

KEINE ANGST VOR WIND UND

**Windenergie und Naturschutz
zwischen Recht, Politik und Protest**

VON Klaus-Ulrich Battefeld

WETTER



**DISKUSSIONEN UM DAS SPANNUNGSFELD
WINDENERGIE UND NATURSCHUTZ SCHEINEN
IN DEUTSCHLAND VERSCHIEDENTLICH
ZUZUNEHMEN. PARLAMENTERISCHE
POLARISIERUNGEN UND EMOTIONAL ÜBERHÖHTE
MEDIALE BERICHTERSTATTUNGEN SIND SYMPTOME
DAFÜR. EIN UNKLARER RECHTSRAHMEN UND
DIVERGIERENDE WÜNSCHE DER BETROFFENEN
FÜHREN ZU UNTERSCHIEDLICHEN
ERWARTUNGSHALTUNGEN. EINER WEITGEHEND
HARMONISCHEN BEWERTUNG AUF
ÜBERGEORDNETER EBENE STEHEN VIELFACHE
LOKALE KONTROVERSEN GEGENÜBER. WIE KANN
MAN ÄNGSTE ABBAUEN?**

In den letzten Jahren spitzt sich – nicht nur, aber eben auch – in Hessen eine Diskussion um das scheinbar sehr bedeutsame Konfliktfeld Naturschutz und Windenergie zu. In Wahlkämpfen wurden die Slogans „Windkraft oder Naturschutz“ (Wiesbadenaktuell 2015) oder sogar

„Windkraft vor Naturschutz“ (AfD Hessen 2016) bemüht. Auch parlamentarisch wird das Thema, jedenfalls in Hessen, zur Positionierung und Polarisierung genutzt. Von 692 Kleinen Anfragen der Mitglieder der FDP-Fraktion während der 19. Legislaturperiode des Hessischen Landtags (2013 bis 2018) beschäftigten sich 52 mit Wind-

energiethemen. Bei der SPD waren es von 1.437 Kleinen Anfragen nur 15, bei der CDU von 65 Anfragen sieben, bei den LINKEN von 288 und bei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN von 48 Kleinen Anfragen keine zum Thema Windenergie (Hessischer Landtag 2018). Zum Vergleich: In der gesamten abgelaufenen 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages beschäftigte sich nur eine Kleine Anfrage im engeren Sinne mit Windenergieanlagen in Deutschland (Deutscher Bundestag, DIP 2018).

Dabei sind die für die Zulassungsverfahren maßgeblichen Rechtsvorschriften weitaus überwiegend Bundesgesetze, die von den Ländern lediglich anzuwenden sind: Das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) mit seinen zugehörigen Verordnungen, das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) und insbesondere das Baugesetzbuch (BauGB) sowie gegebenenfalls das Raumordnungsgesetz (ROG), soweit landes- oder regionalplanerische Festlegungen getroffen werden. Die maßgeblichen Regelungen sind sogar weitgehend abweichungsfest gegenüber Modifikationen durch die Länder. Eine bedeutende Ausnahme ist die Abstandsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB, nach der die Länder bis Ende 2015 Mindestabstände zwischen Siedlungen

und Windenergieanlagen definieren durften. Schließlich wenden die Länder diese Spielregeln entweder auf der Planungs- oder auf der Genehmigungsebene an, um geeignete Standorte für die Windenergienutzung zu identifizieren. Gäbe es Nachsteuerungsbedarf auf Bundesebene, müsste man dort deutlich größere konfliktgeladene Aktivitäten erwarten.



Bei den gemeinhin als Protagonisten des Umweltschutzes wahrgenommenen Gruppen, den Umwelt- und Naturschutzverbänden, sind die Positionen zur Vereinbarkeit von Windkraft und Naturschutz grundsätzlich eher positiv. Der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) meint auf Bundesebene, dass die Windenergie das Arbeitspferd der Energiewende sei. Dabei sieht er durchaus eine Vereinbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen, schränkt aber auch ein: „Leider stellen wir als BUND fest, dass sich Länderministerien, Windkraftplaner*innen, Kommunen und Genehmigungsbehörden nicht immer an die Bedingungen für einen naturverträglichen

WINDENERGIETHEMEN BEI KLEINEN ANFRAGEN

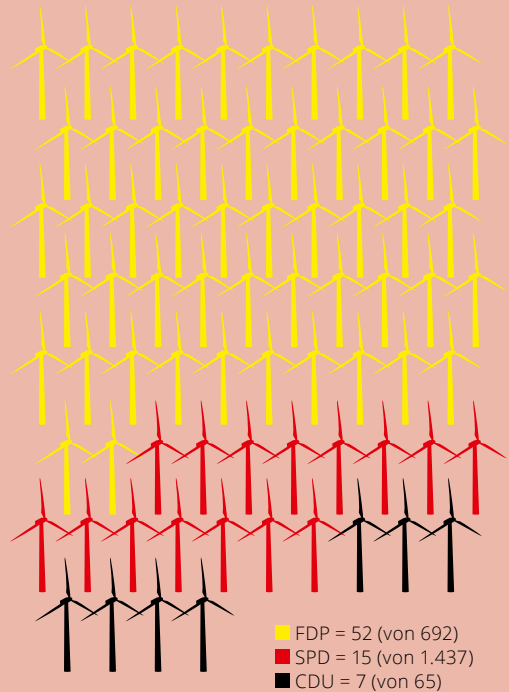
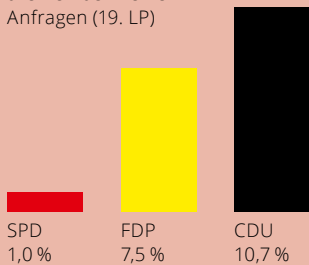
1

**ANFRAGE IN
18. LEGISLATURPERIODE
IM GESAMTEN
DEUTSCHEN BUNDESTAG**

74

**ANFRAGE IN
19. LEGISLATURPERIODE
IM HESSISCHEN LANDTAG**

Prozentualer Anteil
von Windenergie-
themen bei Kleinen
Anfragen (19. LP)



Ausbau halten. Dagegen geht der BUND politisch, medial und, wenn nötig und möglich, auch vor Gericht vor“ (BUND 2018). „Der NABU bekennt sich zur naturverträglichen Energiewende und betrachtet die Windenergie als ein bedeutendes Element bei der Erzeugung erneuerbarer Energien und als Beitrag zum Klimaschutz.“ Er mahnt aber auch auf Bundesebene an: „Aufgrund einer Vielzahl von Negativbeispielen, in denen Naturschutzziele beim Ausbau der Windenergie nicht ausreichend berücksichtigt wurden, muss die derzeitige Praxis des Ausbaus der Windenergie grundlegend auf den Prüfstand gestellt werden.“ (NABU 2018) Dazu hat der NABU auf Bundesebene ein Positionspapier verabschiedet (NABU 2016). Der Dachverband der Naturschutzorganisationen in Deutschland, der Deutsche Naturschutzring (DNR), hat seine aktuelle Position in einer Stellungnahme zur Änderung des BauGB formuliert, die darauf abzielte, Abstände zwischen Siedlungen und Windenergieanlagen landesrechtlich regeln zu lassen: „Es ist nicht ersichtlich, warum die Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich nach § 35 (1) Nr. 5 durch länderspezifische Regelungen eingeschränkt werden muss“ (DNR 2014).

Der Bundesverband Windenergie (BWE) stellt für die Windnutzerseite klar: „Eine zügige Energiewende trägt wesentlich zum Natur- und Artenschutz bei. Trotzdem entstehen auch durch die Errichtung von Windenergieanlagen neue Spannungsfelder in Sachen Natur- und Artenschutz, die im Planungs- und Bauprozess sowie während des Betriebs der Anlagen ernst genommen werden müssen.“ (BWE 2018) Er führt ferner aus: „Der BWE setzt sich für die angemessene Berücksichtigung der Arten- und Naturschutzziele bei der Planung von Windenergieanlagen ein“ (BWE 2018b). In seinen Publikationen lehnt er aber gleichzeitig überzogene oder zu pauschale Anforderungen ab.

Abgesehen von den Eingangsmerkungen sind also eigentlich seitens der „Profis“ keine grundsätzlichen Konflikte zu erwarten. Allerdings beschäftigt sich die Presse regelmäßig mit diesem anscheinend relevanten Konfliktthema, zumindest auf lokaler und regionaler Ebene. Durchsucht man den Zeitungskanal von Google („News“) mit den Suchworten „Windkraftanlagen“ und „Naturschutz“, bekommt man immerhin 14.100 Treffer. Bei cursorischer Durchsicht ist der Bezug regelmäßig ein lokaler oder regionaler. In der überörtlichen Presse oder aus einer überörtlichen Sicht

DIE ARGUMENTATIONS- GRUNDLAGE MUSS FAKTENBASIIERT SEIN.

sind die Kontroversen deutlich seltener beschrieben. Anscheinend kommt es zunehmend auf die örtliche Betroffenheit und die „richtige Perspektive“ an. Dabei werden Berichte häufig emotional aufgeladen. DIE WELT überschreibt ihren Artikel zum Beispiel am 27. April 2018 „Grimms Märchenwald wird Opfer der Energiewende“ (DIE WELT 2018). Dabei beschreiben die einleitenden Worte mitnichten die künftigen geplanten Standorte von Windenergieanlagen: „Es ist ein märchenhafter Wald voller knorriger, jahrhundertealter Baumriesen, seltener Tiere und sagenhafter Burgen. Die Heimat von Grimms Märchen beherbergt mit dem Urwald Sababurg das älteste Naturschutzgebiet des Landes und entlang der Weserhänge alte Laubbäume mit wertvollen Lebensräumen für geschützte Arten und einem einzigartigen Natur-

waldreservat.“ Das politische Fernsehmagazin Frontal21 beschäftigte sich im ZDF mit demselben Projekt und fokussierte die Berichterstattung ebenfalls auf Bereiche, die nicht zur Projektrealisierung anstehen. Die Zulassungsbehörde bekam jeweils keine Möglichkeit zur Klarstellung. Die Hessische/Niedersächsische Allgemeine (HNA) berichtete ihrerseits über den WELT-Artikel und den Bericht in Frontal21 und ließ dort die Genehmigungsbehörde zu Wort kommen: Für Michael Conrad, Pressesprecher des Regierungspräsidiums Kassel, ist der Fernseh-Beitrag zu einseitig. „Aber wir haben auch nichts anderes erwartet“, sagt er. Der Beitrag strotze vor Fehlern und gravierenden Mängeln. So sei beispielsweise der fälschliche Eindruck erweckt worden, dass auch der Urwald Sababurg von den Windrädern beeinträchtigt werde“

(HNA 2018). Eher seltener sind Überschriften wie in der Süddeutschen Zeitung (SZ) vom 13. September 2018 „Fakten statt fühlen“ (SZ 2018).

Die Aufstellung einer faktenbasierten Argumentationsgrundlage ist deshalb wichtiger Gegenstand verschiedener Aktivitäten auf Bundes- und Landesebene. In Hessen hat im Auftrag des Wirtschaftsministeriums die Hessen-Agentur (heute Landes-EnergieAgentur) verschiedene öffentliche Veranstaltungen im Format „Bürgerforum Energieland Hessen“ sowie sogenannte „Faktenchecks“ durchgeführt. Die bisherigen Bürgerforen haben gezeigt, dass besonders zur Windenergie ein großer Informations- und Dialogbedarf besteht. Fragen zur Gesundheit, Wirtschaftlichkeit und zum Natur- und Umweltschutz tauchten in ähnlicher Weise in fast allen kommunalen Veranstaltungen auf. Deshalb wurden 2015 in fünf Faktenchecks zur Windenergie diese zentralen Fragen von renommierten Expertinnen und Experten auf Landesebene diskutiert und beantwortet. Die Ergebnisse wurden dann zusammengefasst und veröffentlicht (Hessen Agentur HA 2016). Inzwischen gestaltet das Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende bundesweit derartige Dialoge sowohl im Sinne einer



KLAUS-ULRICH BATTEFELD

Nach der Assistenz des Geschäftsführers der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Waldbesitzerverbände in Bonn wurde der Diplom-Forstwirt Klaus-Ulrich Battefeld stellvertretender Forstamtsleiter an der Bergstraße. Seit 1988 ist er Referatsleiter in der hessischen obersten Naturschutzbehörde. Derzeit leitet er das Referat für Naturschutzrecht beim Hessischen Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz in Wiesbaden. Er ist Mitglied im LANA-Ausschuss Eingriffsregelung und im Redaktionsbeirat der Zeitschrift Naturschutz und Landschaftsplanung.

Moderation als auch zum Zweck der Fachinformation.

Aus der Sicht einer obersten Naturschutzbehörde ist die subjektive Wahrnehmung einer unterschiedlichen Ausrichtung dieses Spannungsfeldes ein legitimes Recht der hier lebenden, arbeitenden und auch projektierenden Menschen. Diese unterschiedlichen subjektiven Wahrnehmungen, Perspektiven und Wunschvorstellungen verstellen allerdings gelegentlich den Blick auf die Fakten sowie die tatsächlich entscheidungserheblichen Kriterien.

WAS EIGENTLICH IST NATURSCHUTZ?

Mit dem Naturschutz ist es so ähnlich wie mit Schule oder Wald. Jeder hat dazu eine Meinung, der schon einmal in der Schule, im Wald oder in der Natur war. Dabei kann es leicht zu einer Polarisierung zwischen Menschen mit unterschiedlichen Vorstellungen kommen. Dies ist ein zunehmend bedeutsames politisches Phänomen, das nicht nur auf den möglichen Konflikt zwischen Naturschutz und Windkraft beschränkt auftritt. Nachvollziehbar, dass dabei Projektierer und künftige Betreiber einen anderen Blick auf die Natur

und das dort Mögliche haben, als die Menschen, die am künftigen Standort einer Windenergieanlage oder in dessen Umgebung leben. Beide Positionen beschreiben bei näherer Betrachtung Wunschvorstellungen. Die eine Seite wird möglicherweise von der Vorstellung getragen „hier ist alles möglich“. Die andere Seite kommt vielleicht zu dem Ergebnis „hier geht gar nichts“. Und beide ärgern sich, wenn der Rest der Bevölkerung ihre jeweilige Auffassung nicht teilt. Wie so häufig liegt die entscheidungsrelevante Position irgendwo dazwischen. Nicht ohne Grund gibt es dafür rechtliche Spielregeln, die bereits seit einiger Zeit existieren. Nach Artikel 20 des Grundgesetzes leben wir in einem demokratischen Rechtsstaat. Die Behörden sind dabei bei ihrem Handeln an Recht und Gesetz gebunden. Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Windenergieanlage in der Natur kommt es also nicht primär auf die Wunschvorstellung der Akteure an, sondern auf den durch Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung geprägten Entscheidungsrahmen. Um es kurz zu machen: Der für die Zulassung von Windenergieanlagen relevante Naturschutz ist eine gesellschaftliche Konvention, die sich im Fachrecht manifestiert. Die „Parallelwertung in der Laiensphäre“

ES BESTEHT EIN GROSSER INFORMATIONSDIALOGBEDARF.

spielt im Verwaltungsverfahren keine entscheidungserhebliche Rolle, dafür politisch umso mehr. Dies gilt jedenfalls solange, bis sich ggf. eine andere Mehrheit einstellt, die Parteien wählt, die diesen aktuellen rechtlichen Handlungsrahmen wieder ändern.

WER SCHÜTZT DIE LANDSCHAFT?

Die für die alltägliche Bewertung von Natur und Landschaft bedeutsame Rechtsvorschrift steht gar nicht im Naturschutzgesetz, sondern in § 35 BauGB. Dieser nennt in Absatz 1 Vorhaben, die dafür bestimmt (privilegiert) sind, im Außenbereich errichtet zu werden. Das sind zum Beispiel Hochspannungsfreileitungen,

Vorhaben, die einem landwirtschaftlichen Betrieb dienen und eben auch Windenergieanlagen. Solaranlagen sind dagegen „sonstige Vorhaben“: Wer diese im Außenbereich genehmigt bekommen möchte, braucht einen Bebauungsplan. „Sonstige Vorhaben“ nach § 35 Abs. 2 BauGB „können“ im Außenbereich zugelassen werden, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden. Und die Natur kann sehr schnell beeinträchtigt werden – dann geht nichts mehr. Außerdem hat die Behörde hier ein Genehmigungsermessen („kann“): Sie muss also nicht genehmigen. Im Gegensatz dazu hat der Bundesgesetzgeber für die privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB festgelegt, dass ein Anspruch auf Genehmigung solange besteht, wie

öffentliche Belange nicht „entgegenstehen“. Und das ist ein großer Unterschied zu „beeinträchtigen“ – hier werden die Worte auf die Goldwaage gelegt.

Warum betone ich den Unterschied? Eigentlich sind fast überall Windenergieanlagen baurechtlich zuzulassen, es sei denn, es stehen im Einzelfall ganz konkrete öffentliche Belange entgegen. Dies könnte einen ziemlichen Wildwuchs an Windenergieanlagen bedeuten. Deshalb hat Hessen eine Möglichkeit des Raumordnungsgesetzes genutzt und selbst – zumindest für die Zukunft – zwei Prozent der Landesfläche identifiziert, in denen Windenergieanlagen zulässig sein sollen. Auf den übrigen Flächen sollen Windenergieanlagen zukünftig unzulässig sein. In Nord- und Mittelhessen ist dieser Prozess mit dem Beschluss über die Teilregionalpläne Energie inzwischen abgeschlossen, nur in Südhessen steht der Beschluss über den Plan noch aus.

Für die Bürgerin oder den Bürger bleibt dies schließlich die einzige Möglichkeit, von einer Windenergieanlage verschont zu bleiben, weil diese Planungen letztlich alle relevanten Raumwiderstände antizipieren. Wenn Menschen die Regionalpläne ablehnen, weil sie aus subjektiver Bewertung Windenergieanlagen

scheinbar ermöglichen, dann geht dies an der Rechtslage vorbei.

Ein Kernpunkt der Probleme: Gerade der für die dort lebenden Menschen im Vordergrund der Bewertung stehende Belang des Landschaftsbildes ist gemessen an § 35 BauGB und dem Naturschutzrecht das schwächste Argument. Zwar gibt es landesweit sehr viele – im Sinne des Bau- und Naturschutzrechts – schützenswerte Kultur- und naturnahe Landschaften. Dies relativiert gleichzeitig ihren Wert, soll § 35 BauGB nicht sinnentleert werden. Nur wenige Landschaften haben einen derartig herausragenden Wert, dass sie der Errichtung von Windenergieanlagen rechtlich entgegenstehen können: Dies können zum Beispiel Welterbe-Flächen sein, nationale Naturmonumente oder bedeutsame Kulturdenkmale einschließlich ihrer Umgebung. Die von vielen Bürgerinnen und Bürgern geforderte „Abwägung“ zwischen den Belangen der Landschaft und der Energie ist im bau- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren nicht vorgesehen. Sie kann nur in einem Planungsschritt mit eigener Abwägungsgrundlage erfolgen. Dies kann beispielsweise die Aufstellung eines Regional- oder Flächennutzungsplans sein.

ABER DIE ARTEN MÜSSEN DOCH GESCHÜTZT WERDEN

Spätestens seit den ersten Hamstern, die irgendwo Baugebiete (scheinbar) verhindern konnten, gibt es Versuche, den europäischen Artenschutz gegen irgendwelche Projekte zu instrumentalisieren, gegen die mit anderen Gründen nicht zu punkten war. Wenn schon der Schutz der Landschaft nicht ausreichte, muss es nun die Fledermaus oder der Rotmilan richten. Das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1

BNatSchG steht scheinbar apodiktisch im Raum. Auch hier gehen die Meinungen aber weit auseinander. Befürworter von Windenergieanlagen sehen im Artenschutz kein unüberwindbares Problem. Deren Gegner erhoffen sich ein solches. Biologen haben eine Vorstellung von einem Tötungsverbot (so steht es doch im Gesetz), Juristen haben (entgegen dem Wortlaut) eine inzwischen durchaus andere, durch die ständige Rechtsprechung der Gerichte gefestigte Sicht. Gerade aber das Fehlen eines einheitlichen und für



Bürgerinnen und Bürger, Befürworter und Gegner, Biologen und Juristen gleichermaßen verständlichen und nachvollziehbaren, also „adressatengerechten“ Maßstabs erschwert die Konsensbildung.

Ein zentrales Problem ist die rechtsgeschichtliche Entwicklung dieses Tötungsverbots. Das Verbot der Tötung geschützter Arten geht in die Anfänge des letzten Jahrhunderts zurück. Sowohl das Naturschutzgesetz des Volksstaates Hessen aus dem Jahr 1931 als auch das Reichsnaturschutzgesetz aus dem Jahr 1935 kannten ein solches Tötungsverbot. Beide waren damals auch wörtlich gemeint. Ebenso wörtlich erfolgte die Übernahme in das Bundesnaturschutzgesetz 1976, und die Tötungsverbote der europäischen Vogelschutzrichtlinie 1979 und der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie) 1992 lasen sich zunächst genauso. Bis der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 30. Januar 2002 in der Rs. C-103/00 – [Caretta caretta] feststellte, dass, im Ergebnis, das Störungsverbot auch einen Projektbezug haben kann. Es kommt nicht auf den finalen Akt an, sondern ein absichtlich herbeigeführtes Risiko reicht. Die sich daran anschließenden Diskussionen, was denn nun absichtlich sei und was nicht, sprengten in ihrer

akademischen Aufbereitung bereits den Erkenntnishorizont Normalsterblicher.

Einen Überblick aus der damaligen Sicht geben Bähr und Stürer (2006). Der Bundesgesetzgeber passte daraufhin das BNatSchG an und überließ letztlich die Umsetzung im Vollzug den Verwaltungsbehörden und Gerichten. Dies führte beim Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes (BayVGH) vom 28. Januar 2008 – 8 A 04.40023 – [Tierkollisionen] sogar zu der Annahme, dass es zwei Absichtsbegriffe geben müsse: „Hinsichtlich der FFH-Richtlinie meine ‚absichtlich‘ den Eventualvorsatz, hinsichtlich der EU-Vogelschutzrichtlinie könne ‚absichtlich‘ jedoch nur ein gezieltes Töten bezeichnen (Rdnr. 64)“. (Lau 2008) Die Wende bewirkte das Bundesverwaltungsgericht mit dem Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14.07 [Bad Oeynhausen]. Es bestätigte einen fachbehördlichen Beurteilungsspielraum bei der Prognose des Eintritts von Verbotstatbeständen und führte insbesondere zum signifikant erhöhten Tötungsrisiko aus: „Hiernach ist das Tötungsverbot nicht erfüllt, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung [...] kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht, mithin unter der

EIN ZENTRALES PROBLEM IST DIE ENTWICKLUNG DES TÖTUNGSVERBOTS.

Gefahrschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (z. B. von einem Raubvogel geschlagen werden)“ (Rdnr. 91). Diese Beurteilungsmaßstäbe wurden in der Folgezeit auch auf die Genehmigung von Windenergieanlagen übertragen. Den Stand der Rechtsentwicklung bis zum Juli 2016 beschrieben Dr. Ulrike Bick, Richterin am Bundesverwaltungsgericht in Leipzig, und Dr. Katrin Wulfert, Bosch & Partner GmbH Herne, anlässlich des

Deutschen Naturschutztags (Bick und Wulfert 2016). Sie haben diese wichtige und wertvolle Zusammenschau auch veröffentlicht (Bick und Wulfert 2017).

Diese Rechtsentwicklung fand ihren vorläufigen Abschluss in der sog. BNatSchG-Artenschutznovelle 2017, in der der Bundesgesetzgeber unter anderem durch eine Novelle des § 44 Abs. 5 BNatSchG das Tatbestandsmerkmal des signifikant erhöhten Tötungsrisikos festlegte (Deutscher Bundestag 2017). Das Bundesverwaltungsgericht hat mit dem Beschluss vom 8. März 2018 – 9 B 25.17 in Rdnr. 25 – bezugnehmend und aufbauend auf dieser neuen Rechtslage nochmals den Signifikanzansatz und ausdrücklich ferner bestätigt, „dass der



Planfeststellungsbehörde im Rahmen des § 44 Abs. 1 BNatSchG ein natur-schutzfachlicher Beurteilungsspiel-raum zusteht, der sich sowohl auf die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten als auch auf die Bewertung der Risiken bezieht, denen diese bei der Realisierung des Vor-habens ausgesetzt sind. Diese Ein-schätzungsprärogative gilt nur

solange, bis sich in der Wissenschaft ein bestimmter Maßstab durchgesetzt hat und gegenteilige Meinungen nicht mehr vertretbar sind. Auch bis dahin bleibt das Gericht stets verpflichtet, zu überprüfen, ob die konkreten arten-schutzrechtlichen Untersuchungen in ihrem methodischen Vorgehen und in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen,

die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen.¹

Dies ist insofern bemerkenswert, als 2018 das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) über zwei Verfassungsbeschwerden zu entscheiden hatte, die ausdrücklich die Zulässigkeit einer fachbehördlichen Einschätzungsprärogative bei der Beurteilung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos anzweifeln. Es handelte sich um Verfassungsbeschwerden zu der Frage, ob die Annahme einer nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbaren naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Behörde im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – BImSchG in Verbindung mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 des Bundesnaturschutzgesetzes – BNatSchG) mit Art. 19 Abs. 4, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 vereinbar ist (BVerfG 2018a). Dass dies ein heikles Thema ist, hatten bereits Jacob und Lau (2014) erläutert. Zu den Beschwerden haben der Deutsche Anwaltverein und die Bundesrechtsanwaltskammer Stellungnahmen an das BVerfG abgegeben. Die Bundesrechtsanwaltskammer geht mehr-

heitlich von einer Begründetheit der Verfassungsbeschwerde aus; eine Minderheit vertritt dagegen das Gegenteil (BRAK 2017). Der Deutsche Anwaltverein hält die Verfassungsbeschwerden für unbegründet (DAV 2017). Das BVerfG hat jetzt die Beschwerden zurückgewiesen. Gleichzeitig hat es „klargestellt, dass der Gesetzgeber in grundrechtsrelevanten Bereichen Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen ‚Erkenntnisvakuum‘ übertragen darf. Vielmehr muss er jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.“ (BVerfG 2018b). Wir dürfen gespannt sein, was der Gesetzgeber macht. Er könnte zum Beispiel § 54 BNatSchG um eine weitere Ermächtigung ergänzen und inhaltlich (wie schon BVerwG 2018) untergesetzlich in einer „TA Artenschutz“ auf Bernotat/Dierschke, *Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen*, 3. Fassung, Stand 20. September 2016, verweisen.

Spätestens an dieser Stelle wird klar, dass das vom Gesetzgeber

¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40.11 – Buchholz 406.25 § 6 BImSchG Nr. 6 Rn. 16, 19 f. m. w. N. (BVerwG 2018)

intendierte Tötungsverbot in der praktischen Anwendung alles andere als trivial ist. Aber nicht nur die rechtliche Seite ist problematisch. Naturschutzfachlich ist es schwer, mit wissenschaftlicher Genauigkeit zum Beispiel Rotmilane zu beobachten. Ein wesentliches Merkmal experimenteller wissenschaftlicher Arbeit in einem Labor wäre die Reproduzierbarkeit. Kartierungen von Vögeln in der Natur sind in aller Regel nicht reproduzierbar. Also kommt es im Sinne der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit darauf an, die Art der Kartierung zumindest durch Dokumentation sowohl der Habitatbedingungen als auch der kartierungstechnischen Rahmenbedingungen so zu konkretisieren und plausibilisieren, dass jedenfalls keine offensichtlichen Zweifel an der Kartierung begründet werden können. Das geht bei den Fledermäusen schon etwas einfacher. Die Rahmenbedingungen der Datenerfassung lassen sich elektronisch dokumentieren. In diesem Sinne ist es Aufgabe der Behörden, von Amts wegen und versehen mit einem Beurteilungsspielraum die Sach- und Rechtslage möglichst objektiv zu ermitteln. Dennoch sind der Objektivierung und Konsensbildung Grenzen gesetzt, da sie oft gar nicht das zentrale Problem darstellen.



EIN ANDERER LÖSUNGSANSATZ

Der Konflikt zwischen Windenergie und Naturschutz findet nicht auf Bundesebene, sondern lokal statt. Vielfach fehlt es den dort lebenden Menschen an den ausreichenden Kenntnissen, um Windenergieprojekte in allen Facetten beurteilen zu können, selbst wenn alle Gutachten vorlägen. Sie sind nämlich in keiner, für den Durchschnittsmenschen Vertrauen erweckenden Sprache geschrieben. Aber das ist noch das kleinere Übel. Viel wichtiger: Es fehlt oft die Akzeptanz zwischen den Beteiligten. Ich will dazu zwei Extrempositionen beschreiben: Es gibt Menschen, die neugierig, neophil sind. Und es gibt – als extremen Gegensatz – Menschen mit einer Neophobie. Wir können nicht davon ausgehen, dass alle Anwohnerinnen und Anwohner eines Windenergie-Standorts neugierig auf Windenergieanlagen sind. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) überschrieb einmal einen Artikel mit „Die Angst vor Neuem lässt kürzer leben“ (FAZ 2003). Wir sollten deshalb alle bestehenden Möglichkeiten nutzen, dass sich bei der Beurteilung von Windenergieanlagen möglichst niemand in einer

ES FEHLT OFT DIE AKZEPTANZ ZWISCHEN DEN BETEILIGTEN.

solchen Extremposition bewegt. Dazu ist es wichtig, dass die Akteure vor Ort im Gespräch zueinander finden. Dies ist nur mit Vertrauen möglich. Die lokale Bevölkerung wird aber den Projektierer zunächst als fremde und nicht abschätzbare Bedrohung empfinden. Da kommt etwas auf uns zu, was wir nicht kennen. Das ist so ähnlich wie die erste Führerscheinprüfung, wenn buchstäblich ein fremder Mensch vor der Tür steht. Ein konkreter Nutzen ist oft auch nicht erkennbar. Eine dann ganz logische und zwangsläufige Angstsituation und Abwehrhaltung lassen sich nur verhindern, wenn man die Bevölkerung „mitnimmt“. Das ist eine Bringschuld des Projektierers. Und das gilt genauso für Straßenbauprojekte wie für Windfarmen. Die besten Ergebnisse wird man

erreichen können, wenn für die Adressaten eine Win-Win-Situation absehbar ist. Ganz entscheidend ist dabei eine sachliche Berichterstattung in der veröffentlichten Meinung. Die Sach- und Rechtslage ist kompliziert genug und der Naturschutz ist oft nur ein vorgeschobenes Argument. Tröstlich: Die Studie Naturbewusstsein 2017 vom Bundesumweltministerium (BMU) und dem Bundesamt für Naturschutz (BfN) führt zum Ergebnis, dass die Zustimmung der Bevölkerung zur Energiewende insgesamt konstant auf hohem Niveau bleibt. (BMU und BfN 2018) ■