

Zusammenfassung des Gutachtens zum Artenschutzrecht

Das Gutachten ist eine minutiöse Aufarbeitung der "Schwachstellen" und klaren "Tendenzen" des Windenergieerlasses der Landesregierung Baden-Württemberg bezüglich des Artenschutzes.

Das Gutachten beinhaltet, jeweils mit Bezug zu geltender Rechtsprechung und mit Bezug zum geltenden höherrangigen Recht der Europäischen Union:

- Die rechtlich fundierte Kritik an einer bloßen Verwaltungsvorschrift, die die Windkraft einseitig gegen einschlägige Rechtsvorschriften im Bereich des Artenschutzes politisch "voranbringen" will.
- Die dringend notwendige Einordnung des Erlasses in die Rechtssystematik, den Hinweis auf den "Rang" des Erlasses als bloße Verwaltungsvorschrift, die nicht Normsetzungscharakter hat, und auch keine widerstreitende Normen im Range von Gesetzen außer Kraft setzen kann.
- Den Hinweis auf eine sich durchziehende offensichtlich einseitige Berücksichtigung bzw. Nicht-Berücksichtigung selbst höchstrichterlicher einschlägiger Rechtsprechung.
- Die klare Herleitung von im Verwaltungshandeln notwendiger Güterabwägung, die bei (einseitiger) Anwendung des (einseitigen) Windenergieerlasses zu sehr wohl justiziablen Rechtsfehlern führen kann.
- Den Umriss der Grenzen des Eingriffs (der Landesregierung bzw. nachgeordneter Behörden) in die Planungshoheit der Kommunen, also der Bindung der Gemeinden an den Erlass.
- Die Herleitung des zentralen Abwägungsfehlers, den Windenergieerlass - wie häufig der Eindruck erweckt wird - als verpflichtendes Recht zu betrachten. Also auch konkret: Dass nicht bestimmte (Flächen-)Verhältniszahlen hergenommen werden können, um eine Gemeinde daran zu hindern, Tabuzonen für WK fest zu legen
- Die Klarstellung, was die Privilegierung der WK im Außenbereich eigentlich bedeutet, und dass zwingende Vorgaben des Naturschutzrechtes durch diese Privilegierung unberührt bleiben (eigene Anmerkung: und damit justizförmig und rechtskonform beachtet werden müssen und nicht einfach „weggewogen“ werden (können), W.E.)
- Die rechtliche Begründung, dass und warum im Genehmigungsverfahren auch die Windhöflichkeit als hartes Ausschlusskriterium gegen die Errichtung von WEA in Betracht zu ziehen ist.
- Die Aufarbeitung der im Windenergieerlass "versuchten" , jedoch rechtlich fragwürdigen oder unzutreffenden Aufweichungsversuche geltenden Artenschutzrechtes, auch im Zusammenhang mit sogenannten CEF-Maßnahmen (vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen).
- Die Aufarbeitung der Grenzen des Beurteilungsspielraumes (der sogenannten Einschätzungsprärogative) der planenden bzw. zuständigen Behörden; hier insbesondere den Hinweis, dass die befassen Behörden nicht von gerichtlicher Kontrolle freigestellt sind. Hier geht es vor allen Dingen auch um die Methoden und die "Ermittlungstiefe" der Begleituntersuchungen, die ja bekanntlich in der Praxis von den Betreibern der WEA selbst bestellt werden.
- In diesem Zusammenhang besonders wichtig den Hinweis zur Rechtsprechung im Hinblick auf Berücksichtigung von Stellungnahmen oder Erhebungen von fachkundigen Laien ("Hobbyornithologen", Ehrenamtler im Naturschutz, Naturschutzvereinigungen usw.). *Hierzu siehe die Anleitung zum fachgerechten Erheben von Daten auf der Homepage des LV.*
- Die rechtliche Erarbeitung des Begriffes der "Signifikanz der Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos" (für windkraftsensible Großvögel).
- Den zentral wichtiger Hinweis des in sich schon rechtsfehlerhaften Bezuges des Windenergieerlasses auf das BNatschG, weil dieses - was den Verwaltungsjuristen des Landes bekannt sein dürfte - die

höherrangigen Vorgaben der FFH-RL der EU und auch der Vogelschutz-RL der EU im Bereich der Störungsverbote nicht vollständig umgesetzt.

- Den zentral wichtigen Hinweis, dass EU-Recht sehr wohl einen individuenbezogenen Ansatz verfolgt, und damit das "Ausweichen" der innerstaatlichen Anwendung gerade im Zusammenhang mit der Genehmigung von WEA auf Populations- oder Metapopulationsebene mit Unionsrecht nicht vereinbar ist. Damit ist eine zentrale Schwäche des Naturschutzes, wie ihn auch die Gutachterbüros zunehmend transportieren, als rechtsfehlerhaft gekennzeichnet.

- Eine rechtlich im Hinblick auf die Ausnahmetatbestände des Artenschutzrechtes wichtige Klarstellung, dass die von der Landesregierung gezielt herbeigeführte Normenkollision zwischen Energiegewinnung und Artenschutz eben nicht dazu führen kann, dass regelmäßig die Energiegewinnung als zwingender Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses und damit Ausnahmegrund reichen würde.

- Eine rechtliche Erarbeitung weiterer zentraler Schwächen des Windenergieerlasses, insbesondere in der (EU-rechts-konformen) Anwendung der Ausnahmetatbestände, wenn dieser Erlass "umgeht" bzw. nicht erwähnt, dass diese Anwendung der Ausnahmetatbestände restriktiv zu erfolgen hat.

- Insbesondere mit Hinweis auf höchstrichterliche Rechtsprechung auch das grundsätzliche Fehlen des Hinweises im Windenergieerlass auf die EU-rechtlich eindeutigen Vorgaben des Prüfens von zumutbaren Alternativen zu den beabsichtigten Ausnahmen vom Schutz der betroffenen Arten (Art. 9 Vogelschutz-RL, und Art. 16 FFH-RL). Dies ist ein zentraler Mangel der deutschen Verwaltungs- und Planungspraxis.

- Das Rechtsgutachten kommt deshalb zum Schluss, dass im Hinblick auf die Nicht-Anwendung und Nicht-Berücksichtigung der Vorgaben des EU-Rechts ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH mehr als nahe liegt.

- Hierzu wird auch erarbeitet, warum rechtssystematisch praktisch keine oder nur äußerst selten Befreiungen nach BNatschG (Stichwort: unzumutbare Belastung für die Antragssteller) für die Errichtung von WEA in Betracht zu ziehen sind.

Schließlich beinhaltet das Gutachten:

- Den rechtlichen Zusammenhang der Anwendung der EU-rechtlichen Beeinträchtigungsverbote für die Lebensräume im Zusammenhang mit der Integrierung der Vogelschutzgebiete in die Natura-2000-Gebiete.

- Den Hinweis auf die weiterhin zu fordernde Anwendung der Beeinträchtigungsverbote der Vogelschutz-RL auf Gebiete, die von den Mitgliedsstaaten bislang in rechtswidriger Weise nicht als Vogelschutzgebiete ausgewiesen worden sind. Damit sind in der Praxis oft Gebiete erfasst, die außerhalb von (oder gegebenenfalls benachbart zu) WK-Planungsgebieten liegen.

- Im Zusammenhang mit der Privilegierung der Windkraft im Außenbereich nach BauGB die rechtliche Begründung, weshalb - im Gegensatz zur Auffassung der Landesregierung im Windenergieerlass - das Vorhaben keiner Abwägung zugänglich ist, wenn die (zwingend entgegenstehenden) artenschutzrechtlichen Verbote nicht überwunden werden können.

Nach den klaren Hinweisen auf entstehende oder drohende Rechtsmängel und den Hinweisen auf die rechtswidrige Nicht-Anwendung höherrangigen Unionsrechts im Bereich des Artenschutzes appelliert der Landesverband daher dringend an einen kritischen und verantwortungsbewussten Umgang mit dem Windenergieerlass der Landesregierung.

Dr. Wolfgang Epple