KNE | Kompetenzzentrum
Naturschutz und Energiewende

GUTACHTEN

Gerichtliche Auseinandersetzungen im Konfliktfeld Naturschutz und Energiewende

Eine akteursbezogene Analyse im Hinblick
auf eine zukünftige Verminderung und Vermeidung
gerichtlicher Konfliktlösungen

Gutachten im Auftrag des Kompetenzzentrums
Naturschutz und Energiewende (KNE)

Vorgelegt im Oktober 2017
von Professorin Dr. Anja Hentschel (Darmstadt)

Prof. Dr. Anja Hentschel
Hochschule Darmstadt
Professur für Umwelt- und Energierecht
Haardtring 100, 64295 Darmstadt
Tel.: 06151-16-37942
Email: anja.hentschel@h-da.de

Geleitwort

Das Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende ist einer naturverträglichen Energiewende verpflichtet. Es trägt mit seiner Arbeit zur Versachlichung von Debatten und zur Vermeidung und Klärung von Konflikten des Naturschutzes in der Energiewende bei.

Um die Instrumente der Konfliktprävention zielgerichtet einsetzen zu können, ist es hilfreich, die Genese von Konflikten zu verstehen: Warum landet ein Streit vor Gericht? In welchen Fällen könnte eine außergerichtliche Konfliktbeilegung erfolgversprechend sein?

Um für die Arbeit des KNE mehr Licht in diese Angelegenheit zu bringen, haben wir Frau Professorin Anja Hentschel von der Hochschule Darmstadt beauftragt, eine erste Untersuchung einschlägiger Gerichtsurteile vorzunehmen:

- Welches ist die typische Akteurskonstellation in den einzelnen Technologiebereichen der erneuerbaren Energien?
- Welche Streitgegenstände werden häufig vor Gericht verhandelt?
- Wer obsiegt in der Regel?

Das Gutachten nimmt keine Einordnung der in dieser Untersuchung berücksichtigten Urteile in die aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskurse vor; dies war hier auch nicht das Anliegen des Auftraggebers.

Frau Professorin Hentschels Untersuchung zeichnet sich durch akribische Suche nach den einschlägigen Gerichtsentscheidungen und eine fachlich versierte Analyse der jeweiligen Fallkonstellationen aus. Das Gutachten wurde am 17. November 2017 dem Beirat des KNE vorgestellt und erste Schlussfolgerungen aus den Erkenntnissen konnten diskutiert werden.

Wir danken der Autorin für ihre engagierte Arbeit und wünschen der hier vorliegenden Veröffentlichung eine interessierte Öffentlichkeit.

Dr. Torsten Raynal-Ehrke
KNE-Direktor

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort **3**

Verzeichnis Tabellen und Abbildungen **6**

Abkürzungsverzeichnis **7**

Gutachtenauftrag **8**

Allgemein **10**

Solarenergie **13**

3.1 Ausgewertete gerichtliche Entscheidungen 14
3.2 Untersuchte gerichtliche Entscheidungen 16
3.2.1 Konfliktpotenzial Planung 16
3.2.2 Konfliktpotenzial Außenbereich 18
3.2.3 Konfliktpotenzial Verschattung 20
3.2.4 Konfliktpotenzial erneuerbare Energien und Umwelt- sowie Naturschutz 21
3.3 Zusammenfassung 22

Wasserkraft **23**

4.1 Ausgewertete gerichtliche Entscheidungen 24
4.2 Untersuchte gerichtliche Entscheidungen 26
4.2.1 Konfliktpotenzial Mindestwasserführung 27
4.2.2 Konfliktpotenzial Fischauf- und Fischabstiegshilfen 32
4.2.3 Konfliktpotenzial Verträglichkeitsprüfung 36
4.2.4 Konfliktpotenzial Alte Rechte und Wiederinbetriebnahme 38
4.2.5 Konfliktpotenzial bei zu erteilenden wasserrechtlichen Genehmigungen 39
4.2.6 Konfliktpotenzial bei fehlender wasserrechtlicher Gestattung 41
4.2.7 Konfliktpotenzial erneuerbare Energien und Umwelt- sowie Naturschutz. 42
4.3 Zusammenfassung 43

Biomasse 45
5.1 Ausgewertete gerichtliche Entscheidungen 46
5.2 Untersuchte gerichtliche Entscheidungen 48
5.2.1 Konfliktpotenzial entgegenstehende Festlegungen der Raumordnung 48
5.2.2 Konfliktpotenzial Angebotsplanung 50
5.2.3 Konfliktpotenzial vorhabenbezogener Bebauungsplan 53
5.2.4 Konfliktpotenzial Genehmigungsverfahren 54
5.2.5 Konfliktpotenzial Ausbringen phosphathaltiger Düngemittel 58
5.3 Zusammenfassung 61

Windenergie 62
6.1 Ausgewertete gerichtliche Entscheidungen 63
6.2 Untersuchte gerichtliche Entscheidungen 65
6.2.1 Konfliktpotenzial Regionalplanung 65
6.2.2 Konfliktpotenzial Flächennutzungsplanung 69
6.2.3 Konfliktpotenzial Bebauungsplanung 71
6.2.4 Konfliktpotenzial Artenschutz 74
6.2.5 Konfliktpotenzial Landschaftsbild 78
6.3 Zusammenfassung 81

Zusammenfassung 82

Literatur 84

Verzeichnis Tabellen und Abbildungen

Tabelle 1: Zusammenstellung der Suchergebnisse im Zeitraum vom 01.01.2000 bis 31.12.2016. 12

Tabelle 2: Solarenergie – Zusammenstellung der Entscheidungen 13
Abbildung 1: Solarenergie – Verteilung der Gerichtsinstanzen 14
Abbildung 2: Solarenergie – Verteilung der erstinstanzlichen und obergerichtlichen Entscheidungen nach Bundesland. 15

Tabelle 3: Wasserkraft – Zusammenstellung der Entscheidungen. 23
Abbildung 3: Wasserkraft – Verteilung der Gerichtsinstanzen. 24
Abbildung 4: Wasserkraft – Verteilung der erstinstanzlichen und obergerichtlichen Entscheidungen nach Bundesland. 25

Tabelle 4: Biomasse – Zusammenstellung der Entscheidungen 45
Abbildung 5: Biomasse – Verteilung der Gerichtsinstanzen 46
Abbildung 6: Biomasse – Verteilung der untersuchten erstinstanzlichen und obergerichtlichen Entscheidungen nach Bundesland 47

Tabelle 5: Windenergie – Zusammenstellung der Entscheidungen 62
Abbildung 7: Windenergie – Verteilung der Gerichtsinstanzen (2014-4/2017). 63
Abbildung 8: Windenergie – Verteilung der untersuchten erstinstanzlichen und obergerichtlichen Entscheidungen nach Bundesland 64

Abkürzungsverzeichnis

BauGB:	Baugesetzbuch
BNatSchG:	Bundesnaturschutzgesetz
GG:	Grundgesetz
EEG:	Erneuerbare-Energien-Gesetz
l/s:	Liter/Sekunde
MNQ:	Mittlerer Niedrigwasserabfluss
UVP/UVPG:	Umweltverträglichkeitsprüfung
EU-SPA-Gebiete:	von der EU-Kommission als besondere Schutzgebiete (Special Protection Areas - SPA) ausgewiesene Gebiete
CEF:	als CEF-Maßnahme (continuous ecological functionality-measures, Übersetzung etwa Maßnahmen für die dauerhafte ökologische Funktion) werden im Bereich der Eingriffsrege-lung Maßnahmen des Artenschutzes verstanden.
N:	Stickstoff
P_2O_5:	Phosphat
K_2O:	Kaliumoxid
NH_4:	Ammonium

KAPITEL 1

Gutachtenauftrag

Die Energiewende ist erklärtes Ziel der Bundesregierung. Der Ausstieg aus der Nutzung der Kernenergie ist beschlossene Sache. Die dadurch erforderliche Umstellung der Energieerzeugung vor allem auch auf dezentrale Energieformen, die in erster Linie auf regenerative Energieträger zurückgreifen, stellt eine wichtige und herausfordernde Aufgabe dar, der sich die Gesellschaft stellen muss. Erneuerbare Energien sind weitestgehend klimaneutral. Deshalb dient ihre Nutzung auch der Erfüllung der von Deutschland international eingegangenen Klimaschutzziele. Zudem wird durch den Rückgriff auf heimische Energieformen die Abhängigkeit von Rohstoffimporten zur Energieerzeugung gemindert.

Dem Beitrag zum Klimaschutz stehen jedoch je nach regenerativem Energieträger unterschiedliche Umweltauswirkungen gegenüber. Die Nutzung erneuerbarer Energien ist also nicht per se umweltverträglich. Vielmehr tritt sie auf regionaler und lokaler Ebene häufig in Konflikt mit dort vorhandenen Interessen des Umwelt- und Naturschutzes. Diese Konfliktlage kann zwar zum Teil durch planerische und genehmigungsrechtliche Entscheidungen gemindert oder beseitigt werden, grundsätzlich Auseinandersetzungen in Bezug auf die Nutzung eines bestimmten Energieträgers vermag Planung und Zulassung jedoch nicht auszuschließen. Insofern sind auch die erneuerbaren Energieträger Gegenstand von gerichtlichen Verfahren. Je weiter der Ausbau voranschreitet, desto mehr wird die Gesellschaft in der Umwelt mit diesen Energieformen konfrontiert und desto mehr finden sich gerichtliche Auseinandersetzungen unterschiedlichster Art. Auch Belange des Naturschutzes können der Nutzung regenerativer Energieträger entgegenstehen und Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen sein.

Aufgabe des wissenschaftlichen Gutachtens ist es, gerichtliche Auseinandersetzungen im Konfliktfeld Naturschutz und Energiewende zu untersuchen. Dabei soll ein akteursbezogener Blick eingenommen und eine Analyse im Hinblick auf eine zukünftige Verminderung oder Vermeidung gerichtlicher Konfliktlösungen vorgenommen werden. Konkret soll sich das Gutachten vor allem auf folgende Fragen beziehen:

- Wer sind die typischen Kontrahenten gerichtlicher Auseinandersetzungen um Naturschutzbelange in der Energiewende? Wie ist deren Prozessstärke einzuschätzen? Gibt es typische Gewinner gerichtlicher Auseinandersetzungen?
- Welche Konfliktinhalte wurden im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung von den Akteuren kommuniziert, sofern aus den Urteilen erkennbar?
- Wie wurden Informationen mitgeteilt? Wie wurden sie jeweils verarbeitet und welche Schlüsse wurden gezogen?
- Gab es ein unterschiedliches Verständnis gesetzlicher und untergesetzlicher Regelungen oder gab es durchaus ein gemeinsames Verständnis (Verstehen als Voraussetzung gelingender Kommunikation)?

- Woran scheiterte eine Regelung ggf. trotz eines gemeinsamen Verständnisses? Waren Versäumnisse nur noch mit größerem zeitlichen und finanziellen Aufwand zu beheben (z. B. nachträgliche FFH-Verträglichkeitsprüfung) oder bestand eine Alternative gar nur noch im Abbruch des Vorhabens?
- An wem und woran scheiterte eine gütliche Lösung des Konflikts?

Zur Beantwortung dieser Fragen sollen folgende Arbeitsschritte durchgeführt werden:

- Recherche der im Konfliktfeld Naturschutz und Energiewende seit dem 1. Januar 2000 bis zum 31. Dezember 2016 ergangenen Urteile.
- Bündelung und Aufarbeitung der Urteile nach definierten Kriterien (z. B. Energiequelle, Kontrahenten, Konfliktart).
- Auswertung von 200 bis 250 dieser Urteile in Relation ihrer Häufigkeit nach den genannten Fragestellungen.

KAPITEL 2

Allgemein

Die Untersuchung beschränkt sich auf die vier erneuerbaren Energieträger Photovoltaik, Wasserkraft, Biomasse und Windenergie. Der Energieträger Geothermie wurde auf Grund der bisher noch umfänglich geringen vorliegenden Rechtsprechung in Bezug auf Auswirkungen auf naturschutzrechtliche Belange nicht näher untersucht.[1]

Die Rechtsprechung in Bezug auf diese vier erneuerbaren Energieträger ist vom Umfang her sehr unterschiedlich verteilt. Den größten Anteil an Gerichtsentscheidungen zu den jeweiligen Energieträgern mit Bezügen zu naturschutzrechtlichen Aspekten nimmt der Energieträger Wind ein. Aufgrund der erheblichen Anzahl an Windkraftanlagen in Deutschland ist dies nicht verwunderlich.[2] Gefolgt wird die Aufstellung der gerichtlichen Entscheidungen von solchen, die im Zusammenhang mit Biomasse und Wasserkraft ergangen sind. Gerichtliche Auseinandersetzungen zur Errichtung und zum Betrieb von Solaranlagen bilden vom Umfang her den Schluss.

Zudem ist anzumerken, dass diese vier erneuerbaren Energieträger auch im Hinblick auf die durchlaufenen Gerichtsinstanzen sehr unterschiedlich sind. So finden sich für die Energieträger Sonne und Wasser sehr viele untergerichtliche Entscheidungen, die nicht in einer höheren Instanz nochmals angegriffen wurden. Hingegen sind in Bezug auf den Energieträger Wind vielfach Entscheidungen der zweiten Instanz (Oberverwaltungsgericht oder Verwaltungsgerichtshof) zu verzeichnen, die zum Teil sodann noch das Bundesverwaltungsgericht befasst haben. Hierbei ist aber auch festzustellen, dass nicht grundsätzlich alle in der ersten Instanz geäußerten Bedenken und Argumente sich auch vor der nächsten Instanz wiederfinden.

Schließlich ist festzustellen, dass die ausgewerteten Urteile zu den einzelnen erneuerbaren Energieträgern bezogen auf die einzelnen Bundesländer eine sehr unterschiedliche Verteilung aufweisen. Dies liegt jedoch nicht an einer unterschiedlichen Einstellung der jeweiligen Akteure in Bezug auf einen bestimmten Energieträger, sondern vielmehr daran, dass sich die Nutzung dieser vier Energieträger über die einzelnen Bundesländer stark unterscheidet. So ist nachvollziehbar, dass gerichtliche Entscheidungen zur Wasserkraftnutzung, die gegebenenfalls mit naturschutzrechtlichen Belangen kollidieren, gehäuft in den südlichen Bundesländern Bayern und Baden-Württemberg auftreten, da 80 Prozent der in Deutschland erzeugten Wasserkraft in diesen beiden Bundesländern produziert wird.[3]

Zu den in Konflikte um die Nutzung erneuerbarer Energieträger involvierten Akteuren kann für alle vier untersuchten Energieträger konstatiert werden, dass hierbei grundsätzlich die folgenden Parteien identifiziert werden konnten:

---

1 Vereinzelte Urteile hierzu sind dennoch ergangen. Vielfach handelt es sich um Klagen von Verbänden oder Vereinen. Hierbei wurde häufig bereits die Zulässigkeit einer Klage verneint. Siehe *VGH München*, Beschluss vom 21.8.2012 – 8 CS 12.847 – GewArch 2013, 45 f.; *VG München*, Urteil vom 5.12.2012 – M 9 K 11.5927 – juris.

2 In Deutschland sind mit Stichtag vom 30.6.2017 ca. 28.000 Windenergieanlagen errichtet. Siehe https://www.wind-energie.de/presse/pressemitteilungen/2017/ausbauzahlen-fuer-das-erste-halbjahr-2017-deutschland-Windenergie.

3 https://www.umweltbundesamt.de/themen/wasser/fluesse/nutzung-belastungen/nutzung-von-fluessen-wasserkraft#textpart-1.

- Natürliche oder juristische Personen, Personengesellschaften – als Vorhabenträger oder als Vorhabengegner,
- Vereinigungen (Verbände oder Vereine),
- Genehmigungsbehörden (inklusive Widerspruchsbehörden),
- Fachbehörden, die für die jeweilige Entscheidung zu beteiligen waren sowie
- Gemeinden und Landkreise.

Dabei kann diesen Akteuren nicht eine grundsätzliche Position für oder gegen die Nutzung erneuerbarer Energien und deren mögliche Auswirkungen auf Naturschutzbelange zugeschrieben werden. Diese ist auf Grund der unterschiedlichen Energieträger, aber auch der unterschiedlichen Gegebenheiten vor Ort, die für die Errichtung und den Betrieb der jeweiligen Energieanlage relevant sind, verschieden.

Schließlich ist in Bezug auf die Auswertung noch zu berücksichtigen, dass hinsichtlich der vier erneuerbaren Energieträger zwischen Verfahren, die die Planungsebene betreffen, und solchen, die die Genehmigungsebene adressieren, unterschieden werden muss. Auch im Hinblick hierauf sind zwischen den jeweiligen Energieträgern Unterschiede erkennbar. So finden sich zur Wasserkraft keine Gerichtsentscheidungen zur Planungsebene, da diese für diesen Energieträger nicht relevant ist und die Zulassung der Anlagen im Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren erfolgt. Hingegen existieren für alle anderen Energieträger hierzu im unterschiedlichen Umfang gerichtliche Entscheidungen, in Bezug auf Solaranlagen sowohl für Freiflächenphotovoltaikanlagen als auch für Einzelanlagen auf Wohngebäuden. Auch bei der Abgrenzung Planungsebene und Genehmigungsebene nimmt die Rechtsprechung zur Windenergienutzung auf Grund der planungsrechtlichen Steuerung dieser Anlagen mittels Konzentrationszonen eine hervorgehobene Stellung ein.

Für das Gutachten wurde eine Recherche in der Datenbank „juris – Das Rechtsportal“ vorgenommen. Hierbei wurde zunächst für alle vier erneuerbaren Energieträger jeweils die Suche auf den Zeitrahmen vom 1. Januar 2000 bis 31. Dezember 2016 beschränkt. Zu den einzelnen Energieträgern wurden für die Suche die Begriffe „Naturschutz“ und „BNatSchG“ kombiniert. Auch die Energieträger wurden mit unterschiedlichen Begriffen variiert. Bezogen auf den jeweiligen Energieträger erzeugte die unterschiedliche Kombination der Begriffe auch eine zum Teil sehr unterschiedliche Trefferquote. Stichproben ergaben, dass die geringere Trefferanzahl nicht hundertprozentig von der höheren Trefferanzahl umfasst wurde. Trotzdem enthalten die Ergebnisse für den einzelnen Energieträger vielfach Überschneidungen. Für die Solarenergie wurde hilfsweise für die Suche auch der Begriff „Photovoltaik“ genutzt. Die Trefferquote potenziell einschlägiger Urteile war dennoch sehr gering und die Urteile konnten den bereits gefundenen Trefferergebnissen zugeordnet werden. Aus dem Umfang der Suchergebnisse können keine Rückschlüsse auf die Einschlägigkeit der gerichtlichen Entscheidungen für die Untersuchung gezogen werden. Diese wurde erst nach der ersten Sichtungsrunde geprüft. Das Ergebnis der Suche ist Tabelle 1 zu entnehmen (siehe Seite 12).

Tabelle 1:

Zusammenstellung der Suchergebnisse im Zeitraum vom 01.01.2000 bis 31.12.2016

Kombination der Begriffe	Suchergebnisse
Windenergie und BNatSchG	196
Windkraft und BNatSchG	451
Windkraft und Naturschutz	1058
Biomasse und BNatSchG	30
Biomasse und Naturschutz	97
Biogas und BNatSchG	58
Biogas und Naturschutz	153
Solar und BNatSchG	26
Solarenergie und BNatSchG	5
Solarenergie und Naturschutz	30
Wasserkraft und BNatSchG	36
Wasserkraft und Naturschutz	110

Für alle erneuerbaren Energieträger wurde im April 2017 nochmals eine Abfrage gestartet. Hierbei identifizierte neue Entscheidungen wurden in die Betrachtung einbezogen. Für die Windenergie wurde auf Grund des großen Umfangs der identifizierten Entscheidungen der Betrachtungszeitraum zunächst auf den 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2016 eingeengt und sodann bis April 2017 erweitert.

Schließlich ist hier noch anzumerken, dass die Datenabfrage über die Datenbank „juris“ keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann. Es besteht für die Gerichte keine Verpflichtung, ihre Entscheidungen hier einzupflegen. Insofern existiert eine gewisser, nicht näher zu bestimmender Graubereich an weiteren ergangenen gerichtlichen Entscheidungen, die hier nicht erfasst werden konnten, weil sie nicht in der Datenbank enthalten sind. Eine diese Entscheidungen ebenfalls berücksichtigende Untersuchung müsste an die jeweiligen Gerichte herantreten und diese Entscheidungen dort abfragen. Dies war hier nicht leistbar.

KAPITEL 3

Solarenergie

Die Recherche über die Datenbank „juris“ ergab in der Kombination „Solar“ oder „Solarenergie“ mit „Naturschutz“ oder „BNatSchG“ eine Trefferquote von insgesamt 61 Gerichtsentscheidungen. Hiervon wurden in einem ersten Schritt zunächst Dopplungen in den Suchanfragen herausgefiltert. Sodann wurden die gerichtlichen Entscheidungen einer ersten inhaltlichen Prüfung unterzogen. Dabei stellte sich heraus, dass trotz der begrifflichen Treffer die **Entscheidungen** sich nicht grundsätzlich mit der Thematik Solarenergienutzung und Naturschutz beschäftigten. Urteile, die nicht explizit hierauf eingingen, wurden ausgeschlossen. Sodann fand sich eine deutliche Anzahl an gerichtlichen Entscheidungen, die sich mit Fragen der Förderung der Solarenergienutzung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz beschäftigten. Auch diese wurden – mangels naturschutzrechtlicher Einschlägigkeit – nicht weiter untersucht. Insgesamt wurden 22 gerichtliche Entscheidungen ausgeschlossen. Einer näheren Untersuchung im Hinblick auf den verfolgten Untersuchungsgegenstand wurden 35 Entscheidungen unterzogen. Die einzelnen Zahlen sind nochmals Tabelle 2 zu entnehmen.

Im Hinblick auf die bezogen auf den Untersuchungszeitraum 2000 bis 2016 doch geringe Anzahl an ergangenen Gerichtsentscheidungen zur Nutzung der Solarenergie mit Berührungspunkten zu naturschutzbezogenen Aspekten erfolgte im Anfang April 2017 nochmals eine Recherche über die Datenbank „juris“. Die Ergebnisse haben sich im Vergleich zu den in Tabelle 2 dargestellten kaum geändert. Identifiziert werden konnten 98 Entscheidungen mit der Begriffskombination „Solar“ und „Naturschutz“. Hierbei waren insgesamt ca. 40 Entscheidungen auf Grund von Dopplungen und solche auszuschließen, in denen der Begriff „solar“ nicht in Verbindung zu einer konkreten Solarenergieanlage stand oder die Nennung nicht konfliktbehaftet und damit entscheidungserheblich war.[4] Die verbliebenen Entscheidungen decken sich mit den in der Tabelle 2 dargestellten.[5]

Aus der geringen Anzahl an gerichtlichen Auseinandersetzungen, die die Verknüpfung von Solarenergienutzung und Naturschutz adressieren, lässt sich jedoch nicht ableiten, dass dieser erneuerbare Energieträger nicht konfliktbehaftet wäre. Um eine solche Aussage treffen zu können, müssten auch die nicht in der Datenbank enthaltenen Entscheidungen ausgewertet werden. Diesbezüglich bedürfte es einer aufwendigeren Abfrage bei den einzelnen Gerichten.

Tabelle 2:

Solarenergie – Zusammenstellung der Entscheidungen

	Ergebnisse
Identifizierte Entscheidungen insgesamt	61
Nach Ausschluss von Dopplungen	57
Davon ausgeschlossen	22
Näher untersucht	**35**

4 Ausgeschlossen wurden so zum Beispiel gerichtliche Entscheidungen, die auf Grund der Nennung des Bayerischen Solar- und Windatlas in der Entscheidung durch die Suchanfrage in die Trefferliste aufgenommen wurden.

5 Bei den verbliebenen zwei zusätzlichen Entscheidungen handelt es sich um ältere Entscheidungen, die in die Datenbank aufgenommen wurden.

3.1 Ausgewertete gerichtliche Entscheidungen

Der Untersuchung zur Solarenergie wurden zunächst 57 gerichtliche Entscheidungen zugrunde gelegt. Diese verteilen sich auf Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte oder Verwaltungsgerichtshöfe (siehe Abbildung 1).

Eine Entscheidung, die sich auf die zeitliche Beschränkung der staatlichen Förderung von Strom aus solarer Strahlungsenergie auf ehemaligen Ackerflächen bezog, erging durch das Bundesverfassungsgericht.[6]

In Bezug auf die deutschlandweite Verteilung ist für die erstinstanzlichen Entscheidungen vor dem Verwaltungsgericht festzustellen, dass die deutliche Mehrzahl hiervon in Bayern erging, was auch darauf zurückzuführen ist, dass die südlichen Bundesländer auf Grund der höheren Sonneneinstrahlung eher für eine Solarenergienutzung in Betracht kommen. Zwar ist, wie aus der Abbildung 2 zu entnehmen ist, das Bundesland Hessen mit 13 Entscheidungen auf dem zweiten Platz einzuordnen, von den 13 Entscheidungen betreffen jedoch 11 Entscheidungen förderrechtliche Aspekte von Solarenergieanlagen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und eine Entscheidung die finanzielle Förderung einer Solarthermieanlage.

Auffallend ist, dass erstinstanzliche Entscheidungen aus dem Bundesland Baden-Württemberg nicht mit den Suchparametern in der Datenbank gefunden werden konnten. Dies verwundert vor allem deshalb, da das Bundesland auf Platz 2 der installierten Leistung von Photovoltaikanlagen im Jahr 2016 liegt.[7] Auch für Nordrhein-Westfalen und Niedersachen – Platz 3 und 4 in der Statistik – konnten nur jeweils zwei erstinstanzliche Entscheidungen identifiziert werden.

Dass es jedoch auch entgegen der Aufstellung in der Abbildung 2 in anderen Bundesländern zu Konflikten zwischen der Solarenergienutzung und dem Naturschutz kommt, zeigen die in der Abbildung 2 aufgeführten Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte oder Verwaltungsgerichtshöfe. Hier finden sich zum Beispiel Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg oder des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz, deren Vorinstanzen nicht in der Liste der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erfasst sind.

Aktuelle Entscheidungen der Jahre 2016 und 2017 lassen sich zur Solarenergie und deren möglicherweise vorhandenen Auswirkungen auf den Naturschutz in der

6 *BVerfG*, Entscheidung vom 23.9.2010 – 1 BvQ 28/10 – ZUR 2010, 597 ff.

7 https://de.statista.com/statistik/daten/studie/250881/umfrage/installierte-photovoltaikleistung-nach-bundesland/.

Abbildung 1:

Solarenergie – Verteilung der Gerichtsinstanzen

42

Entscheidungen im Verwaltungsgericht (VG)

14

Entscheidungen im Oberverwaltungsgericht (OVG)/ Verwaltungsgerichtshof (VGH)

Datenbank nicht finden. Auch den „Boom-Jahren“ der Photovoltaik 2010 bis 2012[8] können nur 14 einschlägige Entscheidungen zugeordnet werden. Dabei gilt es allerdings auch zu beachten, dass diese nicht zwingend mit dem verstärkten Ausbau der Solarenergie in Deutschland zusammenhängen und auch Konflikte unabhängig vom „Ausbauboom“ adressieren.

Die geringe Anzahl der gerichtlichen Entscheidungen lässt jedoch darauf schließen, dass die Solarenergie im Vergleich zu anderen erneuerbaren Energieträgern in Bezug auf ihre Auswirkungen auf den Naturschutz bisher ein eher geringeres Konfliktpotenzial aufweist.

8 Siehe: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/29264/umfrage/neu-installierte-nennleistung-von-solarenergie-in-deutschland-seit-2004/

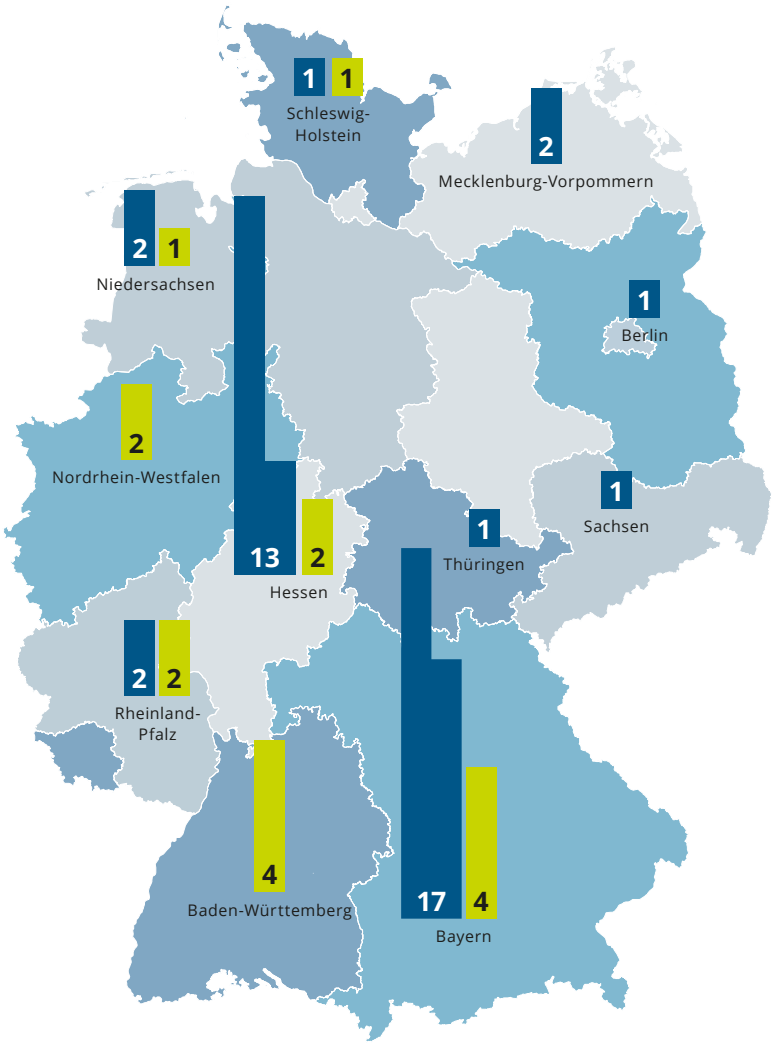

Abbildung 2:

Solarenergie – Verteilung der erstinstanzlichen und obergerichtlichen Entscheidungen nach Bundesland

3.2 Untersuchte gerichtliche Entscheidungen

Für die 35 verbliebenen gerichtlichen Entscheidungen wurde versucht, Konfliktfelder zu identifizieren, die nicht nur einmal die Gerichte befassten. Häufiger vor Gericht landeten Konflikte, die sich mit Fragen der Bauleitplanung und der Nutzung von Solaranlagen beschäftigten. Auch Konflikte in Bezug auf die (illegale) Errichtung dieser Anlagen im Außenbereich[9] und Streitigkeiten, die die eingeschränkte Wirtschaftlichkeit der Anlagen infolge von Verschattungen durch Bäume zum Gegenstand hatten, konnten identifiziert werden. Schließlich taucht in den Entscheidungen auch immer wieder das Verhältnis der Nutzung erneuerbarer Energien zum Umwelt- und Naturschutz auf.

Bezogen auf die in die Konflikte und die gerichtlichen Auseinandersetzungen verwickelten Akteure lässt sich feststellen, dass in Bezug auf Solarenergieanlagen in deutlich überwiegender Anzahl natürliche Personen (Eigentümer von Grundstücken, Eigentümer der Solaranlagen) und (Genehmigungs-)Behörden als Konfliktakteure auftreten. In Konflikten, die die Bauleitplanung betrafen, waren auch Gemeinden Konfliktakteur. Vereinigungen (Umweltverbände) konnten nur in einem Fall als Akteur identifiziert werden.[10]

Den identifizierten Akteuren kann grundsätzlich nicht eine besondere Einstellung zur Solarenergie und deren Auswirkungen auf den Naturschutz zugeordnet werden. Vielmehr treten sie in unterschiedlichen Rollen auf. Zum Teil sind die Akteure Kläger, die ihre Interessen an der Nutzung des erneuerbaren Energieträgers durchsetzen wollen, zum Teil Beklagte, um die Nutzung gerade zu verhindern.

3.2.1 Konfliktpotenzial Planung

Die kommunale Planungsebene war in mehreren Entscheidungen Konfliktgegenstand. Konflikte resultierten in Bezug auf die Bauleitplanung zum einen daraus, dass Flächen auf dem Gemeindegebiet nicht für die Solarenergienutzung in Form von Photovoltaik-Freiflächenanlagen berücksichtigt wurden. Zum anderen war die (vermeintliche) Nichtberücksichtigung vorhandener Solaranlagen bei neuen Planungsentscheidungen, aber auch die fehlerhafte Berücksichtigung vorhandener Bebauung Klagegegenstand.

Die Nichtberücksichtigung von Flächen zur Nutzung durch Freiflächen-Photovoltaikanlagen wurde durch natürliche Personen – Eigentümer der nicht berücksichtigten Flächen – gerügt.[11] Klagegegner war die Gemeinde als Verantwortliche für die Bauleitplanung. Vorgebrachte Argumente gegen die Bauleitplanung waren eine wirtschaftliche Benachteiligung durch Nichtnutzung der Flächen als auch ein fehlerhafter Ausschluss aus Artenschutzgründen. So führte der Kläger vor allem an, dass der Bebauungsplan abwägungsfehlerhaft zustande gekommen sei, da die Herausnahme seiner Grundstücke aus dem Umgriff des Bebauungsplans aus sachfremden Erwägungen erfolgt und nicht nachvollziehbar sei. Ihm entstünden durch die Herausnahme der Grundstücke aus dem überplanten Bereich erhebliche wirtschaftliche Einbußen. Der für die Herausnahme der Grundstücke angeführte Artenschutz (anzutreffende Rebhuhn-Population) werde bestritten. Er sei auch – im Vergleich zum Gewicht des öffentlichen Belangs der Gewinnung von Solarenergie – überbewertet worden.[12]

9 Als „Außenbereich" werden Grundstücke und Flächen bezeichnet, die außerhalb von zusammenhängenden Bebauungen und nicht im Geltungsbereich von qualifizierten Bebauungsplänen liegen.

10 *VG Würzburg*, Beschluss vom 7.6.2011 – W 5 E 11.421 – BeckRS 2011, 31682. In dem Verfahren verfolgte ein anerkannter Naturschutzverband den Erlass einer Baueinstellung für die Errichtung eines Solarparks in einem Teilbereich eines ehemaligen Bundeswehrstandortes. Zur Begründung des Antrags wurde unter anderem ausgeführt, dass der hierauf bezogene Bebauungsplan unwirksam sei, weil er nicht den Erhaltungszielen für ein FFH-Gebiet entspreche. Der Antrag blieb ohne Erfolg.

11 *VGH München*, Urteil vom 21.11.2011 – 9 N 10.1022 – BeckRS 2012, 52839.

12 *VGH München*, Urteil vom 21.11.2011 – 9 N 10.1022 – BeckRS 2012, 52839, Rn. 4-6.

Für die Entscheidung der Gemeinde zum Ausschluss der Grundstücke des Klägers sprachen jedoch erhebliche naturschutzfachliche Gründe, die seitens der als Träger öffentlicher Belange im Bebauungsplanverfahren angehörten Fachstellen (Untere Naturschutzbehörde, Landesbund für Vogelschutz) erhoben worden waren. Neben dem Schutz von Rebhühnern sollte mit der Herausnahme der Flächen des Klägers zugleich eine für den Vogelschutz zusammenhängende Fläche geschaffen werden, die als Rast- und Nahrungsfläche zu Zeiten des Vogelzuges dienen soll. Zugleich sollten die Bedingungen für eine Vergütung von Solarstrom nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz geschaffen werden. Da es sich bei den herausgenommenen Flächen des Klägers um Brachflächen, die naturschutzfachlich wertvoll seien, und nicht um intensiv genutzte Ackerflächen handele, sei eine Nichtberücksichtigung in der Planung gerechtfertigt.[13] Das Gericht gab der Gemeinde recht.

In einem Verfahren wurde die (vermeintliche) Nichtberücksichtigung einer bereits installierten Solaranlage bei einer im beschleunigten Verfahren nach § 13a BauGB erfolgenden Bebauungsplanung gerügt.[14] Kläger war auch hier eine natürliche Person, Klagegegner die Gemeinde. Das Gericht sah die Belange der Funktionsfähigkeit und Effizienz der installierten Photovoltaikanlage sowie die Zunahme der Verschattung des Grundstücks der Klägerin als durch die Gemeinde im Verfahren zutreffend ermittelt und in die Abwägung eingestellt an.[15] Zur Verhinderung größerer Beeinträchtigungen habe die Gemeinde den Anforderungen des Gebots der Rücksichtnahme dadurch genügt, dass sie die Größe des Baufensters und die zulässige Gebäudehöhe entsprechend begrenzt und als Dachform „Flachdach" festgesetzt habe. Die exakte Ermittlung der Energieeinbußen der vorhandenen Anlage sei nicht geboten. Die vom Kläger zudem geltend gemachte nicht richtige Ermittlung und Bewertung naturschutzrechtlicher Belange führte ebenfalls nicht zum Klageerfolg. Die Gemeinde hatte für ihre Bewertung eine artenschutzrechtliche Stellungnahme eingeholt, deren Richtigkeit nicht zu beanstanden war.

Schließlich wurde in einem Verfahren von einer natürlichen Person die kommunale Planung eines Sondergebietes „Photovoltaikanlage" angegriffen, die die Auswirkungen der potenziellen Photovoltaikanlagen auf ein angrenzendes Wohngebiet – Wohnbereich des Antragstellers – nicht hinreichend berücksichtigte.[16] Dem von den Klägern vorgebrachten Argument der Unwirtschaftlichkeit der Anlagen und der damit einhergehenden unwirtschaftlichen Festsetzung einer Grundstücksnutzung[17] folgte das Gericht nicht, erklärte den Bebauungsplan aber aus anderen Gründen für nicht wirksam.

Dass die kommunale Planungsebene aber nicht nur Konfliktgegenstand zwischen natürlichen Personen und den kommunalen Planungsträgern sein kann, zeigt ein Verfahren, in dem eine Gemeinde gegen eine Entscheidung der Rechtsaufsicht, die Planung von Photovoltaik-Freiflächenanlagen in einem Flächennutzungsplan nicht zu genehmigen, gerichtlich vorgegangen ist.[18] Ablehnungsgrund war eine fehlerhafte Abwägungsentscheidung der Kommune. Die kommunale Ausweisung eines Solarfeldes im unmittelbaren Nahbereich zu naturschutzrechtlich besonders geschützten Bereichen verfehlte im konkreten Fall einen angemessenen Ausgleich zwischen den planbetroffenen Belangen. Die Standortsuche und Flächenauswahl habe nach objektiven Kriterien zu erfolgen und insbesondere die allgemeinen Belange der Siedlungsentwicklung, der Bau- und Bodendenkmäler, des Landschaftsbildes sowie des Umwelt- und Naturschutzes zu berücksichtigen und abzuwägen. Das Gericht bestätigte die Entscheidung der Rechtsaufsicht und der Vorinstanz und merkte zudem an, dass eine „vorbereitende Bauleitplanung

13 *VGH München*, Urteil vom 21.11.2011 – 9 N 10.1022 – BeckRS 2012, 52839, Rn. 13 f. 22.

14 *VGH Mannheim*, Urteil vom 30.10.2014 – 8 S 940/12 – ZfBR 2015, 278 ff.

15 Nach einem vorgelegten Gutachten wäre bei vollständiger Ausnutzung des Grundstücks eine Verringerung der Sonneneinstrahlung um 11,1 Prozent und innerhalb von 12 Jahren damit eine Mindereinnahme von 3.000 bis 3.500 Euro gegeben. *VGH Mannheim*, Urteil vom 30.10.2014 – 8 S 940/12 – ZfBR 2015, 278 (282).

16 *VGH Kassel*, Urteil vom 26.8.2010 – 4 C 1726/09.N – ZUR 2011, 32 ff.

17 Damit wird auch mittelbar der Naturschutz adressiert.

18 *OVG Schleswig*, Beschluss vom 5.7.2012 – 1 LA 30/12 – NuR 2012, 657 ff.; *Schleswig-Holsteinisches VG*, Urteil vom 28.2.2012 – 2 A 82/10 – nicht veröffentlicht.

von (großflächigen) Freiflächen-Photovoltaikanlagen im Außenbereich […] weder von „Wünschen" betroffener Eigentümer noch von „förderrechtlichen" Voraussetzungen des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien" dominiert sein dürfe.[19]

Die skizzierten Entscheidungen zeigen, dass in Bezug auf Solarenergieanlagen und Auswirkungen auf den Naturschutz nicht allein eine bestimmte Planungssituation identifiziert werden kann, die konfliktbehaftet ist. Auch können die beteiligten Akteure sehr unterschiedliche Interessen vertreten.

3.2.2 Konfliktpotenzial Außenbereich

Mehrfach haben sich die Gerichte mit der Errichtung und dem Betrieb von Photovoltaikanlagen im Außenbereich beschäftigt. Eine Fallgestaltung ist hierbei die Überprüfung von Beseitigungsanordnungen,[20] die die zuständige Behörde gegen eine nicht genehmigte Errichtung einer Solarenergieanlage erlassen hat. Kläger waren jeweils natürliche Personen, die die streitgegenständlichen Anlagen auf ihren Gebäuden ohne vorherige Genehmigung errichtet hatten. Um der Beseitigungsanordnung zu entgehen, versuchten die Kläger in einem Fall, die nachträgliche Genehmigung für die Anlage zu erhalten. Hierbei argumentierten sie, dass es sich bei ihrem Vorhaben um ein privilegiertes Vorhaben im Außenbereich (landwirtschaftlicher Betrieb) handele und die Solaranlage diesem diene, also die Privilegierung im Außenbereich genieße.[21] Die errichtete Unterstellkonstruktion diene primär der Unterstellung landwirtschaftlichen Geräts, die Solarenergienutzung werde nur als Nebennutzung verfolgt. Das Vorhaben füge sich in die Umgebung ein. Die zuständige Behörde (Landratsamt) verweigerte die Genehmigung und hielt an der Beseitigungsanordnung fest. Als Begründung führte sie an, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Vorhaben nicht um ein privilegiertes Vorhaben im Außenbereich handele und die Solaranlage dem landwirtschaftlichen Betriebsgelände nicht diene, sondern mit der Unterstellkonstruktion nur oder hauptsächlich der Zweck verfolgt werde, im Außenbereich einen Bau zur Nutzung einer Photovoltaikanlage zu errichten. Sei das Vorhaben nicht im Sinne von § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert im Außenbereich zulässig, müsse es an § 35 Abs. 2 BauGB gemessen werden. Die Konstruktion sei aber auch nicht als sonstiges Vorhaben im Außenbereich zulässig, da es öffentliche Belange beeinträchtige. Nach der naturschutzfachlichen Stellungnahme würden Belange des Naturschutzes beeinträchtigt, da die Unterstellkonstruktion einen Eingriff gemäß § 14 BNatSchG durch die Veränderung von Gestalt und Nutzung von Grundflächen sowie eine erhebliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes darstelle.[22] Das Gericht folgerte aus der äußeren Erscheinung des Hochregals mit dem nach Süden ausgerichteten Pultdach, dass eine primär landwirtschaftliche Nutzung damit nicht verfolgt werde und wies die Klage ab.[23]

In einem anderen Fall[24] wurde die Aufstellung von Sonnenkollektoren und einer Photovoltaikanlage zunächst genehmigt, nachdem die Untere Naturschutzbehörde, ihre naturschutzfachlichen Bedenken hinsichtlich der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes zurückgestellt hatte, da der regenerativen Energieerzeugung eine Privilegierung zugebilligt werden könne und eine städtebauliche Vorbelastung festzustellen sei. Allerdings erteilte die zuständige Behörde (Landratsamt) die Baugenehmigung nur befristet, da die Verfestigung einer Splittersiedlung zu befürchten sei. Der spätere Kläger – eine natürliche Person – wandte sich vor Ablauf der Befristung mit einem Modernisierungsvorhaben an die Behörde und argumentierte, dass die Photovoltaikanlage dem landwirtschaftlichen Betrieb diene und eine Befristung zu Unrecht erfolgt sei. Das

19 *OVG Schleswig*, Beschluss vom 5.7.2012 – 1 LA 30/12 – NuR 2012, 657 (658).

20 *VG München*, Urteil vom 18.9.2014 – M 11 K 13.5874 – BeckRS 2015, 42696; *VG Würzburg*, Urteil vom 24.10.2013 – W 5 K 13.97 – BeckRS 2013, 58597.

21 *VG Würzburg*, Urteil vom 24.10.2013 – W 5 K 13.97 – BeckRS 2013, 58597; siehe auch *VG Würzburg*, Urteil vom 24.3.2011 – W 5 K 10.1117 – juris.

22 *VG Würzburg*, Urteil vom 24.10.2013 – W 5 K 13.97 – BeckRS 2013, 58597; siehe auch *VG Würzburg*, Urteil vom 24.3.2011 – W 5 K 10.1117 – juris.

23 So auch *VGH München*, Beschluss vom 15.11.2012 – 1 ZB 11.1632 – juris, Rn. 15; *VGH München*, Beschluss vom 23.7.2012 – 15 ZB 10.1660 – juris.

24 *VG München*, Urteil vom 18.9.2014 – M 11 K 13.5874 – BeckRS 2015, 42696.

zur Stellungnahme aufgeforderte Amt für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten konnte eine solche nicht abgeben, da nach Auskunft des Klägerbevollmächtigten die Solarnutzung der Wohnbebauung diene, mithin eine Beurteilung bezüglich des landwirtschaftlichen Betriebs entfalle. Nach Anhörung wurde der Kläger aufgefordert, die Anlage zu beseitigen und ein Zwangsgeld angedroht. Eine weitere Baugenehmigung wurde nicht erteilt. Die Beseitigungsentscheidung des Landratsamtes wurde damit begründet, dass die Anlage kein privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB sei. Als sonstigem Vorhaben stünden der Anlage jedoch die Darstellungen des Flächennutzungsplans[25] und die Lage des Grundstücks in einem Landschaftsschutzgebiet als öffentliche Belange entgegen. Das Vorhaben beeinträchtige zudem die natürliche Eigenschaft der Landschaft und verunstalte das Orts- und Landschaftsbild. Die Klage gegen die Beseitigungsanordnung hatte keinen Erfolg.

In einem weiteren Verfahren begehrte ein Kläger – eine natürliche Person – die Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Erteilung einer – nachträglichen – Baugenehmigung für die Erweiterung eines Stallgebäudes.[26] Die Erweiterung diente vornehmlich als Träger für auf ihr aufliegende Sonnenkollektoren. Als die Behörde von den Änderungen durch einen Dritten[27] Kenntnis erlangte und die Absicht erklärte, eine Rückbauverfügung zu erlassen, stellte der Kläger eine Bauvoranfrage, deren Ziel die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit der erfolgten Erweiterung war. Als Begründung für die Erweiterung führt der Kläger aus, dass diese der Bienenhaltung und Bienenzucht diene. Die Gemeinde erteilte ihr Einvernehmen. Die zuständige Behörde (Landratsamt) lehnte die Bauvoranfrage dennoch mit der Begründung ab, dass eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB nicht vorliege, da die Bienenzucht nur hobbymäßig betrieben werde, und die Erweiterung die öffentlichen Belange des Naturschutzes und des Bodenschutzes sowie das Landschaftsbild beeinträchtige, da sich die massive und vollständige Auslegung von Solarplatten auf dem Stallgebäude negativ auf das Landschaftsbild auswirke. Mehr als zwei Jahre nach dem Bestandskräftigwerden der Ablehnung des Vorbescheids beantragte der Kläger die Baugenehmigung, die Gemeinde erteilte wiederum ihr Einvernehmen. Die Beklagte lehnte auch diesen Antrag mit den im Wesentlichen gleichen Argumenten ab. Auch der Widerspruch hiergegen blieb erfolglos, die Klage ebenfalls.

Gerichtsverfahren, die sich mit Solaranlagen im Außenbereich auseinandersetzen, beziehen sich jedoch nicht immer auf bereits errichtete Solaranlagen und deren nachträgliche Genehmigung oder Beseitigung. Auch die Erteilung eines Bauvorbescheides hinsichtlich der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Photovoltaikvorhabens kann Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung sein.[28] Die Beklagte (Stadt) verneinte die planungsrechtliche Zulässigkeit einer Photovoltaikanlage im Außenbereich u. a. unter Berufung auf öffentliche Belange des Bodenschutzes und der Landschaftspflege sowie des Widerspruchs zu Darstellungen des Entwurfs des Landschaftsplans. Der hiergegen vom Kläger – eine natürliche Person – erhobene Widerspruch wurde von der nächst höheren Behörde (Landesdirektion) unter anderem mit der Begründung zurückgewiesen, die geplante Bebauung (die Errichtung einer ca. drei Hektar großen Freiflächen-Photovoltaikanlage auf einem ehemals als Ackerland genutzten Grundstück) beeinträchtige die natürliche Eigenart der Landschaft. In der hiergegen erhobenen Klage vor dem Verwaltungsgericht wandte der Kläger ein, dass das in Betracht gezogene Grundstück zu 70 Prozent versiegelt sei und er eine Beeinträchtigung von Belangen der Natur- und Landschaftspflege durch sein Vorhaben nicht ersehen könne. Eine nennenswerte zusätzliche Bodenbelastung trete durch sein Vorhaben nicht ein, eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart

25 Ausweisung der Fläche teils als Wald, teils als privat genutzte Grünfläche sowie als Fläche für Landwirtschaft mit besonderen ökologischen und landschaftsprägenden Funktionen.

26 *VG Schwerin*, Urteil vom 8.5.2015 – 2 A 766/13 – BeckRS 2015, 47509.

27 Durch eine Nachbaranzeige.

28 *VG Leipzig*, Urteil vom 9.7.2014 – 4 K 984/12 – BeckRS 2014, 55909.

der Landschaft sei nicht zu befürchten. Der während des laufenden Gerichtsverfahrens beschlossene Landschaftsplan sieht für das Vorhabengrundstück eine Grünfläche und die Funktion „Erhaltung von Frisch- und Kaltluftgebieten" vor. Der ebenfalls fortgeschriebene Flächennutzungsplan sieht gleichfalls die Nutzung als Grünfläche vor. Der Kläger sieht dadurch sein Vorhaben nicht ausgeschlossen und beantragt weiterhin die Erteilung des Vorbescheids. Dem tritt die Beklagte unter anderem mit der Argumentation entgegen, dass die Photovoltaikanlage zu der bereits vorhandenen Versiegelung eine Erhöhung der Beeinträchtigung hervorrufe und eine solche großflächige Anlage prinzipiell als der natürlichen Eigenart der Landschaft wesensfremd zu bewerten sei. Dadurch dass das Grundstück jahrelang ungenutzt gewesen sei, sei es der natürlichen Sukzession überlassen worden, die Fläche stelle sich weitgehend als Grünfläche mit Bewuchs und als schützenswerter Biotoptyp dar. Das Gericht folgte weitgehend der Argumentation der Beklagten und sah das geplante Vorhaben nicht im Einklang mit dem Flächennutzungsplan und dem Landschaftsplan. Es gab aber dem Hilfsantrag[29] der Kläger statt.

Die Entscheidungen zeigen, dass sich Konflikte im Außenbereich betreffend Solaranlagen häufig daran entzünden, dass die Anlagen ohne Genehmigung errichtet werden und eine nachträgliche Genehmigung auf Grund öffentlicher Belange des Landschaftsbildes und der natürlichen Eigenart der Landschaft ausscheidet. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass sich die Entscheidungen oftmals auf Fälle beziehen, in denen für die Solarenergienutzung eigenständig Gebäude errichtet oder erweitert wurden. Die Behörde will mit ihren Maßnahmen den ursprünglichen Zustand von Natur und Landschaft wiederherstellen und die Außenbereiche von nicht notwendiger Bebauung freihalten. Vorhaben im Außenbereich, die der Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden dienen, wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist, sind jedoch nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB privilegiert.

3.2.3 Konfliktpotenzial Verschattung

Schließlich beschäftigt das Thema Verschattung von Solaranlagen die Gerichte. Hierbei hatten die Gerichte Entscheidungen der Behörden zu überprüfen, die Ausnahmen von der die fraglichen Bäume schützenden Baumschutzverordnung[30] oder Naturdenkmalverordnung[31] nicht erteilten. Kläger waren jeweils natürliche Personen, die Beklagten jeweils die zuständigen Behörden (Landratsamt) für die Erteilung einer Fällungsgenehmigung oder einer Ausnahme von den Schutzverordnungen. In allen drei Verfahren hatten die Kläger mit ihrem Vorbringen, die Behörde zur Erteilung der Fällungsgenehmigung zu verpflichten, keinen Erfolg. In den Verfahren brachten die Kläger jeweils vor, dass die zuständige Behörde die beantragte Genehmigung zu Unrecht abgelehnt habe und in unzutreffender Weise vorliegende Gründe des öffentlichen Wohls verneint habe.[32] Die Nutzung des Daches zum Betrieb einer Solaranlage sei auf Grund der eingeschränkten Besonnung wirtschaftlich nicht möglich. Die Beibehaltung der geschützten Bäume verursache eine unzumutbare Härte und Belastung.

Die ablehnende Entscheidung der Behörde stützte sich jeweils auf eine Einschätzung der unteren Naturschutzbehörde, die den jeweiligen Bäumen einen guten Gesamtzustand und eine gute Standsicherheit bescheinigte.[33] Die Beschattung des Grundstücks durch einen einzelnen Baum sei jeweils hinnehmbar.

29 Diese bezog sich darauf, festzustellen, dass die Versagung des Bauvorbescheides in Gestalt des Widerspruchsbescheides rechtswidrig war und die Beklagte zur Erteilung eines positiven Vorbescheides bis zum Erlass des Landschaftsplanes verpflichtet war.

30 *VG Regensburg*, Urteil vom 19.2.2008 – RN 4 K 07.455 – NuR 2008, 739 f.; *VG München*, Urteil vom 2.12.2013 – M 8 K 12.4170 – BeckRS 2014, 47134.

31 *VG Bayreuth*, Urteil vom 16.9.2015 – B 2 K 15.493 – BeckRS 2015, 53617.

32 *VG Bayreuth*, Urteil vom 16.9.2015 – B 2 K 15.493 – BeckRS 2015, 53617.

33 Siehe hierzu z. B. *VG München*, Urteil vom 2.12.2013 – M 8 K 12.4170 – BeckRS 2014, 47134.

Eine unzumutbare Beeinträchtigung oder ein nicht beabsichtigter Härtefall läge nicht vor.[34] Im Fall der Naturdenkmalverordnung wurde die ablehnende Entscheidung der Behörde zudem damit begründet, dass der Baum (eine Eiche) das Straßenbild maßgeblich präge und wegen seines Alters und seines Wuchses ein besonderer und erhaltenswerter Baum sei.

Das Gericht prüfte in Bezug auf das Argument einer offenbar nicht beabsichtigten Härte zudem jeweils das Vorliegen der Voraussetzungen einer Ausnahme nach dem Bundes-Naturschutzgesetz[35] oder dem einschlägigen Landesrecht[36] und verneinte diese. Die in den Baumschutz- und Naturdenkmalverordnungen enthaltenen Verbote und Nutzungsbeschränkungen sah es jeweils als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG an.

Die gerichtlichen Entscheidungen zur Verschattung von Solaranlagen durch Bäume, die mittels einer Verordnung unter Schutz gestellt sind, gaben in jedem Einzelfall der entscheidenden Behörde recht, die die Fällungsgenehmigung nicht erteilt hatte. Daraus kann jedoch nicht geschlussfolgert werden, dass die Entscheidung immer zugunsten des Baumerhalts und zu Lasten einer optimalen wirtschaftlichen Nutzung der Solaranlage ausgeht. Vielmehr ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob dem Baumerhalt oder der wirtschaftlichen Nutzung der Solaranlage der Vorrang gegeben werden soll. Jedoch ist zu beachten, dass standortgebundenen Interessen des Naturschutzes ein erhöhtes Gewicht zukommen kann, da die Energiegewinnung mittels Solaranlagen nicht standortgebunden ist, sondern es vielfach Hausdächer gibt auf denen dezentral Solarenergie erzeugt werden kann, ohne dass Interessen des Natur- oder Baumschutzes entgegenstehen.

3.2.4 Konfliktpotenzial erneuerbare Energien und Umwelt- sowie Naturschutz

Vor allem in den Verfahren zur Verschattung von Solaranlagen,[37] aber auch in anderen Verfahren wird von den Klägern zur Unterstützung ihres Vorbringens auf Genehmigung einer Photovoltaikanlage, auf Ausweisung einer Fläche zur Nutzung der Solarenergie,[38] auf nachträgliche Genehmigung einer bereits errichteten Solaranlage oder auf Erteilung einer Fällungsgenehmigung argumentiert, dass die Gewinnung elektrischer Energie durch Solaranlagen im öffentlichen Interesse liege und einen Belang des Gemeinwohls darstelle. Die dezentrale Gewinnung elektrischer Energie durch Solaranlagen auf Hausdächern sei umweltfreundlich und werde wirtschaftlich gefördert. Der Nutzung erneuerbarer Energien sei deshalb und vor dem Hintergrund des Klimaschutzes ein höheres Gewicht beizumessen.

Diese Argumentation hat allerdings vor Gericht in der Regel keinen Bestand. Die dezentrale Gewinnung von Energie mittels Solaranlagen hat nicht generell Vorrang vor anderen öffentlichen Interessen, zum Beispiel denen des Naturschutzes. In der Rechtsprechung ist bereits geklärt, dass sich aus dem Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (EEG) kein genereller Vorrang der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vor den Belangen des Naturschutzrechts ergibt.[39] Vielmehr ist der jeweilige Einzelfall entscheidend.

34 *VG Regensburg*, Urteil vom 19.2.2008 – RN 4 K 07.455 – NuR 2008, 739 (739).

35 Siehe § 67 Abs. 1 BNatSchG; siehe *VG Bayreuth*, Urteil vom 16.9.2015 – B 2 K 15.493 – BeckRS 2015, 53617; *VG München*, Urteil vom 2.12.2013 – M 8 K 12.4170 – BeckRS 2014, 47134.

36 *VG München*, Urteil vom 2.12.2013 – M 8 K 12.4170 – BeckRS 2014, 47134; *VG Regensburg*, Urteil vom 19.2.2008 – RN 4 K 07.455 – NuR 2008, 739 (740).

37 Siehe *VG München*, Urteil vom 2.12.2013 – M 8 K 12.4170 – BeckRS 2014, 47134; *VG Regensburg*, Urteil vom 19.2.2008 – RN 4 K 07.455 – NuR 2008, 739 (739).

38 *VGH München*, Urteil vom 21.11.2011 – 9 N 10.1022 – BeckRS 2012, 52839, Rn. 6; *VGH Mannheim*, Urteil vom 30.10.2014 – 8 S 940/12 – ZfBR 2015, 278 (281).

39 *VG München*, Urteil vom 2.12.2013 – M 8 K 12.4170 – BeckRS 2014, 47134.

3.3 Zusammenfassung

Das Konfliktfeld Naturschutz und Solarenergienutzung ist bisher noch nicht häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen. Dies ist gegebenenfalls dem Umstand geschuldet, dass die Anlagen vielfach auf oder an Gebäuden errichtet werden und Naturschutzbelange dadurch nicht beeinträchtigt werden. Aber auch Freiflächen-Photovoltaikanlagen waren aus Naturschutzgründen bisher noch nicht oft Gegenstand gerichtlicher Überprüfung. Dass dieser erneuerbare Energieträger aber auch naturschutzrelevante Auswirkungen hervorrufen kann, zeigen die – wenn auch wenigen – untersuchten gerichtlichen Entscheidungen.

Bei den vor Gericht auftretenden Akteuren handelt es sich weit überwiegend um natürliche Personen und um für die jeweilige Entscheidung zuständige Behörden. Umweltverbände treten in Bezug auf Solaranlagen bisher kaum auf. Die überwiegende Anzahl der Konflikte scheint in der ersten Instanz vor dem Verwaltungsgericht gelöst werden zu können, denn nur wenige Streitigkeiten gelangen in die zweite Instanz.

Aus den wenigen untersuchten Entscheidungen, die sich zudem über 15 Jahre erstrecken, können regelmäßig auftretende Konfliktsituationen in Bezug auf Solarenergieanlagen nicht hinreichend belegt abgeleitet werden. Die hier gebildeten vier Kategorien fassen jedoch grob mögliche Konfliktlinien zusammen.

Ob die Solarenergie in den nächsten Jahren aus Naturschutzsicht erhöhtes Konfliktpotenzial entwickelt, das vor Gericht gelöst werden muss, bleibt abzuwarten.

KAPITEL 4

Wasserkraft

Die Recherche über die Datenbank „juris“ ergab in der Kombination „Wasserkraft“ mit „Naturschutz“ oder „BNatSchG“ eine Trefferquote von insgesamt 146 Gerichtsentscheidungen. Nach Herausfilterung der Dopplungen über die Suchkombination verblieben 84 gerichtliche Entscheidungen, die jeweils das Wort „Wasserkraft“ und „Naturschutz“ oder „BNatSchG“ enthielten. Anschließend wurden diese verbliebenen Gerichtsentscheidungen einer ersten inhaltlichen Sichtung unterzogen. Ausgeschlossen wurden unter anderem Entscheidungen, die sich mit Hochwasserschutzmaßnahmen oder dem naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht beschäftigten und nicht explizit Wasserkraftanlagen und Naturschutzbelange betrafen. Insgesamt wurden damit weitere 29 gerichtliche Entscheidungen ausgeschieden. Einer näheren Untersuchung im Hinblick auf den verfolgten Untersuchungsgegenstand wurden zunächst 55 Entscheidungen zugrunde gelegt. Die einzelnen Zahlen sind nochmals Tabelle 3 zu entnehmen.

Im Hinblick auf die bezogen auf den Untersuchungszeitraum 2000-2016 ermittelte geringe Anzahl an ergangenen Gerichtsentscheidungen zur Nutzung der Wasserkraft mit Berührungspunkten zu naturschutzbezogenen Aspekten erfolgte im Anfang April 2017 nochmals eine Recherche über die Datenbank „juris“. Die Ergebnisse haben sich im Vergleich zu den in Tabelle 2 dargestellten nur leicht geändert. Identifiziert werden konnten 152 Entscheidungen mit der Begriffskombination „Wasserkraft“ und „Naturschutz“ sowie „BNatSchG“. 64 Entscheidungen wurden – auf Grund von Dopplungen oder als Entscheidungen in anderen Gerichtszweigen – ausgeschlossen. Mit zusätzlichen fünf gerichtlichen Entscheidungen, die bis zur erneuten Recherche im Jahr 2017 ergangen waren, wurden der Untersuchung 89 Entscheidungen zugrunde gelegt. Zwei der in 2017 ergangenen Entscheidungen wurden nach einer ersten Sichtung als nicht für die Thematik einschlägig ausgeschlossen. Insgesamt wurden 58 Entscheidungen genauer untersucht.

Tabelle 3:
Wasserkraft – Zusammenstellung der Entscheidungen

	Ergebnisse
Identifizierte Entscheidungen insgesamt	146
Nach Ausschluss von Dopplungen	84
Davon ausgeschlossen	29
Näher untersucht	**55**

4.1 Ausgewertete gerichtliche Entscheidungen

Der Untersuchung zur Wasserkraft wurden zunächst 89 gerichtliche Entscheidungen zugrunde gelegt. In einem ersten Schritt wurde hierbei zwischen den Instanzen unterschieden. Bezogen auf gerichtliche Entscheidungen zur Wasserkraftnutzung sind im Vergleich zur Solarenergie prozentual etwas mehr obergerichtliche Entscheidungen zu verzeichnen. Die 89 Entscheidungen verteilen sich auf Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte oder Verwaltungsgerichtshöfe (siehe Abbildung 3).

Zusätzlich zu dieser Unterscheidung finden sich in Bezug auf Wasserkraft und Naturschutzbelange noch drei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs wurden aus der Betrachtung ausgeschlossen, da beide sich mit Fragen der Anwendung und Auslegung europäischer Richtlinien beschäftigten.[40] Auch zwei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts wurden nicht weiter betrachtet, da sie für die Problematik nicht einschlägig waren. Die verbliebene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wird in die Betrachtung mit einbezogen, da sie sich auf eine ebenfalls zu berücksichtigende oberverwaltungsgerichtliche Entscheidung bezieht.

In Bezug auf die deutschlandweite Verteilung ist für die erstinstanzlichen Entscheidungen vor dem Verwaltungsgericht festzustellen, dass die weit überwiegende Anzahl hiervon in Bayern erging, was auch darauf zurückzuführen ist, dass in diesem Bundesland die örtlichen Verhältnisse für eine Wasserkraftnutzung besonders günstig sind und es bezogen auf die in Deutschland installierte Leistung an Wasserkraft mit knapp 2600 Megawatt im Jahr 2014 deutlich vor dem an zweiter Stelle liegenden Bundesland Baden-Württemberg mit 960 Megawatt installierter Leistung liegt. Für dieses finden sich – wie aus der Abbildung 4 zu entnehmen ist – lediglich fünf erstinstanzliche Entscheidungen. Obwohl Bremen nur auf Platz 11 der Statistik der installierten Wasserkraftleistung für das Jahr 2014 gelistet ist, finden sich hier drei erstinstanzliche Entscheidungen, deren Konflikte zum Teil auch Gegenstand der nachfolgenden Instanz waren.

Auch bei der in der Abbildung 4 aufgeführten Verteilung der obergerichtlichen Entscheidungen liegt das Bundesland Bayern mit großem Abstand mit 17 Entscheidungen vorn. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg und des Oberverwaltungsgerichts Bremen sind hier ebenfalls vertreten. Zudem findet sich eine Entscheidung des

40 *EuGH*, Urteil vom 4.5.2016 – C-346/14 – ZfW 2017, 40 ff – Schwarze Sulm; *EuGH*, Urteil vom 11.9.2012 – C-43/10 – NuR 2012, 775 ff.

Abbildung 3:

Wasserkraft – Verteilung der Gerichtsinstanzen

55
Entscheidungen im Verwaltungsgericht (VG)

29
Entscheidungen im Oberverwaltungsgericht (OVG)/ Verwaltungsgerichtshof (VGH)

Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz, obwohl dieses Bundesland nicht bei den erstinstanzlichen Entscheidungen in der Abbildung 4 aufgeführt ist. Dies zeigt zum einen wiederum, dass die Liste der erstinstanzlichen Entscheidungen, die über die Datenbank abgefragt werden können, nicht vollständig ist. Zum andern ist festzustellen, dass die untersuchten obergerichtlichen Entscheidungen nicht zwingend mit erstinstanzlichen Entscheidungen der Abbildung 4 verknüpft sind. Dies bedeutet, dass der der obergerichtlichen Entscheidung zugrundeliegende Konflikt nicht zwingend auch bei den erstinstanzlichen Entscheidungen auftaucht. Zum Teil ließen sich diese trotz Kenntnis des Aktenzeichens nicht als veröffentlicht finden.

Im Gegensatz zur Solarenergie lassen sich für die Wasserkraft und deren möglicherweise vorhandenen Auswirkungen auf den Naturschutz auch aktuelle Entscheidungen der Jahre 2016 und 2017 in der Datenbank finden. Auch hier liegt die Mehrzahl der ergangenen Entscheidungen in Bayern.

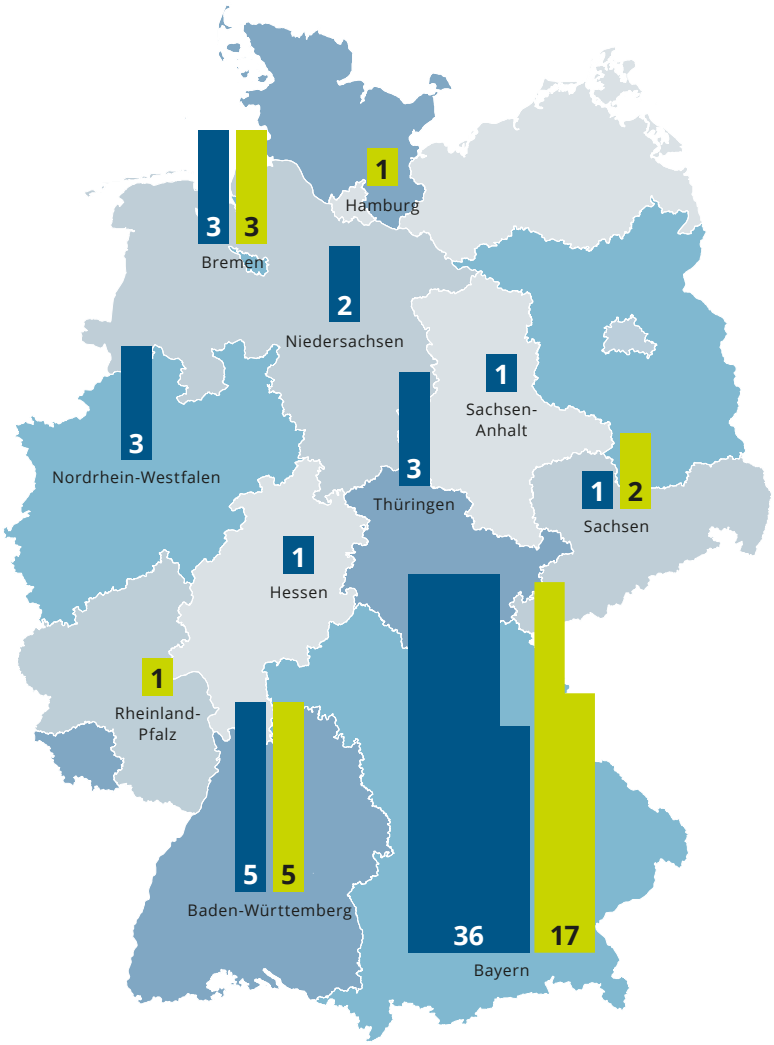

Abbildung 4:

Wasserkraft – Verteilung der erstinstanzlichen und obergerichtlichen Entscheidungen nach Bundesland

4.2 Untersuchte gerichtliche Entscheidungen

Für die 58 verbliebenen gerichtlichen Entscheidungen wurde versucht, Konfliktfelder zu identifizieren, die nicht nur einmal die Gerichte befassten. Hierbei konnten als häufige Konflikte die Festsetzung einer Mindestwasserführung und die (nachträgliche) Installation von Fischauf- und Fischabstiegshilfen identifiziert werden. Zudem befassten sich mehrere Entscheidungen mit der Problematik der Auslegung alter Wasserrechte und der ggf. damit zusammenhängenden Wiederinbetriebnahme von Wasserkraftanlagen. Ferner war die Durchführung von Umwelt- oder FFH-Verträglichkeitsprüfungen mehrmals Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Zudem existieren auch bei Wasserkraftanlagen Konfliktfälle im Hinblick auf die Erteilung einer Genehmigung und bei Nichtvorliegen einer solchen. Schließlich taucht ebenso wie bei der Nutzung der Solarenergie in den Entscheidungen auch immer wieder das Verhältnis der Nutzung erneuerbarer Energien zum Umwelt- und Naturschutz auf.

Bezogen auf die in die Konflikte und die gerichtlichen Auseinandersetzungen verwickelten Akteure lässt sich feststellen, dass sich in Bezug auf Wasserkraftanlagen das Akteursspektrum im Vergleich zu Solarenergieanlagen leicht ändert. Zwar treten auch hier natürliche und juristische Personen des Privatrechts oder Personengesellschaften und Genehmigungsbehörden als Konfliktakteure auf unterschiedlichen Seiten (als Kläger oder Beklagter) auf. Im Gegensatz zu Solarenergieanlagen werden Rechtsbehelfe aber häufig auch von Vereinigungen (Umweltverbände, Fischereivereine) eingelegt. Dies ist vor allem auch darauf zurückzuführen, dass die Nutzung eines Gewässers verschiedene Rechtspositionen beeinträchtigen kann. So sind neben dem eigentlichen (potenziellen) Wasserkraftanlagenbetreiber auch weitere Nutzer des Gewässers zu berücksichtigen. Auch gestaltet sich die Errichtung und der Betrieb einer Wasserkraftanlage als deutlich größerer und schwerwiegenderer Eingriff in den Naturhaushalt und die Landschaft als die Errichtung einer Solarenergieanlage (sei es auch eine Freiflächenphotovoltaikanlage).

Zudem spielen in Bezug auf Wasserkraftanlagen die im jeweiligen Verfahren zu beteiligenden Fachbehörden eine entscheidende Rolle. Im Vergleich zur Genehmigung von Solaranlagen ist die Zulassung einer Wasserkraftanlage wesentlich komplexer. Je nach Standort sind unterschiedliche Fachbehörden zu beteiligen. Nicht in die gerichtlichen Entscheidungen involviert, jedoch in den Konfliktfall einbezogen, ist bei Wasserkraftanlagen im Einzelfall auch die Politik.[41] Bürgerinitiativen, wie sie häufig in Verfahren gegen Windenergieanlagen auftreten, sind in Verfahren von Wasserkraftanlagen nicht aktiv.

Den identifizierten Akteuren kann zum Teil eine besondere Einstellung zur Wasserkraft und deren Auswirkungen auf den Naturschutz zugeordnet werden. So wenden sich Vereinigungen (Umweltverbände, Fischereiverbände) in der Regel gegen die Errichtung und den Betrieb von Wasserkraftanlagen, fordern den Erlass von (strengeren) Nebenbestimmungen in Bezug auf Naturschutzbelange (Restwasser, Fischaufstieg) oder vertreten Belange des Arten- und Biotopschutzes. Den Fachbehörden kann je nach Standort der Anlage und deren Auswirkungen eine unterschiedliche Einstellung zugesprochen werden. So sind sie nicht grundsätzlich negativ gegen Veränderungen des Gewässerumfeldes durch Wasserkraftanlagen eingestellt, sondern versuchen auf den konkreten Einzelfall bezogen, der zuständigen Genehmigungsbehörde hinreichende Fachinformationen für die Entscheidung zur Verfügung zu stellen. Fischereirechteinhaber sehen sich häufig von Vorhaben der Wasserkraftnutzung beeinträchtigt, auch wenn Maßnahmen zum Fischaufstieg beim konkreten Vorhaben berücksichtigt und Vorgaben zum Restwasserabfluss festgesetzt werden. Auch Altrechteinhaber berufen sich häufig darauf, dass ihr Altrecht keine Nebenbestimmungen zum Ausgleich von Beeinträchtigungen von Naturschutzbelangen ermögliche.

41 So wurde in einem Fall eine Petition an den Landtag gestellt, in einem anderen Fall über der Vorhabenträger über politische Akteure Druck auf die Behörden aus.

Im Vergleich zur Solarenergie ist im Hinblick auf die Verfahren zur Wasserkraftnutzung festzustellen, dass diese häufig nicht nur in der ersten Instanz vor dem Verwaltungsgericht verfolgt werden, sondern häufig Rechtsschutz auch vor dem Oberverwaltungsgericht oder Verwaltungsgerichtshof gesucht wird. Zudem werden die Entscheidungen auf Grund des mit einer Errichtung und einem Betrieb der Wasserkraftanlage zusammenhängenden Gewässerausbaus und den damit verbundenen Kosten zum Teil mit einer sofortigen Vollziehung versehen, die neben dem eigentlichen Klageverfahren sodann immer noch parallel ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz nach sich zieht. Dass der sofortige Vollzug allerdings immer nur zugunsten des Vorhabenträgers angeordnet wird, kann nicht festgestellt werden. So finden sich auch Entscheidungen, in denen dem Antrag des Vorhabenträgers nicht stattgegeben wird oder ein angeordneter Sofortvollzug zu seinen Lasten wieder ausgesetzt wird.

Für die hier untersuchte Fallkonstellation der Nutzung der Wasserkraft und deren möglichen Auswirkungen auf Naturschutzbelange ist schließlich noch anzumerken, dass zum Teil bereits die wasserrechtlichen Bestimmungen naturschutzrechtliche Anforderungen enthalten. So sind der Schutz der Fischpopulation bei der Wasserkraftnutzung, die Mindestwasserführung und die Vorgabe, durch geeignete Einrichtungen und Betriebsweisen die Durchgängigkeit des Gewässers zu erhalten oder wiederherzustellen, zwar im Wasserhaushaltsgesetz[42] geregelt, doch dienen diese Vorgaben auch dem Natur- und Artenschutz.

4.2.1 Konfliktpotenzial Mindestwasserführung

Die Festsetzung der Mindestwasserführung ist häufiger Konfliktgegenstand bei der Nutzung der Wasserkraft und damit auch häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Die Festlegung einer Mindestwasserführung ist als erforderlicher Ausgleich für die in einem Fließgewässer zu erwartenden nachteiligen Wirkungen, die zum Beispiel mit einer auf das Betreiben eines Ausleitungskraftwerks gerichteten Gewässerbenutzung in Form des Aufstauens und Ableitens von Wasser einhergehen.[43]

In einem Konfliktfall, der durch alle drei Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit[44] gelaufen ist, stritten sich die Beteiligten um die Festlegung der Mindestwasserführung in Bezug auf ein Gewässer. Hierbei gab es unterschiedliche Ansichten zwischen Kläger und Behörden sowohl hinsichtlich eines bestehenden alten Rechts und des Umfangs der Mindestwasserführung, vor allem auch im Hinblick auf dessen Ermittlung.

Der Kläger wendete sich vor dem Verwaltungsgericht gegen eine wasserrechtliche Verfügung der zuständigen Behörde, mit der der Betrieb des ihm gehörenden Wasserkraftwerks verschiedenen Einschränkungen unterworfen wurde. Bei der Anlage handelte es sich um ein Ausleitungskraftwerk, das der Kläger 2009 erworben hatte, mit der Absicht, den Betrieb zur Gewinnung von Energie wieder aufzunehmen. Dem ehemaligen Betreiber wurden bereits 1934 die wasserpolizeiliche Verleihung und die gewerberechtliche und baupolizeiliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb eines Wassertriebwerks erteilt. Das Altrecht sah eine Mindestwasserführung von 60 Litern pro Sekunde (l/s) vor. Der Kläger beantragte bei der zuständigen Behörde (Landratsamt) die Erteilung einer Änderungsgenehmigung für die Sanierung und Wiederinbetriebnahme der Wasserkraftanlage. Diese holte eine Fachstellungnahme zu den fischereilichen und fischökologischen Anforderungen betreffend den Mindestabfluss, Fischaufstieg, Fischschutz und Fischabstieg ein und verfügte in ihrem Bescheid unter anderem, dass der Ausleitungsstrecke ein Mindestabfluss von 700 l/s ganzjährig zu belassen sei. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin Widerspruch ein und begründete diesen damit, dass die Anordnung eines Mindestabflusses von 700 l/s ganzjährig in der

42 Siehe §§ 33-35 WHG 2010.

43 *VGH Mannheim*, Urteil vom 15.12.2015 – 3 S 2158/14 – NuR 2016, 196 (198 ff).

44 *BVerwG*, Beschluss vom 2.2017 – 7 B 3.16 – BeckRS 2017, 104367; *VGH Mannheim*, Urteil vom 15.12.2015 – 3 S 2158/14 – NuR 2016, 196 ff.; *VG Karlsruhe*, Urteil vom 2.7.2014 – 4 K 3423/11 – BeckRS 2014, 56777.

Ausleitungsstrecke zu einer siebzigprozentigen entschädigungslosen Enteignung führe, verfassungswidrig sei und die Anlage so nicht wirtschaftlich betrieben werden könne. Es bestehe ein altes Wasserrecht, das älter und privilegiert sei gegenüber späteren Belangen wie FFH-Gebiet, Lachsprogramm und Wasserrahmenrichtlinie Bestandsschutz genieße. Die Forderung einer Mindestwassermenge von 700 l/s sei falsch, weil ein Anspruch darauf bestehe, nach den Vorgaben des Wasserkrafterlasses behandelt zu werden, welcher sich an einem Drittel des Mindestwasserabflusses (MNQ-Wert, mittlerer Niedrigwasserabfluss) orientiere. Hiernach ergebe sich ein Mindestwasserabfluss von zirka 185 l/s. Jedenfalls bleibe die ökologische Funktionsfähigkeit des Gewässers mit der Beschickung dieser Mindestwassermenge erhalten.

Eine ergänzende fischereifachliche Erhebung kam zu dem Ergebnis, dass der geforderte Mindestabfluss von 700 l/s lediglich in der Zeit vom 1. Mai bis zum 14. November noch vertretbar sei; im Winterhalbjahr seien hingegen 980 l/s erforderlich, um die ökologische Funktionsfähigkeit des Gewässers zu erhalten. Nach Anhörung des Klägers legte die Widerspruchsbehörde (Regierungspräsidium) diese Anforderungen im Widerspruchsbescheid fest. Zur Begründung führte sie aus, dass auch bei alten Wasserrechten nachträgliche Anforderungen in Form von Inhalts- und Nebenbestimmungen sowie Maßnahmen ohne Entschädigung möglich seien. Die natürliche Durchgängigkeit des Gewässers werde in erheblichem Maße eingeschränkt und die erforderlichen fischökologischen Funktionsräume verlören größtenteils ihre Funktion. Die Anordnung einer Mindestwassermenge sei zum Ausgleich der nachteiligen Veränderung der Gewässereigenschaft erforderlich. Auch sei die Nutzung der Wasserkraft zur Energieerzeugung heute zwingend mit der Erhaltung der Mindestwassermenge verknüpft.

Die Abschätzung des erforderlichen Mindestabflusses in Ausleitungsstrecken sei zum einen an der Durchgängigkeit, zum anderen an der ökologischen Funktionsfähigkeit auszurichten und erfolge in Baden-Württemberg nach dem Wasserkrafterlass[45] in einem mehrstufigen Verfahren. Zwar betrage nach diesem Verfahren der rechnerische Wert im betreffenden Abschnitt 185 l/s, jedoch könnten örtliche Besonderheiten zu einem an die konkreten Verhältnisse angepassten Wert führen. Das Gutachten des Fischereisachverständigen komme zu dem Ergebnis, dass eine solche Anpassung im vorliegenden Fall geboten sei. Der Ermittlung des erforderlichen Mindestwasserabflusses seien in den Gutachten der Wasserkrafterlass und der Leitfaden der Landesanstalt für Umweltschutz Baden-Württemberg[46] zugrunde gelegt worden. Eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit liege nicht vor. Die Wiederinbetriebnahme der Wasserkraftanlage greife in einen Gewässerabschnitt ein, der sich in den letzten Jahren durch den Wegfall der Nutzung des Gewässers für die vorhandene Wasserkraftanlage wieder hin zu seinem ursprünglichen natürlichen Zustand entwickelt habe. Es lägen kleinräumig hochwertige und abwechslungsreiche Habitatbedingungen für Fische unterschiedlicher Arten und Alters- bzw. Längenklassen vor. Die günstige Situation würde durch die Wiederinbetriebnahme der Wasserkraftanlage eklatant verschlechtert. Eine Nichteinhaltung der Mindestwasserführung verstoße gegen das europarechtlich vorgegebene Verschlechterungsverbot eines oberirdischen Gewässers.[47]

Eine vor Erlass des Widerspruchsbescheids an den Landtag von Baden-Württemberg gerichtete Petition blieb ohne Erfolg.[48] Gegen den Widerspruch reichte der Kläger Klage vor dem Verwaltungsgericht ein.[49] Ergänzend zu seinem Vorbringen im Widerspruchsverfahren führte er aus, dass die Festlegung der

45 Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Umweltministeriums, des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum und des Wirtschaftsministeriums zur gesamtökologischen Beurteilung der Wasserkraftnutzung, Kriterien für die Zulassung von Wasserkraftanlagen bis 1.000 kW vom 30.12.2006 (Wasserkrafterlass).

46 *Landesanstalt für Umweltschutz Baden-Württemberg*, Mindestabflüsse in Ausleitungsstrecken, Gewässerökologie 97, 2005.

47 § 27 WHG.

48 Petition 15/212; LT-Drs. 15/919, 7 ff.

49 Zugleich wurde ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz betrieben, welches erfolglos blieb. *VG Karlsruhe*, Beschluss vom 28.2.2012 – 4 K 3446/11 – BeckRS 2012, 210713; *OVG Mannheim*, Beschluss vom 5.6.2012 – 3 S 630/12 – BeckRS 2012, 210674.

Mindestwassermenge vor allem auf die geplante Wiederansiedlung des Atlantischen Lachses gestützt sei, die Regelung zum Schutz der Fischpopulation in dem Gewässer[50] aber allein den vorfindlichen Fischbestand schützen wolle. Den Atlantischen Lachs habe es in dem Gewässer nie gegeben. Schließlich sei auch die Zuständigkeit des Landratsamts, des Regierungspräsidiums und der Landesanstalt für Umweltschutz für die Erstellung und Anwendung eines „Wasserleitfadens" zur Berechnung der Mindestwasserführung nicht gegeben, dies müsse vielmehr nach dem Landeswasserrecht durch Verordnung erfolgen.

Das Verwaltungsgericht sah die Festlegung des Mindestwasserabflusses in Form des Widerspruchsbescheids als nicht zu beanstanden an. So bestätigte es sowohl die nachträgliche Einschränkung von alten Wasserrechten als auch die ordnungsgemäße Ermittlung der Mindestwasserabflussmenge nach den zugrunde gelegten Leitfäden. Das Landeswassergesetz übertrage der Obersten Wasserbehörde zwar die Ermächtigung, durch Rechtsverordnung Kriterien für die Bemessung der Mindestwasserführung aufzustellen, von dieser sei aber kein Gebrauch gemacht worden.[51] Dass diese Ermächtigung eine anderweitige – anerkannten wissenschaftlichen Methoden entsprechende – Bestimmung der zugrunde zu legenden Kriterien für die Bestimmung der Mindestwassermenge ausschließe, sei nicht anzunehmen. Der von der Widerspruchsbehörde festgelegte Mindestwasserabfluss berücksichtige zutreffend die örtlichen Gegebenheiten und sei durch Anpassung des Orientierungswertes in seiner Höhe nicht zu beanstanden. Der festgesetzte Mindestabfluss sei geeignet und erforderlich und auch im Übrigen verhältnismäßig.

Gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts legte der Kläger Berufung vor dem Verwaltungsgerichtshof[52] ein, die ebenfalls erfolglos blieb. Der Verwaltungsgerichtshof sah ebenfalls wie das Verwaltungsgericht den festgesetzten Mindestabfluss als verhältnismäßig an, um die ökologische Funktionsfähigkeit des Gewässers zu gewährleisten. Der Verwaltungsgerichtshof ließ die Revision zum Bundesverwaltungsgericht gegen sein Urteil nicht zu. Gegen diese Entscheidung erhob der Kläger Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht,[53] die wiederum abgewiesen wurde. Die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung wurde nicht zugelassen.[54]

Die häufig umstrittene Festsetzung der Mindestwasserführung eines Gewässers wird in Bezug auf die Nutzung eines Gewässers für die Wasserkraftnutzung oft auch unter dem Stichwort „Restwasserabgabe" diskutiert. In der Praxis verknüpft die zuständige Genehmigungsbehörde die wasserrechtliche Genehmigung für das Ableiten, Aufstauen, Absenken und Wiedereinleiten von Wasser aus einem Oberflächengewässer mit der Festlegung der Ableitung einer bestimmten Wassermenge und der Bedingung, dass in dem Oberflächengewässer eine bestimmte Menge Restwasser zu verbleiben habe.

Es lassen sich eine Reihe von Entscheidungen finden, die genau diese Festlegung der Restwassermengenabgabe problematisieren. Ihnen ist häufig gemein, dass die von der Behörde festgesetzte Restwassermengenabgabe vom Anlagenbetreiber in ihrer Höhe[55] und zum Teil auch in ihrer Erforderlichkeit bestritten wird.

Der Kläger – eine natürliche Person – wendet sich in einem Verfahren gegen die Höhe des im Bescheid festgesetzten Restwasserabflusses im Mutterbett.[56] Die zuständige Genehmigungsbehörde (Landratsamt) holte zur Festlegung des Restwasserabflusses Stellungnahmen der Unteren Naturschutzbehörde, des Gewässergütesachverständigen, des Fachberaters für

50 § 35 WHG.

51 Ebenso *VGH Mannheim*, Urteil vom 15.12.2015 – 3 S 2158/14 – NuR 2016, 196 (199).

52 *VGH Mannheim*, Urteil vom 15.12.2015 – 3 S 2158/14 – NuR 2016, 196 ff.

53 *BVerwG*, Beschluss vom 26.1.2017 – 7 B 3.16 – BeckRS 2017, 104367.

54 Die Beschwerde griff nochmals die Frage auf, nach welchen Kriterien die erforderliche Mindestwasserführung zu bestimmen sei und ob die hierfür herangezogenen Leitfäden ausreichend seien.

55 Siehe z. B. *VGH München*, Urteil vom 28.6.2005 – 22 B 95.2188 – BeckRS 2005, 28038; *VG München*, Beschluss vom 4.3.2016 – M 2 S 15.5501 – BeckRS 2016, 47003; *VG Regensburg*, Urteil vom 27.7.2000 – RN 7 K 98.2490 – BeckRS 2000, 26698.

56 *VGH München*, Urteil vom 28.6.2005 – 22 B 95.2188 – BeckRS 2005, 28038.

Fischerei, des Pächters der Fischereirechte, des Gewässereigentümers (Land) und des Wasserwirtschaftsamtes ein.[57] Der Kläger legte Gutachten eines Landschaftsarchitekten sowie des Sachverständigen für Fischerei vor. Den ursprünglichen Bescheid griff der Kläger mit einem Widerspruch an. Der Widerspruchsbescheid begründete die Festlegung damit, dass ein ausreichender Restabfluss im Interesse von Natur und Landschaft, Gewässer und Fischerei sicherzustellen sei. Die Notwendigkeit, den Lebensraum Gewässer vor Störungen und Zerstörung zu schützen, bestehe während des gesamten Jahres. Zur Vermeidung wasserwirtschaftlicher und ökologischer Nachteile solle der Restwasserabfluss den mittleren Niedrigwasserabfluss (MNQ) in der Regel nicht unterschreiten. Das dem Kläger zustehende Altrecht bleibe aufrechterhalten, werde aber in seiner darüberhinausgehenden Gewässerbenutzung unter Wahrung der Rechte des Klägers korrigiert. Nach übereinstimmender Auffassung aller behördlichen Sachverständigen sei der bisherige Abfluss[58] gewässerökologisch und fischereibiologisch völlig unzureichend. Er gewährleiste eine ausreichende Benetzung und Fließgeschwindigkeit nur in einem sehr schmalen Teil des ursprünglichen Gewässerbetts. Dadurch entspreche das Oberflächengewässer in keiner Weise mehr dem Erscheinungsbild eines Mittelgebirgsflusses. Die Steigerung des Restabflusses[59] führe zu einer Verbreiterung des Bereichs der Besiedlung mit Lebewesen und Pflanzen, in dem vergrößerten Wasserkörper werde sich wieder eine qualitativ bessere Lebensgemeinschaft aufbauen, so dass die Fischerei auch aufrechterhalten werden könne. Der Verschlammung des Bachbetts werde vorgebeugt, so dass bestimmte Tierarten (Wasseramsel, Flussperlmuschel) wieder bessere Lebensbedingungen fänden. Zwar verringere die Erhöhung des Restabflusses die Energieausbeute des Klägers, doch bleibe die Wirtschaftlichkeit der Anlage gewährleistet. Gegen den Widerspruch erhob der Vorhabenträger Klage vor dem Verwaltungsgericht,[60] welche keinen Erfolg hatte. Das Verwaltungsgericht sah die Auflage zum Restwasserabfluss in vollem Umfang durch die rechtlichen und fachlichen Erwägungen der zuständigen Behörde gedeckt. Diese habe dem ökologischen Wertewandel in vertretbarer Weise durchschlagendes Gewicht eingeräumt und unter Beachtung des bestehenden Altrechts zutreffend für die darüberhinausgehenden Benutzungen die einzuhaltende Restwassermenge festgelegt.

Mit der gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts eingelegten Berufung verfolgte der Kläger im Wesentlichen sein erstinstanzliches Klageziel auf Verringerung der Restwassermenge weiter. Bei kleinen Wasserkraftanlagen seien Altrechtsbeschränkungen ausgeschlossen, im Übrigen diene die Stromerzeugung aus Wasserkraft in besonderer Weise dem Gemeinwohl. Die Möglichkeit nachträglicher Einschränkungen[61] diene nicht fischerei- und naturschutzfachlichen Belangen. Sie habe nicht die Beschaffenheit des Gewässers im Auge, sondern allein die des Wassers als solches. Auch unter dem Blickwinkel des Naturschutzes lasse sich die Erhöhung der Restwassermenge nicht rechtfertigen. Vielmehr werde durch die Erhöhung sowohl die Leistungsfähigkeit des Gewässers als Lebensraum, als auch die des begleitenden Naturhaushalts erheblich und nachhaltig beeinträchtigt. Gleichgewicht, Vielfalt und Reichtum der bestehenden ökologischen Situation – die als Biotop kartiert sei – würden bei stärkerer Durchströmung des Mutterbettes zumindest empfindlich gestört. Diese potenziellen Beeinträchtigungen seien bisher nicht hinreichend berücksichtigt worden.[62]

Die Berufung hatte keinen Erfolg. Der Verwaltungsgerichtshof urteilte, dass die Wasserrechtsbehörde bei

57 Zudem nahm die Behörde die Sachlage vor Ort in Augenschein und führte einen Erörterungstermin durch.

58 0,135 m^3/s.

59 Auf 1,0 m^3/s.

60 *VG Regensburg*, Urteil vom 27.4.1995 – RO 7 K 91.1942 – nicht veröffentlicht.

61 § 4 Abs. 2 Nr. 2a WHG a.F., jetzt § 13 Abs. 2 WHG 2010.

62 Siehe hierzu die Schilderung in *VGH München*, Urteil vom 28.6.2005 – 22 B 95.2188 – BeckRS 2005, 28038, Rn. 18-26.

der Festsetzung der Restwassermenge keinen Ermessensfehler begangen habe.[63]

In einem weiteren Verfahren wurde ebenfalls die Festsetzung der Restwassermenge auf Grund neuer Erkenntnisse erhöht, was zu einer gerichtlichen Überprüfung führte.[64] Die Beantragung der Neuerteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung durch den Kläger für eine Wasserkraftanlage, die nur noch der allgemeinen Stromerzeugung dienen sollte, veranlasste die zuständige Behörde, von der unteren Naturschutzbehörde und weiteren Fachbehörden jeweils eine Stellungnahme einzuholen. Verschiedene Fachbehörden befürworteten nach einem Abflussversuch die Erhöhung der Restwassermenge. Zudem verwies die Untere Naturschutzbehörde auf die hohe gesamtökologische Bedeutung des Gewässers, die eine Wiederherstellung der Durchgängigkeit des Gewässers im Treibwerksbereich erfordere. Das Gericht sah die Festsetzung als rechtmäßig an.

Schließlich kann sich auch ein Dritter (hier: Eigentümer des Fischereirechts) gegen die Erteilung einer Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb einer Wasserkraftanlage richten und die hier festgesetzte Restwasserabgabe angreifen.[65] Die Fachberatung für Fischerei nahm zu der beantragten Bewilligung des Vorhabenträgers Stellung und befürwortete diese nur, wenn sich Art und Umfang der Nutzung nicht im Vergleich zur ursprünglichen Bewilligung (vor Austausch der ursprünglichen Turbine durch eine mit höherem Schluckvermögen) änderten. Eine intensivere Nutzung der Wasserkraftanlage sei aus fischereifachlicher Sicht mit Nachdruck abzulehnen. Die Untere Naturschutzbehörde lehnte das geplante Vorhaben ab, da das Gelände in einem Landschaftsschutzgebiet liege und es sich bei dem Gewässer um ein schutzwürdiges Biotop handele, welches durch das Vorhaben erheblich beeinträchtigt werde. Das Wasserwirtschaftsamt führte aus, dass es ohne Festsetzung einer Restwassermenge zu erheblichen nachteiligen gewässerökologischen Beeinflussungen im Ausleitungsbereich käme. Nach einem Naturversuch wurde eine Restwassermenge von 20 l/s vorgeschlagen, welche der Antragsteller als völlig unzureichend ansah. Die Fachberatung für Fischerei lehnte die Änderung weiterhin ab, das Wasserwirtschaftsamt stimmte unter Auflagen und Bedingungen der vom Vorhabenträger auf die Restwassermenge von 20 l/s angepassten Planung zu. Die Untere Naturschutzbehörde stimmte dem Vorhaben unter der Auflage zu, eine möglichst große Restwassermenge zu gewährleisten. Die Einwendungen des Antragstellers wurden zurückgewiesen. Gegen die zwischenzeitlich angeordnete sofortige Vollziehbarkeit des Bescheides stellte er einen Antrag vor dem Verwaltungsgericht, in dem er ausführte, dass er durch die wesentlich erhöhte genehmigte Wasserentnahmemenge im Gebot der Rücksichtnahme verletzt sei, da damit eine absolute Verringerung der Wassermenge im Gewässer erfolge. Die Anlage verursache einen erheblichen Eingriff in das Abflussgeschehen und verändere die Gewässergüte nachteilig. Dem Gewässer werde so viel Wasser entzogen, dass es seinen charakteristischen Zustand verändere. Die getroffenen Auflagen seien zum Schutz des Fischereiberechtigten unzureichend. Die maximale Entnahmemenge sei zu hoch, die Restwassermenge zu niedrig angesetzt. Eine intensivere Nutzung sei aus fischereifachlicher Sicht abgelehnt worden. Die Beigeladene (Vorhabenträger) wandte hiergegen ein, dass der Antragsteller eine Beeinträchtigung seines Fischereirechts nicht konkret dargelegt habe und dass ein nennenswerter Fischbestand im Gewässer überhaupt nicht vorhanden sei, da dieses bereits mit der früher genehmigten niedrigeren Ableitung an mehreren Tagen im Jahr trockengefallen sei. Die zuständige Behörde sah ebenfalls keinen substantiierten Vortrag im Vorbringen des Klägers und wies darauf hin, dass der Beigeladene bereits seit vielen Jahren eine höhere als genehmigte Wassermenge aus dem Gewässer entnommen habe, ohne dass die vom Antragsteller befürchteten Beeinträchtigungen eingetreten seien. Der Antrag des Eigentümers des Fischereirechts wurde vom Verwaltungsgericht abgelehnt.

63 Die der Entscheidung der Behörde zugrunde gelegte Stellungnahme der unteren Naturschutzbehörde habe zu recht eine ökologisch besonders wertvolle Gewässerstrecke angenommen.

64 *VGH München*, Urteil vom 7.10. 2004 – 22 B 03.3228 – NuR 2005, 185 ff.

65 *VG München*, Beschluss vom 15.6.2004 – M 2 SN 04.2093 – BeckRS 2004, 31441.

Die skizzierten Entscheidungen zeigen, dass es in Bezug auf die Festsetzung einer Mindestwassermenge oder Restwassermenge unterschiedliche Konstellationen gibt, die jeweils von unterschiedlichen Akteuren bestimmt werden. Dabei ist die Höhe der Festsetzung häufig ein Streitpunkt. Trotz landesrechtlicher Leitfäden und einer Reihe gerichtlicher Entscheidungen kann keine allgemeingültige Aussage zur Festsetzung der Restwassermenge getroffen werden. Vielmehr kommt es immer entscheidend auf das Gewässer und die Situation vor Ort an. Die Leitfäden der (süddeutschen) Bundesländer beschreiben die Vorgehensweise bei der Festsetzung der Restwassermenge. Damit erhalten die zuständigen Behörden ein allen Entscheidungen zugrunde zu legendes Raster, mit dem sie dennoch auf die jeweils konkrete Situation vor Ort eingehen können. Die Festsetzung einer Mindestwasserführung wird vom Wasserhaushaltsgesetz gefordert. Hiernach ist das Aufstauen eines oberirdischen Gewässers oder das Entnehmen oder Ableiten von Wasser aus einem oberirdischen Gewässer nur zulässig, wenn die Abflussmenge erhalten bleibt, die für das Gewässer und andere hiermit verbundene Gewässer erforderlich ist, um den Zielen des Wasserhaushaltsgesetzes zu entsprechen.[66] An dieser Vorgabe haben sich die Genehmigungsbehörden zu orientieren. Dass eine Mindestwassermenge festgesetzt wird, kann somit in der Regel nicht mehr angegriffen werden, die Höhe der festgesetzten Mindestwassermenge und die ggf. damit verbundene Einschränkung alter Rechte oder bestehender Gestattungen kann jedoch weiterhin für Konflikte sorgen. Dabei kann es auf Grund der unterschiedlichen beteiligten Akteure je nach Fallkonstellation zu einem unterschiedlichen Konfliktpotenzial kommen.

4.2.2 Konfliktpotenzial Fischauf- und Fischabstiegshilfen

Auch die Verpflichtung zur Errichtung von Fischauf- oder Fischabstiegshilfen ist häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Dabei ist zu unterscheiden, ob sich der jeweilige Vorhabenträger gegen eine die Errichtung einschließende Nebenbestimmung wehrt oder Dritte (z. B. Fischereirechteinhaber oder Umweltverbände) gerade die Vorgabe einer solchen fordern. Insofern handelt es sich hier häufig um eine sogenannte Dreieckskonstellation.

Zunächst soll die Konstellation betrachtet werden, in der sich der Vorhabenträger gegen die Nebenbestimmung, die Durchgängigkeit eines Gewässers mittels Fischaufstiegshilfen zu gewährleisten, wehrt.

In einem bereits in der Fallgruppe „Konfliktpotenzial Mindestwasserführung“ angesprochenen Entscheidung wendete sich der Kläger sowohl gegen die Erhöhung des Restwasserabflusses als auch gegen Nebenbestimmung, die Durchgängigkeit des Gewässers durch ein Umgehungsgerinne (z. B. Tümpelpassanlage) wiederherzustellen und auf der Ausleitungsstrecke ganzjährig einen bestimmten Restwasserabfluss zu belassen.[67] Die Auflagen seien, so die zuständige Behörde gestützt auf fachbehördliche Stellungnahmen, aus Gründen der Durchgängigkeit des Gewässers für aquatische Lebewesen, insbesondere wegen des freien Fischzuges, erforderlich. Auf Grund wasserrechtlicher Bestimmungen[68] können als Auflagen Maßnahmen angeordnet werden, die zum Ausgleich einer auf die Benutzung zurückzuführenden Beeinträchtigung des ökologischen Zustands eines oberirdischen Gewässers erforderlich sind. Insbesondere erfülle für Fische die „Durchwanderbarkeit“ eines Gewässers eine Vielzahl wichtiger Funktionen, die zum Artenreichtum und zum Erhalt der Population beitrügen. Die mit der Gewässerbenutzung verbundene Sperrwirkung am Gewässer führe zu schwerwiegenden ökologischen Beeinträchtigungen. Um sie auszugleichen und das Gewässer in

66 § 33 WHG 2010.

67 *VGH München*, Urteil vom 7.10. 2004 – 22 B 03.3228 – NuR 2005, 185 ff.; siehe zu einem ähnlichen Fall auch *VG Regensburg*, Urteil vom 14.11.2005 – RN 13 K 04.980 – ZfW 2008, 231 ff.; siehe auch *VGH Mannheim*, Urteil vom 15.12.2015 – 3 S 2158/14 – NuR 2016, 196 ff.

68 § 4 Abs. 1 Satz 1 WHG a.F., jetzt § 13 WHG 2010.

dem für die heimische Fischfauna benötigten Umfang wieder durchgängig zu gestalten, sei auf Höhe der Wehranlage ein zusätzliches Umgehungsgerinne zu errichten. Nach den fachbehördlichen Stellungnahmen stelle dies im Zusammenhang mit der Restwasserauflage eine geeignete und erforderliche Maßnahme dar, um einen naturnahen Zustand zu schaffen. Die mit der wasserrechtlichen Gestattung verknüpften Nebenbestimmungen verfolgten auch keine ausschließlich der Binnenfischerei dienenden Ziele, vielmehr gehe es primär um den Schutz der Fische und die Erhaltung der Fischbestände als Bestandteil der natürlichen Umwelt. Die Nebenbestimmung sei auch angemessen, sie halte die Zweck-Mittel-Relation ein. Die für die Erfüllung der Nebenbestimmung anzusetzenden Kosten stehen nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg, die Durchgängigkeit des als ökologisch besonders hochwertig eingestuften Gewässers auf einer längeren Strecke wiederherzustellen. Der vom Kläger geltend gemachte Verstoß gegen den Gleichheitssatz liege ebenfalls nicht vor, da die Behörde gegen die Betreiber weiterer Triebwerke am Gewässer ähnliche Auflagen erlassen habe. Das Gericht wies die Klage ab.

Aber nicht nur der Vorhabenträger kann mit einer solchen Nebenbestimmung zur Errichtung eines Fischaufstiegs nicht einverstanden sein. Auch Dritte, die von der durch die zuständige Behörde erteilten Planfeststellung und wasserrechtlichen Gestattung in ihren Rechten beeinträchtigt werden, können eine Verletzung ihrer Rechte vor der Behörde und vor dem Gericht geltend machen.[69]

In einem Verfahren wendete sich der Kläger (eine anerkannte Naturschutzvereinigung[70] und ein Pächter der Fischereirechte (ebenfalls ein Verein)[71]) gegen den zu Gunsten der Beigeladenen (Kraftwerksbetreiber, Eigentümer ist das Bundesland) festgestellten Plan zur Errichtung und zum Betrieb einer Wasserkraftanlage an einem Stausee und gegen die Bewilligung zur Nutzung des Gewässers. Da die Entscheidung der Behörde mit einer Anordnung zur sofortigen Vollziehung versehen war, legten beide Kläger einstweiligen Rechtschutz ein, um ihre Rechte zu wahren.[72]

Bei dem Vorhaben handelt es sich um eine Pilotanlage (sog. „bewegliches Kraftwerk"). Im Verfahren zur Erteilung der Planfeststellung und der wasserrechtlichen Gestattung wurden viele Fachbehörden eingebunden. Das Wasserwirtschaftsamt und die Untere Naturschutzbehörde sahen eine Umweltverträglichkeitsprüfung als nicht erforderlich an, da das Vorhaben keine erheblichen Umweltauswirkungen verursache. Die Fachberatung für Fischerei forderte in ihrer Stellungnahme eine geeignete Fischaufstiegshilfe mit ausreichend Restwasser, die Darlegung der Planung für einen schadlosen Fischabstieg, ein Monitoring hinsichtlich potenzieller Fischschäden sowie zunächst eine nur befristete Genehmigung. Eine Fischaufstiegshilfe sei erforderlich, da es durch das Vorhaben zu einer Verdriftung von Fischen ins Unterwasser komme und das dortige Laichgebiet im Fischschonbezirk nahezu vollständig zerstört werde. Dies könne durch die Aufstiegshilfe teilweise ausgeglichen werden. Die Fischabstiegshilfe ergebe sich aus der Beeinträchtigung des natürlichen Fischabstiegs (Juvenildrift). Der Rechenabstand an der Anlage solle 20 Millimeter betragen. Das Monitoring sei auch für eine „fischfreundliche" Turbine gerechtfertigt und stelle bei festgestellten Beeinträchtigungen die Grundlage für Änderungen an der Anlage dar. Werde den Forderungen nicht nachgekommen, werde das Vorhaben abgelehnt. Das Sachgebiet Naturschutz bei der Planfeststellungsbehörde wandte sich gegen den Einwand, Fischaufstiegshilfen seien wegen der Undurchgängigkeit an der Endstufe nur von geringem Nutzen. Eine weitere Naturschutzbehörde verwies darauf, dass durch das Vorhaben Teile des Naturparks und

69 Siehe hierzu z. B. *OVG Hamburg*, Urteil vom 18.1.2013 – 5 E 11/08 – Nur 2013, 727 (731 ff). Zwar wurden in diesem Verfahren artenschutzrechtliche Belange in Bezug auf die Einrichtung von Fischaufstiegsanlagen vorgebracht, das Gericht entschied diese Fragen jedoch nicht, sondern nahm einen Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot, von dem keine Ausnahmen erteilt werden könnten.

70 *VG Regensburg*, Urteil vom 20.2.2017 – RO 8 K 16.1319 – BeckRS 2017, 106398.

71 *VG Regensburg*, Urteil vom 20.2.2017 – RO 8 K 16.1320 – BeckRS 2017, 104224.

72 Für den Pächter der Fischereirechte: *VG Regensburg*, Beschluss vom 17.4.2015 – RO 8 S 15.245 – BeckRS 2015, 45383; *VGH München*, Beschluss vom 23.2.2016 – 8 CS 15.1096 – BeckRS 2016, 43646; jeweils nicht erfolgreich.

Landschaftsschutzgebietes unmittelbar und gesetzlich geschützte Lebensstätten mittelbar betroffen seien. Aus Gründen des Biotopverbundes und zum Schutz der vorkommenden Muschelarten sei die geforderte Wanderhilfe für Wasserorganismen erforderlich.[73] Der amtliche Sachverständige des Wasserwirtschaftsamtes sah die Notwendigkeit der Fischaufstiegshilfe nicht gegeben. Es fehlten Erkenntnisse, dass sie zur Erreichung eines guten ökologischen Potenzials erforderlich sei, auch werde sie nicht im Maßnahmenprogramm 2010-2015 gefordert. Der Fischabstieg werde durch das bewegliche Kraftwerk gewährleistet.

Beide Kläger erhoben im Verfahren Einwendungen gegen das Vorhaben. Die zuständige Behörde stellte den Plan zur wesentlichen Umgestaltung (Ausbau) des Seewasserkörpers zugunsten der Beigeladenen fest und erteilte eine Bewilligung (für 30 Jahre) für das Aufstauen, das Ableiten und das Einleiten mit einer Vielzahl von Nebenbestimmungen. Zur Überwachung hinsichtlich einer Veränderung der chemisch-physikalischen und biologischen Parameter sei ein näher ausgeführtes Monitoringprogramm nach Inbetriebnahme der Anlage durchzuführen. Ebenso sei ein Monitoring hinsichtlich potenziell auftretender Fischschäden durch die Anlage durchzuführen. Einwendungen der Kläger, welche Maßnahmen zur Durchgängigkeit (Fischauf- und Fischabstieg), zum Schutz von Laichgebieten und Habitaten, zum Muschelschutz während der baubedingten Absenkung des Gewässers, ein Monitoring zum Fischschutz sowie eine befristete Erlaubnis für fünf Jahre zum Gegenstand hatten, wurden im Wesentlichen zurückgewiesen. Auch sei nach einer durchgeführten Vorprüfung eine Umweltverträglichkeitsprüfung nicht erforderlich. Ein Verstoß gegen wasserrechtliche Bewirtschaftungsziele liege ebenfalls nicht vor.[74] Jedenfalls seien aber die Voraussetzungen der Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen gegeben. Die fachbehördlichen Anforderungen zum Muschelschutz würden umgesetzt. Für den Stausee als erheblich veränderten Wasserkörper werde bisher im Maßnahmenprogramm keine Durchgängigkeit gefordert. Der Schutz der Fischpopulation[75] im Wasserhaushaltsgesetz bezwecke nicht den Schutz jedes einzelnen Fisches, der Fischschutz beim Abstieg werde durch das innovative Kraftwerk (niedrige Strömungsgeschwindigkeit, Rechenabstand 20 mm) gewährleistet. Der Nachweis des Funktionierens sei durch das Monitoring zu erbringen. Entgegen der Forderungen der Fachbehörden zum Ausgleich der Beeinträchtigungen der wandernden Wasserorganismen durch eine Fischaufstiegshilfe genügten aus wirtschaftlichen Gründen – wie von der Beigeladenen vorgeschlagen – der Bau, der Betrieb und die Erhaltung eines Ersatzplatzes. Ein Verstoß gegen Artenschutzrecht liege nicht vor, eine Ausnahme sei im Rahmen der Planfeststellung erteilt worden. Mit einer Beeinträchtigung Rechte Dritter, die nicht durch Nebenbestimmungen vermieden oder ausgeglichen werden könnten, sei nicht zu rechnen. Eine Fischaufstiegshilfe sei hierfür nicht erforderlich. Auf Grund der Bedeutung des innovativen Projektes und seines Beitrages für die Energiewende werde die sofortige Vollziehung der Entscheidungen angeordnet.

Die Klage des Pächters des Fischereirechts hatte im Ergebnis keinen Erfolg,[76] die des Umweltverbandes führte zur Aufhebung der Entscheidung der zuständigen Behörde. Das Gericht entschied, dass das mit der Umsetzung des Vorhabens verfolgte öffentliche Interesse nicht von der Einhaltung einschlägiger Rechtsvorschriften, insbesondere des Wasser- und Naturschutzrechts entbinde. Der Bescheid sei rechtswidrig, weil die Beigeladene nicht zur Errichtung und zum Betrieb einer Fischaufstiegshilfe verpflichtet worden sei. Diese sei jedoch zwingend erforderlich, um die mit dem Vorhaben verursachten schädlichen Auswirkungen auf die Gewässerökologie auszugleichen.[77]

In einem weiteren Verfahren wandte sich der Inhaber eines Fischereirechts wegen Ergänzung einer

73 *VG Regensburg*, Urteil vom 20.2.2017 – RO 8 K 16.1319 – BeckRS 2017, 106398, Rn. 4-6.

74 In Bezug hierauf verwies die Behörde auf ein Urteil des *EuGH* vom 4.5.2016 – C-346/14 – ZfW 2017, 40 ff. (Schwarze Sulm).

75 § 35 WHG 2010.

76 Das Gericht urteilte, dass eine Beeinträchtigung des Fischereirechts in seiner Substanz nicht ersichtlich sei. Die ebenfalls gerügte UVP-Vorprüfung sah das Gericht als zutreffend durchgeführt an.

77 *VG Regensburg*, Urteil vom 20.2.2017 – RO 8 K 16.1319 – BeckRS 2017, 106398, Rn. 36 ff.

wasserrechtlichen Gestattung gegenüber der Beigeladenen an die zuständige Behörde.[78] Die Beigeladene ist Eigentümerin einer Wasserkraftanlage, an deren Wehranlage bisher keine Aufstiegshilfe für aquatische Lebewesen existiert. Unter Vorlage neuer Antragsunterlagen erließ die zuständige Behörde einen neuen Bescheid, der auch eine Tieraufstiegsanlage vorsieht sowie einen Mindestabfluss festlegt. Fachlich wurde die nun genehmigte Ausgestaltung wie folgt bewertet: Nach Ansicht des Fischereifachberaters sei mit dem genehmigten Vorhaben keine wesentliche ökologische Verbesserung verbunden. Zwar könne eine funktionsfähige Wanderhilfe am bestehenden Wehr errichtet werden, doch werde sich mit der festgelegten Restwassermenge nicht die notwendige Fließgeschwindigkeit in der Ausleitungsstrecke einstellen, so dass die standorttypischen Fischarten die Wanderhilfe nicht finden würden. Die festgelegte Restwassermenge sei nicht ausreichend. Auch die Untere Naturschutzbehörde gelangt zu der Einschätzung, dass eine wesentliche ökologische Verbesserung nicht bestätigt werden könne. Die Fischaufstiegshilfe stelle zwar eine Verbesserung dar, es fehle jedoch an einer ausreichenden Lockströmung, um die Durchlässigkeit für die standorttypischen Fischarten zu gewährleisten. Die Restwassermenge müsse deutlich erhöht werden, damit die Aufstiegshilfe voll funktionsfähig sei. Das Wasserwirtschaftsamt bezeichnete im Erörterungstermin eine höhere Restwassermenge als wünschenswert.

Der Kläger forderte vor dem Verwaltungsgericht die Aufhebung des Bescheids. Zur Begründung führte er an, dass die Aufstiegshilfe nach zutreffender fachlicher Beurteilung ihren eigentlichen Zweck verfehle. Die Restwassermenge sei zu niedrig bestimmt worden. Die zuständige Behörde machte vor Gericht geltend, dass eine höhere Restwassermenge ohne die Beschneidung des vorhandenen Altrechts nicht möglich gewesen sei. Das Verwaltungsgericht gab dem Kläger statt und begründete die Entscheidung damit, dass die zuständige Behörde zwar Maßnahmen zum Ausgleich einer auf die Benutzung zurückzuführenden Beeinträchtigung des ökologischen Zustands eines Gewässers angeordnet, dabei aber das Ziel der Vermeidung nachteiliger Wirkungen für andere verkannt habe. Auf die mangelnde Zweckerfüllung der Fischaufstiegshilfe habe sowohl der Kläger als auch das Wasserwirtschaftsamt und der Fischereifachberater hingewiesen. Im Übrigen fehle es an einer UVP-Vorprüfung.[79] Die hiergegen vom Vorhabenträger eingelegte Berufung blieb im Ergebnis ohne Erfolg. Jedoch hob der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung des Verwaltungsgerichts zugunsten des Klägers auf, da der Bescheid den Kläger nicht in seinen Rechten verletze, weil für die fischereirechtlichen Belange nach Einschätzung der Fachstellen keine Verschlechterung eintrete. Die Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Behörde ergebe sich aber daraus, dass diese sich nicht mit der Einschränkung der Rechtsposition der Beigeladenen, welche dieser über ein Altrecht zustand, beschäftigt habe.

Schließlich sind hier auch die Verfahren einzuordnen, in denen sich drei Verbände gegen die Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung und die Planfeststellung eines Vorhabens wandten.[80] Auf Grund ihrer im Verwaltungsverfahren vorgebrachten Einwendungen wurde die Planung im Bereich des Fischauf- und Fischabstiegs (Optimierung der Fischpassierbarkeit) geändert. Darüber hinaus machten die Kläger Fehler in der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials geltend und einen Verstoß gegen zwingendes Recht (u. a. FFH-Richtlinie). Die vor dem Verwaltungsgericht erhobenen Klagen wurden mangels Klagebefugnis zum Teil als unzulässig (bezogen auf den Verband Deutscher Sportfischer und dessen Landesverband Niedersachsen) und zum Teil als unbegründet (bezogen auf den Landesverband Bremen) abgewiesen. Der Planfeststellungsbeschluss genüge den naturschutzrechtlichen Anforderungen. Die hiergegen eingelegten Berufungen vor dem Oberverwaltungsgericht blieben ebenfalls ohne Erfolg.[81]

78 *VGH München*, Urteil vom 3.5.2010 – 22 B 09.678 – BeckRS 2010, 49619.

79 Dieser Einschätzung widersprach der Verwaltungsgerichtshof *VGH München*, Urteil vom 3.5.2010 – 22 B 09.678 – BeckRS 2010, 49619 Rn. 25.

80 *VG Bremen*, Urteil vom 29.11.2007 – 5 K 565/07 – ZUR 2008, 368 ff.; *OVG Bremen*, Urteil vom 4.6.2009 – OVG 1 A 9/09 – ZUR 2010, 151 ff.; *OVG Bremen*, Urteil vom 4.6.2009 – OVG 1 A 7/09 – NUR 2010, 120 ff.

81 *OVG Bremen*, Urteil vom 4.6.2009 – OVG 1 A 9/09 – ZUR 2010, 151 ff.; *OVG Bremen*, Urteil vom 4.6.2009 – OVG 1 A 7/09 – NUR 2010, 120 ff.

Die Entscheidungen zeigen, dass auch in Bezug auf die Umsetzung von Fischauf- und Fischabstiegshilfen keine einheitliche Fallgestaltung identifiziert werden kann. Auch hier hängt der jeweilige Konflikt von den beteiligten Akteuren und deren verfolgten Interessen ab. Dabei findet sich auf der Beklagtenseite im häufigsten Fall die Genehmigungs- oder Planfeststellungsbehörde, die oft deshalb Konfliktakteur ist, weil sie einen Fischaufstieg oder Fischabstieg als Nebenbestimmung in die Zulassungsentscheidung aufgenommen hat, der Vorhabenträger oder ein dritter Gewässernutzer oder ein Verband mit dieser Regelung jedoch nicht einverstanden sind. Die Thematik der Fischhilfen ist kaum von derjenigen der Mindestwasserführung zu trennen, weshalb beide Aspekte häufig gemeinsam Konfliktgegenstand sind. Auch die Umsetzung der Durchgängigkeit oberirdischer Gewässer ist als Maßnahme im Wasserhaushaltsgesetz[82] vorgegeben, um die wasserwirtschaftlichen und wasserrechtlichen Ziele für Oberflächengewässer zu erreichen.

4.2.3 Konfliktpotenzial Verträglichkeitsprüfung

Konfliktpotenzial im Hinblick auf Wasserkraftanlagen bietet auch die Frage, ob der Gewässerausbau zur Errichtung und zum Betrieb einer Wasserkraftanlage einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder einer FFH-Vorprüfung bedarf. Gerichtliche Entscheidungen, die sich mit dieser Rechtsfrage beschäftigen, werden in der Regel von Umweltverbänden oder anerkannten Vereinen angestrebt.

Ein nach dem Naturschutzrecht anerkannter Verein legte gegen einen Planfeststellungsbeschluss sowie gegen eine, die Sanierung des Gewässers erlaubende Gestattung Klage ein. Beklagter war die zuständige Planfeststellungsbehörde.[83] Der Vorhabenträger begründete seinen Antrag auf Sanierung des Gewässers vor allem damit, dass bereits eine Sohlenerosion im Gewässer stattfinde, die fortschreitende Tiefenerosion Uferanbrüche verursache und sich nachteilig auf den uferbegleitenden Auwald durch Absinken der Grundwasseroberfläche auswirke. Der Bau einer Stützkraftstufe solle zukünftig unerwünschte Sohleneintiefungen verhindern. Die Sanierung des Gewässers sei aus wasserwirtschaftlichen als auch aus ökologischen Gründen erforderlich. Stark absinkende Grundwasserstände hätten starke Auswirkungen auf den Bestand und die Vielfalt von Auenbiotopen. Die durch Flusskorrekturen, Eindeichungen und Stauhaltungen verursachten Eingriffe hätten die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts und das Landschaftsbild erheblich und nachhaltig beeinträchtigt. Ziel der Sanierung müsse insofern einerseits die Sicherung der Bauwerke am und im Gewässer sein, andererseits die Wiederherstellung oder Reaktivierung spezifischer Standortbedingungen im Bereich des Auwaldes und des Auenbiotops. Insofern wurden als Auflagen die Schaffung eines Ersatzfließgewässers und die Renaturierung des Auwaldes (durch eine künstlich erzeugte Grundwasserdynamik) festgelegt. Die Ersatzfließgewässer sollen die fließende Welle ersetzen und für wandernde Wasserorganismen eine passierbare Verbindung vom Unterwasser zum Oberwasser schaffen.

Bereits im Verfahren hatte sich der Kläger gegen das Vorhaben gewandt. Es diene nicht der Erhaltung, Verbesserung und Entwicklung des Flussaue-Ökosystem-Komplexes, sondern greife massiv und endgültig zerstörend in diesen ein. Die vorgesehene künstliche Bewässerung der Auwälder habe nichts mit natürlichen Wasserschwankungen und Überschwemmungen gemein und erscheine als untaugliches Mittel, die vorherigen Zustände auch nur annähernd wiederherstellen zu können. Der Eingriff sei nicht ausgleichbar und auch nicht durch Ersatzmaßnahmen zu kompensieren. Die Ersatzfließgewässer seien vollkommen unzureichend und führten sogar noch zu Schäden an bestehenden Biotopen.

Die zuständige Behörde erteilte dennoch die Gestattungen und eine Befreiung von den Verboten einer Naturschutzverordnung. Gegenstand der Planfeststellung

82 § 34 WHG 2010.

83 *VG Regensburg*, Urteil vom 24.7.2006 – RN 13 K 05.395 – BeckRS 2006, 27824; *VGH München*, Urteil vom 27.6.2008 – 8 B 06.2340, 8 B 06.2314 – ZfW 2010, 162 ff.

sind die Ersatzfließgewässer, die Errichtung der Stützkraftstufe und der Umbau des Stadtdurchgangs P. Gegenstand einer befristeten Bewilligung ist die Gewässerbenutzung zur Erzeugung elektrischer Energie durch den Betrieb des Kraftwerks. Gegen alle Entscheidungen der Behörde legte der Kläger Klage vor dem Verwaltungsgericht ein. Diese wurde bezogen auf die Bewilligung für den Betrieb des Kraftwerkes als unzulässig abgewiesen. In Bezug auf den Planfeststellungsbeschluss machte der Kläger erhebliche Eingriffe in Natur und Landschaft bereits im Verwaltungsverfahren geltend. Der erfasste Planungsbereich sei zum Teil als Natura-2000-Gebiet und zum Teil als Vogelschutzgebiet gemeldet. Die Einwendungen wurden von der Behörde jedoch nicht zum Anlass genommen, eine FFH-Verträglichkeitsprüfung vorzunehmen. Zwar sei eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt worden, diese umfasse jedoch nicht die Verträglichkeitsprüfung. Aus den Bescheiden und dem Vorbringen der Beklagten sei nicht ersichtlich, dass die Verträglichkeit des Vorhabens mit dem gemeldeten FFH- und Vogelschutzgebiet in einer konkret auf die im Rahmen des Natura-2000-Projekts gemeldeten Gebiete abgestellten Prüfung und in Orientierung an den Vorgaben der einschlägigen Richtlinien erfolgt sei. Auf Grund der fehlenden Verträglichkeitsprüfung wurde der Bescheid vom Gericht aufgehoben. Hiergegen erhoben die zuständige Behörde (Beklagte) und der Vorhabenträger (Beigeladene) vor dem Verwaltungsgerichtshof Berufung, die zum Teil erfolgreich war.[84] Das Verwaltungsgericht hätte die Planfeststellung nicht aufheben dürfen, da eine Feststellung der Rechtswidrigkeit ausreichend gewesen wäre, um eine Fehlerheilung[85] im ergänzenden Verfahren zu ermöglichen. Auch sei der Kläger nicht klagebefugt gewesen, er sei mit seinen Einwendungen im Gerichtsverfahren präkludiert.[86]

In einem weiteren Verfahren, das dieser Fallgruppe zugeordnet werden kann, beantragte der Vorhabenträger gegenüber der zuständigen Behörde die Anordnung der sofortigen Vollziehung der ausgesprochenen Gestattungen für den Neubau und den Betrieb einer Wasserkraftanlage.[87] Gegen die erteilte Bewilligung und Plangenehmigung erhoben die Beigeladenen (unter anderem ein Umweltverband) Klage vor dem Verwaltungsgericht mit der Begründung, das genehmigte Vorhaben stelle einen Gewässerausbau dar, der einer Planfeststellung bedürfe. Neben der defizitären Öffentlichkeitsbeteiligung enthalte die Entscheidung erhebliche Abwägungsmängel. Die mit dem Vorhaben verbundenen Eingriffe in den Naturhaushalt seien nicht hinreichend ermittelt, artenschutzrechtliche Verbote seien nicht beachtet worden. Im Übrigen sei die Restwassermenge zu gering bemessen.[88]

Für den ursprünglichen Bescheid ordnete die zuständige Behörde die sofortige Vollziehung – mit Ausnahmen von Maßnahmen am Gewässerbett – an. Ungefähr ein Jahr später erließ die zuständige Behörde einen Änderungsbescheid, in dem eine Vielzahl von Einzelbestimmungen des ursprünglichen Bescheides abgeändert und dem Vorhaben eine überarbeitete Ausführungsplanung zugrunde gelegt wurde. Gegen diesen Änderungsbescheid wendeten sich die Beigeladenen mit dem gleichen Vorbringen. Der Vorhabenträger beantragte die sofortige Vollziehung des Änderungsbescheides. Dem Antrag wurde jedoch nicht stattgegeben, da die Rechtsbehelfe der Beigeladenen – jedenfalls des Umweltverbandes – nach einer überschlägigen Prüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Hauptsacheverfahren voraussichtlich Erfolg haben würden. Bei summarischer Prüfung des Sachverhaltes spreche viel dafür, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung für das Vorhaben erforderlich sei und der Gewässerausbau deshalb nicht ohne Planfeststellung zugelassen werden dürfe.[89] An der Notwendigkeit des

84 *VGH München*, Urteil vom 27.6.2008 – 8 B 06.2340, 8 B 06.2314 – ZfW 2010, 162 ff.

85 Unter anderem Festsetzung der erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen im Bescheid selbst.

86 *VGH München*, Urteil vom 27.6.2008 – 8 B 06.2340, 8 B 06.2314 – ZfW 2010, 162 (164 ff).

87 *VG München*, Beschluss vom 30.10.2015 – M 2 SN 15.4544 – BeckRS 2015, 54613; nachfolgend *VGH München*, Beschluss vom 6.9.2016 – 8 CS 15.2510 – BeckRS 2016, 52335.

88 Klagen beim VG München unter den Az. M 2 K 14.3525 und M 2 K 14.4355.

89 Hierfür spreche auch die ablehnende Stellungnahme der unteren Naturschutzbehörde.

konkreten Vorhabens am konkreten Standort bestünden auch aus naturschutzrechtlicher Sicht durchgreifende Zweifel.

Die dargestellten Verfahren zeigen, dass die Problematik einer fehlenden oder fehlerhaften Verträglichkeitsprüfung egal welcher Art häufig von Vereinigungen vor die Gerichte gebracht wird. Auch hierbei ist festzustellen, dass weder in Bezug auf die Vereinigungen noch auf die Entscheidungen verallgemeinernde Aussagen getroffen werden können. Mit der Frage nach einer Umweltverträglichkeitsprüfung ist häufig auch die Frage verknüpft, ob es sich bei dem Vorhaben um einen Gewässerausbau handelt oder nicht.

4.2.4 Konfliktpotenzial Alte Rechte und Wiederinbetriebnahme

Häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen sind alte Wasserrechte, die wiederaufgenommen oder erweitert werden sollen[90] oder sonst der wasserrechtlichen Entscheidung der Behörde entgegengehalten werden.[91] Dabei wird von den Inhabern des alten Rechts oft vorgebracht, dass ein solches Recht zum Teil unwiderruflich bestehe, jedenfalls aber nicht eingeschränkt werden dürfe. Einschränkungen solcher alten Rechte ergeben sich allerdings häufig durch die Festsetzung von Nebenbestimmungen zur Aufrechterhaltung einer Mindestwassermenge oder zur Errichtung von Fischauf- und Fischabstiegshilfen.

Die Rechtsprechung hat sich in ihren Entscheidungen hierzu vielfach geäußert und anerkannt, dass auch ein anerkanntes altes Wasserrecht nach der der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtslage eingeschränkt werden kann. Die Festsetzung nachträglicher Anforderungen und Maßnahmen ohne Entschädigung sei zulässig und verletze in der Regel nicht eigentumsrechtliche Positionen.[92]

So kann auch ein altes Wasserrecht einem für sofort vollziehbar erklärten Bescheid der Wasserbehörde, den Wasserspiegel eines Sees nicht weiter abzusenken und ihn wieder aufzustauen, nicht entgegengehalten werden, wenn mit dem Bescheid eine Veränderung oder Störung von geschützten Gegenständen (hier Naturschutzgebiet) ausgeschlossen und der durch die Vegetationsgrenzen (Schilfgürtel) gekennzeichnete Umfang der langjährigen früheren Nutzung erreicht werden soll.[93] Das öffentliche Interesse an der Erhaltung von Nass- und Feuchtbiotopen sei im Vergleich zum privaten Interesse des Klägers an einer möglichst intensiven privaten Nutzung des Sees höherrangig. Die angeordneten Maßnahmen (keine weitere Absenkung und Aufstauen bis zum ursprünglichen Zustand) sind dem Kläger – eine natürliche Person – zumutbar. Eine Mindeststaugrenze für den See, die zugunsten des Klägers ausreichen würde, sei gerade nicht festgelegt. Die naturschutzrechtlichen Verbote konkretisierten die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, eine unangemessene Beschränkung zu Lasten des Klägers sei nicht ersichtlich. Auch ein altes Wasserrecht liege nicht mehr vor, da der Einbau einer Turbine mit Generator zur Stromerzeugung (früher Mühlenrecht) eine wesentliche Änderung eines Triebwerks mit gespannter Wasserkraft (d. h. mit Stau des benutzten Gewässers) darstelle und ein behördliches Verfahren zur Erteilung einer alten Befugnis ausscheide.[94]

In einem weiteren Verfahren war ebenfalls strittig, ob ein altes Wasserrecht die Behörde in der Festsetzung von Nebenbestimmungen einschränke.[95] Die Behörde erklärte jedoch in Bezug auf die festgesetzten Nebenbestimmungen (Umgehungsgerinne und Restwasserabgabe), die vom Kläger angegriffen wurden, dass sich diese allein auf die „neu zu bewilligenden Gewässerbenutzungen" bezögen und das Altrecht dadurch nicht tangiert werde. Beide Aspekte könnten im vorliegenden Fall zutreffend getrennt werden. Dem stimmte der Verwaltungsgerichtshof zu.

90 Siehe hierzu *VGH München*, Urteil vom 28.6.2005 – 22 B 95.2188 – BeckRS 2005, 28038; *VGH München*, Urteil vom 7.10. 2004 – 22 B 03.3228 – NuR 2005, 185 ff.

91 *VG Ansbach*, Urteil vom 21.7.2009 – AN 15 K 09.00631 – NuR 2010, 432 ff.; *VG München*, Beschluss vom 25.7.2005 – M 2 S 05.2495 – BeckRS 2005, 38459.

92 *VGH München*, Urteil vom 28.6.2005 – 22 B 95.2188 – BeckRS 2005, 28038, Rn. 52 ff.

93 *VG Ansbach*, Urteil vom 21.7.2009 – AN 15 K 09.00631 – NuR 2010, 432 (433).

94 *VG Ansbach*, Urteil vom 21.7.2009 – AN 15 K 09.00631 – NuR 2010, 432 (435).

95 *VGH München*, Urteil vom 7.10. 2004 – 22 B 03.3228 – NuR 2005, 185 (187).

Der hier betrachteten Fallgruppe ist schließlich auch ein Verfahren zum Teilwiderruf eines alten Rechts zuzuordnen.[96] Die zuständige Behörde hat gegenüber dem Antragsteller sein Recht auf Ableitung von Wasser aus einem Oberflächengewässer zur Wasserkraftnutzung beschränkt und diese Entscheidung für sofort vollziehbar erklärt. Dieser Entscheidung vorausgegangen waren Abflussmessungen des Wasserwirtschaftsamtes, in denen festgestellt wurde, dass erheblich größere Wassermengen abgeleitet wurden, ohne die im Altrecht vorgegebene Stauhöhe des Eichpfahls am Ausleitungswehr zu erreichen. Nachdem der Antragsteller mehrfach erfolglos zur Wiederherstellung der altrechtlichen Ausleitungssituation aufgefordert worden war, verfügte die zuständige Behörde eine Einschränkung des Altrechts und legte eine ständige Restwassermenge für das Oberflächengewässer fest. Der um zirka 20 Prozent erhöhte Wasserabfluss habe das Gewässer unterhalb des Stauwehrs von einem Fließgewässer in Richtung eines Wiesengrabens geändert, da es kaum noch Wasser führe. Die Beschränkung des Altrechts sei unter diesen Umständen verhältnismäßig. Der Antragsteller wendet gegen die behördliche Entscheidung ein, dass ihm durch die Restwasserauflage bei einem Absinken der natürlich zufließenden Wassermenge wirtschaftliche Nachteile entstehen würden. Die zuständige Behörde habe den Restwasserleitfaden[97] nicht beachtet, nach dem bei bestehenden Klein- und Kleinstanlagen bis zu etwa 25 Kilowatt Ausbauleistung – so eine Anlage betreibe der Antragsteller – auf Restwasserforderungen verzichtet werden könne. Die nach dem Restwasserleitfaden erforderliche ökonomisch-ökologische Untersuchung sei nicht durchgeführt worden. Auch die gewässerökologische Bedeutung des Gewässers sei zu wenig berücksichtigt worden.

Diesen Ausführungen tritt die zuständige Behörde mit dem Hinweis entgegen, dass es sich bei dem in Rede stehenden Oberflächengewässer um eine ökologisch besonders wertvolle Gewässerstrecke im Sinne des Restwasserleitfadens handele, was mit der Aufnahme in das Arten- und Biotopschutzprogramm des Staatsministeriums für Landesentwicklung und Umweltfragen belegt werde. Zudem entfalle in der Neufassung des Restwasserleitfadens die Ausnahmeregelung für Klein- und Kleinstwasserkraftanlagen in Bezug auf Restwasserfestsetzungen. Der Verwaltungsgerichtshof wies die Beschwerde des Antragstellers zurück.

In Bezug auf das Konfliktpotenzial alter Wasserrechte ist festzustellen, dass diese Rechte die Rechtsprechung doch recht häufig befassen und jeweils auch mit anderen Konfliktthemen (Mindestwasserführung, Fischaufstieg) verknüpft sind, sich in diesen Konstellationen somit verschiedene Konfliktpunkte überschneiden oder verstärken. Aus Sicht des Wasserrechts ist festzustellen, dass die wenigsten existierenden alten Rechte uneingeschränkt gelten oder nur durch Entschädigung entzogen werden können. Vielmehr sind sie im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und bezogen auf den jeweils konkreten Fall zum Ausgleich von Beeinträchtigungen durch die Nutzung des Gewässers einschränkbar. Der Inhaber eines alten Rechts (Anlagenbetreiber) ist somit nicht frei von nachträglichen Änderungen

4.2.5 Konfliktpotenzial bei zu erteilenden wasserrechtlichen Genehmigungen

Ähnlich wie bei den Solaranlagen gibt es auch in Bezug auf die Wasserkraftnutzung Verfahren, in denen der potenzielle Gewässerbenutzer (natürliche[98] oder juristische Person, Personengesellschaft) die zuständige Behörde zum Erlass einer Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Wasserkraftanlage verpflichten möchte.

Zum Teil stehen einer solchen Genehmigung je nach Lage des Einzelfalles jedoch zwingende naturschutzrechtliche Versagungsgründe entgegen. Die Behörde hat eine wasserrechtliche Planfeststellung zu versagen, wenn von dem Gewässerausbau eine Beeinträchtigung

96 *VGH München*, Beschluss vom 21.2.2000 – 22 CS 96.2506 – BeckRS 2000, 29147.

97 Bayerisches Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen, Arbeitsanleitung zur Abschätzung von Mindestabflüssen in wasserkraftbedingten Ausleitungsstrecken, 1999. Der Antragsteller bezog sich noch auf die Vorauflage von Juni 1996.

98 *VGH München*, Beschluss vom 26.2.2007 – 8 ZB 06.879 – NuR 2007, 761 f.

des Wohls der Allgemeinheit zu erwarten ist, die nicht durch Bedingungen und Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann.[99] Eine zur Versagung führende Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit liegt auch dann vor, wenn außerhalb des Wasserrechts liegende Vorschriften (hier: Naturschutzrecht) dem Vorhaben entgegenstehen. Festgesetzte Naturschutzgebiete enthalten ein absolutes gesetzliches Veränderungsverbot. Im konkreten Fall kam auch keine Befreiung von dem zwingenden naturschutzrechtlichen Verbot in Betracht. Der vom Kläger geltend gemachten fehlerhaften Gewichtung seiner Interessen an einer Energieversorgung aus erneuerbaren Quellen im Vergleich zur Schutzwürdigkeit des vorliegenden Naturschutzgebietes folgte das Gericht nicht.[100]

Einen ähnlichen Ausgang hatte ein weiteres Verfahren, in dem ein Kläger gegen eine von der zuständigen Behörde ablehnende Entscheidung – nicht erteilte Planfeststellung für eine Wasserkraftanlage – zunächst behördlich mittels Widerspruchsverfahrens als auch später vor dem Verwaltungsgericht und dem Oberverwaltungsgericht vorging.[101] Die ablehnende Entscheidung begründete die Behörde im Wesentlichen damit, dass dem Antrag der Klägerin auf Planfeststellung das landschaftsschutzrechtliche Veränderungsverbot nach dem Landespflegegesetz Rheinland-Pfalz[102] entgegenstehe. Hiernach sei es verboten, naturnahe und unverbaute Bach- und Flussabschnitte zu beseitigen, zu zerstören, zu beschädigen sowie deren charakteristischen Zustand zu verändern. Dieses Verbot stelle einen zwingenden Versagungsgrund für die beantragte Planfeststellung dar, die landschaftsschutzrechtlichen Verbotstatbestände seien der Abwägung im Rahmen der wasserrechtlichen Planfeststellung nicht zugänglich. Das Vorhaben des Klägers führe wenigstens zu einer funktionalen Veränderung des Gewässers. Eine Ausnahme vom Verbot sei auch nach dem Landespflegegesetz nicht möglich zu erteilen. Überwiegende Gründe des Allgemeinwohls, die eine Befreiung stützen könnten, seien nicht ersichtlich. Dabei sei eine solche Entscheidung vom Gesetzgeber nicht grundsätzlich für den Fall getroffen, dass eine Wasserkraftanlage an einem naturnahen und unverbauten Bach- oder Flussabschnitt errichtet werden soll, vielmehr bedürfe es einer Betrachtung des jeweils zu prüfenden Einzelfalls.[103] Im vorliegenden Fall habe die zuständige Behörde eine zutreffende Entscheidung gefällt und das Interesse der Allgemeinheit am Schutz der am Flussabschnitt unverbauten Landschaft höher gewichtet als das Interesse des Klägers an der Realisierung seines Vorhabens.

Ähnlich gelagert ist ein Fall, in dem ein potenzieller Vorhabenträger – eine natürliche Person – eine Bauvoranfrage zur Errichtung einer Wasserkraftanlage auf seinem Eigentum an die Gemeinde stellte.[104] Geklärt werden sollte damit, ob grundsätzliche Bedenken der zuständigen Fachbehörden gegen die Errichtung der Anlage bestünden, und welche Anforderungen bei der Planerstellung berücksichtigt werden müssten. Die Bauvoranfrage wurde von der zuständigen Genehmigungsbehörde (Landratsamt) unter Berufung auf die Fachbehörden abgelehnt. Zwar habe das Wasserwirtschaftsamt keine Bedenken gegen die Anlage vorgetragen, doch habe der Naturschutzbeauftragte diesem nicht zugestimmt. Die Fläche, auf der sich auch der potenzielle Standort der Anlage befinde, solle als flächenhaftes Naturdenkmal ausgewiesen werden, ein diesbezügliches Verfahren sei bereits eingeleitet worden. Dem Bauvorhaben stünden insbesondere wasserrechtliche und naturschutzrechtliche Aspekte entgegen. Nach Vorschlag des Klägers zu einer umweltfreundlicheren Modifizierung des Vorhabens wurde diesem zunächst eine positive Beurteilung in Aussicht gestellt. Die zuständige Behörde lehnte jedoch letztendlich die Voranfrage ab, da das geplante Vorhaben

99 § 68 Abs. 3 WHG.

100 *VGH München*, Beschluss vom 26.2.2007 – 8 ZB 06.879 – NuR 2007, 761 (762).

101 *OVG Koblenz*, Urteil vom 16.11.2000 – 1 A 10532/00 – NuR 2001, 291 ff.; *VG Trier*, Urteil vom 26.8.1999 – 6 K 1206/98.TR – nicht veröffentlich.

102 Landespflegegesetz (LPflG) des Bundeslandes Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 5. Februar 1979, GVBl 1979, 36. Aufgehoben durch § 67 des Landesnaturschutzgesetzes Rheinland-Pfalz vom 28. September 2005, GVBl. 2005, 387.

103 *OVG Koblenz*, Urteil vom 16.11.2000 – 1 A 10532/00 – NuR 2001, 291 (293).

104 *VG Freiburg*, Urteil vom 17.2.2000 – 5 K 1368/98 – ZfW 2000, 256 ff.

das Wohl der Allgemeinheit im Hinblick auf Belange der Gewässerökologie und des Naturschutzes erheblich beeinträchtige. Die hiergegen erhobene Klage blieb erfolglos.

Den Entscheidungen ist zu entnehmen, dass die Versagung einer wasserrechtlichen Gestattung zur Errichtung und zum Betrieb einer Wasserkraftanlage häufig damit begründet werden kann, dass es sich bei dem geplanten Standort des Vorhabens um einen besonders schützenswerten, noch nicht beeinträchtigten Gewässerabschnitt handele und die Umsetzung des Vorhabens erhebliche Beeinträchtigungen hervorrufen würde. In einem solchen Fall kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sich die Belange des Naturschutzes und des Gewässerschutzes gegen die Nutzungsinteressen am Gewässer durchsetzen können.

4.2.6 Konfliktpotenzial bei fehlender wasserrechtlicher Gestattung

Neben Verfahren, die sich mit der Nichterteilung einer Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Wasserkraftanlage beschäftigen, existieren Gerichtsentscheidungen, die sich mit Gewässerbenutzungen auseinandersetzen, denen die wasserrechtliche Genehmigung fehlt.[105] Konfliktgegenstand sind hierbei häufig für sofort vollziehbar erklärte behördliche Verfügungen der zuständigen Behörde (hier: Landratsamt) gegen den Gewässerbenutzer (hier: natürliche Person), eine Gewässerbenutzung oder Gewässerausbauarbeiten umgehend einzustellen. Im betrachteten Verfahren konnte der Gewässerbenutzer für die von ihm durchgeführten Arbeiten am Gewässer keine wasserrechtliche Genehmigung vorweisen. Strittig war zudem, ob es sich bei den Maßnahmen um Gewässerunterhaltungsmaßnahmen, die gegebenenfalls nur einer Anzeigepflicht unterlägen, handelte oder ein Gewässerausbau anzunehmen war, der eine Planfeststellung erfordert hätte. Die Behörde nahm Letzteres an und sah Maßnahmen zum Gewässerausbau nicht als von der 1934 erteilten Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb eines Wassertriebwerks mit Sägewerk und Klotzweiher erfasst. Die einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor dem Verwaltungsgericht und dem Verwaltungsgerichtshof hatten keinen Erfolg. Die Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer sei eine Gewässerausbaumaßnahme. Die Erhöhung eines Damms um zirka 30 bis 40 Zentimeter stelle eine wesentliche, sich auch auf das äußere Bild der Landschaft auswirkende dauerhafte Änderung des ursprünglichen Gewässers und seiner Ufer dar und wirke sich auf Wasserstand und Wasserabfluss aus. Derartige Maßnahmen bedürften einer Planfeststellung.

Auch die Stilllegungsverfügung für ein betriebenes Ausleitungskraftwerk kann in die Fallkategorie eingeordnet werden, da damit die Nutzung der Anlage nicht mehr betrieben werden darf.[106] Die zuständige Behörde begründete Stilllegungsverfügung mit einer Störung der öffentlichen Sicherheit durch den Betrieb der Anlage, da eine wasserrechtliche Gestattung hierfür erforderlich sei, aber nicht vorläge. Auf das Bestehen eines alten Wasserrechts könne sich die Klägerin nicht berufen.[107] Einer Legalisierung der Anlage stünden nicht kompensierbare Gründe des Wohls der Allgemeinheit entgegen. Der Betrieb der Wasserkraftanlage verstoße gegen den naturschutzrechtlich besonderen Schutz von Biotopen, der alle Maßnahmen verbiete, die zu einer Zerstörung oder einer sonstigen erheblichen oder nachteiligen Beeinträchtigung führen könnten. Zu den geschützten Biotopen zählten naturnahe und unverbaute Flussabschnitte. Dass der fragliche Flussabschnitt hierzu gerechnet werden könne, bekräftige die Stellungnahme des Staatlichen Umweltfachamtes. Der Betrieb der Wasserkraftanlage führe zu einer Zerstörung oder zumindest zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Biotops, da auf der Ausleitungsstrecke nicht mehr das gesamte ursprüngliche Flussbett überspült werde und sich hierdurch die Zusammensetzung flussgewässertypischer Arten ändere. Eine Ausnahme

105 *VGH Mannheim*, Beschluss vom 28.3.2012 – 3 S 150/12 – NuR 2012, 570.

106 *VGH Bautzen*, Urteil vom 27.3.2007 – 4 B 707/05 – ZUR 2007, 325 ff.

107 Dies wurde unter anderem deshalb geprüft, weil eine alte Wasserkraftanlage am Standort existiert hatte, die Wehranlage 1976 aber in einem schlechten Zustand war und das Ausleitungskraftwerk nach der Wiedervereinigung neu errichtet und 1995 in Betrieb genommen wurde.

nach dem Landesnaturschutzrecht könne auch nicht zugelassen werden.[108]

Schließlich kann hier ein Verfahren eingeordnet werden, in dem vor Gericht die Aufhebung einer erteilten wasserrechtlichen Erlaubnis für den Bau und den Betrieb einer Kleinwasserkraftanlage beklagt wurde.[109] Kläger war eine natürliche Person, die die Errichtung einer Kleinwasserkraftanlage an einem im Wesentlichen naturbelassenen Wildbach mit Wasserfällen und Kaskaden – gelegen in einem Landschaftsschutzgebiet – beabsichtigte. Die Untere Naturschutzbehörde und der Naturschutzbeirat am Landratsamt lehnten das Vorhaben ab. Dennoch erteilte die zuständige Behörde eine befristete Erlaubnis zum Zwecke des Probebetriebs und setzte eine Mindestwassermenge fest. Erst nach Ablauf eines dreijährigen Probebetriebs könne festgestellt werden, ob Beeinträchtigungen der Allgemeinwohlbelange wie Naturschutz, Landschaftsschutz und Gewässerökologie zu befürchten seien. Ob der Betrieb der Anlage eine Beeinträchtigung oder Zerstörung eines ökologisch besonders wertvollen Biotops zur Folge habe, könne erst nach dem Probebetrieb beurteilt werden. Gegen den Bescheid wurden zahlreiche Drittwidersprüche, unter anderem von Umweltverbänden erhoben.[110] Die zuständige Behörde hielt die Wiedersprüche für unzulässig oder unbegründet, legte sie aber der nächst höheren Behörde vor. Diese bat die zuständige Behörde, den Bescheid aufzuheben, da die genehmigte Benutzung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Beeinträchtigung der Natur führe und gegen die Landschaftsschutzgebietsverordnung verstoße. Es sei damit eine naturschutzrechtliche Befreiung erforderlich, was die Beteiligung der Unteren Naturschutzbehörde bedinge. Diese lehne das Vorhaben jedoch ab. Die Zustimmung der höheren Behörde sei nicht eingeholt worden und könne auch nicht nachträglich erteilt werden, da die Belange des Naturschutzes überwiegen würden. Das Vorhaben führe zu einer erheblichen Beeinträchtigung eines gesetzlich geschützten Biotops und sei deshalb rechtswidrig.

Auf Grund dieser Entscheidung hob die zuständige Behörde den gegenüber dem Kläger ergangenen Bescheid auf. Hiergegen erhob dieser Klage vor dem Verwaltungsgericht. Zu den naturschutzrechtlichen Argumenten führte der Kläger aus, dass bei Beachtung der bescheidsmäßigen Auflagen eine Beeinträchtigung der Ökologie nicht zu erwarten sei. Auch sei das Vorhaben nicht geeignet, das Landschaftsbild oder die Natur zu beeinträchtigen und verstoße nicht gegen die Landschaftsschutzgebietsverordnung. Das entscheidende Verwaltungsgericht wies die Klage ab und folgte damit der Argumentation der Behörden.

Die Entscheidungen zeigen, dass sich Konflikte um Wasserkraftanlagen auch daran entzünden, dass die Anlagen ohne oder über die erteilte Genehmigung hinaus betrieben werden und eine nachträgliche Gestattung der Gewässernutzung aus wasser- und naturschutzrechtlichen Gründen ausscheidet. Dabei handelt es sich häufig um Fälle, in denen der Vorhabenträger Anlagenkomponenten (vor allem Turbinen) austauscht und dadurch seine ggf. ursprünglich genehmigte Nutzung aus eigenen Interessen intensiviert, wasserbezogene Belange dadurch aber beeinträchtigt werden. In diese Konfliktfälle sind häufig nur der Anlagenbetreiber und die Behörde involviert. Letztere setzt mit ihren Anordnungen das geltende Recht durch.

4.2.7 Konfliktpotenzial erneuerbare Energien und Umwelt- sowie Naturschutz

Ebenso wie bei der Nutzung der Solarenergie findet sich bei Verfahren zur Wasserkraftnutzung der Einwand, dass die Gewinnung elektrischer Energie durch solche Anlagen im öffentlichen Interesse liege und in besonderer Weise einen Belang des Gemeinwohls[111] darstelle. Die dezentrale Gewinnung elektrischer Energie durch Wasserkraftanlagen sei umweltfreundlich und werde

108 *VGH Bautzen*, Urteil vom 27.3.2007 – 4 B 707/05 – ZUR 2007, 325 (328).

109 *VG München*, Urteil vom 30.9.2003 – M 2 K 02.4783 – BeckRS 2003, 28652.

110 *VG München*, Urteil vom 30.9.2003 – M 2 K 02.4783 – BeckRS 2003, 28652, Rn. 7.

111 *VGH München*, Urteil vom 28.6.2005 – 22 B 95.2188 – BeckRS 2005, 28038, Rn. 22; *VG München*, Beschluss vom 30.10.2015 – M 2 SN 15.4544 – BeckRS 2015, 54614; *VG Freiburg*, Urteil vom 17.2.2000 – 5 K 1368/98 – ZfW 2000, 256 (261 f.)

wirtschaftlich gefördert. Der Nutzung erneuerbarer Energien sei deshalb und vor dem Hintergrund des Klimaschutzes ein höheres Gewicht beizumessen.[112]

Diese Argumentation hat allerdings vor Gericht – ebenso wie bei der Solarenergie – in der Regel keinen Bestand. Die dezentrale Gewinnung von Energie mittels Wasserkraftanlagen hat nicht generell Vorrang vor anderen öffentlichen Interessen, z. B. denen des Naturschutzes oder des Gewässerschutzes. In der Rechtsprechung ist bereits geklärt, dass sich aus dem Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) kein genereller Vorrang der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vor den Belangen des Naturschutzrechts ergibt.[113] Vielmehr würden vom Gesetzgeber bei der Vergütung von Strom aus Wasserkraftanlagen im Hinblick auf die Konfliktlage zwischen Nutzung der vorhandenen Wasserkraft und den Belangen des Umwelt- und Naturschutzes weitreichende Einschränkungen (z. B. hinsichtlich der Leistung der Anlagen und der Erreichung eines guten oder jedenfalls verbesserten ökologischen Zustands) vorgenommen. Auch wasserrechtliche Regelungen, wie die Erhaltung naturnaher und natürlicher Gewässer oder die Vorgaben zur Mindestwasserführung zeigten eine Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber Eingriffen in entsprechende Gewässer durch „neue" Wasserkraftanlagen.[114]

4.3 Zusammenfassung

Das Konfliktfeld Naturschutz und Wasserkraftnutzung ist im Vergleich zur Solarenergienutzung schon häufiger Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Dies ist wohl dem Umstand geschuldet, dass die Nutzung eines Gewässers zur Herstellung von elektrischer Energie mittels Wasserkraft verschiedene andere Nutzungsinteressen am Gewässer beeinflussen oder beeinträchtigen kann und hier ggf. ein Ausgleich gefunden werden muss. Jedenfalls gebührt der Wasserkraft – auch aus Klimaschutzgründen – kein Vorrang gegenüber wasser- und naturschutzbezogenen Belangen.

Bei den vor Gericht auftretenden Akteuren ist das Spektrum im Vergleich zur Solarenergie deutlich breiter gefächert. Neben natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts oder Personenvereinigungen als Vorhabenträger und den zuständigen Planfeststellungs- und Genehmigungsbehörden können als Akteure durch die (potenzielle) Gewässerbenutzung beeinträchtigte Dritte und Vereinigungen (Vereine, Umweltverbände) identifiziert werden. Erhebliches Gewicht kommt auch den Fachbehörden (z. B. Untere Naturschutzbehörde, Fischereibeauftragter, Wasserwirtschaftsamt) zu, die die Entscheidungsträger mit ihren fachlichen Stellungnahmen unterstützen. Zudem sind hier Widerspruchs- und Aufsichtsbehörden zu nennen, die in einigen Verfahren selbst die ursprünglichen Entscheidungen abgeändert oder darauf hingewirkt haben. Nicht zuletzt ist – als nicht aktiver Akteur – die Politik zu nennen, die in zwei Konfliktfällen außerhalb des verwaltungsrechtlichen und gerichtlichen Verfahrens bemüht wurde.

Im Vergleich zur Solarenergie gelangen deutlich mehr Konflikte in die zweite Instanz vor die Verwaltungsgerichtshöfe oder Oberverwaltungsgerichte. Auch sind deutlich mehr Verfahren im einstweiligen

112 Siehe zu dieser Argumentation *VGH Mannheim*, Urteil vom 15.12.2015 – 3 S 2158/14 – NuR 2016, 196 (206). *VGH München*, Beschluss vom 26.2.2007 – 8 ZB 06.879 – NuR 2007, 761 (762).

113 *VGH München*, Beschluss vom 6.9.2016 – 8 CS 15.2510 – BeckRS 2016, 52335; *VGH München*, Beschluss vom 23.2.2016 – 8 CS 15.1096 – BeckRS 2016, 43646; *VGH München*, Beschluss vom 26.2.2007 – 8 ZB 06.879 – NuR 2007, 761 (762); *VG München*, Beschluss vom 30.10.2015 – M 2 SN 15.4544 – BeckRS 2015, 54614.

114 *VGH München*, Beschluss vom 26.2.2007 – 8 ZB 06.879 – NuR 2007, 761 (762); ähnlich *VG Freiburg*, Urteil vom 17.2.2000 – 5 K 1368/98 – ZfW 2000, 256 (262), das aber auf die geringfügige Energiegewinnung der Anlage abstellt.

Rechtsschutz zu verzeichnen. Die Entscheidungen verteilen sich jedoch relativ gleichmäßig auf die untersuchten Jahre von 2000 bis 2016.

Aus den untersuchten Entscheidungen können als regelmäßig auftretende Konfliktsituationen in Bezug auf Wasserkraftanlagen solche identifiziert werden, die sich mit der Festsetzung der Mindestwassermenge und der Errichtung von Fischaufstiegs- und Fischabstiegshilfen beschäftigen. Diese Fachfragen haben die Gerichte über den gesamten untersuchten Zeitraum beschäftigt und werden auch in Zukunft Konfliktpotenzial aufweisen. Zudem bilden die alten Wasserrechte, deren Auslegung und deren mögliche Einschränkung eine eigene Konfliktgruppe, die zum Teil mit weiteren Konfliktsituationen einhergeht. Die hierüber hinausgehenden vier Kategorien bilden weitere mögliche Konfliktlinien ab, die sich jedenfalls was die Fragen einer nicht oder nicht richtig durchgeführten Verträglichkeitsprüfung (UVP, FFH) betrifft mit den hier hervorgehobenen Konfliktsituationen überschneiden können.

Das zwischen Wasserkraftnutzung und Naturschutz liegende Konfliktpotenzial wird sich in Bezug auf den Ausbau der Wasserkraft in Deutschland wohl kaum erhöhen. Neu zu errichtende Wasserkraftanlagen an neuen Standorten wird es kaum geben.[115] Dennoch verbleibt genügend Konfliktpotenzial im Hinblick auf die bestehenden Anlagen und solche, die erweitert, modernisiert und wieder in Betrieb genommen werden sollen. Die Verwirklichung des Ziels, für nicht als künstlich oder erheblich verändert eingestufte oberirdische Gewässer einen guten ökologischen und einen guten chemischen Zustand zu erhalten oder zu erreichen und für künstlich und erheblich verändert eingestufte oberirdische Gewässer ein gutes ökologisches Potenzial und einen guten chemischen Zustand zu erhalten oder zu erreichen,[116] wird Vorhaben zur Wasserkraftnutzung beeinflussen und ggf. einschränken. Jedenfalls werden sich diesbezüglich weiterhin Konfliktfälle zwischen Wasserkraftnutzung und Naturschutz ergeben.

---

115 Siehe hierzu *Anderer/Dumont/Massmann/Keuneke*, Wasserkraftnutzung in Deutschland, Wasserrechtliche Aspekte, ökologisches Modernisierungspotenzial und Fördermöglichkeiten, UBA-Texte 22/2012.

116 Siehe § 27 WHG 2010.

KAPITEL 5

Biomasse

Die Recherche über die Datenbank „juris“ ergab in der Kombination „Biomasse“ sowie „Biogas“ mit „Naturschutz“ oder „BNatSchG“ eine Trefferquote von insgesamt 338 Gerichtsentscheidungen. Nach Herausfilterung der Dopplungen über die Suchkombination, dem Ausschluss von Entscheidungen der Zivilgerichtsbarkeit und solchen ohne Nennung von „Biogas“ oder „Biomasse“ im Entscheidungstext verblieben 150 gerichtliche Entscheidungen, die jeweils das Wort „Biogas“ enthielten. Von diesen verbliebenen Entscheidungen wurden weitere 117 Entscheidungen als nicht einschlägig eingeordnet. Zwar wurde in ihnen das Wort „Biogas“ oder „Biogasanlage“ genannt, doch bezog sich die Entscheidung nicht auf Konflikte in Bezug auf eine Biogasanlage oder es wurden nur nicht naturschutzbezogene Einwendungen erhoben (z. B. Lärmemissionen des Anlieferverkehrs, Geruchsimmissionen usw.). 35 Entscheidungen befassten sich in erster Linie mit Windenergieanlagen und wurden hier ausgeschlossen. Einer näheren Untersuchung im Hinblick auf den verfolgten Untersuchungsgegenstand wurden zunächst 33 Entscheidungen zugrunde gelegt. Die einzelnen Zahlen sind nochmals Tabelle 4 zu entnehmen.

Im Hinblick auf die bezogen auf den Untersuchungszeitraum 2000-2016 doch geringe Anzahl an ergangenen Gerichtsentscheidungen zur Nutzung von Biomasse oder Biogas mit Berührungspunkten zu naturschutzbezogenen Aspekten erfolgte im Anfang April 2017 nochmals eine Recherche über die Datenbank „juris“, die ein ähnliches Ergebnis brachte. Für die ersten drei Monate im Jahr 2017 konnten vier neue Urteile identifiziert werden, wovon nur eines tatsächlich den hier wesentlichen Untersuchungsgegenstand betraf. Drei Urteile aus dem Jahr 2017 wurden insofern aus der weiteren Untersuchung ausgeschlossen. Insgesamt wurden 34 Entscheidungen näher untersucht.

Tabelle 4:

Biomasse – Zusammenstellung der Entscheidungen

	Ergebnisse
Identifizierte Entscheidungen insgesamt	338
Nach Ausschluss von Dopplungen	150
Davon ausgeschlossen	117
Näher untersucht	**33**

5.1 Ausgewertete gerichtliche Entscheidungen

Der Untersuchung zu Biomasse/Biogas wurden zunächst 154 gerichtliche Entscheidungen zugrunde gelegt. In einem ersten Schritt wurde hierbei zwischen den Instanzen unterschieden. Bezogen auf gerichtliche Entscheidungen zur Biomasse- und Biogasnutzung sind im Vergleich zur Solarenergie und zur Wasserkraft fast genauso viele obergerichtliche Entscheidungen wie erstinstanzliche Entscheidungen zu verzeichnen. Die 154 Entscheidungen verteilen sich auf Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte oder Verwaltungsgerichtshöfe (siehe Abbildung 5).

Abbildung 5:

Biomasse – Verteilung der Gerichtsinstanzen

Zusätzlich zu dieser Unterscheidung finden sich noch fünf Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Auf Grund der hohen Anzahl auszuschließender Entscheidungen, die zwar den Begriff „Biomasse“ oder „Biogas“ enthielten, aber ansonsten die Bezüge zum Naturschutz vermissen ließen, kann diese Verteilung als nicht aussagekräftig eingeordnet werden. Deshalb wurde die Unterscheidung nochmals für die als einschlägig identifizierten Entscheidungen vorgenommen. Die 34 Entscheidungen verteilen sich auf Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte oder Verwaltungsgerichtshöfe (siehe Abbildung 5).

Zudem findet sich eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. So bereinigt, ist festzustellen, dass in Bezug auf Biomasse/Biogas und Naturschutzbelange im Vergleich zu Wasserkraft und Solarenergie die oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen überwiegen. Dies ist jedoch vor allem dem Umstand geschuldet, dass Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne – eine identifizierte Konfliktgruppe – in erster Instanz den Oberverwaltungsgerichten oder Verwaltungsgerichtshöfen zugewiesen werden.

In Bezug auf die deutschlandweite Verteilung ist für die untersuchten Entscheidungen auch zwischen Entscheidungen vor dem Verwaltungsgericht und solchen vor den Verwaltungsgerichtshöfen oder Oberverwaltungsgerichten zu unterscheiden. Im Hinblick auf die Entscheidungen vor dem Verwaltungsgericht ist – wie in der Abbildung 6 ersichtlich – festzustellen, dass hier wiederum Bayern an erster Stelle liegt, gefolgt von Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz sowie Niedersachsen. Insofern finden sich in der Auswertung der Entscheidungen vier der fünf Bundesländer wieder, die im Jahr 2014 die höchste installierte Leistung an Biogasanlagen aufwiesen.[117] Spitzenreiter war hier das Land Niedersachsen gefolgt von Bayern, Rheinland-Pfalz,

117 https://de.statista.com/statistik/daten/studie/164248/umfrage/installierte-leistung-von-biogasanlagen-nach-bundesland-2010-11/

Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg. Auf Grund der wenigen Entscheidungen ist die Aufstellung der Verwaltungsgerichtsentscheidungen allerdings nur als bedingt aussagekräftig im Hinblick auf das Konfliktpotenzial des Energieträgers in dem jeweiligen Bundesland einzuschätzen, Entscheidungen aus Nordrhein-Westfalen fehlen hier zum Beispiel vollständig.

Die Verteilung der obergerichtlichen Entscheidungen in der Abbildung 6 zeigt ein leicht anderes Bild im Hinblick auf die Bundesländer. Mit sieben Entscheidungen liegt hier das Land Niedersachsen an erster Stelle, gefolgt von Rheinland-Pfalz mit drei Entscheidungen. Damit finden sich wiederum zwei Bundesländer an der Spitze, die auch bei der installierten Leistung von Biogasanlagen im Jahr 2014 vorn lagen. Vertreten sind zudem die anderen drei an der Spitze dieser Aufstellung zu findenden Bundesländer. Zwar kann bei den obergerichtlichen Entscheidungen somit eine Korrelation zu der installierten Leistung im Jahr 2014 festgestellt werden, belastbar ist diese allerdings auf Grund der wenigen Entscheidungen jedoch nicht. Sie bildet lediglich eine Tendenz ab.

Von den untersuchten gerichtlichen Entscheidungen beider Instanzen entfallen 15 Entscheidungen auf die Jahre 2014 bis 2016, eine auf das Jahr 2017. Damit finden sich für diese drei (vier) Jahre genauso viele Entscheidungen, wie für den restlichen untersuchten Zeitraum von 2000 bis 2013 insgesamt. Hieraus kann jedoch auf Grund der wenigen Entscheidungen und auch der Problematik, dass die Suche über die Datenbank nicht alle ergangenen Entscheidungen vollständig abbildet, nicht geschlossen werden, dass sich Konflikte um Biomasse- oder Biogasanlagen mit Bezügen zu Naturschutzbelangen häufen. Eine solche Aussage bedürfte einer intensiveren Untersuchung.

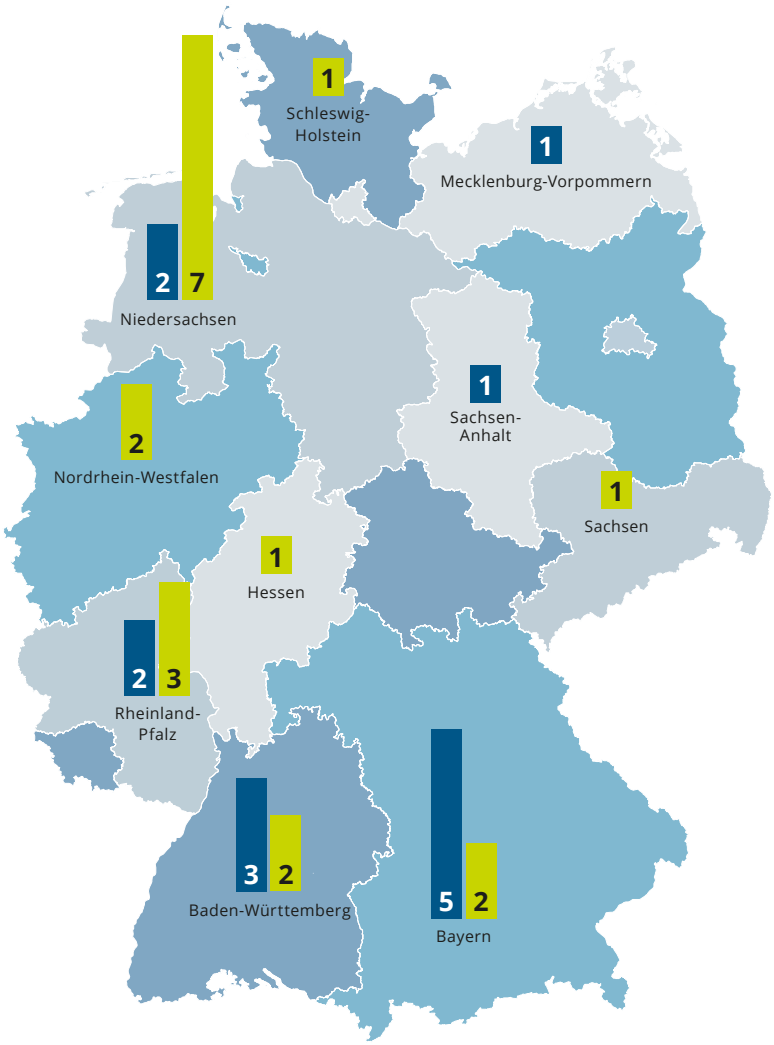

Abbildung 6:

Biomasse – Verteilung der untersuchten erstinstanzlichen und obergerichtlichen Entscheidungen nach Bundesland

5.2 Untersuchte gerichtliche Entscheidungen

Für die 34 verbliebenen gerichtlichen Entscheidungen wurde wie auch bei der Solarenergie und der Wasserkraft versucht, Konfliktfelder zu identifizieren, die nicht nur einmal die Gerichte befassten. Eine solche Kategorienbildung war bezogen auf Biomasse jedoch auf Grund der wenigen verbliebenen Entscheidungen schwierig. Deshalb wurden hier auch Kategorien aufgenommen, in die nur eine Entscheidung eingeordnet werden konnte, die jedoch bezogen auf den Energieträger nicht als absoluter Sonderfall einzuordnen sind. Konflikte konnten vor allem auf der Planungsebene identifiziert werden. Zur besseren Unterscheidung wurde hierbei zwischen der Regionalplanungsebene und der Bauleitplanung unterschieden. Für letztere lässt sich eine Differenzierung in Bezug auf die Bebauungsplanung in der Weise vornehmen, dass zwischen Angebotsbebauungsplanungen und vorhabenbezogenen Bebauungsplanungen unterschieden wird. Des Weiteren konnten die Genehmigungsverfahren für die Errichtung und den Betrieb von Biogasanlagen als Konfliktfeld erfasst werden. Schließlich wurde das als nur mittelbar mit der Biogasanlage als solche zusammenhängende Ausbringen von Gärresten als konfliktauslösend eingeordnet.

5.2.1 Konfliktpotenzial entgegenstehende Festlegungen der Raumordnung

Die Nutzung der Biomasse und die damit verbundene Errichtung und der Betrieb von vor allem Biogasanlagen erfährt zum Teil bereits eine Steuerung über die Regionalplanung. Diese kann mittels unterschiedlicher Zielvorgaben Flächen von der Nutzung durch Biogasanlagen ausschließen oder für diese Nutzung Flächen zur Verfügung[118] stellen. Sind Flächen für die Errichtung und den Betrieb von Biogasanlagen durch, diesen entgegenstehende andere Zielfestlegungen ausgeschlossen, können kommunale Planungen, die darauf gerichtet sind, den Anteil erneuerbarer Energien, zum Beispiel durch Biogasanlagen in der Kommune zu steigern, nur mit Hilfe eines Zielabweichungsverfahrens weiter verfolgt werden. Noch zeigt diese Thematik kein hohes Konfliktpotenzial, was an der bisher hierzu ergangenen einen Entscheidung abgelesen werden kann. Allerdings finden sich bisher auch noch nicht viele Regionalpläne, die sich neben der Windenergiesteuerung auch mit Biomasse- oder Biogasanlagen beschäftigen. In Zukunft könnte sich diese Konfliktsituation allerdings häufiger stellen, weshalb sie hier als eigene Kategorie erfasst ist.

In dem Verfahren wendet sich der Kläger (ein Regionalverband)[119] gegen die Zielabweichung nach dem Landesraumordnungsgesetz und dem Raumordnungsgesetz des Bundes für eine Errichtung einer Biogasanlage.[120] Klagegegner ist die für Zielabweichungen zuständige Behörde. Die Beigeladene (eine Gemeinde) beantragte bei der zuständigen Behörde die Zielabweichung für die Errichtung der Biogasanlage auf ihrem Gemeindegebiet, um den Anteil der erneuerbaren Energien im Gemeindegebiet zu steigern. Der geplante Standort der Anlage befindet sich auf Ackerflächen, die von einer Hochspannungsleitung durchzogen sind. Im Regionalplan ist der geplante Standort als regionaler Grünzug (Ziel) und als Vorbehaltsgebiet für die Landwirtschaft (Grundsatz) ausgewiesen. Dem regionalen Grünzug kommt nach dem Regionalplan eine regional bedeutsame Ausgleichsfunktion für verschiedene Bereiche, u. a. zusammenhängende Waldflächen, Waldfunktionen, ein hoher Anteil landbauwürdiger Böden, Naherholung, Biotope und Biotopverbund, Wasserhaushalt, Naturschutz- und Landschaftspflege, Klima und Sicherung des Freiraumzusammenhangs, zu.

118 Eine positive Steuerung von Biogasanlagen in Regionalplänen mit gleichzeitiger Ausschlusswirkung (sog. Konzentrationszonen), wie sie in Bezug auf Windkraftanlagen existiert, ist schwerlich vorstellbar, da über die Anlagen hinaus wohl auch Anbauflächen mit betrachtet werden müssten.

119 Dies ist in Baden-Württemberg die für die Regionalplanung zuständige Stelle. In anderen Bundesländern übernimmt die Regionalplanung das Regierungspräsidium.

120 *VG Stuttgart*, Urteil vom 5.2.2013 – 2 K 287/12 – juris.

Der Beigeladenen war zuvor bereits für einen Standort im Wald eine Zielabweichung mit Zustimmung des Klägers erteilt worden. Die Verwirklichung des Projektes scheiterte jedoch an artenschutzrechtlichen Anforderungen. Im Zuge dieses durchgeführten Zielabweichungsverfahrens hatte die Beigeladene eine umfangreiche Standortanalyse durchgeführt und die Standorte jeweils nach Raumwiderstandsstufen gewichtet. Für das neue Verfahren erfolgte keine neue Standortanalyse, der gewählte Standort erweise sich nach den auch im ersten Verfahren zugrunde gelegten Kriterien als der beste Standort.

Die zuständige Behörde hörte u. a. den Kläger, verschiedene betroffene Gebietskörperschaften, den Landesnaturschutzverband, den BUND und den NABU sowie die IHK der Region an. Der Planungsausschuss des Klägers lehnte die Zielabweichung mit der Begründung ab, der Bau der Biogasanlage greife in wertvolle landwirtschaftliche Flächen ein und führe zu einem erheblichen Eingriff in das Landschaftsbild. Das beteiligte Landratsamt erhob Bedenken im Hinblick auf die Entsorgung der Gärreste und eine gesicherte Abwasserentsorgung und sah ebenfalls das Landschaftsbild als erheblich beeinträchtigt an. Das Referat Naturschutz der Beklagten stimmte der beantragten Zielabweichung zu, da der Standort u. a. wegen Verkehrs- und Siedlungslärms und der flächenverbrauchenden visuellen Beeinträchtigung durch Siedlungslandschaften vorbelastet sei, was den Erholungswert mindere. Die Naturschutzverbände befürworteten das Vorhaben, forderten aber die Festlegung von Ausgleichsflächen. Eine Bürgerinitiative sprach sich gegen die Zulassung des Vorhabens aus und wandte sich mit einer Petition an den Landtag, die jedoch erfolglos blieb. Die zuständige Behörde erteilte die Abweichung vom Regionalplan unter anderem mit der Begründung, das Vorhaben sei raumordnungsrechtlich vertretbar. Eine Zielabweichung sei möglich, da es erklärtes Ziel der Landesregierung sei, die erneuerbaren Energien zu einer zentralen Säule der Stromerzeugung bis 2020 auszubauen. Mangels landesplanerischer Vorgaben für Biogasanlagenstandorte könne dem berechtigten Interesse der Beigeladenen entsprochen werden. Zwar fordere der Regionalplan die Zuordnung von Biogasanlagen zu gewerblichen oder industriellen Gebieten, er verbiete damit jedoch nicht das Ausweichen auf andere Standorte. Den nicht neu bewerteten Standorten sei der Klimaatlas zugrunde gelegt worden, der Eingriff in gute landwirtschaftliche Böden werde auf das notwendige Maß beschränkt. Die biologische Vielfalt im regionalen Grünzug werde nicht gefährdet und der Landschaftskorridor weder zerschnitten noch verengt. Mögliche Populationen von Vogelarten (Feldlerche) müssten im nachfolgenden Planungs- und Genehmigungsverfahren erfasst werden, Gleiches gelte für immissionsschutzrechtliche Fragen. Überregionale Wildwechsel würden nicht tangiert. Schließlich bilde der Grünzug in dem Gebiet durch die vorhandene Hochspannungsleitung keine unbelastete Landschaft mehr ab.

Hiergegen erhob der Kläger Klage vor dem Verwaltungsgericht und machte geltend, dass die Zielabweichung einen nicht vertretbaren Eingriff in den regionalen Grünzug und wertvolle landwirtschaftliche Flächen darstelle. Gegen die raumordnerische Vertretbarkeit spreche bereits der erhebliche und dauerhafte Flächenverbrauch durch die Anlage (Anlage, Zuwege und Schutzwall). Das potenzielle Standortgebiet sei trotz Vorbelastung schutzwürdig, denn die Hochspannungsleitung stelle keine Belastung dar, sondern sei allgemein üblich. Die Biogasanlage verstärke die vorhandenen Belastungen erheblich. Es komme zu einem Anstieg an Lärm- und Abgasimmissionen, an Geruchsbelästigungen und boden- und wasserrechtlich relevanten Beeinträchtigungen. Der Regionalplan weise Biogasanlagen bestimmten Orten (Gewerbe- und Industriegebiet, ggf. Sondergebiet) zu und betone den Freiraumschutz im Zusammenhang mit industriellen Anlagen, indem er Grünzüge und Landwirtschaftsflächen ausweise. In der Planungsregion gebe es ausreichend Gebiete, in denen Biogasanlagen verwirklicht werden könnten, um der Erfüllung des Ziels der Landesregierung nachzukommen. Der Regionalplan stehe den Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber, eine Grenze stellten jedoch der Freiraumschutz und der Schutz des Landschaftsbildes dar. Der gezielte planerische Ausschluss dürfe nicht durch Befreiungen umgangen werden. Das Verwaltungsgericht folgte dieser Ansicht nicht.

Das Verfahren zeigt, dass bereits auf der regionalen Planungsebene Biogasanlagen Konfliktpotenzial aufweisen, wenn der Plangeber in der Region die Sicherung anderer Nutzungen und Funktionen in den Vordergrund stellt. Zudem wird deutlich, dass es auf dieser abstrakten Ebene der Planung allein um die Flächensicherung für eine bestimmte Nutzung gehen kann und nicht um die konkrete Nutzung selbst. Das beschränkt in gewissem Maße allerdings auch das Akteursspektrum. Dieses ist weitestgehend auf die an der Planung beteiligten Behörden, Gebietskörperschaften und Verbände beschränkt, natürliche Personen treten auf dieser Planebene – es sei denn, sie sind in Bürgerinitiativen organisiert – selten auf.

5.2.2 Konfliktpotenzial Angebotsplanung

Im Gegensatz zur Zielabweichung von regionalplanerischen Festlegungen wohnt der gemeindlichen Bebauungsplanung in Form der Angebotsplanung ein deutlich höheres Konfliktpotenzial inne. Konfliktgegenstand ist häufig die konkrete Abwägungsentscheidung der Gemeinde. Damit ist diese grundsätzlich auch der Antragsgegner im Normenkontrollverfahren.[121] Die jeweiligen Antragsteller eines Normenkontrollverfahrens zur Überprüfung einer gemeindlichen Angebotsplanung können hingegen differenzieren: Neben natürlichen Personen kommen als Antragsteller auch Vereinigungen oder Nachbargemeinden in Betracht.

Mehrheitlich finden sich von natürlichen Personen angestrebte Normenkontrollverfahren.[122] Diese sind darauf gerichtet, die gemeindliche Angebotsplanung auf Grund von Abwägungsmängeln vom Oberverwaltungsgericht oder vom Verwaltungsgerichtshof für nicht wirksam erklären zu lassen. Tendenzen, dass die Gerichte jeweils für oder gegen die Antragsteller entscheiden, lassen sich nicht ableiten. Vielmehr kommt es jeweils auf die konkrete Planung und die hierbei erfolgende Abwägungsentscheidung an. Als Angebotsplanung ist dabei eine Bebauungsplanung zu verstehen, die sich an den maximalen Ausnutzungen der Festsetzungen orientiert und diesbezüglich auch das Abwägungsmaterial zusammenstellt und sich nicht auf das konkrete Vorhaben, das ggf. Anstoß für die Planung gegeben hat, beschränkt.[123]

In einem Verfahren[124] wandten sich die Antragsteller aus einer Reihe von Gründen (u. a. wegen Anlagenlärm, Gerüchen und störfallrechtlichen Aspekten)[125] gegen den Bebauungsplan der Antragsgegnerin (Gemeinde), der ein Sondergebiet zur Unterbringung einer Anlage zur Erzeugung von Biogas, elektrischer Energie und Wärme aus Biomasse festsetzte. Das Planverfahren begann auf Initiative von drei Landwirten, die in einer Personengesellschaft zusammengeschlossen sind und deren Höfe in unterschiedlicher Entfernung zum Plangebiet liegen. Das Verfahren war zunächst auf die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans gerichtet. Auf Grund verschiedener Unsicherheiten bei der Umsetzung des konkreten Vorhabens entschied sich die Gemeinde nach frühzeitiger Beteiligung der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange, einen Angebotsbebauungsplan aufzustellen. Mittels eines solchen Planes könne auch einfacher auf technische Neuerungen reagiert werden. Die Gemeinde setzte in Bezug auf das Sondergebiet „Biomasseanlage“ u. a. fest, welche Anlagen in dem Gebiet errichtet werden dürfen, dass nur nachwachsende Rohstoffe und Gülle zur Vergärung gebracht werden dürften[126] und welche zulässige Höhe die baulichen Anlagen haben dürften. Der geltend gemachte Verstoß gegen Festlegungen des Raumordnungsprogramms in Bezug auf zu geringe Abstände des Plangebietes zu Waldflächen (Richtwert

121 Dieses findet auf Grund der Regelung in § 47 VwGO grundsätzlich in erster Instanz vor dem Oberverwaltungsgericht oder dem Verwaltungsgerichtshof statt.

122 *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 4.1.2011 – 1 MN 130/10 – NuR 2011, 147 ff.; *VGH Mannheim*, Urteil vom 14.4.2015 – 3 S 2094/13 – BauR 2015, 1293 ff.; *OVG Lüneburg*, Urteil vom 6.8.2013 – 1 KN 217/11 – ZfBR 2014, 64 ff.; *VGH Kassel*, Urteil vom 4.7.2013 – 4 C 2300/11.N – ZNER 2013, 534 ff.

123 Letzteres spricht für eine vorhabenbezogene Bebauungsplanung.

124 *OVG Lüneburg*, Urteil vom 6.8.2013 – 1 KN 217/11 – ZfBR 2014, 64 ff.

125 Siehe zu diesen Aspekten auch *VGH Mannheim*, Urteil vom 14.4.2015 – 3 S 2094/13 – BauR 2015, 1293 ff.

126 Zu einer ähnlichen Festsetzung *VGH Kassel*, Urteil vom 4.7.2013 – 4 C 2300/11.N – ZNER 2013, 534 (539).

des Raumordnungsprogramms: 100 Meter) und die damit einhergehende Beeinträchtigung der Waldrandfunktion aus klima- und artenschutzrechtlicher Perspektive führte nicht zur Unwirksamkeit der Bebauungsplanung, da die Richtwertvorgabe nicht als Ziel der Raumordnung einzustufen war. Auch der von den Antragstellern vorgebrachte Einwand, der Plan sei ohne gemeindeweit umfassendes Biomasse-Konzept nicht im Rechtssinne erforderlich, führte nicht zum Erfolg. Für die im Zusammenhang mit der privaten Zuwegung stehende Inanspruchnahme von im wesentlichen Nadelwald sei eine Waldumwandlung vorgesehen, erforderliche Ausgleichsmaßnahmen seien festgesetzt worden. Auch Fragen des Artenschutzes führten nicht zur städtebaurechtlichen Unwirksamkeit des Plans, da artenschutzrechtliche Verbotstatbestände, die die Planung am Vollzug hindern könnten, nicht ersichtlich seien. Der Normenkontrollantrag hatte keinen Erfolg.

In einem weiteren Verfahren[127] wendete sich der Antragsteller[128] gegen einen Bebauungsplan „Sondergebiet Technologie-Zentrum Biogas", welcher zugunsten eines potenziellen Anlagenbetreibers eine Biogasanlage sowie weitere Anlagen in der Nähe seiner landwirtschaftlichen Flächen zuließ. Das unregelmäßig zugeschnittene Sondergebiet ist u. a. fast umlaufend durch festgesetzte Flächen für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft eingefasst. Zusätzlich werden Schutzgebiete und Schutzobjekte im Sinne des Naturschutzrechts umgrenzt. An das Sondergebiet schließt ebenfalls eine Grünfläche mit Zweckbestimmung Räumfläche an. Zudem liegt das Plangebiet überwiegend im Überschwemmungsgebiet eines Oberflächengewässers. Der Antragsteller trägt vor, er habe ein abwägungsbeachtliches Interesse daran, von unzumutbaren Geruchs- und Geräuschimmissionen, einer erhöhten Seuchengefahr und vorhabenbedingten Überschwemmungen verschont zu bleiben. Hinzu komme die Verdrängung seines Betriebes durch die Biogasanlage, die seine Erweiterungsmöglichkeiten durch immissionsschutzrechtliche Restriktionen und die Verringerung der für landwirtschaftliche Betriebe zur Verfügung stehenden Pachtflächen einschränke. Der Bebauungsplan missachte Belange des Hochwasser- und Gewässerschutzes. Es fehle ein Nachweis dafür, dass im Falle eines Hochwassers keine Schadstoffe in die Oberflächengewässer und das Grundwasser einträten. Der Natur- und Landschaftsschutz sei unzureichend behandelt worden. Es fehle an einer ausreichenden Ermittlung der vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume. Die naturräumlichen Gegebenheiten ließen hier auf ein breites Spektrum streng geschützter Arten schließen. Soweit die Gemeinde das Vorkommen streng geschützter Arten unterstellt habe, sei ihre Argumentation, dass die lokale Population nicht erheblich beeinträchtigt werde, nicht nachvollziehbar. Die Vorprüfung bezüglich eines etwa 700 Meter entfernten FFH-Gebiets genüge den gesetzlichen Anforderungen nicht. Ferner liege es nahe, dass das nahe Feuchtbiotop ebenso wie der Eichenwald und die Wallhecke durch Stickstoffimmissionen geschädigt würden, womit sich die Gemeinde nicht befasst habe. Schließlich werde auch dem Landschaftsbild nicht ausreichend Rechnung getragen.[129] Das Oberverwaltungsgericht gab dem Antrag statt, prüfte hierfür weitgehend jedoch gar nicht die gegen den Bebauungsplan vorgebrachten Einwände,[130] sondern erklärte den Bebauungsplan deshalb für unwirksam, weil nicht hinreichend erkennbar sei, ob es sich um einen (offenen) Angebotsbebauungsplan oder einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan handele. Eine strikte Trennung habe die Gemeinde nicht vollzogen, weshalb eine unzulässige Mischform vorläge, die sich auf die Bewertung des Abwägungsmaterials durchschlage.

---

127 *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 4.1.2011 – 1 MN 130/10 – NuR 2011, 147 ff.

128 Gegen diesen Bebauungsplan hatte auch ein anerkannter Naturschutzverband eine Normenkontrolle eingelegt. Siehe *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 5.1.2011 – 1 MN 178/10 – BauR 2011, 990 ff. Der Verband war der Auffassung, der Bebauungsplan gebe ohne zureichende Abwägung und im Widerspruch zu europäischem und nationalem Naturschutzrecht in erheblichem Umfang Umweltschutzgüter preis. Der Antrag hatte ebenfalls Erfolg. Zu den Gründen siehe die folgenden Ausführungen.

129 Siehe zu dem Vorbringen *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 4.1.2011 – 1 MN 130/10 – juris.

130 Zum Teil ist schon fraglich, ob sich der Antragsteller auf diese überhaupt stützen konnte.

Auch Vereinigungen (Umweltverbände, Vereine) können sich mit einem Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne zur Errichtung von Biogasanlagen wenden.[131]

So wandte sich ein Antragsteller (Landespflegeverband)[132] gegen einen von der Gemeinde erlassenen Bebauungsplan „Biogasanlage, Änderung I". Die Gemeinde hatte zunächst einen vorhabenbezogener Bebauungsplan „Biogasanlage" aufgestellt, der auch in Kraft trat. Auf Grund von Änderungen in der Projektplanung und einer vorgesehenen Anpassung der Anlage an den neuesten Stand der Technik beschloss die Gemeinde die Aufstellung eines neuen, nicht vorhabenbezogenen Bebauungsplans (Angebotsbebauungsplan). Der Antragsteller erhob sowohl in der frühzeitigen Bürgerbeteiligung als auch während der Offenlage des Plans Einwendungen gegen die Planung. Er machte grundsätzliche Bedenken gegen das Konzept der Biogasanlage im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Umwelt und die regionale Landwirtschaft geltend.[133] Die durch Biogasanlagen erfolgende Energieerzeugung sei ökologisch und ökonomisch eine Fehlentwicklung, weil sie die Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit und die Biodiversität massiv gefährde und das Ziel der Reduzierung von Treibhausgasen mit der Produktion von Biomasse nicht erreicht werde. Insbesondere sei die Artenvielfalt massiv bedroht. Der Lebensraum für dort heimische Vogelarten, Niederwild und wertvolle Wildpflanzen werde mit dem großflächigen Maisanbau weiter eingeschränkt. Im Versorgungsradius der Biogasanlage werde zudem eine hochindustrielle Biomasse-Produktion etabliert. Folge hiervon sei eine monotone Agrarlandschaft aus Mais, Zuckerrüben, Getreide und etwas Hirse, die nichts mit einer auf Umweltverträglichkeit und Artenschutz zielenden Landwirtschaft zu tun habe. Der Bebauungsplan stehe auch mit dem speziellen Artenschutz nicht im Einklang, denn der Betrieb der Anlage beeinträchtige die europäisch geschützten Arten Feldhamster und Feldlerche, ggf. auch Wachtel und Rebhuhn auf mehreren hundert Hektarn,[134] auf denen die landwirtschaftliche Produktion aufgrund der Biogasanlage verändert werde, des Weiteren würden die europäisch geschützten Arten Feldhamster, Wechselkröte und Kreuzkröte getötet.[135]

Die Gemeinde verabschiedete den Bebauungsplan. Im Umweltbericht finden sich Ausführungen zur Prüfung, ob durch den Vollzug des Bebauungsplans artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllt werden. Der Bericht verneint dies für den Fall der Durchführung im Einzelnen bezeichneter Vermeidungsmaßnahmen. Zum Ausgleich des Lebensraumverlusts für die Feldlerche sieht der Umweltbericht einen Ausgleich durch Anlegung sog. Feldlerchenfenster auf Ackerflächen in der Umgebung vor. Zum Ausgleich für den potenziellen Lebensraumverlust des Feldhamsters sollen sog. Hamsterstreifen oder Stoppelbrachen in der Umgebung angelegt werden. Des Weiteren enthält der Umweltbericht ein Konzept zur Vermeidung und zum Ausgleich bauleitplanerisch bedingter Eingriffe in Natur und Landschaft.

Den gegen die Planung erhobenen Normenkontrollantrag begründete der Antragsteller weitgehend mit den bereits im Verfahren vorgebrachten artenschutzrechtlichen Belangen. Das Oberverwaltungsgericht sah keinen Verstoß der Festsetzungen des angegriffenen Bebauungsplans gegen dem Umweltschutz dienende Rechtsvorschriften, vor allem seien die Aspekte des Artenschutzes hinreichend ermittelt und in die Planung eingestellt worden.

Schließlich kann in diese Kategorie ein Verfahren eingeordnet werden, in dem sich eine Gemeinde gegen die Bebauungsplanung einer Nachbargemeinde wandte, die damit die Voraussetzungen für die Errichtung einer

131 *OVG Koblenz*, Urteil 14.10.2014 – 8 C 10233/14 – NuR 2015, 188 ff.; *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 5.1.2011 – 1 MN 178/10 – BauR 2011, 990 ff.

132 Ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben unter anderem die tätige Förderung des Natur- und Umweltschutzes einschließlich seiner wissenschaftlichen Grundlagen zählt.

133 Siehe hierzu *OVG Koblenz*, Urteil 14.10.2014 – 8 C 10233/14 – juris.

134 Erfüllung des Tatbestandes der Beschädigung und Zerstörung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG.

135 Erfüllung des Tatbestandes der Tötung gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.

Biogasanlage schaffen wollte.[136] Zwar blieb die Normenkontrolle mangels Zulässigkeit[137] erfolglos, doch zeigt das Verfahren, dass bei Vorbringen eines planungsrechtlich beachtlichen Belangs auch eine Nachbargemeinde eine gemeindliche Planung zur Errichtung von Biogasanlagen zu Fall bringen könnte.

Die Verfahren zeigen insgesamt, dass der gemeindlichen Bauleitplanung zur Errichtung von Biogasanlagen von unterschiedlichen Akteuren Argumente entgegengehalten werden können. Naturschutzbezogene Belange können dabei vor allem von Umweltverbänden gegen die Planungen vorgebracht werden. Aber auch benachbarte Gemeinden oder natürliche Personen berufen sich hierauf. Ob letztere mit naturschutzbezogenen Belangen auch vor Gericht durchdringen können, kommt auf den konkreten Einzelfall an. Die hier skizzierten Verfahren sind im Vergleich zum zugrunde gelegten Untersuchungszeitraum alle neueren Datums, was zeigt, dass sich die Gemeinden in Bezug auf eine Ansiedlung der Anlagen auf ihrem Gemeindegebiet nicht allein auf die Privilegierung im Außenbereich verlassen, sondern aktiv durch Planung tätig werden. Abzuwarten bleibt, ob sich Verfahren diesbezüglich in der Zukunft häufen werden.

5.2.3 Konfliktpotenzial vorhabenbezogener Bebauungsplan

Das Gegenteil zu einem (offenen) Angebotsbebauungsplan stellt ein vorhabenbezogener Bebauungsplan dar, der konkret ein Vorhaben in den Planungsfokus nimmt und durch einen Durchführungsvertrag zwischen Vorhabenträger und Gemeinde konkretisiert und gesichert wird. In der Kategorie „Konfliktpotenzial Angebotsplanung" ist als möglicher Konfliktfall bereits eine Vermischung beider Planungsalternativen angesprochen worden. Diese Probleme stellen sich hier weniger. Denn wenn die Gemeinde grundsätzlich einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan mit Durchführungsvertrag ins Auge gefasst hat, wird sie das Abwägungsmaterial auch genau auf diesen bezogen hin zusammenstellen. Konfliktbehaftet scheinen damit vor allem Planungen zu sein, bei denen vom Vorhabenbezug später abgewichen wird und eine Angebotsplanung erfolgen soll. Dass damit allerdings vorhabenbezogene Bebauungspläne nie Konflikte aufweisen, kann nicht geschlussfolgert werden. Dies zeigen zwei Verfahren.

Der Antragsteller (eine natürliche Person) wandte sich gegen einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan „Sondergebiet Biogasanlage und thermische Biomassenutzung" der Gemeinde.[138] Die geplante Biogasanlage beeinträchtige ihn in der Vermietung seiner Ferienwohnungen und in der Wohnnutzung seiner Hofstelle und stelle zudem eine Beeinträchtigung seines landwirtschaftlichen Betriebes dar. Der Bebauungsplan sei nicht erforderlich. Das Ziel des Grundwasserschutzes würde unter den insoweit zu berücksichtigenden Belangen des Umweltschutzes, des Naturschutzes und der Landschaftspflege sowie des Naturhaushaltes, der Belange des Wassers, des Bodens, der Luft und des Klimas durch die Biogasanlage am vorgesehenen Standort geradezu konterkariert. Im Gebiet des zukünftigen Wasserschutzgebietes würde eine großflächige Versiegelung vorgenommen werden, ohne dass eine nennenswerte Entsiegelung an anderer Stelle stattfinde. Zudem leide der Bebauungsplan an einem Abwägungsfehler. Sein Interesse an der Erhaltung der Aussicht und der Landschaft sowie der Bewahrung seines landwirtschaftlichen Betriebes vor Ausbringung der in der geplanten Anlage erzeugten Substrate auf die benachbarten landwirtschaftlichen Flächen der Lieferanten der Gülle habe die Gemeinde in der Abwägung völlig außer Acht gelassen. Die Gutachten zu den Lärm- und Geruchsbelästigungen der Anlage seien fehlerhaft, auch der Fakt, dass auf Dauer eine Rentabilität

136 *OVG Koblenz*, Urteil vom 26.2.2014 – 8 C 10561/13.OVG – BauR 2014, 1467 ff.

137 Die Berufung auf das interkommunale Abstimmungsgebot (§ 2 Abs. 2 BauGB) war grundsätzlich zulässig, allerdings hatte die antragstellende Gemeinde ihre Rechtsverletzung nicht hinreichend deutlich gemacht, allein das abstrakte Interesse einer benachbarten Gemeinde, einen bestimmten Bereich des Gemeindegebietes von Bebauung freizuhalten, stellt keinen planungsrechtlich beachtlichen Belang dar.

138 *OVG Schleswig*, Urteil vom 31.5.2005 – 1 KN 6/04 – NuR 2006, 467 ff.

des Projektes nicht erwartet werden könne, sei außer Acht gelassen worden.[139]

Die Gemeinde erwiderte, dass die von Seiten des Antragstellers angesprochenen Beeinträchtigungen der Wohnnutzung und des landwirtschaftlichen Betriebes aufgrund der behaupteten „Verseuchung von Flächen durch die anderweitig aufgebrachten Substrate" nicht erkennbar seien. Es bestünden auch keine Zweifel am Planerfordernis. Ebenfalls läge kein Abwägungsfehler vor. Es existiere ein Grünordnungsplan zum Bebauungsplan, in dem eine ausführliche Bestandsaufnahme und Bewertung in dem betroffenen Gebiet vorgenommen worden sei. Flächenversiegelungen und die Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes würden durch grünordnerische Maßnahmen, zum Teil innerhalb des Planbereiches, zum großen Teil aber außerhalb des Planbereiches, ausgeglichen oder ersetzt. Die privaten Belange des Antragstellers seien in der Abwägung hinreichend berücksichtigt worden. Das Oberverwaltungsgericht verneinte bereits die Antragsbefugnis des Antragstellers, da dieser – wenn überhaupt – allenfalls nur geringfügig durch die Planung betroffen werde, und wies die Normenkontrolle ab.

Im zweiten Verfahren wandte sich eine Gemeinde mittels Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht wegen Nichtzulassung der Revision.[140] Vorausgegangen war ein Normenkontrollverfahren, das der Antragsteller (eine natürliche Person) gegen einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan zur Errichtung einer Biogasanlage erfolgreich bestritten hatte. Der Plan wurde unter anderem deshalb für unwirksam erklärt, weil er keine Festsetzungen zu den naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen enthielt. Die Gemeinde hatte hierzu vorgetragen, sie habe die Ausgleichsmaßnahmen unter Anwendung des Grundsatzes planerischer Zurückhaltung im Bebauungsplan so geregelt, dass eine Feinsteuerung im Baugenehmigungsverfahren eine vollständige Problemlösung ermögliche. Sie möchte geklärt wissen, ob der Grundsatz planerischer Zurückhaltung auch hinsichtlich der Festsetzung von Ausgleichsmaßnahmen in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan Anwendung finde und welche Ausgleichsmaßnahmen im Plan oder im Durchführungsvertrag festgehalten oder enthalten sein müssen. Das Bundesverwaltungsgericht maß dieser Frage keine grundsätzliche Bedeutung bei. In welcher Weise die Entlastung eines gemeindlichen Planungsprozesses durch planerische Zurückhaltung gerechtfertigt sei und die in der Planung angelegten Konflikte auf der Genehmigungsebene gelöst werden könnten, beurteile sich auch für die naturschutzrechtlichen Belange nach den Umständen des Einzelfalles. Eine allgemeingültige Aussage könne hierzu nicht getroffen werden. Die Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Im Hinblick auf diese Fallkategorie ist festzustellen, dass beide Entscheidungen schon etwas älter sind. Neuere Entscheidungen konnten nicht gefunden werden. Der Schluss, diese Fallkategorie sorge in der Praxis nicht mehr für Konflikte, soll und kann auf Grund fehlender Informationen zur Häufigkeit derartiger Planungen hier jedoch nicht gezogen werden. Vielleicht weist die Kategorie derzeit wenig Konfliktpotenzial auf, dass es jedoch vorhanden ist, zeigen die beiden Entscheidungen und die in der Praxis zum Teil zu Problemen führende strikte Abgrenzung zum Angebotsbebauungsplan, wenn zuvor mit der Aufstellung eines vorhabenbezogener Bebauungsplans begonnen wurde.

5.2.4 Konfliktpotenzial Genehmigungsverfahren

Neben der Planungsebene bieten die Genehmigungsverfahren in Bezug auf die Errichtung und den Betrieb von Biogasanlagen Konfliktpotenzial. Biogasanlagen können sowohl im bauplanungsrechtlichen Verfahren (ohne Öffentlichkeitsbeteiligung) als auch im immissionsschutzrechtlichen Verfahren (mit und ohne Öffentlichkeitsbeteiligung) genehmigt werden. Die ausgewerteten Verfahren beziehen sich alle auf immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen. Zwei Konstellationen lassen sich diesbezüglich

139 *OVG Schleswig*, Urteil vom 31.5.2005 – 1 KN 6/04 – juris.

140 *BVerwG*, Beschluss vom 7.3.2007 – 4 BN 1.07 – ZfBR 2007, 473 ff.

unterscheiden: Zum einen gibt es Verfahren, in denen der Vorhabenträger gegen die Genehmigungsbehörde klagt, um seine Interessen durchzusetzen, zum anderen sind die Kläger Dritte, die sich gegen die erteilte Genehmigung für eine Biogasanlage wenden.

In einem der ersten Konstellation zuzuordnenden Verfahren begehrte der Kläger die Verpflichtung der Beklagten (zuständige Behörde) zur Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Änderungsgenehmigung zur Erweiterung und Modernisierung einer Schweinezuchtanlage, die ebenfalls die Errichtung und den Betrieb einer Biogasanlage einschloss.[141] Die als Beigeladene beteiligte Gemeinde versagte dem Gesamtvorhaben das Einvernehmen und begründete ihre Entscheidung damit, dass das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufe und den Belangen des Naturschutzes entgegenstehe. Die Erweiterung der Anlage führe zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung des angrenzenden Biotops und eines nahegelegenen Bachs. Der Landkreis teilte mit, dass er auf Grund der bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit des Vorhabens das versagte Einvernehmen der Gemeinde nicht ersetze. Die zuständige Behörde lehnte nach einer Anhörung des Klägers und einer diskutierten Teilung des Gesamtvorhabens in Einzelvorhaben, die der Kläger sich nicht zu eigen machte, die Erteilung der Änderungsgenehmigung ab, weil wesentliche Teilobjekte bauplanungsrechtlich unzulässig seien. Das Vorhaben können nur als sonstiges Vorhaben im Außenbereich eingestuft werden, eine Privilegierung für das Gesamtvorhaben scheide aus. Es beeinträchtige öffentliche Belange, denn es widerspreche dem Flächennutzungsplan, in dem für die Fläche eine landwirtschaftliche Nutzung dargestellt sei. Die Biogasanlage könne auch nicht für sich selbst die Privilegierung in Anspruch nehmen. Die Umsetzung des Vorhabens führe zu einer Zersiedelung der Landschaft im Außenbereich. Der Kläger führte zur Unterstützung seiner Klage aus, dass das Vorhaben inhaltlich nicht den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspreche, weil der Plangeber die Anlage gerade – der Darstellung entsprechend – dem landwirtschaftlichen Bereich zurechne. Von dem Vorhaben gehe auch keine Erweiterung einer Splittersiedlung oder eine Zersiedlung der Landschaft aus. Das Gericht wies die Klage ab.

In einem weiteren Fall sorgte das zunächst ersetzte Einvernehmen der Gemeinde für Konflikte.[142] Der Kläger beantragte eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Biogasanlage. Nachdem der landespflegerische Begleitplan zu dem Ergebnis gelangt war, dass von dem Vorhaben eine nicht unerheblichen Beeinträchtigung für den Naturhaushalt sowie eine starke Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ausgehe, dass diese Eingriffe aber bei Realisierung der im einzelnen genannten Vermeidungs-Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen als ausgeglichen im Sinne des Landespflegegesetzes angesehen werden könnten, erteilte der Beklagte als obere Landespflegebehörde unter der Voraussetzung der strikten Umsetzung des landespflegerischen Begleitplans sein Einverständnis. Die Gemeinde verweigerte hingegen ihr Einvernehmen zu der vom Kläger beantragten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, da es sich nicht um ein privilegiertes Vorhaben handele, weil hierfür erforderlich sei, dass die Biomasse überwiegend aus seinem Betrieb komme, was vorliegend jedoch nicht der Fall sei. Als sonstiges Vorhaben beeinträchtige es zumindest die natürliche Eigenart der Landschaft. Der Beklagte ersetzte das gemeindliche Einvernehmen und erteilte die immissionsschutzrechtliche Genehmigung unter Beifügung von Nebenbestimmungen. Gegen die Ersetzung des Einvernehmens legte die Gemeinde Widerspruch ein, dem der Beklagte stattgab. Infolge dessen hob er die erteilte Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb der Biogasanlage auf. Gegen diese Entscheidung legte wiederum der Kläger vor dem Verwaltungsgericht Klage ein. Er habe mehrmals Nachweise über die Verfügbarkeit von Biomasse vorgelegt. Sein Vorhaben sei privilegiert im Außenbereich zulässig, entgegenstehende Belange seien nicht ersichtlich. Das Verwaltungsgericht lehnte die Klage ab, weil jedenfalls das nicht privilegierte Vorhaben die

141 *VG Magdeburg*, Urteil vom 17.2.2017 – 4 A 337/15 – BeckRS 2017, 105737.

142 *VG Mainz*, Urteil vom 23.1.2007 – 3 K 194/06.MZ – NuR 2017, 286 ff.

natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtige und der Außenbereich grundsätzlich von allen nicht unmittelbar seinem Wesen und seiner Funktion entsprechenden Baulichkeiten freigehalten werden solle.

Ferner kann ein Verfahren, in dem der Kläger (eine natürliche Person) die Erteilung eines Vorbescheides über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebes einer Biogasanlage in der unmittelbaren Nachbarschaft zu seinem bestehenden Hähnchenmastbetrieb begehrt, hier genannt werden.[143] Das potenzielle Anlagengrundstück befindet sich im Außenbereich und liegt im Bereich eines Landschaftsschutzgebietes. Für den Antrag führte der Kläger aus, dass die anfallenden organischen Reststoffe des Hähnchenmastbetriebs in der Biogasanlage zusammen mit pflanzlichen Rohstoffen energetisch verwertet werden sollten und die Biogasanlage als „zusätzliches Standbein" neben dem Mastbetrieb diene. Die Gülle könne als Dünger verwendet werden, wodurch der Einsatz mineralischer Dünger erheblich reduziert werde. Die Beklagte (Genehmigungsbehörde) lehnte eine Erteilung des Vorbescheides mit der Begründung ab, dass dem Vorhaben die Verbotsvorschriften der Landschaftsschutzgebietsverordnung entgegenstünden, von denen auch nicht befreit werden könne. Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte als unbegründet zurück. Die hiergegen erhobene Klage hatte vor dem Verwaltungsgericht keinen Erfolg. Dem privilegierten Vorhaben stünden öffentliche Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege entgegen, denn es solle in einem durch Landschaftsschutzbestimmungen geschützten Gebiet durchgeführt werden, sei aber mit dem Schutzzweck der Verordnung unvereinbar. Eine Befreiungsmöglichkeit bestehe nicht. Der gegen diese Entscheidung gerichtete Antrag auf Zulassung der Berufung vor dem Oberverwaltungsgericht hatte keinen Erfolg. Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes seien nicht ersichtlich.

In einem der zweiten Konstellation zuzuordnenden Verfahren begehrten die Kläger (zwei natürliche Personen) die Aufhebung der dem Anlagenbetreiber (Beigeladener) erteilten Genehmigung zur Errichtung und Betrieb einer Biogasanlage.[144] Die Beklagte (die zuständige Genehmigungsbehörde) führte ein vereinfachtes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung durch. Der Beigeladene hatte mit den Unterlagen im Genehmigungsverfahren ein von einem externen Büro erstellten Fachbeitrag Naturschutz (landschaftspflegerischer Begleitplan) sowie einen Fachbeitrag zur speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung – Avifauna (Brutvögel) vorgelegt. Im Verfahren erfolgte auch eine UVP-Vorprüfung[145] des Einzelfalls unter Zugrundelegung der für die allgemeine Vorprüfung vorgesehenen Kriterien. Diese ergab, dass unter Berücksichtigung der im UVPG Anhang 2 aufgeführten Schutzkriterien durch die Anlage keine erheblichen nachteiligen Auswirkungen zu besorgen seien.[146] Die im Verfahren beteiligten Fachbehörden und sonstigen Stellen haben zu den von ihnen vertretenen Belangen Stellungnahmen abgegeben und dem Vorhaben unter Nebenbestimmungen zugestimmt. Die zuständige Behörde erteilte Genehmigung.

Hiergegen legten die Kläger zunächst Widerspruch und sodann Klage ein. Sie begründeten diese mit unzumutbaren Beeinträchtigungen ihres landwirtschaftlichen Betriebes – ein „Pferdeparadies", in dem neben Pensionsplätzen für Pferde in naturnaher Herdenhaltung auch Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten angeboten werden. Das betriebliche Konzept sei auf eine reizarme Atmosphäre angewiesen, die bereits durch die Ausbringung von Düngemitteln durch den Beigeladenen empfindlich gestört worden sei. Die Belieferung der Biogasanlage führe zu erheblichen Lärmemissionen auf dem Klägergrundstück, obwohl der Betrieb gerade auf eine besonders geräuscharme Umgebung angewiesen sei. Die unkontrollierte Ausbringung von Düngemitteln auf unmittelbar in der Nähe ihres Betriebes gelegene

143 *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 26.7.2011 – 12 LA 223/09 – BeckRS 2011, 52834.

144 *VG Neustadt an der Weinstraße*, Urteil vom 18.4.2016 – 3 K 818.14.NW – BeckRS 2016, 44722.

145 Siehe zur UVP-Vorprüfung auch *OVG Magdeburg*, Urteil vom 21.9.2016 – 2 L 98/13 – BauR 2017, 229 ff.

146 Das Ergebnis der standortbezogenen Vorprüfung wurde zutreffend im Staatsanzeiger veröffentlicht.

(gepachtete) Flächen, führe dort zu einer Überdüngung. Damit werde das biologische Betriebskonzept in Frage gestellt, da die Düngemittel über Regenwasser oder Wind auf die benachbarten Flächen eingetragen würden. Die UVP-Vorprüfung genüge nicht den rechtlichen Anforderungen. Auch sei sie insofern nicht plausibel, als sie sich nicht zu den Auswirkungen des Vorhabens auf möglicherweise besonders oder streng geschützte Arten verhalte. Das Vorhaben verstoße ferner gegen nachbarschützende immissionsschutzrechtliche Normen durch unzumutbare Lärm- und Geruchsbeeinträchtigungen und gegen das bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot.

Der Beklagte wiederholte im Klageverfahren im Wesentlichen die Begründung des Widerspruchsbescheides. Ergänzend trug sie auf die naturschutzbezogenen Einwendungen vor: Das Ergebnis der Vorprüfung sei aus naturschutzfachlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die Obere Naturschutzbehörde habe ausgeführt, dass der geplante Standort zwar durchaus wertvolle Biotope ausweise, deren Beanspruchung oder Beeinträchtigung im Zuge der Eingriffsregelung bewertet werden müsste, allerdings sei keines der in Anlage 2 zum UVPG genannten Kriterien erfüllt; besondere Schutzgebiete oder gesetzlich geschützte Biotope seien nicht betroffen. Die in dem vom Beigeladenen vorgelegten Fachbeitrag vorgeschlagenen Maßnahmen des besonderen Artenschutzes (sog. CEF-Maßnahmen) würden bei Umsetzung das Eintreten der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände wirksam verhindern. Zu einer Verschlechterung des derzeit günstigen Erhaltungszustandes der lokalen Populationen der Avifauna, hier Wachtel und Feldlerche, könne es damit nicht kommen. Das Verwaltungsgericht lehnte die zulässige Klage als unbegründet ab. Unter anderem könne eine fehlerhafte Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange nicht festgestellt werden.

Schließlich kann auch eine Gemeinde als Dritter gegen eine erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorgehen.[147] In dem hier einschlägigen Verfahren stellte die Gemeinde einen Antrag auf Zulassung der Berufung gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts.[148] Dieses hatte die Klage gegen die der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung unter anderem für eine Biogasanlage als unbegründet abgewiesen, da artenschutzrechtliche Verbote dem Vorhaben nicht entgegenstünden. Die Umweltverträglichkeitsprüfung sei ordnungsgemäß durchgeführt worden. Der Beklagte (die Genehmigungsbehörde) habe sich in rechtlich nicht zu beanstandender Weise die Erkenntnisse der Umweltverträglichkeitsstudie zu Eigen gemacht und sie im Sinne einer „worst-case-Betrachtung" seiner artenschutzrechtlichen Prüfung zugrunde gelegt. Die artenschutzrechtlichen Untersuchungen reichten sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe aus, um die Behörden in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen. Dem Beklagten seien bei der Prüfung der naturschutzrechtlichen Verbotstatbestände im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative keine Fehler unterlaufen. Im Hinblick auf die Verbotstatbestände sei bezüglich der Baufeldfreimachung eine zeitliche Beschränkung der Bauarbeiten erfolgt. Die Obere Naturschutzbehörde habe festgestellt, dass Nachweise der wertgebenden Arten im näheren Vorhabenbereich nicht bekannt seien, auch der Stellungnahme des NABU seien keine neuen Hinweise zu entnehmen. Eine erhebliche Störung von Arten während der Errichtung der Anlage sei ausgeschlossen, eine Verschlechterung des Erhaltungszustands der lokalen Population der interessierenden Vogelarten sei nicht zu erwarten. Auch eine Erfüllung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände während des Betriebes sei nicht zu erwarten. Das Oberverwaltungsgericht urteilte, dass das Urteil des Verwaltungsgerichts weder ernstlichen Zweifeln begegne noch der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zukomme, so dass es die Berufung folglich nicht zuließ.

Vielfach beschäftigen sich Verfahren zum Genehmigungsverfahren von Biogasanlagen allein mit den Anforderungen der Privilegierung dieser Anlagen im

147 *OVG Bautzen*, Beschluss vom 2.3.2016 – 4 A 177/15 – BeckRS 2016, 43691.

148 *VG Chemnitz*, Urteil vom 12.11.2014 - 2 K 188/13 – nicht veröffentlicht.

Außenbereich, wobei vor allem die Auslegung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen umstritten ist.[149] Erst wenn diese Tatbestandsvoraussetzungen bejaht werden, stellt sich die Frage, ob öffentliche Belange dem Vorhaben entgegenstehen. Werden die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, so handelt es sich um eine sonstige Anlage im Außenbereich, die leichter abgelehnt werden kann, da allein eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange für eine Ablehnung ausreichend ist. Häufig werden hier nur immissionsschutzrechtliche Beeinträchtigungen (Lärm, Geruch) angeführt.

Bezüglich der hier skizzierten Entscheidungen wird wiederum deutlich, dass keine Aussage dazu getroffen werden kann, wer – Beklagter oder Kläger – vor Gericht eher Erfolg hat. Entscheidungen von Vereinigungen gegen immissionsschutzrechtliche Genehmigungen konnten nicht identifiziert werden. Derartige Verfahren würden sich allerdings – wenn es sie gäbe – intensiver mit naturschutzbezogenen Belangen auseinander setzen.

5.2.5 Konfliktpotenzial Ausbringen phosphathaltiger Düngemittel

Nicht unmittelbar auf die Errichtung und den Betrieb einer Biogasanlage bezogen sind Konfliktfälle, die sich um die Untersagung des Ausbringens phosphathaltiger Düngemittel und Gärreste drehen.[150] Mittelbar stehen sie dennoch mit dem Betrieb einer Biogasanlage in Zusammenhang, da die dünnflüssigen Gärreste gerade in der Biogasanlage entstehen und sodann häufig auf landwirtschaftliche Flächen oder Grünflächen ausgebracht werden. Bei den hier näher zu betrachtenden Entscheidungen geht es jeweils um Untersagungsverfügungen der zuständigen Behörde, die ein weiteres Ausbringen der Gärreste verbieten. Umstritten ist hierbei unter anderem, ob Gärreste mit Gülle gleichzusetzen sind.

In einem Fall untersagte die zuständige Behörde dem Kläger (natürliche Person) zunächst mündlich und danach folgend schriftlich, Gärreste auf dem von ihm gepachteten Grundstück auszubringen.[151] Das Grundstück befindet sich in einem Naturschutzgebiet und einem Flora-Fauna-Habitat (FFH)-Gebiet. Die schriftliche Untersagung bezieht sich auf alle Flächen des Naturschutzgebietes. Als Begründung für die Untersagung führte die Behörde an, dass es durch die Einbringung von Dünger zumindest zu einer nach der Naturschutzverordnung verbotenen Veränderung des Naturschutzgebietes komme. Zwar sei in dem Gebiet nach der Verordnung die Ausbringung von Dünger grundsätzlich in einer bestimmten Höhe zulässig, jedoch sei die Anwendung von Gülle hiervon ausgenommen. Im Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung habe es noch keine Gärreste gegeben. Entgegen der Auffassung des Klägers würden Gärreste unter den Begriff der Gülle im Sinne der Verordnung fallen. Dies folge daraus, dass in Biogasanlagen hauptsächlich landwirtschaftliche Nutzpflanzen wie Mais, Gras, Getreide sowie Ausscheidungen von Nutztieren (Gülle, Mist) vergoren würden. Der Vergärungsprozess sei vergleichbar mit dem mikrobiellen Abbau von Futterpflanzen im Pansen eines Wiederkäuers. Insofern seien Gärreste aus Biogasanlagen hinsichtlich ihrer stofflichen Zusammensetzung den Güllen von Rindern oder Schweinen sehr ähnlich. Zudem seien die maßgeblichen Nährstoffgehalte an N, P2O5 und K2O vergleichbar, wobei kennzeichnend für Gärreste im Vergleich zu Gülle höhere NH4-N-Gehalte seien. Schließlich sei auch das Verhalten der Stoffe im Boden ähnlich (Düngewirkung, N-Anrechenbarkeit, N-Verlagerungsgefahr bei nicht ordnungsgemäßem Einsatz). Gärreste würden deshalb in der Praxis wie Gülle eingesetzt. Düngerrechtlich seien Gärreste genauso Wirtschaftsdünger wie Gülle oder Mist. Auch die Regelungen der Düngeverordnung bezüglich der Düngung auf landwirtschaftlichen Flächen seien identisch mit denen für Gülle (etwa im Hinblick auf die Sperrfrist,

149 *BVerwG*, Urteil vom 11.12.2008 – 7 C 6.08 – UPR 2009, 156 ff.; OVG Magdeburg, Urteil vom 21.9.2016 - 2 L 98/13 – BauR 2017, 229 ff.; *VGH Mannheim*, Beschluss vom 24.10.2011 – 8 S 2223/11, NJOZ 2012, 222.

150 *VG Stade*, Urteil vom 27.10.2016 – 1 A 2200/14 – juris; *VG Sigmaringen*, Urteil vom 17.8.2010 – 4 K 1145/09 – NuR 2014, 143 ff.; *VG Sigmaringen*, Beschluss vom 8.5.2008 – 4 K 232/08 – BeckRS 2008, 37222.

151 *VG Stade*, Urteil vom 27.10.2016 – 1 A 2200/14 – juris.

Einarbeitungspflicht, Herbst-Grenzen usw.). Wegen ihrer Vergleichbarkeit würden Gärreste landläufig deshalb auch als „Biogasgülle" bezeichnet.

Die vom Kläger geführte Biogasanlage werde gemäß den Antragsunterlagen mit Rindergülle sowie Mais- und Grassilage betrieben. Ein großer Anteil der Input-Rohstoffe bestehe demnach aus Gülle, woraus sich bereits ein unmittelbares Verbot zum Ausbringen der Gärreste ergebe. Um negative Entwicklungen für das Schutzgebiet zu vermeiden, sei eine Untersagung der vorgesehenen Maßnahme zwingend erforderlich. Nur durch die Unterbindung der geplanten Maßnahme könnten die negativen Auswirkungen für das Schutzgebiet verhindert werden. Derartige negative Auswirkungen seien zu befürchten, weil nitrathaltige organische Flüssigdünger zu einem unverträglichen Nährstoffeintrag in das Niederungs- und Gewässersystem führen würden, insbesondere weil die Standorte sehr grund- und oberflächennah seien. Gerade im Aue-tal würden sich Regenereignisse unmittelbar auf das Hochwassergeschehen auswirken, wobei dies in Kombination mit den mobilen Flüssigdüngern kurzfristig zu massiven Nährstoffeinträgen in das Gewässersystem führe. Im Übrigen würden die Pflanzengesellschaften und wassergebundenen Lebensräume empfindlich auf übermäßige unnatürliche Nährstoffeinträge reagieren.

Eine Befreiung nach dem Bundesnaturschutzgesetz habe nicht erteilt werden können, da die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht vorlägen. Weder sei ein öffentliches Interesse an den Maßnahmen erkennbar, noch führe die Durchführung der Untersagung zu einer unzumutbaren Belastung. Es seien keine Gründe zu erkennen, warum die Ausbringung zwingend im Naturschutzgebiet erfolgen müsse. Selbst wenn eine unzumutbare Belastung zu bejahen wäre, würde es an der Vereinbarkeit mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege fehlen.

Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein. Die geltende Naturschutzgebietsverordnung regle kein grundsätzliches Düngungsverbot. Deshalb gehe die begrenzte Düngung mit den Zielen der Verordnung konform. Die vom ihm ausgebrachten Gärreste seien nicht als Gülle zu qualifizieren, da der Gärprozess die Ausgangsstoffe erheblich in ihren physikalischen und chemischen Eigenschaften verändere. Die Ausbringung erfolge während der Vegetationszeit auf einem sandigen Standort, der von einer Überschwemmung der Aue nicht unmittelbar bedroht sei. Das aus der Biogasanlage stammende Gärsubstrat sei in seiner landwirtschaftlichen Beurteilung mit verschiedenen Wirtschaftsdüngern vergleichbar. Auf Grund seiner Nährstoffzusammensetzung handle es sich um einen „Mehrnährstoff- bzw. Volldünger". Die geltende Schutzgebietsverordnung ziele auf die Erhaltung und Entwicklung nährstoffärmerer Feuchtgrünländereien ab sowie auf die Extensivierung der landwirtschaftlichen Nutzung. Vor diesem Hintergrund sei die Begrenzung der Düngung vorgegeben, eine landwirtschaftliche Nutzung bleibe jedoch möglich. Die zuständige Behörde wies den Widerspruch zurück. Die hiergegen erhobene Klage begründete der Kläger zusätzlich wie folgt: Soweit die Schutzverordnung die Ausbringung von Gülle verbiete, handle es sich um eine Ausnahmeregelung, die grundsätzlich eng auszulegen sei. Sie sei deshalb nicht auf Gärreste anwendbar. Es existierten auch keine naturschutzrechtlichen Gründe für ein Verbot der Ausbringung von Gärresten. Der Hinweis auf die Gleichsetzung in der Düngeverordnung gehe fehl. Das Verbot der Ausbringung von Gülle in der Verordnung sei zudem unwirksam, da es hierfür an einer Ermächtigungsgrundlage fehle. Auch würden die Gärreste heute in einer Art und Weise aufgebracht, dass Geruchsbelästigungen zum größten Teil vermieden würden.

Das zuständige Verwaltungsgericht lehnte die Klage ab, die Untersagungsverfügung sei rechtmäßig ergangen. Die Ausbringung von Gärresten stellt eine verbotene Störung des Naturschutzgebietes dar.

Ähnlich gelagert ist ein Fall, in dem sich die Flächen, auf denen die dünnflüssigen Gärreste ausgebracht werden, nicht in einem Naturschutzgebiet, sondern in unmittelbarer Nähe eines FFH-Gebietes, eines Naturschutzgebietes und eines Landschaftsschutzgebietes, die sich überschneiden, liegen.[152] Beide Grundstücke, auf denen die Gärreste ausgebracht werden, fallen zu

152 *VG Sigmaringen*, Urteil vom 17.8.2010 – 4 K 1145/09 – NuR 2014, 143 ff.

einem Gewässer (Bach) hin ab, das in ein weiteres oberirdisches Gewässer (See) im FFH-Gebiet mündet. Beide Gewässer gelten bezüglich der mitgeführten und eingeleiteten Nähstofffracht als belastet, der See als sanierungsbedürftig. Hierfür wird eine erhebliche Reduktion der Stickstoff- und Phosphoreinträge angestrebt. Im Rahmen einer Gefahrenverdachtserkundung wurden beide Grundstücke untersucht. In den Proben fanden sich durchgängig stark erhöhte Konzentrationen von Phosphor. Im Vorfeld der Untersagungsverfügung wurde der Kläger (eine natürliche Person als Landwirt, eine Personengesellschaft im Hinblick auf den Betrieb der Biogasanlage) angehört. Er legte ein Privatgutachten vor, das zu dem Ergebnis kam, dass die beprobten Böden mit Phosphor und Kalium überwiegend gut versorgt werden, bei Einhaltung der Düngeempfehlungen jedoch keine Gefahr einer Belastung des angrenzenden FFH-Gebietes zu besorgen sei. Das Privatgutachten wie auch das behördliche Gutachten wurden von der zuständigen Behörde fachlich bewertet. Im Ergebnis kämen beide Gutachten zur gleichen Aussage: Aus den Drainagen der Grundstücke fließe Drainagewasser mit hoher ökologisch bedenklicher Phosphatkonzentration in den angrenzenden Bach. Diese hohen Drainagekonzentrationen stammten aus dem hohen Phosphatgehalt des Sickerwassers. Der extrem hohe Phosphatgehalt im Boden verursache die hohe Konzentration im Sickerwasser. Der angrenzende Bach werde massiv mit Phosphor belastet. Dies alles sei Grund genug, eine Untersagungsverfügung gegen den Kläger zu erlassen. Diese wurde für sofort vollziehbar erklärt. Das öffentliche Interesse, im Rahmen der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung die gute fachliche Praxis bei der Anwendung von Düngemitteln einzuhalten, einen optimalen Nährstoffgehalt in Böden zu erreichen und stoffliche Risiken durch die Anwendung von Düngemitteln, wie Nährstoffeinträge in Gewässer, zu unterbinden, überwiege gegenüber dem privaten Interesse des Antragstellers an der Ausbringung seiner Gärreste auf allen Flächen seines Betriebs.

Gegen die Untersagung wandte sich der Kläger mit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht. Zugleich begehrte er im einstweiligen Rechtschutzverfahren die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs.[153] Hierfür machte er geltend, die in seinem Privatgutachten angeregte reduzierte Düngung mit Gärresten reiche aus, um die Nährstoffwerte durch Entzug abzubauen. Bei Berücksichtigung der gutachterlichen Äußerungen sei das ausgesprochene Düngeverbot weder erforderlich noch verhältnismäßig. Beide Rechtsbehelfe wurden jedoch abgewiesen. Jede weitere Düngung der beiden Flächen widerspräche der guten fachlichen Praxis des Düngerechts. Der Kläger könne gegen die Entscheidung auch nicht einwenden, dass die Überdüngung der Flächen auf frühere Zeiträume zurückgehe und ihn hieran kein Verschulden treffe.

Beide Entscheidungen zeigen, dass das Konfliktpotenzial in Bezug auf die Biomassenutzung nicht allein auf die Anlage beschränkt ist, sondern auch den nachgelagerten Umgang mit den Gärresten erfasst. Akteure sind hier jeweils der Biogasanlagenbetreiber und die Behörde. Die Entscheidungen aus dem Jahr 2008/2010 und 2016 zeugen bisher von noch nicht erhöhtem Konfliktpotenzial. Vor dem Hintergrund der hohen Nitratbelastungen der deutschen Gewässer, die vor allem auch auf eine Überdüngung zurückzuführen sind,[154] könnten derartige Konflikte in Zukunft jedoch stark an Bedeutung gewinnen.

153 *VG Sigmaringen*, Beschluss vom 8.5.2008 – 4 K 232/08 – BeckRS 2008, 37222.

154 Siehe hierzu https://www.umweltbundesamt.de/daten/land-forstwirtschaft/landwirtschaft/naehrstoffeintraege-aus-der-landwirtschaft.

5.3 Zusammenfassung

Das Konfliktfeld Naturschutz und Biomasse-/Biogasnutzung ist wie die Solarenergie bisher noch nicht häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen. Dies ist wohl zum Teil darauf zurückzuführen, dass die Anlagen häufig im Außenbereich zu landwirtschaftlichen Betrieben errichtet werden und die Bestimmungen hierfür im Baugesetzbuch sehr eng gefasst sind.[155] So kann die energetische Nutzung von Biomasse nur dann von der Privilegierung im Außenbereich profitieren, wenn die Biogasanlage im Rahmen eines forst- oder landwirtschaftlichen Betriebes, eines Betriebes der gartenbaulichen Erzeugung oder eines Tierhaltungsbetriebes betrieben wird und die weiteren Voraussetzungen der Norm vorliegen. Dieser Privilegierung müssen öffentliche Belange, zum Beispiel des Naturschutzes, entgegenstehen, um eine Errichtung der Anlage zu verhindern. Zudem scheinen in Bezug auf Biogasanlagen bisher Konflikte zu überwiegen, die sich nicht mit Naturschutzbelangen, sondern mit den immissionsschutzrechtlichen Auswirkungen der Anlagen (Gerüche, An- und Abfahrtsverkehr für die Belieferung) beschäftigen. Diese wurden aus der Betrachtung jedoch ausgeschlossen.

Bei den vor Gericht auftretenden Akteuren ist das Spektrum im Vergleich zur Wasserkraft weniger breit gefächert. Neben natürlichen Personen und Personengesellschaften als Vorhabenträger und den Genehmigungsbehörden können als Akteure auf der Planungsebene vor allem Gemeinden als Beklagte identifiziert werden. Auch durch die Biogasnutzung beeinträchtigte Dritte (natürliche Personen oder Gemeinden) finden sich als Akteure. Weit weniger häufig als bei der Wasserkraft treten Vereinigungen (Umweltverbände, Vereine) in diesem Konfliktfeld auf. Den Fachbehörden kommt hier keine besonders herausragende Stellung zu. Zusammenschlüsse von Bürgern in Bürgerinitiativen konnten nur auf der Ebene der Regionalplanung als Akteur identifiziert werden. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass diese nur auf dieser Planungsebene aktiv werden. Vielmehr konnten sie in den untersuchten Entscheidungen nicht als Akteur nachgewiesen werden, was nicht bedeutet, dass sie in der Praxis nicht auch bei Konflikten auf der Bebauungsplan- oder auf der Entscheidungsebene als Akteur auftreten.

Im Vergleich zur Solarenergie und zur Wasserkraft finden sich mehr Konflikte vor den Verwaltungsgerichtshöfen oder Oberverwaltungsgerichten. Dies ist – wie gezeigt – jedoch darauf zurückzuführen, dass Normenkontrollverfahren in erster Instanz gerade diesen Gerichten zugewiesen sind.

Aus den untersuchten Entscheidungen können als regelmäßig auftretende Konfliktsituationen in Bezug auf Biogasanlagen solche identifiziert werden, die sich mit der Planung von Anlagenstandorten beschäftigen. Entscheidungen zu Angebotsbebauungsplänen finden sich vor allem aus den letzten Jahren, was darauf hindeutet, dass diese Form der Steuerung der Anlagen mittlerweile häufiger genutzt wird. Auch Verfahren gegen Genehmigungsentscheidungen sind zum Teil konfliktbehaftet. In Zukunft eine entscheidendere Rolle werden Konflikte um die Ausbringung von Gärsubstraten aus Biogasanlagen einnehmen. Dies kann nicht unbedingt auf eine intensivere Nutzung des Energieträgers zurückgeführt werden, sondern ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass Maßnahmen gegen die starke Belastung der Böden und Gewässer durch Nitrate und Phosphate unternommen werden müssen und insofern Ausbringungsverbote für Gärsubstrate eine Option darstellen, die Belastungen zu mindern.

155 Siehe § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.

KAPITEL 6

Windenergie

Die Recherche über die Datenbank „juris“ ergab in der Kombination „Windenergie“ oder „Windkraft“ mit „Naturschutz“ oder „BNatSchG“ eine Trefferquote von insgesamt 1705 Gerichtsentscheidungen. Nach Herausfilterung von Dopplungen über die Suchkombination verblieben allerdings immer noch deutlich über 1000 gerichtliche Entscheidungen, die jeweils das Wort „Windkraft“ oder „Windenergie“ und „Naturschutz“ oder „BNatSchG“ enthielten. Diese Menge an gerichtlichen Entscheidungen war nur dadurch weiter eingrenzbar, dass der Zeitraum der zu untersuchenden Entscheidungen auf die Jahre 2014 bis 2016 begrenzt wurde. Diesbezüglich ergab die Abfrage mittels der genannten Stichworte immer noch eine Treffermenge von 501 Entscheidungen, wobei Dopplungen noch nicht ausgeschlossen waren. Der weiteren Untersuchung wurden die über die Abfrage „Windkraft“ und „BNatSchG“ identifizierten 198 Entscheidungen zugrunde gelegt. Von diesen konnten 20 Entscheidungen ausgeschlossen werden, da sie nicht explizit die zu untersuchende Fallgestaltung betrafen oder auf dem Zivilrechtsweg ergangen sind. Die Zahlen sind nochmals Tabelle 5 zu entnehmen.

Wie auch für die anderen Energieträger wurde im Anfang April 2017 nochmals eine Abfrage der Datenbank vorgenommen. Hierbei fanden sich weitere 30 Entscheidungen, die sich allerdings nicht allein auf das Jahr 2017 bezogen, sondern auch solche betrafen, die in den Jahren zuvor ergangen waren, aber erst nachträglich erfasst wurden. Hiervon wurden neun Entscheidungen mangels Einschlägigkeit für die Untersuchung wiederum ausgeschlossen. Die restlichen 21 Entscheidungen wurden in die Auswertung einbezogen.

Tabelle 5:
Windenergie – Zusammenstellung der Entscheidungen

	Ergebnisse
Identifizierte Entscheidungen insgesamt (2014-2016)	501
Identifizierte Entscheidungen mittels Stichworten „Windkraft“ und „BNatSchG“	198
Davon ausgeschlossen	20
Näher untersucht	**178**

6.1 Ausgewertete gerichtliche Entscheidungen

Der Untersuchung zur Windenergie wurden 228 gerichtliche Entscheidungen zugrunde gelegt. In einem ersten Schritt wurde hierbei zwischen den Instanzen unterschieden. Bezogen auf gerichtliche Entscheidungen zur Windenergienutzung im Zeitraum 2014 bis April 2017 sind etwas mehr obergerichtliche Entscheidungen als Entscheidungen der ersten Instanz zu verzeichnen. Die 228 Entscheidungen verteilen sich auf Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte oder Verwaltungsgerichtshöfe (siehe Abbildung 7).

Zudem finden sich in dem zugrunde gelegten Zeitraum 12 Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes sowie jeweils eine des Amtsgerichts und des Landgerichts. Letztere beiden wurden aus der weiteren Betrachtung ebenso ausgeschlossen wie acht Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes, die Naturschutzbelange und Windenergieanlagen nicht thematisierten, beide Begriffe aber im Entscheidungstext enthielten.

In Bezug auf die deutschlandweite Verteilung ist für die erstinstanzlichen Entscheidungen vor dem Verwaltungsgericht – wie der Abbildung 8 zu entnehmen ist – festzustellen, dass die weit überwiegende Anzahl hiervon auf die Bundesländer Bayern und Nordrhein-Westfalen mit jeweils 30 und 26 Entscheidungen entfällt. Dies ist umso mehr beachtlich, als das das Bundesland Bayern nur auf Platz acht der installierten Nennleistung (kumuliert) der Onshore-Windenergieanlagen im Jahr 2016[156] liegt. Nordrhein-Westfalen nimmt diesbezüglich Rang fünf ein. Die vier im Ranking der installierten Nennleistung führenden Bundesländer Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Brandenburg und Sachsen-Anhalt weisen demgegenüber für den Betrachtungszeitraum 2014 bis April 2017 nur eine geringe Anzahl erstgerichtlicher Entscheidungen auf. Sie erreichen in dieser Auswertung mit 14 Entscheidungen gemeinsam noch nicht einmal die Hälfte der im gleichen Zeitraum ergangenen Entscheidungen in Bayern. Das Ergebnis für Bayern lässt sich gegebenenfalls damit erklären, dass auf Grund neuer Technologien in den letzten Jahren auch Standorte im Süden für die Windenergienutzung interessant geworden sind und insofern mehr Genehmigungsanträge in einer Region gestellt werden, die bisher wenig Windenergieanlagen vorwies und damit landschaftlich noch nicht von diesen Anlagen geprägt wurde.

Allerdings ist auch hier bezogen auf weitere Schlussfolgerungen zu beachten, dass nicht alle in den Bundesländern ergangenen erstinstanzlichen Entscheidungen in der Datenbank aufgeführt sind. Um eine belastbare

156 https://de.statista.com/statistik/daten/studie/156586/umfrage/installierte-leistung-von-Windenergieanlagen-nach-bundesland/.

Abbildung 7:

Windenergie – Verteilung der Gerichtsinstanzen (2014-4/2017)

92

Entscheidungen im Verwaltungsgericht (VG)

121

Entscheidungen im Oberverwaltungsgericht (OVG)/ Verwaltungsgerichtshof (VGH)

Aussage zur Verteilung der Entscheidungen auf die Bundesländer vornehmen zu können, bedürfte es einer Abfrage bei den jeweiligen Verwaltungsgerichten, damit sichergestellt werden kann, dass alle ergangenen Entscheidungen erfasst werden. In einem zweiten Schritt müssten die Entscheidungen herausgefiltert werden, die sich mit Naturschutzbelangen in Bezug auf die Windenergienutzung beschäftigen.

Die Verteilung der obergerichtlichen Entscheidungen ist der Abbildung 8 zu entnehmen. Hierbei liegt ebenfalls das Bundesland Bayern mit Abstand mit 45 Entscheidungen an der Spitze. Deutlich abgeschlagen dahinter finden sich die Bundesländer Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt und Nordrhein-Westfalen.

Zu den Daten Schleswig-Holsteins ist anzumerken, dass sich von den 15 Entscheidungen allein neun Entscheidungen dem gleichen Gegenstand – Teilfortschreibung des Regionalplans 2012 – widmen. Die Entscheidung in Bremen betraf allenfalls mittelbar die Windenergienutzung.[157]

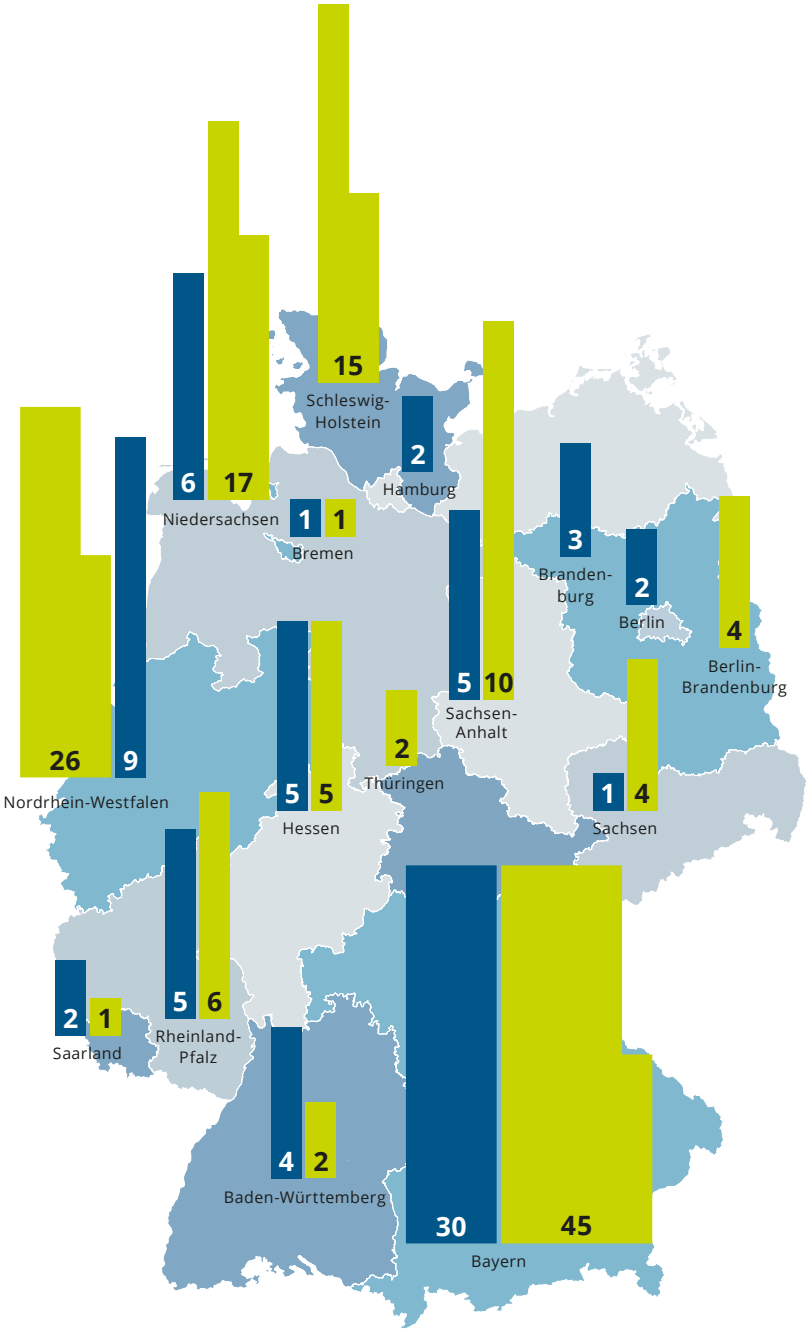

Abbildung 8:

Windenergie – Verteilung der untersuchten erstinstanzlichen und obergerichtlichen Entscheidungen nach Bundesland

157 Die Entscheidung des *OVG Bremen*, Beschluss vom 3.4.2017 – 1 B 126/16 – juris erging zur wasserrechtlichen Planfeststellung betreffend den Neubau eines Offshore-Terminals in Bremerhaven.

6.2 Untersuchte gerichtliche Entscheidungen

Für die 199 verbliebenen gerichtlichen Entscheidungen wurde versucht, Konfliktfelder zu identifizieren, die nicht nur einmal die Gerichte befassten. Im Gegensatz zur Solarenergie und zur Biomasse konnten hier auf Grund der größeren Anzahl der Entscheidungen einfacher Konfliktkategorien gebildet werden. Häufige Konflikte sind in Bezug auf Windenergieanlagen und Naturschutzbelange stellen sich auf regionalplanerischer Ebene. Ähnlich konfliktbehaftet ist die Steuerung der Windenergieanlagen über Flächennutzungspläne. Schließlich stellen sich Konflikte auch auf der letzten Stufe der Planung, der Bebauungsplanung. In Bezug auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Errichtung und des Betriebs von Windenergieanlagen führen die Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange und die Bewertung des Landschaftsbildes häufiger zu Konflikten.

6.2.1 Konfliktpotenzial Regionalplanung

Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen werden in vielen Bundesländern bereits auf der Ebene der Regionalplanung gesteuert. Mittels Ausweisung von Konzentrationszonen, in denen die Nutzung der Windenergie erfolgen soll, und die zugleich mit einer Ausschlusswirkung für das übrige Plangebiet versehen werden, erfolgt auf der Regionalplanungsebene eine Steuerung der Anlagen. Vielfach werden hierfür sachliche Teilregionalpläne aufgestellt, die sich nur mit der Steuerung der Windenergie oder der erneuerbaren Energien allgemein beschäftigen. Auf Grund der – trotz Teilregionalplan immer noch erheblichen – Größe des Plangebietes, aber auch der vom Bundesverwaltungsgericht vorgegebenen Untersuchungsschritte kann es hier schnell zu Fehlern kommen, die wiederum vor Gericht – meist von potenziellen Anlagenbetreibern – geltend gemacht werden.

Konflikte ergeben sich auf dieser Planebene vor allem daraus, das Abwägungsmaterial zutreffend zu ermitteln, zu bewerten, zu gewichten und in die Abwägung einzustellen. Um einem Teilregionalplan Steuerungswirkung im Hinblick auf die Nutzung der Windenergie zukommen zu lassen, muss ein belastbares Abwägungskonzept zugrunde gelegt und der Windenergie potenziell Raum verschafft werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Grundsatzurteil für die Flächennutzungsplanung[158], dessen Überlegungen später auf die Regionalplanung[159] übertragen wurden, für die Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung ein bestimmtes Vorgehen formuliert. Dieses wird den gerichtlichen Entscheidungen jeweils auch zugrunde gelegt. Regionalpläne zur Steuerung der Windenergienutzung haben sich insoweit daran messen zu lassen.

In Bezug auf Regionalpläne lassen sich wenige Verfahren finden, in denen Gemeinden als Akteur auftreten. Viel häufiger sind Verfahren zu identifizieren, in denen potenzielle Anlagenbetreiber sich gegen die Regionalplanung wenden. Grund hierfür ist vor allem, dass sie in der Erwartung der Ausweisung bestimmter Flächen für die Windenergienutzung Aufwendungen, zum Beispiel in Form von Options- oder Pachtverträgen, getätigt haben, die sich nach Abschluss der Planung als nutzlos erweisen, weil die ins Auge gefassten Flächen nicht als Konzentrationszonen (Vorranggebiet) ausgewiesen werden. Leichtes Angriffsziel ist in einem solchen Fall das der Windenergiesteuerung zugrunde gelegte Planungskonzept der Regionalplanung. Hält sich dieses nicht innerhalb der vom Bundesverwaltungsgericht gezogenen Grenzen oder ist diesem nicht hinreichend klar zu entnehmen, von welchen Kriterien sich die Planung hat leiten lassen, scheint ein Normenkontrollverfahren erfolgversprechend. Wird die Regionalplanung für unwirksam erklärt, hat dies Auswirkungen auch für die nachfolgenden Planungsebenen.

158 *BVerwG*, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – BVerwGE 145, 231 ff.

159 *BVerwG*, Urteil vom 11.4.2013 – 4 CN 2.12 – NVwZ 2013, 1017 ff.

Haben sich Gemeinden auf die überregionale Planung „verlassen" und sind nicht selbst planerisch tätig geworden, so ist bei Unwirksamkeit der Regionalplanung das Gemeindegebiet im Außenbereich grundsätzlich der Privilegierung der Windenergie ausgesetzt, d. h. die Anlagen können überall dort errichtet werden, wo ihnen keine öffentlichen Belange entgegenstehen.

Bezogen auf die hier zu untersuchende Thematik steckt Konfliktpotenzial unter anderem in der Identifizierung harter und weicher Tabukriterien sowie der Planung zugrunde gelegter Mindestabstände zu bestimmten Nutzungen und Flächen. Streitgegenstand vor Gericht ist häufig die Einordnung bestimmter Schutzgebiete – wie Naturschutzgebiete, FFH-Gebiete – als hartes oder weiches Tabukriterium sowie ggf. hierzu vorgesehener Schutzabstände. Als problematisch gestaltet sich für den Plangeber diese Einordnung gerade auch deshalb, weil die obergerichtliche Rechtsprechung hierzu noch keine einheitliche Linie gefunden hat.[160] Für potenzielle Vorhabenträger ist sie unter Umständen ein erfolgversprechendes Angriffsziel, um einen Regionalplan für unwirksam erklären zu lassen.

In einem hier exemplarisch ausgewählten Verfahren wendet sich die Antragstellerin mit einem Normenkontrollantrag gegen den sachlichen Teilplan „Windenergienutzung in der Planungsregion (...)".[161] Sie beabsichtigte, auf mehreren gepachteten Flurstücken im Plangebiet sieben Windenergieanlagen zu errichten und zu betreiben. Die Flurstücke liegen im Geltungsbereich des angegriffenen sachlichen Teilplans, jedoch außerhalb der festgelegten Vorranggebiete für die Nutzung der Windenergie mit der Wirkung von Eignungsgebieten. Im Verfahren zur Aufstellung des Regionalplans hatte die Antragstellerin beantragt, für die von ihr gepachteten Flächen ein Vorranggebiet mit der Wirkung eines Eignungsgebietes für Windenergie auszuweisen. Die Regionalversammlung lehnte den Antrag der Antragstellerin auf Ausweisung eines Vorranggebietes für Windenergie unter der Begründung ab, dass die Fläche aufgrund des Ausschlusskriteriums „Wald" nicht im Suchraum liege. Zwar werde ein zentral gelegener Feldblock landwirtschaftlich genutzt und unterfalle damit nicht diesem Ausschlusskriterium, jedoch entspreche die Fläche wegen ihrer zu geringen Größe nicht den Anforderungen an eine Konzentrationsfläche für Windenergieanlagen. Die Antragsgegnerin ermittelte die Suchräume für die Planung, indem sie insgesamt 11 Ausschluss- und Abstandskriterien (Tabukriterien) heranzog. Für die Errichtung von Windenergieanlagen u. a. ausgeschlossen wurden Vorranggebiete für Natur und Landschaft, FFH-Gebiete, EU-SPA-Gebiete, Naturschutzgebiete sowie Wald und Vorranggebiete für Forstwirtschaft.[162]

Gegen den beschlossenen und bekannt gemachten Teilregionalplan erhob die Antragstellerin Normenkontrolle mit der Begründung, die Antragsgegnerin habe bei der Aufstellung des Plans die zwingend vorgegebene methodische Vorgehensweise nicht beachtet, weshalb die Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung keinen Bestand haben könne. Die Ermittlung der Suchräume anhand der festgelegten Ausschlusskriterien sei rechtlich fehlerhaft und weise Mängel im Abwägungsvorgang auf. Die bei der Suchraumermittlung angewandten Ausschlusskriterien seien unzutreffend als harte Tabuzonen eingestellt worden. Es handele sich nicht um Gebiete, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht für die Windenergienutzung in Betracht kämen. Dem Plan liege daher kein schlüssiges Gesamtkonzept zugrunde. Der Ausschluss

160 Die Unsicherheiten hinsichtlich der Einordnung von Natura 2000-Gebieten oder Landschaftsschutzgebieten in der Rechtsprechung (zu einem harten Tabubereich neigend: *OVG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 24.2.2011 – 2 A 24.09 – juris, Rn. 66; ablehnend *OVG Niedersachsen*, Urteil vom 14.5.2014 – 12 KN 244/12 – juris, Rn. 103) oder bei „Wiesenbrütergebieten" sollen eine Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen nach Ansicht des *OVG Weimar*, Urteil vom 25.5.2015 – 1 N 318/12 – juris, Rn. 94 aber für den Plangeber auf Regionalebene nicht unmöglich machen. Es sei vom Plangeber nichts zu verlangen, was er nicht mehr angemessenerweise leisten könne. Damit lasse sich jedoch kein Verzicht auf die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen harten und weichen Tabukriterien rechtfertigen, sondern dieser Grundsatz sei im Rahmen der Abgrenzung der Kriterien zu berücksichtigen.

161 *OVG Magdeburg*, Urteil vom 21.10.2015 – 2 K 109/13 – NuR 2016, 491 ff.; siehe zu einer ähnlichen Fallgestaltung denselben Teilregionalplan betreffend *OVG Magdeburg*, Urteil vom 21.10.2015 – 2 K 19/14 – BeckRS 2016, 42627; ähnlich auch *OVG Weimar*, Urteil vom 25.5.2015 – 1 N 318/12 – juris; die gegen die Entscheidung vor dem Bundesverwaltungsgericht eingelegte Beschwerde auf Nichtzulassung der Revision hatte keinen Erfolg, siehe *BVerwG*, Beschluss vom 10.9.2015 – 4 BN 35.15 – BeckRS 2015, 53205.

162 Im Weiteren wird nur noch auf diese beiden Aspekte eingegangen. Die Antragstellerin griff insgesamt 7 der 11 Ausschluss- und Abstandskriterien mit ihrer Normenkontrolle an.

der Vorranggebiete für Natur und Landschaft, FFH-Gebiete, EU-SPA-Gebiete, Naturschutzgebiete sei fehlerhaft, da diese Gebiete weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen für die Bereitstellung zur Windenergienutzung ungeeignet seien. Vielmehr hätten sie konkret auf ihre Verträglichkeit mit einer Windenergienutzung hin untersucht werden müssen. In der fehlenden Einbeziehung von Vorranggebieten für Forstwirtschaft und Wald in die Ermittlung der Suchräume auf Grund ihrer Einordnung als Tabubereich liege ein weiterer Abwägungsfehler. Waldflächen seien keine harten Tabuzonen, da auf ihnen die Errichtung von Windenergieanlegen nicht grundsätzlich ausgeschlossen sei. Unerheblich sei zudem, dass auf diesen weniger günstige Windverhältnisse anzutreffen seien als auf freien Feld- und Wiesenflächen. Auch waldrechtliche Regelungen stünden der Nutzung von Waldflächen zur Windenergienutzung nicht prinzipiell entgegen. Wald dürfe vielmehr mit Genehmigung der Forstbehörde in eine andere Nutzungsart umgewandelt werden. Die bei der Aufstellung des Plans unterlaufenen Abwägungsfehler seien beachtlich, da sie offensichtlich und von Einfluss auf das Abwägungsergebnis gewesen seien. Die Nichtausweisung eines Windenergiegebietes auf der vorgeschlagenen Fläche sei abwägungsfehlerhaft, da dieser Entscheidung auf das, unzulässigerweise als hartes Tabukriterium angewandte Kriterium „Wald“ bei der Suchraumermittlung zurückzuführen sei. Der Bewuchs auf der in Rede stehenden Fläche stelle auch gar keinen Wald im Rechtssinne dar, weshalb im Ausschluss der Fläche ein schwerwiegender Abwägungsfehler liege. Schließlich werde durch die Planung der Windenergie auch nicht substanziell Raum verschafft.

Die Antragsgegnerin (Regionalversammlung) wandte hiergegen ein, dass der Abwägung ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zu Grunde liege. Sie habe die Suchräume fehlerfrei bestimmt und dabei harte und weiche Tabukriterien fehlerfrei angewandt. Sie habe die Planungskonzeption auf harte Tabukriterien gestützt, die als solche anerkannt seien. Dazu zählten Flächen u. a. Naturschutzgebiete, Nationalparks und nationale Naturmonumente, Biosphärenreservate, gesetzlich geschützte Biotope, Landschaftsschutzgebiete und Natura-2000-Gebiete. Der Ausschluss von Vorranggebieten für Natur und Landschaft, FFH-Gebieten, EU-SPA-Gebieten und Naturschutzgebieten als harte Tabukriterien sei deshalb nicht zu beanstanden. Harte Tabuzonen seien weiterhin die nach tierökologischen Abstandskriterien ermittelten Schutzbereiche. Hiervon habe sie sich leiten lassen. Wald und Vorranggebiete für Forstwirtschaft seien hingegen als weiche Tabuzonen angesehen worden, wie sich aus der Begründung der Planung ergebe. Es sei ihre planerische Entscheidung gewesen, diese Flächen der Windenergienutzung nicht zur Verfügung zu stellen. Dies sei auch sachgerecht, denn die Windenergienutzung im Wald sei mit schwerwiegenden Eingriffen verbunden. Die vom Bundesverwaltungsgericht präferierte Planungsmethodik sei zudem nicht zwingend. Auch Pläne, die ohne die strenge Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabukriterien aufgestellt worden seien, seien abwägungsfehlerfrei. Es gebe praktisch keine harten Tabukriterien. Windenergieanlagen könnten grundsätzlich überall aufgestellt und betrieben werden. Probleme könnten in der Regel mit Betriebszeitbeschränkungen, Betriebsregelungen oder Höhenbegrenzungen bewältigt werden. Es blieben dann nur ganz wenige Flächen, die grundsätzlich nicht mit Windenergieanlagen bestellt werden könnten. Sie habe aber auf der Grundlage ihres Planungskonzepts der Windkraft in substanzieller Weise Raum geschaffen.

Das Oberverwaltungsgericht hielt den Normenkontrollantrag der Antragstellerin für zulässig und begründet. Die Planung der Antragsgegnerin bei der Festlegung von Vorranggebieten für die Nutzung der Windenergie mit der Wirkung von Eignungsgebieten als Ziel der Raumordnung in dem sachlichen Teilplan habe nicht den vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Anforderungen an den Abwägungsvorgang entsprochen. Zudem genügte die Begründung des Ausschlusskriteriums „Vorranggebiete für Natur und Landschaft, FFH-Gebiete, EU-SPA-Gebiete, Naturschutzgebiete“ und des Ausschlusskriteriums „Wald“ nicht den rechtlichen Anforderungen, weil in der Planung und Begründung nicht klar zu erkennen sei, ob die Antragsgegnerin hier von einem harten oder weichen Tabukriterium ausgegangen sei.

Dass genau diese Fallkonstellation nicht einmalig ist, zeigt ein weiteres Verfahren, dass sich ebenfalls mit der Differenzierung zwischen harten und weichen

Tabuzonen befasste und in dem die Antragstellerin (die potenzielle Anlagenbetreiberin) gegen das vom Antragsgegner neu aufgestellte Regionale Raumordnungsprogramm – aus der vorherigen Entscheidung vergleichbaren Motiven – vorging.[163] Der erste Entwurf der Planung enthielt eine Reihe von Vorranggebieten für die Windenergienutzung, darunter auch zwei Vorranggebiete, in Bezug auf deren Ausweisung die Antragstellerin Dispositionen (Nutzungsverträge) tätigte. Diese beiden Gebiete waren auch noch nach einer Überarbeitung des ersten Entwurfs Bestandteil der Planung. In einer nach der Öffentlichkeitsbeteiligung vom Fachamt veröffentlichten Informationsvorlage, die als Anlage eine vergleichende Darstellung des Planungsstandes der Vorranggebietsplanung Windkraft enthielt, war unter anderem vorgesehen, einen der beiden Standorte entfallen zu lassen, da er in einem Gastvogellebensraum mit nationaler Bedeutung (= Ausschlussgebiet; Puffer 500 Meter) liege und zu einem Vogelbrutgebiet mit landesweiter Bedeutung zähle, zudem sei die Entfernung zu mehreren Weißstorch-Horsten gering. Die zweite Fläche wurde unter anderem aus Gründen des Biotop- und Landschaftsschutzes verkleinert. Die Antragstellerin nahm zu diesen Änderungen nochmals Stellung und betonte, dass sie bezogen auf diese beiden Flächen bereits Planungsleistungen erbracht und Genehmigungsverfahren vorbereitet habe. Das Regionale Raumordnungsprogramm schloss in seiner verabschiedeten Fassung die eine Fläche vollständig aus und beschränkte die andere in ihrem Umfang. Hiergegen wandte sich die Antragstellerin mit ihrem Normenkontrollantrag und begründete dies unter anderem damit, dass sie für beide Flächen bereits umfangreiche Dispositionen auf Grundlage des ersten Entwurfs des Regionalen Raumordnungsprogramms getroffen habe und es ihr durch den Wegfall der Flächen nunmehr unmöglich sei, auf den von ihr zivilrechtlich gesicherten Flächen wie geplant mehrere Windenergieanlagen im Außenbereich zu errichten. Die Streichung beider Vorranggebiete sei in mehrfacher Hinsicht abwägungsfehlerhaft. Hinsichtlich des vollständig entfallenen Vorranggebiets fehle es schon an einer ausreichenden Sachverhaltsermittlung der berührten naturschutzfachlichen Belange. Nicht nachvollziehbar sei, auf Grund welcher Umstände das Naturschutzamt von der Einschätzung, das Konfliktpotenzial dieser Fläche sei für Gastvögel „schwer einzuschätzen“ und liege zwischen „gering bis hoch“, so dass die Bedeutung „zwischen regionaler Bedeutung und nationaler Bedeutung“ liegen könne, zu der Annahme gelange, die Fläche liege „in einem Gastvogellebensraum mit nationaler Bedeutung“. Nicht nachvollziehbar sei des Weiteren, weshalb eine Vielzahl anderer Gebiete trotz erheblicher naturschutzfachlicher Bedenken ausgewiesen worden seien.

Der Plangeber sah keine Fehler in seiner Abwägung. Die Streichung des Vorranggebiets sei aufgrund fortgeschrittener Erkenntnislage aus naturschutzrechtlichen Gründen und abwägungsfehlerfrei erfolgt. Im Rahmen der Aufstellung des Planungskonzeptes seien zunächst die Flächen zu identifizieren gewesen, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht für die Errichtung von Windenergieanlagen zur Verfügung stünden. Flächen, die dieser Restriktion unterlagen, seien z. B. Siedlungsflächen, Verkehrsflächen oder Flächen, die einen besonderen Schutzstatus aufwiesen. Im nächsten Schritt sei die Frage zu klären gewesen, welche Abstände von den so ermittelten Tabuzonen eingehalten werden sollten, dabei sei die Abstandsfrage für jede Tabukategorie einzeln ermittelt worden. Richtig sei, dass die Begrifflichkeiten „harte“ und „weiche“ Tabuzonen nicht ausdrücklich verwendet worden seien. Mit nur wenigen Ausnahmen seien aber alle Kriterien als letztlich „weiche“ Tabuzonen beschrieben. Sowohl Schall und Schattenwurf, als auch naturschutzrechtliche Vorgaben seien für sich genommen stets weiche Kriterien, da ohne Berücksichtigung der konkreten Genehmigungsplanung keine Aussagen über erforderliche Abstände zu treffen seien. Selbst ein Biotop generiere nicht zwangsläufig eine Tabuzone, wenn durch die konkrete Windenergieanlage eine Beeinträchtigung nicht zu besorgen sei. Das Oberverwaltungsgericht gab auch hier dem

163 *OVG Lüneburg*, Urteil vom 14.5.2014 – 12 KN 244/12 – NuR 2014, 571 ff.; ähnlich auch die Konstellation in *OVG Schleswig*, Urteil vom 20.1.2015 – 1 KN 6/13 – NordÖR 2015, 261 ff.; *OVG Schleswig*, Urteil vom 20.1.2015 – 1 KN 17/13 – juris (hier sind allerdings die Antragsteller Eigentümer der Flächen); *OVG Schleswig*, Urteil vom 20.1.2015 – 1 KN 18/13 – juris; *OVG Schleswig*, Urteil vom 20.1.2015 – 1 KN 25/13 – juris; *OVG Schleswig*, Urteil vom 20.1.2015 – 1 KN 36/13 – juris; siehe auch OVG Greifswald, Urteil vom 19.5.2015 – 3 K 44/11 – BeckRS 2015, 53189.

Normenkontrollantrag der Antragstellerin statt, weil die Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen im Planungsprozess und der diesbezüglichen Dokumentation unzureichend gewesen sei.

Aber nicht nur Vorhabenträger greifen die Regionalplanung zur Steuerung von Windenergieanlagen an. Auch in der Planung als Standort für die Windenergienutzung nicht berücksichtigte Gemeinden[164] oder von Konzentrationszonen (an der Gemarkungsgrenze) betroffene Gemeinden[165] können als Akteur identifiziert werden. Im ersten Fall machte die Gemeinde geltend, dass ihr Gemeindegebiet zu Unrecht einem charakteristischen Landschaftsraum zugeordnet worden sei. Eine Abwägung durch die Landesplanungsbehörde sei nicht erfolgt. Von einer Prüfung, ob die Ausweisung der charakteristischen Landschaftsräume, die die Antragstellerin rügt, rechtmäßig war, sah das Oberverwaltungsgericht ab, da die Teilfortschreibung des Regionalplans bereits aus anderen Gründen unwirksam war.

Dass Verfahren gegen Regionalpläne zur Steuerung der Windenergienutzung aber auch zugunsten der Plangeber ausfallen können, zeigt eine Entscheidung, in der die Antragsteller keinen Erfolg mit ihrem Vorbringen hatten.[166] Gegen die Planung machten die Antragsteller (Anlagenbetreiber, deren Flächen nicht mehr vollständig als Konzentrationsflächen ausgewiesen wurden) in Bezug auf die Berücksichtigung von Fledermausvorkommen verschiedene Abwägungsfehler geltend. Diverse Gutachten zur Fledermauspopulation im Plangebiet hätten der Verbandsversammlung nicht vorgelegen. Die der Planung in Bezug auf Fledermausbeeinträchtigungen zugrunde gelegten Studien seien unter anderem von Unternehmen der Windenergiebranche gesponsert worden und deshalb nicht heranziehen gewesen. Fehlerhaft sei auch das allgemeine Abstellen auf den Wald- oder Gehölzbestand, vielmehr seien immer der konkrete Standort und die gefährdete Art zu betrachten. Der Plangeber sah die öffentlichen und privaten Belange sachgerecht gegeneinander und untereinander abgewogen. Sowohl ein vorgelegtes Gutachten zu Fledermaustotfunden als auch die Umweltverträglichkeitsstudie sprächen für die Reduktion der streitgegenständlichen Fläche. Das Oberverwaltungsgesicht sah dies genauso und wertete auch die zugrunde gelegten Studien als zutreffend.

Die aktuellen Verfahren zeigen, dass in Bezug auf die Regionalplanung einiges an Konfliktpotenzial enthalten ist, dass grundsätzlich am Planungskonzept und den zugrunde gelegten Planungskriterien entzündet. Akteure sind auf dieser Ebene mehrheitlich (potenzielle) Anlagenbetreiber, aber auch Gemeinden. Überraschend ist, dass im zugrunde gelegten Zeitraum von keinem Umweltverband eine Normenkontrolle gegen eine Regionalplanung zur Steuerung der Windenergienutzung eingelegt wurde. Solange es im Hinblick auf die Zuordnung bestimmter Kriterien zu „harten“ oder „weichen“ Tabubereichen keine eindeutige Auffassung oder Regelung gibt, werden sich auf dieser Ebene weiterhin Konflikte finden lassen.

6.2.2 Konfliktpotenzial Flächennutzungsplanung

Auf Flächennutzungsplanebene finden sich vielfach die gleichen Konfliktpunkte wie auf der Regionalplanungsebene, da das vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Vorgehen, jedenfalls was die Konzentrationszonenausweisung für die Nutzung von Windenergieanlagen betrifft, identisch ist. Auch hier birgt das richtige Vorgehen und die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials erhebliches Konfliktpotenzial. Die gerichtlichen Streitigkeiten drehen sich hier ebenfalls häufig um das der Planung zugrunde gelegte Planungskonzept und die Anwendung von „harten“ und „weichen“ Kriterien.

Dabei überwiegen hier ebenfalls Verfahren, in denen potenzielle Anlagenbetreiber gegen die Flächen-

164 *OVG Schleswig*, Urteil vom 20.1.2015 – 1 KN 73/13 – juris.

165 *OVG Schleswig*, Urteil vom 20.1.2015 – 1 KN 70/13 – juris, Naturschutzbelange wurden hier allerdings nicht vorgetragen.

166 *OVG Bautzen*, Urteil vom 25.3.2014 – 1 C 4/11 – juris.

steuerung vorgehen.[167] Im Unterschied zur Regionalplanung ist Beklagter allerdings immer die Gemeinde. Die Argumentation findet fast spiegelbildlich zur Regionalplanungsebene statt. Ein Beispielverfahren für die Flächennutzungsplanebene ist das Folgende: Die Antragstellerin (potenzielle Anlagenbetreiberin) wendet sich gegen die Flächennutzungsplanung der Antragsgegnerin (Gemeinde), indem sie vor allem das Planungskonzept der Gemeinde angreift. Diese hatte zunächst die „harten Tabuzonen" ermittelt, darunter u. a. Landschaftsschutzgebiete, Vorranggebiete für Natur und Landschaft und Wald. In einem zweiten Arbeitsschritt legte die Gemeinde unter anderem als „weiche Tabuzonen" Flächen innerhalb eines Abstandes von 500 Metern zwischen Vorranggebieten für Natur und Landschaft und der Mastachse etwaiger Windenergieanlagen fest. In einem dritten Arbeitsschritt nahm die Gemeinde eine Restriktionsbewertung für die Potenzialflächen vor, in deren Rahmen diejenigen Belange betrachtet wurden, die die Errichtung von Windenergieanlagen zwar nicht frühzeitig ausschließen sollten, aber die Eignung einer Fläche für die Windenergienutzung verringerten. Schließlich traf im vierten Arbeitsschritt die Gemeinde ihre Entscheidung über die Potenzialflächen und unterzog dabei die darzustellenden Flächen einer Detailbetrachtung u. a. unter dem Blickwinkel der Auswirkungen auf die Avifauna und auf Fledermäuse. Sie war im Ergebnis der Ansicht, dass sie der Windenergie potenziell Raum verschafft habe. Sie beschloss die Flächennutzungsplanänderung, die auch genehmigt wurde.

Die Antragstellerin erhob hiergegen Normenkontrollantrag und machte geltend, dass die Darstellung der Sondergebiete fehlerhaft sei, weil lediglich eine unzureichende Unterscheidung zwischen „harten" und „weichen" Tabukriterien stattgefunden habe. Dies betreffe die Zuordnung der Landschaftsschutzgebiete und Waldflächen sowie die Tierökologischen Abstandskriterien TAK). Zu Unrecht habe die Gemeinde Landschaftsschutzgebiete, (möglicherweise) Schutzbereiche nach den Tierökologischen Abstandskriterien, Waldgebiete, regionalplanerische Vorranggebiete für Natur und Landschaft sowie Flächen innerhalb bestimmter Abstände zu verschiedenen Ausprägungen des Schutzgutes „Wohnen" den „harten Tabuzonen" zugeordnet. Diese Zuordnungen seien fehlerhaft, da sich die Festlegungen der Flächen und ihre Ausdehnung nicht mehr aus dem Schutzzweck des durch sie geschützten Gebietes begründen ließen. Regionalplanerische Vorranggebiete für Natur und Landschaft hätte die Gemeinde nicht als „harte Tabuzonen" ansehen dürfen, da mit Festlegung dieser Raumkategorie andere raumbezogene Nutzungen dort nur ausgeschlossen seien, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen oder Nutzungen nicht vereinbar seien – dies müsse jedoch in einer Einzelfallprüfung festgestellt werden. Fehlerbehaftet sei zudem die Festlegung von „weichen Tabuzonen". Dies betreffe die Flächen u. a. innerhalb von 500 Metern zu geschützten Gebieten (EU-Vogelschutz-, Naturschutz- und Vorranggebiete für Natur und Landschaft) sowie innerhalb von 200 Metern zu Landschaftsschutzgebieten. Abwägungsfehlerhaft seien ferner landschaftsschutz- und naturschutzwürdige Bereiche inklusive eines Schutzabstandes von 200 Metern als „weiche Tabuzone" festgelegt worden. Auch der 500 Meter-Schutzabstand zu einem Vorranggebiet für Natur und Landschaft sei nicht gerechtfertigt und nach dem Sinn und Zweck des Vorranggebietes nicht erforderlich. Dem Schutzbedürfnis des Vorranggebietes sei bereits mit dessen Ausweisung entsprochen worden. Ein zusätzlicher Pufferbereich sei nicht vorgesehen, Der Abstand von 500 Metern werde lediglich damit begründet, dass das Vorranggebiet eine hohe Bedeutung für Arten, Lebensgemeinschaften und das Landschaftsbild habe. Diese Begründung stelle nur eine pauschale und formelhafte Behauptung dar, die für alle „geschützten" Bereiche vorgetragen werde. Auch die Größe des Abstandes sei nicht gerechtfertigt.

Die Normenkontrolle hatte – soweit sie zulässig war – Erfolg. Die fehlerhafte Zuordnung der Vorranggebiete für Natur und Landschaft zu den „harten Tabuzonen" sowie die fehlerhafte Festlegung eines

167 *OVG Lüneburg*, Urteil vom 23.6.2016 – 12 KN 64/14 – ZfBR 2016, 689 ff.; *OVG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 10.11.2015 – OVG 10 A 7.13 – ZfBR 2016, 283 ff.; *OVG Münster*, Urteil vom 22.9.2015 – 10 D 82/13.NE – ZNER 2015, 475 ff. (insbesondere Waldstandorte). Zu einem Verfahren, in dem eine Gemeinde den Flächennutzungsplan der Nachbargemeinde angriff, siehe *VGH München*, Urteil vom 10.3.2015 - 1 N 13.354, 1 N 13.355, 1 N 13.356, 1 N 13.357 – NVwZ-RR 2015, 648 ff.

Schutzabstandes von 500 Metern um diese Vorranggebiete als „weiche Tabuzonen" stellten einen beachtlichen Planungsfehler dar.

Wird das planerische Konzept einer Flächennutzungsplanung nicht direkt durch ein Normenkontrollverfahren angegriffen, so kann es trotzdem durch eine inzidente Prüfung im Rahmen einer Klage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen der gerichtlichen Prüfung unterfallen und damit Konfliktgegenstand sein.[168] Eine wirksame Flächennutzungsplanung kann einem Vorhaben als öffentlicher Belang entgegen gehalten werden, wenn dieses den Anforderungen des Flächennutzungsplans nicht entspricht. Folglich muss auch geprüft werden, ob die Flächennutzungsplanung fehlerfrei zustande gekommen ist. Dies orientiert sich an den gleichen Grundsätzen, als wenn direkt gegen den Flächennutzungsplan vorgegangen würde. Auch hier dürfte die Zuordnung der einzelnen Kriterien zu der Kategorie der „harten" oder der „weichen" Kriterien häufig Streitgegenstand sein.

6.2.3 Konfliktpotenzial Bebauungsplanung

Die Gemeinde kann nach Aufstellung eines Flächennutzungsplans auch noch für einzelne Flächen Bebauungspläne erlassen und damit ihre Planung weiter konkretisieren. Diesbezüglich kann sie unterschiedliche Festsetzungen (z. B. zu Anlagentyp, Anlagenhöhe oder Anlagenstandort) treffen. In der Praxis nutzen die Gemeinden diese Option ebenfalls, um Windenergieanlagen zu steuern. Insoweit enthält auch diese letzte Planungsebene im konkreten Einzelfall Konfliktpotenzial. Hierbei kommen unterschiedliche Fallkonstellationen in Betracht. So kann die Gemeinde für die Windkraftnutzung einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan[169] aufstellen oder eine Sonderfläche „Windenergie" ausweisen. Akteure in Konflikten um Festsetzungen zu Windenergieanlagen in Bebauungsplänen sind zum einen natürliche Personen (i. d. R. Gemeindemitglieder), zum anderen können aber auch Vereinigungen (Umweltverbände) in den Konflikt eintreten, wenn es um natur- und artenschutzbezogene Belange oder um Anforderungen der Umweltverträglichkeitsprüfung geht. Konfliktbeteiligter ist auf der anderen Seite die Gemeinde.

In einem Verfahren wandte sich ein Antragsteller (Naturschutzverband) mit einem Normenkontrollantrag gegen einen Bebauungsplan.[170] Die Gemeinde hatte die Windenergienutzung bereits durch Konzentrationszonenausweisung gesteuert und eine Vorrangfläche ausgewiesen. Durch Änderung der Flächennutzungsplanung wurde ein (weiteres) Sondergebiet für die Windenergienutzung dargestellt und für das übrige Gemeindegebiet mit Ausnahme der ausgewiesenen Sondergebiete weiterhin die Windenergienutzung ausgeschlossen. Für den neu im Flächennutzungsplan ausgewiesenen Standort beschloss die Gemeinde die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans „Bürgerwindpark".

Der Antragsteller erhob hiergegen in erster Linie artenschutzbezogene Einwendungen und machte geltend, dass das sogenannte NLT-Papier[171] habe beachtet werden müssen. Danach seien Gebiete von avifaunistischer Bedeutung größer als lokal grundsätzlich von Windenergieanlagen freizuhalten. Sachgerechte Erwägungen für die Auswahl des Gebietes seien nicht erkennbar, naturschutzrechtliche Bestimmungen stünden dem Vorhaben entgegen. Die hier betroffenen Vögel seien besonders geschützt und würden zum Teil auf der sogenannten SPEC-Liste (= Europäische Rote Liste) geführt. Ein Kollisionsrisiko mit den Anlagen könne nicht

168 *VG München*, Urteil vom 19.1.2016 – M 1 K 15.3313 – juris, wo eine Gemeinde den Flächennutzungsplan einer Nachbargemeinde erfolglos innerhalb einer Anfechtungsklage gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung angriff. Siehe auch *VG Augsburg*, Urteil vom 31.7.2015 – Au 4 K 14.1803, Au 4 K 14.1804, Au 4 K 14.1805 – juris.

169 Zu einem solchen Fall siehe *VG München*, Beschluss vom 24.8.2016 – M 1 SN 16.3055 – juris. Die Klage der Nachbargemeinde gegen die erteilte Genehmigung, für deren Rechtmäßigkeit auch der vorhabenbezogene Bebauungsplan zu überprüfen war, hatte keinen Erfolg.

170 *OVG Lüneburg*, Urteil vom 9.6.2016 – 12 KN 187/15 – BauR 2016, 1767 ff.

171 Niedersächsischer Landkreistag, Naturschutz und Windenergie – Hinweise zur Berücksichtigung des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei Standortplanung und Zulassung von Windenergieanlagen (Stand: Oktober 2014) – hier aktuelle Fassung wiedergegeben.

ausgeschlossen werden. Die avifaunistische Bedeutung des Bereichs werde auch durch das Vorkommen von weiteren geschützten Brutvögeln, Greifvögeln und Eulen bestätigt. Für die zahlreichen Greifvögel bestehe ein hohes Kollisionsrisiko. Für wenigstens fünf Rotmilanpaare sei der hier betroffene Bereich Nahrungshabitat. Innerhalb eines Radius von 600 Metern um die beantragten Windenergieanlagen lägen mehrere Horste der Rotmilane. Auch zwei Brutpaare der Kornweihen seien im Umkreis nachgewiesen worden. Ferner brüteten und jagten dort fünf Turmfalkenpaare und zahlreiche Wanderfalken. Der geplante Windpark stehe unmittelbar an der Grenze oder befinde sich zum Teil innerhalb des südlichen Teilgebietes eines Important-Bird-Area. Das Gebiet sei das größte bundesdeutsche Brachvogelbrutgebiet und bereits von der EU-Kommission in einem Mahnschreiben vom Mai 2003 ausdrücklich als Vogelschutzgebiet eingefordert worden. Es erfülle zudem eine wesentliche Brückenfunktion für Vogelarten aus den angrenzenden Waldflächen. Die entsprechenden Erkenntnisse zur Beeinträchtigung von Fledermäusen seien nicht beachtet worden. Der betroffene Bereich sei im regionalen Raumordnungsprogramm als Vorranggebiet für ruhige Erholung ausgewiesen. Es bestehe auch deshalb Anlass, das Gebiet als Landschaftsschutzgebiet auszuweisen.

In der Auslegung meldete der Antragsteller – vertreten durch seine Bezirksgruppe – erneut artenschutzrechtliche Bedenken an und ergänzte sein Vorbringen. Der geplante Windpark liege am Rande eines schutzwürdigen Gebietes und Beeinträchtigungen für den Großen Brachvogel, den Kiebitz und die Uferschnepfe – als in dem geplanten Gebiet beheimatete Brutvögel – seien zu befürchten. Hinsichtlich der Fledermäuse lägen Beobachtungen auf diesem Gebiet vor und neue Untersuchungen zeigten, dass das Gefährdungspotenzial von Windenergieanlagen für Fledermäuse unterschätzt worden sei. Unerlässlich sei eine Untersuchung über Auswirkungen des geplanten Windparks auf dort vorkommende Fledermausarten. Der geplante Windpark liege am Rande eines als FFH-Gebiet vorgesehenen Gebietes. Auch aus diesem Grund sei die jetzige Planung aus Sicht des Naturschutzes unvertretbar.

Gegen den von der Gemeinde beschlossenen und öffentlich bekannt gemachten vorhabenbezogenen Bebauungsplan stellte der Naturschutzverband einen Normenkontrollantrag, der jedoch keinen Erfolg hatte.

In einem weiteren, auf einen Bebauungsplan bezogenen Fall beantragte die Antragstellerin (ein natürliche Person) die Aussetzung der Vollziehung eines Bebauungsplanes mittels eines Normenkontrolleilantrages[172] und begründete diesen unter anderem damit, dass ohne den Erlass der begehrten Anordnung wegen der nicht durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfung die Verwirklichung von naturschutzrechtlichen Zugriffstatbeständen[173] drohe. Das Gericht urteilte, dass solche Folgen schon deshalb nicht konkret zu erwarten seien, weil zum Betrieb der Windenergieanlagen noch eine Genehmigung erforderlich sei, vor deren Erteilung die zuständige Genehmigungsbehörde eine umfassende Umweltverträglichkeitsprüfung durchführen lasse. Dass zwingend zu erwarten sei, dass es im Vollzug des Bebauungsplanes allein aufgrund einer möglicherweise fehlenden oder unzureichenden Umweltverträglichkeitsprüfung auf Planungsebene zur Verwirklichung von naturschutzrechtlichen Verbotstatbeständen insbesondere zur Tötung von geschützten Vogel- oder Fledermausarten, kommen werde und es deshalb der begehrten Anordnung bedürfte, sei nicht zu erkennen. Grundsätzlich seien die Verbotstatbestände auf eine Verwirklichungshandlung bezogen und hätten daher für die Bauleitplanung nur mittelbare Bedeutung. Im Aufstellungsverfahren bedarf es lediglich einer Abschätzung durch den Plangeber, ob der Verwirklichung der Planung artenschutzrechtliche Verbotstatbestände als unüberwindbare Vollzugshindernisse entgegenstehen werden.

Ferner kann der Kategorie ein Verfahren zugeordnet werden, in dem sich der Antragsteller (natürliche Person) gegen einen Bebauungsplan wandte, mit dem unter anderem sein Grundstück als Sondergebiet mit der Zweckbestimmung Windenergie überplant worden

172 *OVG Münster*, Beschluss vom 9.5.2016 – 2 B 999/15.NE – NuR 2016, 508 ff.

173 § 44 BNatSchG.

ist.[174] Der Bebauungsplan sei nicht erforderlich. Die Steuerung der Windenergie hätte sich durch eine Aufstellung oder die Änderung des Flächennutzungsplans erreichen lassen und wäre auch ohne Bebauungsplan zulässig gewesen. Die Einschränkung seiner Eigentümerbefugnisse, das Grundstück als landwirtschaftliche Betriebsfläche (Schweinemast) zu nutzen, lasse sich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht rechtfertigen. Die Abwägung leide darunter, dass sich die Antragsgegnerin (Gemeinde) an das rechtlich nicht verbindliche städtebauliche Konzept zur Erweiterung der Windkraftnutzung in der Samtgemeinde aus 2011 gebunden gefühlt habe. Das ästhetische Argument – ein landwirtschaftliches Betriebsgebäude mit seiner charakteristischen Höhenentwicklung mache die Dimensionierung der Windenergieanlagen in der Landschaft besonders deutlich – habe kein Gewicht, das demjenigen des hervorgehobenen Interesses an der landwirtschaftlichen Nutzung entspreche. Der Annahme, ein Repowering werde durch ein Gebäude unmöglich gemacht oder eingeschränkt, fehle die tatsächliche Grundlage. Nicht eingestellt sei der Gesichtspunkt, dass die Planung Konflikte durch Schattenwurf und durch Eisschlag auslöse. Die artenschutzrechtliche Problematik sei nicht bewältigt. Der angefochtene Bebauungsplan leide an einem Verstoß gegen Artenschutzrecht. Im Verfahren der Planaufstellung sei versäumt worden, die Auswirkungen des Windparks auf das in der unmittelbaren Nähe zum Plangebiet befindliche Vogelschutzgebiet zumindest im Rahmen einer Vorprüfung zu untersuchen. Es liege hier ein Fehler in der Umweltverträglichkeitsprüfung vor, auf den er sich berufen könne.

Die Antragsgegnerin erwidert, dass mittlerweile auf den Flächen des Antragstellers Windenergieanlagen errichtet seien, von denen er profitiere. Ihm gehe es allein um die Festsetzung, die die Errichtung von Gebäuden im Plangebiet ausschließe und mithin der Errichtung der von ihm geplanten Schweinemastanlage entgegenstehe. Der Bebauungsplan sei nicht verfahrensfehlerhaft zustande gekommen und leide auch nicht an einem Verstoß gegen Artenschutzrecht. In enger Abstimmung mit dem Planungsbüro und der Unteren Naturschutzbehörde sei eine Vorprüfung im Sinne einer Grobprüfung durchgeführt worden. Diese habe zu dem Ergebnis geführt, dass es bei Anlegung wissenschaftlicher Maßstäbe keine ernstzunehmenden Anhaltspunkte für eine mögliche erhebliche Beeinträchtigung von Natura 2000-Gebieten gebe und daher eine Verträglichkeitsprüfung nicht erforderlich sei. Nachteilige Auswirkungen des Bebauungsplans auf das Vogelschutzgebiet seien angesichts der Entfernung von zirka 15 Kilometern schlicht ausgeschlossen. Diese Einschätzung werde durch Erkenntnisse bestätigt, die im Rahmen der Regionalen Raumordnung des Landkreises im Zusammenhang mit der Ausweisung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung sowie in den Genehmigungsverfahren für den südlich an das Plangebiet angrenzenden Windpark gesammelt worden seien. Auf diese Erkenntnisse, die die Problemlosigkeit der Planung bestätigten, habe sie zurückgreifen können und dürfen. Tatsächliche Hinweise, dass es für die Avifauna – innerhalb oder außerhalb des Natura 2000-Gebiets – ein Problem geben könne, trage der Antragsteller nicht vor. Der Bebauungsplan verstoße nicht gegen das Erforderlichkeitsgebot. Alle vier geplanten Windenergieanlagen seien mittlerweile realisiert. Der Antrag blieb erfolglos.

Schließlich könnte sich auch eine Nachbargemeinde gegen einen die Windenergienutzung steuernden Bebauungsplan wenden, wenn sie sich auf eine Verletzung des interkommunalen Abstimmungsgebots beruft. Entscheidungen hierzu konnten aber nicht identifiziert werden. Jedoch kann – ebenso wie bei der Flächennutzungsplanung – ein Bebauungsplan inzident im Rahmen der Anfechtung einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage angegriffen werden.[175]

Die Verfahren zeigen, dass auch auf Bebauungsplanebene Konflikte zwischen der Nutzung der Windenergie und Naturschutzbelangen aus unterschiedlichen Gründen ausgetragen werden. Es finden sich sowohl

174 *OVG Lüneburg*, Urteil vom 30.7.2015 – 12 KN 265/13 – NuR 2015, 710 ff.

175 *VG München*, Beschluss vom 24.8.2016 – M 1 SN 16.3055 – juris.

Verfahren, in denen direkt die Bebauungsplanung angegriffen wird, als auch solche, in denen dies nur implizit über die Klage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erfolgt. Konfliktakteure sind auf der einen Seite Bürger der planaufstellenden Gemeinde und Naturschutzverbände. Diesen steht auf der anderen Seite stets die Gemeinde gegenüber.

6.2.4 Konfliktpotenzial Artenschutz

Artenschutzrechtliche Aspekte spielen auf allen Ebenen der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen eine Rolle. Auf der Ebene der Regionalplanung und der Flächennutzungsplanung sind sie bereits bei der Aufstellung der Pläne zu ermitteln, zu bewerten, zu gewichten und zu berücksichtigen.[176] Artenschutzrechtliche Belange können im Einzelfall eine generelle Vollzugsunfähigkeit der gemeindlichen Planung begründen und diese unwirksam machen. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Verwirklichung der in der Planung vorgesehenen Darstellungen und Festsetzungen auch durch Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme oder Befreiung nicht ermöglicht werden kann. Dem Plangeber obliegt es folglich, im Verfahren der Planaufstellung vorausschauend zu ermitteln und zu beurteilen, ob die vorgesehenen Darstellungen und Festsetzungen auf überwindbare artenschutzrechtliche Hindernisse treffen würden, und von Darstellungen und Festsetzungen, denen ein dauerhaft rechtliches Hindernis in Gestalt artenschutzrechtlicher Verbote entgegenstünde, Abstand zu nehmen.

Da die naturschutzrechtlichen Verbotstatbestände bestimmte Tathandlungen untersagen, sind diese jedoch häufig Konfliktgegenstand in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen. Hier sollen verschiedene Fallgestaltungen zusammengefasst werden. Artenschutzrechtliche Belange werden vor allem geäußert von durch die Genehmigung beeinträchtigten Dritten[177] in Verfahren gegen eine dem Anlagenbetreiber erteilte Genehmigung auf Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen. Akteur in gerichtlichen Verfahren, in denen Verstöße gegen das Artenschutzrecht geltend gemacht werden, sind unter anderem anerkannte Naturschutzvereinigungen.[178] Dabei wird zum Teil zugleich eine unzureichende UVP-Vorprüfung, deren Folge ein Absehen von der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ist, beklagt. In einem solchen Fall wandte sich eine Umweltvereinigung mit einem Antrag im einstweiligen Rechtsschutz gegen eine von neun Windenergieanlagen.[179] Bestehende Beeinträchtigungen im Rahmen der durchgeführten UVP-Vorprüfung seien unzureichend berücksichtigt worden. Als Folge davon sei rechtsfehlerhaft von einer Umweltverträglichkeitsprüfung mit Öffentlichkeitsbeteiligung abgesehen worden. Bei der durchgeführten allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls seien zu geringe Untersuchungsradien von jeweils nur 1.000 Metern um die jeweiligen Windenergieanlagen zugrunde gelegt worden. Dies widerspräche in eklatanter Weise den allgemein bekannten gerichtlichen Entscheidungen, wonach mindestens die Mindestabstände des sogenannten Helgoländer Papiers Berücksichtigung finden müssten. Dieses sei wegen der dort vorzufinden Schutz- und Einwirkungsbereiche gegenüber der Habitatrichtlinie als die einzige, dem Vogelschutz genügende Vorgabe anzusehen. Zudem sei auffällig, dass sich die Begründungen für alle neun Windenergieanlagen in ihrem jeweiligen Wortlaut sehr ähnelten und kaum unterschieden, was auf eine unterbliebene Einzelfallprüfung schließen lasse. Die Vorschriften des Leitfadens „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“ seien missachtet worden. In dem vorliegenden Vogelschutzgebiet seien

176 Siehe dazu bereits unter 6.2.1 bis 6.2.3.

177 *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 19.12.2016 – 12 ME 85/16 – NordÖR 2017, 198 ff.; siehe auch *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 16.11.2016 – 12 ME 132/16 – ZNER 2017, 70 ff.; *VG Freiburg* (Breisgau), Beschluss vom 5.2.2016 – 4 K 2679/15 – ZNER 2016, 92 ff.; *VG Bayreuth*, Urteil vom 11.12.2015 – B 2 K 15.253 – juris.

178 *VG Trier*, Beschluss vom 27.10.2016 – 6 L 7029/16.TR – juris; *VG Gelsenkirchen*, Beschluss vom 23.1.2017 – 8 L 760/16 – juris; *VG Aachen*, Beschluss vom 2.9.2016 – 6 L 38/16 – juris.

179 *VG Gelsenkirchen*, Beschluss vom 23.1.2017 – 8 L 760/16 – juris.

mindestens 16 windkraftsensible Arten nachgewiesen. Die Einstufung des Vogelschutzgebiets für nordische Gänse habe nicht die gebotene Berücksichtigung gefunden. Gleichwohl werde in der artenschutzrechtlichen Prüfung völlig unzutreffend behauptet, dass der Betrieb der Windenergieanlagen weder gegen die artenschutzrechtlichen Verbote verstoße noch zu erheblichen Eingriffen im Sinne der Eingriffsregelung führe. Die „Studie zur allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls" erweise sich als defizitär und rechtsfehlerhaft, weil ein kürzlich im Landschaftsplan ausgewiesenes Naturschutzgebiet überhaupt nicht dargestellt sei. Fälschlicherweise werde vielmehr behauptet, dass sich die Standorte der geplanten Windenergieanlagen nicht in Ausschlussbereichen für die Windenergienutzung befänden; dies träfe jedenfalls für die streitgegenständliche Windenergieanlage nicht zu. Es mangele wegen der Entfernung von lediglich 100 Metern zum Naturschutzgebiet an einer dringend gebotenen Auseinandersetzung, zumal im Windenergieerlass als zwingendes Erfordernis ein Mindestabstand von 300 Metern zu Naturschutzgebieten festgelegt werde. In Bezug auf die Beeinträchtigung von Fledermäusen läge ein erhebliches Ermittlungsdefizit vor. Es sei sich nicht mit dem Kranichrastplatz auseinandergesetzt worden. Zudem fänden sich keinerlei Auseinandersetzungen mit dem Seeadler. Dieser sei nicht nur als Durchzügler, sondern auch als Brutvogel im Gebiet gesichtet worden. In solchen Fällen werde ornithologisch ein Mindestabstand von 3.000 bis 6.000 Metern empfohlen.

Der Antragsgegner (Genehmigungsbehörde) bezog sich in seiner Stellungnahme zunächst auf die Begründung des Genehmigungsbescheides und führte ergänzend aus, dass der Vorwurf einer mangelhaften UVP-Vorprüfung nicht substantiiert sei. Eine UVP-Pflicht bestehe nicht. Eine allgemeine Vorprüfung sei erfolgt, diese habe auch den Anforderungen des Gesetzes genügt. Auf das Bestehen eines Kranichrastplatzes gebe es keinen ernstzunehmenden Hinweis. Der Seeadler sei im Bundesland nicht als Brutvogel eingestuft. Das Gericht lehnte den Antrag des Umweltverbandes unter ausführlicher Begründung ab.

Eine hier einzuordnende Fallkonstellation ist das Vorgehen einer Standortgemeinde gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung. In einem Verfahren begehrte die Antragstellerin (Gemeinde) einstweiligen Rechtsschutz gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windkraftanlagen. Diesbezüglich rügte sie eine mangelhafte Anhörung vor der Ersetzung ihres Einvernehmens sowie die ihrer Ansicht nach zu Unrecht erfolgte Ersetzung des Einvernehmens.[180] Bereits die Versagung ihres Einvernehmens begründete sie mit erheblichen Auswirkungen der Anlagen auf das Landschaftsbild.[181] Zudem werde die Zerstörung des Waldgebietes durch die im avifaunistischen Gutachten aufgeführte Beeinträchtigung des Vogelzuges und durch die notwendigen Abschaltungen zum Schutze der Fledermauspopulation verdeutlicht. Die Antragsgegnerin (Genehmigungsbehörde) ersetzte das fehlende Einvernehmen und erließ die Genehmigung. Hiergegen legte die Gemeinde Widerspruch ein und beantragte bei Gericht einstweiligen Rechtschutz gegen den angeordneten Sofortvollzug der Genehmigung. In ihrem Vorbringen gegen die Genehmigung bezog sie zu den artenschutzrechtlichen Bedenken Stellung. Die Genehmigung stelle nicht sicher, dass die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände nicht verwirklicht würden. Das betreffe etwa Tage mit Massenzug des Kranichs. Zwar enthalte die Genehmigung als Nebenbestimmung die Pflicht zur Abschaltung der Anlagen an Tagen mit Massenzug des Kranichs und gleichzeitig ungünstigen Wetterlagen, die niedrige Zughöhen erwarten ließen, jedoch lasse sie völlig offen, an welchen Tagen mit einem Massenzug des Kranichs zu rechnen sei, und selbst wenn diese Tage bestimmbar sein sollten, wann gleichzeitig ungünstige Wetterlagen bestünden. Erst wenn alle drei formulierten Voraussetzungen vorlägen, bestehe die Verpflichtung zur Abschaltung der Windenergieanlagen. Die Genehmigung stelle nicht sicher, dass die

180 *VG Saarlouis*, Beschluss vom 2.3.2017 – 5 L 94/17 – juris; siehe auch *VGH München*, Beschluss vom 13.1.2016 – 22 ZB 15.1506 – NuR 2016, 425 ff.; *VGH München*, Beschluss vom 23.12.2016 – 22 ZB 16.2286 – juris.

181 Siehe unter 6.2.5.

Belange des Naturschutzes gewahrt blieben. Die Verpflichtung zur einvernehmlichen Abstimmung mit der Unteren Naturschutzbehörde vor der Inbetriebnahme der Anlagen beinhalte nicht zugleich die Verpflichtung, die getroffene Vereinbarung dem Antragsgegner vorzulegen und auch zu befolgen.

Die Antragsgegnerin führte aus, dass die Genehmigung weder gegen artenschutzrechtliche Verbotstatbestände verstoße noch die entsprechende Nebenbestimmung zu unbestimmt sei. Der Hinweis in der Nebenbestimmung auf den methodischen Ansatz wie zum Beispiel dem „Kranich-Informationssystem des Saarlandes" (K.I.S.S.) des Ornithologischen Beobachterrings Saar führe zur Definition der unbestimmten Begriffe. Die Vorgabe, den methodischen Ansatz einschließlich der Einbindung in ein geeignetes Informationssystem spätestens vier Wochen vor Inbetriebnahme einvernehmlich mit der Unteren Naturschutzbehörde abzustimmen, stelle sicher, dass der Betreiber der Windenergieanlage vollständig klar und eindeutig erkennbar in der Lage sei, die Tage des Massenzugs des Kranichs und ungünstige Wetterlagen, die niedrige Zughöhen erwarten ließen, zu bestimmen und die Windenergieanlagen zum Schutz der Kraniche temporär abzuschalten. Der Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherzustellen, hatte keinen Erfolg. Die Genehmigung stelle sicher, dass die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände nicht verwirklicht werden.

Schließlich können artenschutzrechtliche Belange und zum Ausschluss von Beeinträchtigungen angeordnete Maßnahmen auch im Verhältnis von Anlagenbetreiber und Genehmigungsbehörde umstritten sein.[182] Konfliktgegenstand sind dabei grundsätzlich die von der Genehmigungsbehörde im Bescheid festgelegten Nebenbestimmungen, gegen die sich der Anlagenbetreiber wendet. In einem Verfahren hatte die Genehmigungsbehörde (Beklagte) eine Vielzahl von Nebenbestimmungen zum Ausgleich der beeinträchtigten natur- und artenschutzrechtlichen Belange festgesetzt. Unter anderem wurde eine mit einem Änderungsvorbehalt versehene Ersatzzahlung für Eingriffe in das Landschaftsbild festgelegt. Sodann wurde eine Ausnahme vom Verbot der Tötung von Feldlerchen unter bestimmten Voraussetzungen erteilt und wurden Maßnahmen zur Erfolgssicherung festgesetzt. Schließlich wurde eine jährliche Berichtspflicht über die Unterhaltung einer Ausgleichs- und Ersatzmaßnahme vorgegeben. Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass die Ausnahme zum Töten von Feldlerchen – entgegen der Sichtweise des von dem Vorhabenträger beauftragten Fachgutachters – notwendig sei, weil eine behördliche Prüfung ergeben habe, dass die Einzelindividuen der Feldlerche wegen der nahen Brutplätze zu den Windenergieanlagen und ihres artspezifischen Singfluges einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt seien. Ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand werde somit erfüllt. Die Feldlerche sei im Bundesland zudem als prioritär geschützte Art eingestuft, deren Bestände in den letzten 20 Jahren um 50 Prozent gesunken seien. Ein weiterer Rückgang könne europarechtsverträglich nicht toleriert werden. Die als Alternative in Betracht kommende Standortverschiebung der Windenergieanlagen sei am beantragten Standort unmöglich; andere geeignete Vermeidungsmaßnahmen führten zur Unrentabilität des Projekts und erschienen daher nicht zumutbar. Die Erteilung der Ausnahme erscheine angesichts der bundesweit angestrebten Energiewende möglich. Die ergänzenden Auflagen zur Unterhaltung der Maßnahmenfläche seien erforderlich, um den Lebensraum optimal zu gestalten und eine Stabilisierung der Population zu gewährleisten. Deren jährliche Kontrolle gehe aber über das übliche zu leistende Maß der zuständigen Behörde hinaus. Deshalb sei die Vorlage jährlicher Berichte erforderlich, um die Einhaltung der Bedingungen zum Feldlerchenschutz sicherzustellen.

Hiergegen erhob die von der Genehmigung Begünstigte (juristische Person des Privatrechts) zunächst Widerspruch und sodann Klage. Neben der beanstandeten Festsetzung der Ersatzzahlung inklusive Änderungsvorbehalt rechtfertige der Hinweis darauf, dass eine jährliche Kontrolle durch die Behörde das leistbare Maß überschreite, es nicht, vom Vorhabenträger einen jährlichen Bericht durch eine fachkundige Person zu verlangen. Die Vorlage jährlicher Berichte sei

182 *OVG Lüneburg*, Urteil vom 10.1.2017 – 4 LC 197/15 – NuR 2017, 192 ff.

unverhältnismäßig. Über das Vorkommen der Feldlerche müsse auch deshalb nicht jährlich berichtet werden, weil die der Nebenbestimmung zugrunde gelegte Rechtsnorm[183] sich nur auf die Durchführung der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen beziehe, nicht aber den Eintritt des mit ihnen bezweckten Erfolges.

Das Verwaltungsgericht hob beide Nebenbestimmungen auf. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung hatte nur zum Teil Erfolg. Das Berufungsgericht hielt die der Klägerin aufgegebene Pflicht, jährlich unaufgefordert einen schriftlichen Bericht über die Unterhaltung der Maßnahmenfläche durch eine vom Genehmigungsinhaber berufene fachkundige Person vorzulegen, für rechtmäßig.

Ferner kann auch die Ablehnung einer beantragten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung aus artenschutzrechtlichen Gründen Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen Genehmigungsbehörde und Antragsteller sein.[184] Das Grundstück, auf dem die Windenergieanlage errichtet werden sollte, befand sich im räumlichen Geltungsbereich einer Naturparkverordnung, die das klägerische Grundstück als Schutzzone festlegte, welche die Voraussetzungen eines Landschaftsschutzgebiets erfüllt. Die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens von der Klägerin in Auftrag gegebene spezielle artenschutzrechtliche Prüfung kam zu dem Ergebnis, dass aufgrund der präferierten Jagdmethode des Uhus (Ansitzjagd), bei der der Uhu selten höher als Baumwipfelhöhe fliegen würde, sowie der Tatsache, dass trotz zweier seit Jahren in Betrieb befindlicher Bestandsanlagen dort keine Schlagopfer zu verzeichnen seien, kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Uhu bestehen würde.

Stellungnahmen des Landesbund für Vogelschutz, von sachkundigen Ornithologen, des Bund Naturschutz, der Unteren Naturschutzbehörde sowie der Höheren Naturschutzbehörde konnten sich den Aussagen der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung nicht anschließen. Dem Vorhaben stünden vielmehr Gesichtspunkte des Artenschutzes, insbesondere die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände entgegen. Es sei von einem signifikant erhöhten Risiko kollisionsbedingter Verluste hinsichtlich des Uhus auszugehen. Die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung sei nicht hinreichend plausibel, um das Fehlen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos anzunehmen. Die Annahme, dass Uhus aufgrund ihres Jagd- und Flugverhaltens grundsätzlich nicht einer besonderen Gefährdung ausgesetzt seien, sei in Anbetracht der Tatsache, dass der Uhu Platz 5 der kollisionsgefährdeten Arten in der Schlagopferstatistik einnehme, sehr fragwürdig und könne das Fehlen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos nicht begründen. Der von der Klägerin gestellte Antrag auf Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung von verschiedenen Festsetzungen der Naturparkverordnung wurde abgelehnt, die Genehmigungserteilung ebenfalls. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit einer Klage, die jedoch ebenfalls nicht zum Erfolg führte.

In Bezug auf Windenergieanlagen entgegenstehende artenschutzrechtliche Belange lassen sich unterschiedliche Fallkonstellationen identifizieren. Sie unterscheiden sich je nachdem, wer sich auf diese Belange beruft. Fallkonstellationen lassen sich nur sehr grob in der Weise bilden, dass nicht von den Belangen selbst, sondern von den, diese geltendmachenden Akteuren ausgegangen wird. Hierbei sind vor allem Umweltverbände und Gemeinden, aber auch andere durch die Genehmigung nicht begünstigte Dritte zu betrachten. Der von der Genehmigung Begünstigte (Anlagenbetreiber) kann ihm aufgelegte Maßnahmen zum Artenschutz prüfen lassen. Und auch die Genehmigungsbehörde hat in einer konkreten Entscheidungssituation artenschutzrechtliche Belange zu berücksichtigen.

Allen hier eingeordneten Fallkonstellationen ist gemeinsam, dass bei der Einwendung artenschutzrechtlicher Belange, diese sehr detailliert vorgetragen werden und auch die diesbezüglichen Gegeneinwendungen stets sehr umfangreich sind. Die einzelnen Entscheidungen sind stark detailgeprägt, was es erheblich erschwert, gleichartige Fallgestaltungen zu finden. Insofern wurde hier nur versucht, Konfliktlinien zu identifizieren.

183 § 17 Abs. 7 BNatSchG.

184 *VG Ansbach*, Urteil vom 2.11.2015 – AN 11 K 15.00639 – NuR 2016, 209 ff.

6.2.5 Konfliktpotenzial Landschaftsbild

Der Aspekt des Landschaftsbildes als Naturschutzbelang kann sowohl auf der Planungsebene[185] als auch auf der Genehmigungsebene Bedeutung erlangen. Bei der Ausweisung von Flächen zur Nutzung durch Windenergieanlagen kann sich der Plangeber unter vielen anderen anwendbaren Kriterien auch von potenziellen Auswirkungen auf das Landschaftsbild leiten lassen und Beeinträchtigungen dieses Schutzgutes dadurch mindern oder verhindern, dass er bestimmte Flächen aus diesem Grund nicht für die Errichtung von Windenergieanlagen vorsieht.[186] Auf der Planungsebene ist eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes häufig nur ein am Rande geltend gemachter Aspekt, der neben weiteren Konfliktpunkten gegen die Planung angesprochen wird. Da jedenfalls auf der Ebene der Regionalplanung, aber auch auf der Flächennutzungsplanebene vielfach noch nicht ersichtlich ist, wie viele und welche Anlagen auf einer Fläche errichtet werden, bleibt die Beschäftigung mit dem Landschaftsbild oftmals abstrakt.

Hingegen stellt eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes einen häufigen Einwand gegen die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen dar. Dieser Aspekt der Naturschutzbelange führt dabei nie allein zu einem Verfahren vor den Verwaltungsgerichten. Vielmehr ist die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ein Aspekt, der von Klägern oder Antragstellern (natürliche Personen[187], Vereinigungen[188] und Gemeinden[189]), die sich gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Windenergieanlage wenden, oder von Genehmigungsbehörden, die dem Antrag auf Erteilung einer Genehmigung nicht stattgeben,[190] zusätzlich zu weiteren beeinträchtigten Belangen gegenüber den konkreten Anlagen geltend gemacht wird. Dabei liegt Konfliktpotenzial allein schon darin, dass das Landschaftsbild sich kaum objektiv beschreiben lässt, sondern vielmehr immer subjektive Eindrücke eine Rolle spielen. Landschaftsbildbeeinträchtigungen lassen sich auch nur schwer typisieren. Sie sind neben dem Betrachter auch immer von der jeweils spezifischen Gestaltung der betroffenen Landschaftsbildeinheit abhängig.

In einem Verfahren begehrte der Kläger (natürliche Person) die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage von 99,5 Metern Gesamthöhe als Nebenanlage zu einem landwirtschaftlichen Betrieb.[191] Im Genehmigungsverfahren führte der Fachdienst Naturschutz aus, der Errichtung und dem Betrieb der Windenergieanlage stünden artenschutzrechtliche Verbotstatbestände entgegen, da die Windenergieanlage ein zusätzliches Risiko und erhebliche Störungen streng geschützter Arten bewirke. Zudem werde das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigt. Die Beklagte (Genehmigungsbehörde) lehnte die Erteilung der Genehmigung unter anderem aus diesem Grund ab, wogegen der Kläger Widerspruch einlegte. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab und führte zur Begründung unter anderem aus, dass der geplante Standort im Regionalplan nicht als Windeignungsfläche ausgewiesen sei. Vor dem Hintergrund der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs seien an die Erfordernisse der ausnahmsweise zulässigen Vorhaben strenge Anforderungen zu stellen. Das Vorhaben widerspreche den Zielen der Raumordnung, denn hiernach seien nur Nebenanlagen zu landwirtschaftlichen

185 Siehe hierzu z. B. *OVG Lüneburg*, Urteil vom 23.6.2016 – 12 KN 64/14 – ZfBR 2016, 689 ff.

186 Möglich sind auf gemeindlicher Planungsebene auch Höhenangaben für die zu errichtenden Windenergieanlagen. Zu der Problematik siehe *VG Minden*, Urteil vom 28.9.2016 – 11 K 2120/15 – juris.

187 *VG Gelsenkirchen*, Beschluss vom 23.1.2017 – 8 L 689/16 – juris; *VG Aachen*, Urteil vom 5.9.2016 – 6 K 421/15 – juris; *OVG Schleswig*, Beschluss vom 31.8.2016 – 1 MB 5/16 – ZNER 2016, 429 ff.; *VG Osnabrück*, Beschluss vom 20.6.2016 – 2 B 2/16 – juris; *VG Freiburg (Breisgau)*, Beschluss vom 5.2.2016 – 4 K 2679/15 – ZNER 2016, 92 ff.

188 *VG Gelsenkirchen*, Beschluss vom 23.1.2017 – 8 L 760/16 – juris; *VG Aachen*, Beschluss vom 2.9.2016 - 6 L 38/16 – juris.

189 *VG Saarlouis*, Beschluss vom 2.3.2017 – 5 L 94/17 – juris; ähnlich *VG Frankfurt/Oder*, Urteil vom 15.2.2017 – 5 K 809/14 – juris; *VGH München*, Beschluss vom 13.1.2016 – 22 ZB 15.1506 – NuR 2016, 425 ff.

190 *OVG Schleswig*, Urteil vom 29.3.2017 – 1 LB 2/15 – juris; OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.9.2016 – 12 LA 145/15 – NuR 2016, 780 ff.; *VG Koblenz*, Urteil vom 14.7.2016 – 4 K 652/15.KO – EnWZ 2016, 526 ff.; *VG Kassel*, Urteil vom 2.3.2016 – 1 K 1122/13.KS – NuR 2016, 580 ff.; *VG Kassel*, Urteil vom 2.3.2016 – 1 K 602/13.KS – juris.

191 *OVG Schleswig*, Urteil vom 29.3.2017 – 1 LB 2/15 – juris; *VG Schleswig*, Urteil vom 4.12.2014 – 6 A 106/13 – nicht veröffentlicht.

Betrieben mit Höhen bis 70 Metern zulässig. Die hiergegen eingelegte Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. In Bezug auf das Landschaftsbild und die Raumbedeutsamkeit der Anlage führte das Gericht aus, dass in erster Linie die Dimension (Höhe, Rotordurchmesser), der Standort und die Auswirkungen auf die Raumordnung maßgeblich seien; diese bestimmen im Einzelfall die Wirkungen der Anlage auf das Landschaftsbild. Bei einer Anlage, die mit einer Gesamthöhe von 99,5 Metern in der flachen Marschenlandschaft weithin sichtbar sei, liege eine erhebliche Auswirkung auf den Raum und dessen Funktionen vor.

In einem bereits angesprochenen Verfahren begehrte die Antragstellerin (Gemeinde) einstweiligen Rechtsschutz gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windkraftanlagen. Diesbezüglich rügte sie eine mangelhafte Anhörung vor der Ersetzung ihres Einvernehmens sowie die ihrer Ansicht nach zu Unrecht erfolgte Ersetzung des Einvernehmens.[192] Bereits die Versagung ihres Einvernehmens begründete sie damit, das Vorhaben lasse durch den hohen Flächenverlust an Wald und eine Beeinträchtigung des Ortsbildes durch die Anlagenhöhe eine Minderung des Wohn-, Freizeit- und Naherholungswertes der Gemeinde erwarten. Der Erholungswert der Landschaft sei zu erhalten. Der Bau von über 200 Metern hohen Windenergieanlagen sei damit nicht zu vereinbaren. Die Windenergieanlagen zerstörten die Vielfalt, Eigenart, Schönheit und den Erholungswert der Landschaft. Sie zerschnitten das größte zusammenhängende Waldgebiet der Gemeinde, das dadurch seine hohe ökologische Wertigkeit und Erholungsfunktion für die Bevölkerung verlöre. Die Antragsgegnerin (Genehmigungsbehörde) ersetzte das fehlende Einvernehmen und erließ die Genehmigung. Hiergegen legte die Gemeinde Widerspruch ein und beantragte bei Gericht einstweiligen Rechtschutz gegen den angeordneten Sofortvollzug der Genehmigung.

Die Antragsgegnerin sah landschaftsschutzrechtliche Belange nicht berührt. Aus der Lage des Standortes in einem Landschaftsschutzgebiet könne keine erhöhte Schutzwürdigkeit des Landschaftsbildes in Bezug auf die Windenergieanlagen hergeleitet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[193] liege eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes nur vor, wenn das Vorhaben in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen sei und von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden werde. Diese Anforderungen würden auch für privilegierte Außenbereichsvorhaben wie Windenergieanlagen gelten, sodass deren Zulässigkeit davon abhänge, dass die Anlagen das Landschaftsbild im Einzelfall nicht verunstalteten. Genau hierfür gäbe es vorliegend jedoch keinen Anhaltspunkt. Allein der Umstand, dass Windenergieanlagen aufgrund ihrer Größe markant in Erscheinung treten würden, führe nicht zu dem Schluss, sie wirkten verunstaltend. Auch die optische Gewöhnungsbedürftigkeit einer Anlage sei allein nicht geeignet, das Landschaftsbild zu beeinträchtigen. Ebenso reichten nur nachteilige Veränderungen oder Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes regelmäßig nicht aus, die Errichtung von Windenergieanlagen für unzulässig zu erklären. Nach der Landschaftsbildanalyse habe die Landschaftsform im Untersuchungsgebiet wegen der stark landwirtschaftlich geprägten Ausstattung und der resultierenden fehlenden Naturnähe und Vielfalt wegen des geringen Eigenarterhalts einen eher geringen ästhetischen Erhaltungswert und Erholungswert. Zudem befänden sich in der Landschaft zahlreiche sichtverschattende Elemente (Topografie, Gehölz- und Waldstrukturen, Siedlungsstrukturen). Die Untere Naturschutzbehörde habe in ihrer Stellungnahme darauf hingewiesen, dass die Maßnahmen zur Kompensation der vorhabenbedingten Eingriffe in den Naturhaushalt sowie das Landschaftsbild auf einer multifunktionalen zusammenhängenden Fläche im räumlichen Bezug zum Windpark umgesetzt würden und aus fachlicher Sicht geeignet seien, den Eingriff nicht nur vollständig auszugleichen, sondern sogar mit hoher Wahrscheinlichkeit das Landschaftsbild aufzuwerten.

192 *VG Saarlouis*, Beschluss vom 2.3.2017 – 5 L 94/17 – juris; ähnlich *VG Frankfurt/Oder*, Urteil vom 15.2.2017 – 5 K 809/14 – juris bezüglich der Begründung zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens; siehe auch *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschluss vom 23.2.2016 – OVG 11 S 50.15 – juris.

193 *BVerwG*; Beschluss vom 18.3.2003 – 4 B 7.03 – BeckRS 2003, 31352663.

Von einer zerschneidenden Wirkung eines zusammenhängenden Waldgebietes sei nicht auszugehen.

Nach Ansicht der Beigeladenen (Genehmigungsinhaberin, Anlagenbetreiberin) sei eine Verunstaltung des Landschaftsbildes bei Anlegung der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien und mit Blick auf die vom Antragsgegner detailliert dargelegten Vorbelastungen am geplanten Standort der Anlagen „absolut fernliegend". Von einer erheblichen Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft könne keine sein. Der Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherzustellen, hatte keinen Erfolg.

Schließlich kann auch eine anerkannte Naturschutzvereinigung eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen geltend machen. In einem Verfahren wandte sich eine solche Vereinigung mit einem Antrag im einstweiligen Rechtsschutz gegen eine von neun Windenergieanlagen.[194] Neben dem Vorbringen, dass bestehende Beeinträchtigungen im Rahmen der durchgeführten UVP-Vorprüfung unzureichend berücksichtigt worden seien und deshalb rechtsfehlerhaft von einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) mit Öffentlichkeitsbeteiligung abgesehen wurde, seien die akustischen und optischen Beeinträchtigungen durch die Windenergieanlagen, die sich faktisch als Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes darstellten, nicht hinreichend berücksichtigt worden. Der Erhalt des Landschaftsbildes im angrenzenden Stadtgebiet sei als besonders schützenswert eingestuft worden. Die Genehmigungen basierten außerdem auf einem für unwirksam erklärten Teilflächennutzungsplan,[195] so dass die planungsrechtliche Grundlage im Nachhinein entfallen sei. Offenbar bestünde ein nicht zutreffendes Verständnis vom Verhältnis zwischen Landschaftsplan und Windkraftanlagenbau. Wegen der nunmehr fehlenden Konzentrationszone sei vielmehr zu überprüfen gewesen, ob eine Genehmigungserteilung nicht am Entgegenstehen öffentlicher Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege scheitere. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Beeinträchtigung des Landschaftsbildes wurde der Antrag abgelehnt.

Konfliktpotenzial bieten im Verhältnis Anlagenbetreiber (Begünstigter der Genehmigung) und Genehmigungsbehörde auch die regelmäßig festgesetzten Ersatzzahlungen zur Kompensation der Eingriffe in das Landschaftsbild. Der Konflikt kann sich dabei an der von der Genehmigungsbehörde zugrunde gelegten Bemessungsgrundlage entzünden, was wiederum Auswirkungen auf die Höhe der Festsetzung haben kann.[196]

Die skizzierten Verfahren zeigen, dass die Frage der Landschaftsbildbeeinträchtigung vielfach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen ist, die Geltendmachung des Belangs jedoch häufig nicht vor Gericht zum Erfolg führt. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass das Bundesverwaltungsgericht an eine Beeinträchtigung dieses Belangs hohe Anforderungen stellt. Die Geltendmachung dieses Belangs ist immer auf einen konkreten Raum bezogen und trotz des Versuchs einer Objektivierung subjektiv geprägt. Aber auch, wenn das Landschaftsbild der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen nicht entgegensteht, ist seine Beeinträchtigung auszugleichen. Hier ergeben sich sodann möglicherweise neue Konflikte.

194 *VG Gelsenkirchen*, Beschluss vom 23.1.2017 – 8 L 760/16 – juris.

195 Siehe hierzu *OVG Münster*, Urteil vom 22.9.2015 – 10 D 82/13.NE – ZNER 2015, 475 ff.

196 Siehe hierzu *OVG Lüneburg*, Urteil vom 10.1.2017 – 4 LC 198/15 – NuR 2017, 256 ff.; *OVG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 17.3.2016 – OVG 11 B 14.15 – NVwZ 2016, 1339.

6.3 Zusammenfassung

Das Konfliktfeld Naturschutz und Windenergienutzung ist mit Abstand dasjenige, zu dem die meisten gerichtlichen Entscheidungen ergangen sind. Dies betrifft alle verwaltungsgerichtlichen Instanzen, verwundert bei knapp 28.000 Anlagen in Deutschland im Jahr 2017 aber nicht.

Bei den vor Gericht auftretenden Akteuren ist das Spektrum breit gefächert. Natürliche Personen und Personengesellschaften als (potenzielle) Vorhabenträger treten auf allen Ebenen der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und vertreten hier ihre Interessen an einer Nutzung der Windenergie. Auch Gemeinden finden sich als Akteure auf allen Ebenen, nehmen hier aber zum Teil jeweils unterschiedliche Rollen (z. B. Plangeber, Standortgemeinde) ein. Auch anerkannte Vereinigungen (Umweltverbände) können auf allen Ebenen als Akteur identifiziert werden, der die Interessen des Umwelt- und Naturschutzes vertritt. Ihnen kommt eine große Bedeutung zu. Gleiches gilt für die Naturschutzbehörden. Genehmigungsbehörden sind Akteure auf der Ebene der Genehmigung von Windenergieanlagen und im Unterschied zu den anderen Energieträgern in der Regel nur Beklagte. Auch, durch die Steuerung der Windenergienutzung und die Genehmigung der Anlagen beeinträchtigte Dritte (natürliche Personen) finden sich als Akteure. Zusammenschlüsse von Bürgern in Bürgerinitiativen konnten bei den untersuchten Entscheidungen nicht als Akteur identifiziert werden.

Im Vergleich zu den anderen Energieträgern überwiegen in Bezug auf Windenergieanlagen Konflikte vor den Verwaltungsgerichtshöfen oder Oberverwaltungsgerichten. Dies ist zum einen jedoch darauf zurückzuführen, dass Normenkontrollverfahren in erster Instanz gerade diesen Gerichten zugewiesen sind. Zum andern werden aber auch gegen viele erstinstanzliche Entscheidungen Rechtsmittel eingelegt.

Aus den untersuchten Entscheidungen können als regelmäßig auftretende Konfliktsituationen in Bezug auf Windenergieanlagen solche identifiziert werden, die sich mit der Planung von Anlagenstandorten beschäftigen. Hierbei sind vor allem die Konzentrationszonenplanungen auf Regionalplanungs- und Flächennutzungsplanungsebene zu nennen, die ähnlichen Konflikten ausgesetzt sind. Aber auch die Genehmigungsverfahren sind häufig Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, wenn es um die Geltendmachung naturschutzbezogener Belange geht.

Dass sich in Zukunft weniger Entscheidungen zur Windenergienutzung finden werden, ist nicht zu erwarten. Vielfach werden sich neue Konfliktsituationen ergeben. Fortgeschriebene Planungen, Neuausweisungen von Vorrangflächen und Repowering sind nur einige Bereiche, die weiterhin die Gerichte beschäftigen werden.

KAPITEL 7

Zusammenfassung

Abschließend soll zusammenfassend nochmals auf die dem Gutachten zugrunde gelegten Fragen eingegangen werden.

Wer sind die typischen Kontrahenten gerichtlicher Auseinandersetzungen um Naturschutzbelange in der Energiewende?

Als typische Kontrahenten gerichtlicher Auseinandersetzungen konnten für alle vier untersuchten erneuerbaren Energieträger natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts sowie Personengesellschaften und Genehmigungsbehörden identifiziert werden. Dabei sind die zu betrachtenden Konstellationen jedoch unterschiedliche. Natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts sowie Personengesellschaften können als Befürworter (dann in der Rolle eines potenziellen Anlagenbetreibers) oder als Gegner eines Vorhabens (dann in der Rolle eines ggf. in seinen Rechten beeinträchtigten Dritten) auftreten. In Bezug auf Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft und Windenergie können die Seite des Gegners der Anlage auch Vereinigungen und Verbände einnehmen. Bei Biomasse- und Windenergieanlagen stehen sich auf der Planungsebene häufig natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts sowie Personengesellschaften auf der einen Seite und Gemeinden oder sonstige Planungsträger (in Bezug auf die Regionalplanung) auf der anderen Seite gegenüber. Für die regionalplanerische Steuerung von Windenergieanlagen lassen sich auch gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen Gemeinden und Plangeber identifizieren.

Wie ist deren Prozessstärke einzuschätzen?

Eine pauschale Aussage hierzu lässt sich nicht treffen. Entscheidend ist die jeweilige Sachkonstellation. Auch ist zwischen den Energieträgern zu unterscheiden.

Gibt es typische Gewinner gerichtlicher Auseinandersetzungen?

Ein typischer „Gewinner" oder „Verlierer" konnte für die vier untersuchten erneuerbaren Energieträger nicht identifiziert werden. Dafür sind die jeweiligen Konflikte auch zu speziell und zum Teil einzigartig. Weder „gewinnt" immer die Behörde oder der Umweltverband noch „verliert" stets der Gegner einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien oder umgekehrt. Allenfalls für bestimmte Fallkonstellationen lassen sich Aussagen treffen. So wurden im hier untersuchten Umfang Verfahren, die eine Anlagenerrichtung oder eine Anlagenänderung ohne Genehmigung (Solaranlage, Wasserkraftanlage) zum Gegenstand hatten, immer zugunsten der Behörde entschieden. Auch scheinen potenzielle Windkraftanlagenbetreiber häufig mit ihren Normenkontrollanträgen gegen Konzentrationszonenplanungen durchzudringen, was jedoch vor allem daran liegt, dass die jeweiligen Planungsträger Fehler in der Planungsaufstellung begehen, die zum Teil einfach zu rügen sind.

Welche Konfliktinhalte wurden im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung von den Akteuren kommuniziert, sofern aus den Urteilen erkennbar?

Vielfach lassen sich die im Vorfeld einer gerichtlichen Entscheidung geäußerten Konfliktinhalte der Tatbestandsschilderung in der Entscheidung entnehmen. Dies gilt sowohl für erstinstanzliche als auch für obergerichtliche Entscheidungen. Eine pauschalisierte Aussage auf alle Energieträger bezogen kann hier nicht getroffen werden.

Wie wurden Informationen mitgeteilt? Wie wurden sie jeweils verarbeitet und welche Schlüsse wurden gezogen?

Informationen werden auf der Planungsebene vor allem über die Beteiligungsmöglichkeiten bei der Planerstellung weitergegeben. Hier kann es zu einem mehrmaligen Austausch kommen, wenn die Planung ggf. mehrfach geändert wird. Schließlich sind die der Planung zugrunde gelegten Informationen im Plan selbst, als auch im dazu verfassten Umweltbericht sowie der jeweiligen Begründung zu entnehmen. Wird ein Normenkontrollverfahren eingeleitet, werden von den jeweiligen Parteien Schriftsätze ausgetauscht, die die jeweiligen Positionen und Einwendungen darstellen und auf die der Gegenpartei reagieren.

Auf der Genehmigungsebene stellt der Vorhabenträger der Genehmigungsbehörde die Informationen zu seinem Vorhaben mittels Antragsunterlagen zur Verfügung. In einem förmlichen Verfahren werde diese auch der Öffentlichkeit – mit Ausnahme der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse – zugänglich gemacht. In einem nicht förmlichen Verfahren erfahren nur unmittelbare Nachbarn von dem Vorhaben. Soll gegen die Genehmigung vorgegangen werden, werden zunächst im Widerspruchsverfahren und sodann im Klageverfahren Schriftsätze ausgetauscht, die den Standpunkt der jeweiligen Seite darstellen und auf die Einwendungen und das Vorbringen der Gegenseite reagieren.

Gab es ein unterschiedliches Verständnis gesetzlicher und untergesetzlicher Regelungen oder gab es durchaus ein gemeinsames Verständnis (Verstehen als Voraussetzung gelingender Kommunikation)?

Hierzu kann keine allgemeine Aussage getroffen werden. In Bezug auf die Nutzung der Wasserkraft lag der Konflikt bei den Entscheidungen zum Restwasserabfluss trotz Vorliegens von Leitfäden zwischen Behörde und Anlagenbetreiber zum Teil in einem unterschiedlichen Verständnis von deren Anwendung. Auch in Bezug auf die Nutzung der Windenergie konnte ein unterschiedliches Verständnis bei der Bemessung der Ausgleichszahlungen von Landschaftsbildbeeinträchtigungen und bei der Anwendung artenschutzrechtlicher Leitfäden (Helgoland-Papier) als Konfliktgegenstand identifiziert werden. In Bezug auf die Biomassenutzung entzünden sich Streitigkeiten zum Teil an den Anforderungen für die Privilegierung dieser Anlagen im Außenbereich. Schließlich kommt es bei der Anwendung von Ausnahmeregelungen oder Befreiungsmöglichkeiten zu Streitigkeiten in Bezug auf das Ergebnis. In Bezug auf die planerische Steuerung von Windenergieanlagen war festzustellen, dass die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichtes von den Plangebern unterschiedlich angewandt wurden. Und auch die Zuordnung der Kriterien zu „harten“ und „weichen“ Tabuzonen ist auf Grund unterschiedlicher Einordnungen durch die Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe konfliktbehaftet.

Woran scheiterte eine Regelung ggf. trotz eines gemeinsamen Verständnisses? Waren Versäumnisse nur noch mit größerem zeitlichen und finanziellen Aufwand zu beheben (z. B. nachträgliche FFH-Verträglichkeitsprüfung) oder bestand eine Alternative gar nur noch im Abbruch des Vorhabens?

Hierzu lassen sich keine Aussagen treffen.

An wem und woran scheiterte eine gütliche Lösung des Konflikts?

Grund für das Scheitern einer gütlichen Lösung waren grundsätzlich unterschiedliche Interessenlagen, die durch die Planungsverfahren und Genehmigungsverfahren nicht gelöst werden konnten.

Literatur

- Anderer, Pia/Dumont, Ulrich/Massmann, Edith/Keuneke, Rita: Wasserkraftnutzung in Deutschland, Wasserrechtliche Aspekte, ökologisches Modernisierungspotenzial und Fördermöglichkeiten, UBA-Texte 22/2012.

- Bundesverband Windenergie: Ausbauzahlen für das erste Halbjahr 2017 in Deutschland – Windenergie an Land: Starker Ausbau im Übergang, deutliche Risiken in 2018/19. Abzurufen unter https://www.wind-energie.de/presse/presse-mitteilungen/2017/ausbauzahlen-fuer-das-erste-halbjahr-2017-deutschland-Windenergie (3.9.2017).

- Statista: Entwicklung der jährlich installierten Leistung von Photovoltaikanlagen in Deutschland in den Jahren 2000 bis 2016 (in Megawattpeak), abzurufen unter https://de.statista.com/statistik/daten/studie/29264/umfrage/neu-installierte-nennleistung-von-solarenergie-in-deutschland-seit-2004/ (3.9.2017).

- Statista: Installierte Leistung der Photovoltaikanlagen in Deutschland nach Bundesland im Jahr 2016 (in Megawattpeak), abzurufen unter https://de.statista.com/statistik/daten/studie/250881/umfrage/installierte-photovoltaikleistung-nach-bundesland/ (3.9.2017).

- Statista: Installierte Leistung von Biogasanlagen in Deutschland nach Bundesland im Jahr 2014 (in Megawatt), abzurufen unter https://de.statista.com/statistik/daten/studie/164248/umfrage/installierte-leistung-von-biogasanlagen-nach-bundesland-2010-11/ (3.9.2017).

- Statista: Installierte Nennleistung (kumuliert) der Onshore-Windenergieanlagen in Deutschland nach Bundesland im Jahr 2016 (in Megawatt), abzurufen unter https://de.statista.com/statistik/daten/studie/156586/umfrage/installierte-leistung-von-Windenergieanlagen-nach-bundesland/ (3.9.2017).

- Umweltbundesamt: Nährstoffeinträge aus der Landwirtschaft und Stickstoffüberschuss, abzurufen unter https://www.umweltbundesamt.de/daten/land-forstwirtschaft/landwirtschaft/naehrstoffeintraege-aus-der-landwirtschaft (3.9.2017).

- Umweltbundesamt: Nutzung von Flüssen: Wasserkraft, abzurufen unter https://www.umweltbundesamt.de/themen/wasser/fluesse/nutzung-belastungen/nutzung-von-fluessen-wasserkraft#textpart-1. (3.9.2017).

www.naturschutz-energiewende.de