Regelwerk noch um eine Fachkonvention. Die Befassung durch die Umweltministerkonferenz im Frühjahr 2015 hat diesen Befund bestätigt.

[...]

I. Ausgangslage

II. Abarbeitung planungsrechtlicher Anforderungen

- a. §§ 44,46 BNatSchG
- b. §§ 18a LuftVG

III. Umgang mit Handlungsempfehlungen

IV. Fazit



[...] ist es in den vergangenen Jahren nicht gelungen, ein kohärentes Windenergierecht zu entwickeln. Erschwerend kommt hinzu, dass die Partikularregelungen im Planungs-, Genehmigungs- und Energierecht defizitär, manchmal sogar kontraproduktiv sind. Und leider hat die höchstrichterliche Rechtsprechung es nicht vermocht, die gesetzgeberischen Defizite auszugleichen – eher im Gegenteil: Der Handlungsdruck ist also enorm, ein „weiter so“ darf es nicht geben.