

nur die Vorgaben der KRK, so dass der Bezugspunkt für die Übertragung eines Teils der eigenen staatlichen Souveränität bereits in der Unterzeichnung der Konvention zu sehen ist.

Denn bereits die Erwägungsgründe der KRK enthalten den „Hinweis darauf, daß die Staaten nach der Charta der Vereinten Nationen und den Grundsätzen des Völkerrechts [...] die Pflicht haben, dafür zu sorgen, daß durch Tätigkeiten, die innerhalb ihres Hoheitsbereichs oder unter ihrer Kontrolle ausgeübt werden, der Umwelt in anderen Staaten oder in Gebieten außerhalb der nationalen Hoheitsbereiche kein Schaden zugefügt wird [...], um das Klimasystem für heutige und künftige Generationen zu schützen [...]“. Bereits vor diesem Hintergrund haben sie ihre Souveränität in einer Art und Weise eingeschränkt, die eine etwaige Rüge der Verletzung derselben nicht trägt.

### III. Zusammenfassung

Die Einbeziehung des internationalen Luftverkehrs in das EU ETS verstößt gegen keine der maßgeblichen internationalen Vorschriften und ist somit völkerrechtlich zulässig.

Wenngleich der Ausgang des Verfahrens für die erfassten Luftfahrzeugbetreiber ungewiss ist, haben sie mit Blick auf die z.B. gemäß Art. 16 Luftverkehrsrichtlinie drohenden Sanktionszahlungen bis hin zu der bestehenden Möglichkeit einer Betriebsuntersagung des betroffenen Luftfahrzeugbetreibers in betriebswirtschaftlich angemessener Weise nur die Möglichkeit, ihren jeweiligen Abgabeverpflichtungen aufgrund der erweiterten Emissionshandelsrichtlinie nachzukommen. Sollten die Kläger im Hinblick auf die vorgebrachte Verletzung der Art. des ChA unterliegen, jedoch entgegen der hier vertretenen Ansicht im Hinblick auf die Normen des OSA obsiegen, würde sie zwar ihren Feldzug gegen die Anwendung des EU ETS auf

USA Airlines gewinnen, jedoch ihren Kampf gegen die Rechtmäßigkeit des EU ETS in Gänze verlieren. Das Unterliegen im Hinblick auf die Normen des ChA würde zunächst bedeuten, dass die Umsetzung der umweltpolitischen Zielsetzung der EU, die auch gerade mithilfe der Einbeziehung des internationalen Luftverkehrs in das EU ETS erreicht werden soll, nicht gefährdet wäre. Ein Obsiegen in Bezug auf die Normen des OSA hingegen bürge keinen Anlass zur Freude. Das wäre ein Rückschlag im Kampf gegen die globalen Klimaauswirkungen. Denn auf bilateraler Ebene könnten andere Luftverkehrsbetreiber aus Nicht-EU-Staaten dazu angeregt werden, ebenso auf der Grundlage ihres Abkommens gegen die Einbeziehung in das EU ETS vorzugehen. Die Folge wäre, dass der Luftraum außerhalb der EU unberücksichtigt bliebe und so die Luftverkehrsbetreiber ihre Routen außerhalb der Grenzen der EU legen könnten. Auch eine andere denkbare Variante, dass die Nicht-EU-Luftfahrzeugbetreiber dennoch über EU-Territorium flögen, wäre problematisch. Denn die über Nicht-EU-Territorium ausgestoßenen Emissionen dürften konsequenterweise nicht in eine etwaige Abgabeverpflichtung eingerechnet werden. Diese genauen Emissionswerte für die innerhalb der EU zurückgelegte Wegstrecke zu berechnen, wäre nahezu unmöglich, da die Emissionen bei Luftfahrzeugen beim Start- und Landevorgang wegen des hohen Verbrauchs von Treibstoff am höchsten ist und der Treibstoffverbrauch während des Fluges auf der Reiseflughöhe von verschiedenen Klimafaktoren abhängt. Jedem Profitstreben zum Trotz wäre es so nur eine Frage der Zeit, bis die bislang erreichten Emissionsbegrenzungs- und Reduktionsbestrebungen aufgezehrt und die sich jüngst auf dem Klimagipfel in Cancún abzeichnende Entwicklung, nach dem zwei Grad erstmals international als angestrebte Höchstgrenze für den Temperaturanstieg akzeptiert wurde, in unerreichbare Ferne gerückt ist. Ein lediglich – wenn überhaupt – potemkinsches EU ETS-Konstrukt bliebe übrig.

*Dr. Bernd Thyssen\**

## „Rückenwind?“ – Bewältigung der Herausforderungen in Genehmigungsverfahren zum Ausbau der Windenergie

### I. Überblick

Angesichts aktueller Bemühungen zum Klimaschutz und spätestens nach dem Atom-Unfall in Fukushima am 11.3.2011 ist das Interesse an erneuerbaren Energien spürbar gewachsen. Jetzt soll nach den politischen Ankündigungen der Weg vor allem für den Ausbau der Windenergie freigemacht werden. Die gesteigerte Akzeptanz im po-

litischen Bereich zeigt sich auch darin, dass sich auch Spitzenpolitiker aus der Landes- und Bundespolitik neuerdings gern bei der Inbetriebnahme neuer Windparks zei-

\* Rechtsanwalt Dr. Bernd Thyssen, Kanzlei Dr. Thyssen – Umwelt und Planungsrecht – betreut für Vorhabensträger verschiedene Windparkprojekte im Binnenland und im Offshore-Bereich. Dr. Thyssen ist auch Mitglied des juristischen Beirats des Bundesverbands Windenergie.

gen.<sup>1</sup> Dies deutet auf beste Bedingungen hin, mit Vorhaben zum Ausbau der Windenergie an den Start zu gehen.

Tatsächlich sind aber die Anforderungen an die Genehmigung solcher Anlagen in den Genehmigungsverfahren nach Immissionsschutzrecht in den letzten Jahren deutlich gestiegen. Neben den Anforderungen des Immissionsschutzrechts (dazu nachfolgend II.), ergeben sich Genehmigungshindernisse insbesondere oft aus planungsrechtlichen Vorgaben bzw. dem Baurecht (dazu III.) sowie aus den gestiegenen Anforderungen des Naturschutzrechts (dazu IV.).

## II. Immissionsschutzrecht

### 1. Allgemeines

Windenergieanlagen gehören – sofern sie, wie heute üblich, eine Gesamthöhe von 50 m überschreiten<sup>2</sup> – nach § 4 Abs. 1 BImSchG in Verbindung mit Nummer 1.6 Spalte 2 des Anhangs der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) zu den genehmigungsbedürftigen Anlagen und werden daher durch eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zugelassen.

Ob ein förmliches Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG oder ein vereinfachtes Verfahren nach § 19 BImSchG durchzuführen ist, richtet sich nach der Zuordnung zur ersten oder zweiten Spalte des Anhangs zur 4. BImSchV. Nach der dortigen Nummer 1.6 sind Windenergieanlagen der zweiten Spalte zuzuordnen und im vereinfachten Verfahren gemäß § 19 BImSchG zu genehmigen, wenn nicht für das Vorhaben die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c UVPG).

Die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung setzt voraus, dass durch Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen keine schädlichen Umweltwirkungen hervorgerufen werden (§ 5 Abs. 1 Satz 1 BImSchG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG). Unter diesen versteht man besonders Immissionen, die nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 Abs. 1 BImSchG). Daneben dürfen der Errichtung und dem Betrieb der Anlagen keine anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG).

Relevante Anlagenwirkungen im Hinblick auf den Schutz von Nachbarn sind dabei insbesondere Geräuschimmissionen (dazu 2.), Lichteffekte (dazu 3.), die aus dem Gebot nachbarlicher Rücksichtnahme hergeleitete sog. „optisch bedrängende Wirkung“ (dazu 4.) und mögliche Unfallgefahren (dazu 5.).

### 2. Anforderungen an den Schutz vor Schallimmissionen

Die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm)<sup>3</sup> legt Immissionsrichtwerte fest, die entsprechend der in der Baunutzungsverordnung (BauNVO) vorgesehene Typisierung nach der Art der baulichen Nutzung und der Schutzwürdigkeit des jeweiligen Gebiets differenzieren. Danach ergeben sich etwa für reine Wohngebiete sehr viel strengere Anforderungen in Bezug auf den Geräuschimmissionsschutz, als für Industrie- oder Gewerbegebiete. Eine (deutliche) Überschreitung der Vorgaben dieser Immissionsrichtwerte begründet nach der Wertung der TA Lärm bereits eine schädliche Umweltauswirkung, die von den Gerichten als unzumutbar angesehen wird.<sup>4</sup>

Es ist heute als hinreichend geklärt anzusehen, dass die Zumutbarkeit der von Windenergieanlagen ausgehenden Immissionen in Anlehnung an die Richtwerte der TA-Lärm zu beurteilen ist.<sup>5</sup> Ebenso geklärt ist die geringere Schutzwürdigkeit der Wohnbebauung im Außenbereich, in einem Bereich also, der gerade nicht vorrangig für Wohnzwecke bestimmt ist. Vielmehr ist die mit Emissionen verbundene Nutzung der Windenergie planerisch zur Vermeidung von Nutzungskonflikten mit der Wohnbebauung ausdrücklich dem Außenbereich zugewiesen (vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB). Demzufolge kann sich ein „im Außenbereich Wohnender ... bezüglich etwaiger Lärmbelastigungen ... allenfalls auf die Einhaltung der für Mischgebiete erarbeiteten Schallgrenzwerte berufen, also auf die Werte 60 dB(A) tags sowie 45 dB(A) nachts“<sup>6</sup>. Eine Heranziehung weitergehender Lärmschutzanforderungen für ein Wohngebäude im Außenbereich ist daher entgegen der wiederkehrenden Forderungen von Anwohnern nicht erforderlich. Strengere Werte gelten vor allem für Wohngebiete, wo der kritische Nachwert 40 dB(A) für allgemeine Wohngebiete und für reine Wohngebiete sogar 35 dB(A) beträgt.

1 So waren jüngst zur Inbetriebnahme des Offshore-Windparks Baltic I auch Bundeskanzlerin Merkel und der Ministerpräsident Mecklenburg-Vorpommerns, Selling, gekommen.

2 Die nur noch selten errichteten Windenergieanlagen mit einer geringeren Höhe bedürften dagegen einer baurechtlichen Genehmigung entsprechend den Landesbauordnungen.

3 Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz vom 26. August 1998.

4 Vgl. BVerwG, Urteil vom 29.8.2007 – 4 C 2.07, DVBl. 2007, 1564 (1565).

5 Vgl. etwa: BVerwG, Urteil vom 29.8.2007 – 4 C 2.07, DVBl. 2007, 1564 (1565); BayVGH, Beschluss vom 21.12.2010 – 22 ZB 09.1682, Rn. 9 (zitiert nach Juris), OVG Koblenz, Urteil vom 12.6.2003 – 1 A 11127/02; NuR 2003, 768 (769); OVG Greifswald vom 8.3.1999, NuR 1999, 654 (654); OVG Lüneburg vom 18.12.1998 – 1 M 4227/98, BauR 1999, 621 (623); OVG NRW, Urteil vom 18.11.2002 – 7 A 2127/00, NuR 2003, 570 (571); OVG NRW vom 13.7.1998 – 7 B 956/98, BauR 1998, 1212 (1213 f.).

6 So OVG Greifswald vom 8.3.1999, NuR 1999, 654 (654); ebenso OVG Koblenz, Urteil vom 12.6.2003 – 1 A 11127/02; NuR 2003, 768 (769); OVG NRW vom 18.11.2002, NuR 2003, 570 (571).

In der Rechtsprechung wird für die Zulassung von Windenergieanlagen die Vorlage einer „auf der sicheren Seite“ liegenden Prognose gefordert, mit der nachgewiesen wird, dass die genannten Zumutbarkeitsgrenzen eingehalten werden.<sup>7</sup> Dazu muss die Prognose methodisch fehlerfrei erstellt worden sein und es ist Unsicherheiten bei der Ausbeutungsrechnung oder der Serienstreuung der Anlagen durch geeignete Sicherheitszuschläge Rechnung zu tragen.<sup>8</sup>

Es ist auch anerkannt, dass mithilfe von lärmreduzierenden Schutzauflagen im Rahmen von Genehmigungsentscheidungen gewährleistet werden kann, dass prognostizierte Schallimmissionswerte eingehalten werden.<sup>9</sup> Als geeignetes Mittel wird hier etwa die Festschreibung des der Schallimmissionsprognose zugrunde liegenden Schallleistungspegels der Windenergieanlage genannt.<sup>10</sup> Ergänzt wird dies oft auch durch die Anordnung einer akustischen Abnahmemessung, mit der der Nachweis geführt werden soll, dass die Emissionsdaten der Anlagen nicht höher sind als diejenigen, die der Genehmigung zugrunde gelegt werden.<sup>11</sup> Hierzu soll das Geräuschemissionsverhalten der Anlage im gesamten Arbeitsbereich bis zum Erreichen einer Windgeschwindigkeit von 10 m/s in 10 m Höhe bzw. bis zum Erreichen der Nennleistung ermittelt werden.<sup>12</sup>

Die teilweise erhobene Forderung, zur Sicherung zumutbarer Schallimmissionen Mindestabstände zur Wohnbebauung einzuhalten<sup>13</sup>, geht über das Erforderliche deutlich hinaus und trägt den unterschiedlichen Emissionswerten verschiedener Anlagentypen und der fortschreitenden Anlagenentwicklung unzureichend Rechnung. Feste Abstandswerte sind schon deshalb nicht sinnvoll, da moderne Anlagen einerseits leiser werden, andererseits aber auch höhere Leistungs- und Größenklassen erreichen.

Auch aus den Regelungen zu Mindestabständen auf die Abstandsbestimmungen des Windkraftanlagen-Erlasses NRW<sup>14</sup> folgt für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren kein Erfordernis zur Festlegung von Mindestabständen, da es hier um „Vorbeugenden Immissionsschutz in der Planung“, geht, also gerade die Ausweisung von Vorrangzonen für die Windenergienutzung, die nicht unmittelbar im Genehmigungsverfahren zu beachten sind.<sup>15</sup> Die hier genannten Abstände zur Wohnbebauung von 1.500 m für einen Windpark ließen sich gerade in den dichter besiedelten Bundesländern kaum noch verwirklichen.

Anders als bei älteren Windenergieanlagen weisen die heute produzierten Anlagen im Geräuschbild keine Ton- oder Impulshaltigkeit mehr auf, die einen Tonzuschlag rechtfertigen würde; Anlagen die hier auffällig wären, dürften dem aktuellen Stand der Technik nicht mehr entsprechen.<sup>16</sup> Regelmäßig wird durch Vermessungen auch nachgewiesen, dass es keine derartige Ton-, Informations- oder Impulshaltigkeit gibt.<sup>17</sup>

Auf der Grundlage von § 17 Abs. 1 Satz 2 BImSchG können auch nachträgliche Bestimmungen zur Gewährleistung ausreichenden Immissionsschutzes getroffen werden. Danach soll die zuständige Behörde für den Fall, dass nach Erteilung der Genehmigung festgestellt wird, dass die

Nachbarschaft nicht ausreichend vor schädlichen Umweltauswirkungen oder erheblichen Belästigungen geschützt ist, nachträgliche Anordnungen treffen. Damit wäre eine Vorsorge auch für den Fall verbunden, dass sich – entgegen der Schallimmissionsprognose – zu hohe Schallemissionen ergeben sollten.

### 3. Zumutbarkeit von Lichteffekten durch Windenergieanlagen

#### a. Allgemeines

Bei der Planung von Windenergieanlagen ist auch dafür Sorge zu tragen, dass Immissionen in Form von Lichteffekten auf das Grundstück von Nachbarn nicht in einem unzumutbaren Rahmen auftreten können. Eine Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass verbindlich normierte Regelungen, wie sie für die Geräuschemissionen bestehen, für die maximal zulässigen Schattenwurfzeiten bzw. das Maß zumutbarer Lichteffekte nicht bestehen. Zu betrachten sind hier die Auswirkungen des von den Anlagen ausgehenden periodischen Schattenwurfs und sonstige Lichteff-

7 BVerwG, Urteil vom 29.8.2007 – 4 C 2.07, DVBl. 2007, 1564 (1565); BayVGh, Beschluss vom 21.12.2010 – 22 ZB 09.1682, Rn. 8 (zitiert nach Juris). OVG NRW vom 13.7.2006 – 8 B 39/06, NVwZ 2007, 967 (968); OVG NRW, Urteil vom 18.11.2002 – 7 A 2127/00, NuR 2003, 570 (574)).

8 Vgl. dazu etwa OVG NRW vom 13.7.2006 – 8 B 39/06, NVwZ 2007, 967 (968).

9 Vgl. etwa OVG NRW vom 13.7.1998 – 7 B 956/98, BauR 1998, 1212 oder BVerwG, Urteil vom 29.8.2007 – 4 C 2.07, DVBl. 2007, 1564 (1566).

10 OVG NRW, Urteil vom 18.11.2002 – 7 A 2127/00, NuR 2003, 570 (574).

11 OVG NRW, Beschluss vom 7.1.2008 – 8 A 1319/06.

12 Vgl. etwa Ziffer 5.1.1 WKA-Erlass NRW.

13 Scheidler, Immissionsschutzrechtliche Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen, I + E – Zeitschrift für Immissionsschutzrecht und Emissionshandel, 2011, 83 (86).

14 Ziffer 8.1.1 des gemeinsamer Runderlasses des Ministeriums für Bauen und Verkehr – VI A 1 – 901.3/202, des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz – VII 8 – 30.04.04 und des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie – IV A 3-00.19 – vom 21.10.2005 (Grundsätze für Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen – WKA-Erlass) (MBl. NRW S. 1288).

15 Die übersieht Scheidler (Immissionsschutzrechtliche Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen, I + E – Zeitschrift für Immissionsschutzrecht und Emissionshandel, 2011, 83 (86)).

16 Vgl. Windkraftanlagenerlass NRW, Ziffer 5.1.1: Danach entsprechen neue Anlagen, bei denen ein Tonalitätszuschlag zu machen ist, nicht dem Stand der Technik.

17 Anders Scheidler, Immissionsschutzrechtliche Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen, I + E – Zeitschrift für Immissionsschutzrecht und Emissionshandel, 2011, 83 (86), der ausführt, die Geräusche würden werden als „dumpfer anhaltender Ton“ oder „an- und abschwelliger Heulton“ beschrieben. Diese Umschreibung mag für ältere Anlagen teilweise zutreffend gewesen sein, ist aber durch die Anlagenentwicklung überholt.

fekte, wie möglichen Reflexionen, die als sog. Diskoeffekt bekannt sind, sowie Auswirkungen durch die Nachtkennzeichnung der Anlagen.

#### b. Schattenwurf

Das OVG NRW hat sich in der Entscheidung vom 13.7.1998<sup>18</sup> mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine allgemeine Festlegung von Grenz- bzw. Anhaltswerten für den Schattenwurf von Windenergieanlagen sinnvoll sei, wobei entsprechend den Empfehlungen einer Experten-Gruppe des Staatlichen Umweltamtes Schleswig als Anhaltswerte eine Schattenwurfdauer von maximal 30 Stunden im Jahr und/oder 30 Minuten am Tag vorgesehen sind. Bei dieser Betrachtung wird eine sog. „worst case“-Betrachtung angestellt, bei der permanenter Sonnenschein und kein Stillstand der Anlage bei gleichzeitig guten Windverhältnissen unterstellt wird. Das Oberverwaltungsgericht hat jedoch in der angesprochenen Entscheidung offengelassen, ob die genannten Anhaltspunkte als verbindlicher Maßstab geeignet seien. Dies insbesondere auch deshalb, weil es an gesicherten Erkenntnissen zu den gesundheitlichen Folgen von Schattenwurfeffekten, insbesondere mit Blick auf die abrupten Hell-Dunkel-Veränderungen, fehle. Die genannten Anhaltswerte entsprechen dennoch auch weiteren Entscheidungen in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>19</sup>

Diese in der Rechtsprechung entwickelte Begrenzung auf 30 Stunden pro Kalenderjahr bzw. 30 Minuten pro Tag entspricht auch dem Windkraftanlagen-Erlass NRW 2005<sup>20</sup>. Danach muss durch eine Auflage in der Genehmigung sichergestellt werden, dass diese Werte nicht überschritten werden. Dabei soll die astronomisch maximal

mögliche Beschattungsdauer von 30 Stunden je Kalenderjahr einer tatsächlichen Beschattungsdauer von 8 Stunden pro Jahr entsprechen. Insofern soll durch eine Abschaltautomatik, die meteorologische Parameter berücksichtigt, die tatsächliche Beschattungsdauer auf 8 Stunden pro Jahr begrenzt werden.

#### c. Reflexionen („Disko-Effekt“)

Neben dem durch die Rotoren verursachten Schattenwurf werden von den Gerichten auch mögliche wechselnde Reflexionen durch das Sonnenlicht<sup>21</sup> sowie die Wirkungen der Nachtkennzeichnung<sup>22</sup> solcher Anlagen betrachtet. Nicht nur Schattenwurf könne zu unzumutbaren Beeinträchtigungen führen, sondern auch ein möglicher Disko-Effekt. Dieser zeichnet sich durch Lichtblitze aus, die als Folge von Reflexionswirkungen in Abhängigkeit vom Glanzgrad und Farbe der Rotorblattoberflächen entstehen.

Als Schutzvorkehrung gegen den Disko-Effekt wird in der Rechtsprechung eine Bestimmung in der Genehmigung für ausreichend gehalten, die eine Mattlackierung der Rotorblätter festlegt, mit der die Reflexionen verhindert werden können.<sup>23</sup> Eine derartige Mattlackierung ist heute üblich geworden, so dass der Disko-Effekt praktisch nur noch bei älteren Anlagen vorkommen wird.

#### d. Nachtkennzeichnung

In den Auseinandersetzungen um Windenergieanlagen ist auch die Frage einer möglichen Belästigung durch die Nachtkennzeichnung – in Form eines rot blinkenden Gefahrenfeuers – als Folge der heute größer werdenden Anlagen zunehmend bedeutsam, da die Kennzeichnung zur Warnung des Luftverkehrs regelmäßig erforderlich ist.

Die dadurch auftretenden Lichteffekte werden von den Gerichten bislang aber durchweg als zumutbar angesehen.<sup>24</sup>

## 4. Optisch bedrängende Wirkung

Die Frage der optischen Wirkung von Windenergieanlagen auf Nachbarn bzw. die Frage, wann von Windenergieanlagen eine beachtliche optisch beeinträchtigende Wirkung ausgeht, hat in den letzten Jahren die Gerichte zunehmend beschäftigt. Die sog. optisch bedrängende Wirkung wurde von den Obergerichten zunächst unterschiedlich dahingehend bewertet, ob eine solche lediglich optische Beeinträchtigung überhaupt rechtlich bedeutsam sein kann. Während teilweise eine solche Wirkung zunächst als generell unbeachtlich im Rahmen der Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen bzw. entgegenstehender Belange angesehen wurde,<sup>25</sup> wurde vom Oberverwaltungsgericht NRW hier ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme als relevant angesehen, aber jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die Abstände zur Wohnbebauung mehr als 300 m betragen.<sup>26</sup>

18 OVG NRW vom 13.7.1998 – 7 B 956/98, Baurecht 1998, 1212 (1216).

19 Etwa: OVG NRW, Beschluss vom 14.6.2004 – 10 B 2151/03, NWVBl. 2005, 194; OVG Lüneburg, Beschluss vom 15.3.2004 – 1 ME 45/02, NuR 2005, 262 (263); VG Würzburg, Beschluss vom 22.11.2010 – W 4 S 10.1139, Rn. 24 (zitiert nach Juris); VG Ansbach, Beschluss vom 7.12.2009 – AN 11 S 09.02192, Rn. 69 (zitiert nach Juris); VG München, Urteil vom 12.11.2009 – M 11 K 09.1370, Rn. 21 (zitiert nach Juris).

20 Ziffer 5.1.2.

21 OVG NRW vom 13.7.1998 – 7 B 956/98, Baurecht 1998, 1212 (1214), ähnlich auch OVG Lüneburg vom 15.10.98 – I M 3774/98; zur Störung durch den sog. „Diskoeffekt“ auch VGH Mannheim, Urteil vom 26.6.1998 – 8 S 882/98, NUR 1999, 43 (44).

22 BayVGh, Beschluss vom 21.12.2010 – 22 ZB 09.1682, Rn. 14 (zitiert nach Juris).

23 OVG Koblenz, Urteil vom 12.6.2003 – 1 A 11127/02; NuR 2003, 768 (769). Vgl. auch Weidemann/Krappel, Rechtsfragen der Zulassung von Windkraftanlagen, DöV 2011, 19 (21).

24 BayVGh, Beschluss vom 21.12.2010 – 22 ZB 09.1682, Rn. 14 (zitiert nach Juris).

25 Vgl. dazu OVG Koblenz, Urteil vom 12.6.2003 – 1 A 11127/02; NuR 2003, 768 (770).

26 OVG NRW vom 2.4.2003, NuR 2004, 252 (253).

In einer weiteren Entscheidung vom 9.8.2006<sup>27</sup> hat das OVG NRW die entsprechenden Maßstäbe weiter konkretisiert und dabei auch der zunehmenden Größenentwicklung moderner Windenergieanlagen Rechnung getragen.

Für die Beurteilung kommt es danach letztlich immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an, bei denen die nachfolgend genannten Einflussfaktoren zu berücksichtigen sind:<sup>28</sup>

- die Lage bestimmter Räumlichkeiten und deren Fenster sowie Terrassen u.a. zur Windenergieanlage (Ausrichtung der Räumlichkeiten zur Anlage),
- die Frage, ob von dem Wohngrundstück aus eine hinreichende Abschirmung zur Windenergieanlage besteht oder zumutbar hergestellt werden kann,
- die Hauptwindrichtung und die sich daraus überwiegend ergebende Stellung des Rotors,
- die topographische Situation der Umgebung und die sich daraus ergebende Blickbeziehung (Hügel, Senke, Sichtschutz durch Waldgebiete),
- das Vorhandensein weiterer Anlagen und
- die planungsrechtliche Lage des Wohnhauses (Lage im Außenbereich weniger geschützt als im Wohngebiet).

Weiter werden in der Entscheidung grobe Anhaltswerte für die Einzelfallprüfung vorgegeben, nach der im Wesentlichen drei unterschiedliche Fälle zu betrachten sind:

- Beträgt der Abstand der Windenergieanlage mindestens das Dreifache der Gesamthöhe (Nabenhöhe +  $\frac{1}{2}$  Rotor Durchmesser) der geplanten Anlage, dürfte die Einzelfallprüfung überwiegend zu dem Ergebnis kommen, dass keine optisch bedrängende Wirkung vorliegt.
- Beträgt der Abstand weniger als das Zweifache der Gesamthöhe der Anlage, dürfte die Einzelfallprüfung überwiegend zu einer dominanten und optisch bedrängenden Wirkung der Anlage gelangen.
- Einer intensiven Einzelfallprüfung bedarf es in den Fällen, in denen der Abstand das Zwei- bis Dreifache der Gesamthöhe ausmacht.

Auf die besondere Bedeutung der Einzelfallprüfung hat das OVG NRW auch in der Entscheidung vom 22.3.2007<sup>29</sup> noch einmal hingewiesen. Der Rechtsprechung des OVG NRW hat sich zwischenzeitlich auch das Bundesverwaltungsgericht<sup>30</sup> angeschlossen, so dass die vom OVG NRW vorgegebene Position als gesicherter Maßstab angesehen wird.<sup>31</sup>

Jedenfalls bei Abständen der Anlagen von mehr als der dreifachen Gesamthöhe zu benachbarten Gebäuden ist danach regelmäßig keine optisch bedrängende Wirkung anzunehmen.

## 5. Unfallgefahren und Eisabwurf

Nach § 5 BImSchG muss für den Betrieb von Windenergieanlagen auch gewährleistet sein, dass keine „sonstigen Gefahren“ für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft hervorgerufen werden. Von Nachbarn werden häufig Befürchtungen vorgetragen, es könne durch Windenergieanlagen zu Unfällen durch Rotorblattabwurf oder Eisabwurf

kommen. Allerdings reicht die theoretische Möglichkeit von Unfällen hier nicht aus. So hat das Oberverwaltungsgericht NRW in der Entscheidung vom 6.8.2003<sup>32</sup> ausgeführt:

*„Die Antragsteller haben zwar eine Zusammenstellung von technischen Defekten und Unfällen mit Windenergieanlagen, die sich zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten ereignet haben, vorgelegt. Aus dieser Zusammenstellung von Einzelfällen ergibt sich aber nicht, dass das Grundstück der Antragsteller trotz der Entfernung von etwa 400 m zur nächstgelegenen Windenergieanlage einem Risiko ausgesetzt wäre, das über das allgemeine, mit jeder Form der Nutzung von Technik verbundene und daher als sozialadäquat von jedermann hinzunehmende Risiko hinausgeht.“*

Gefahren durch Eisabwurf, also dem Wegschleudern von an den Rotorblättern anhaftenden Eisstücken, können in Abhängigkeit von den regionalen klimatischen Bedingungen im Nahbereich der Anlage bestehen. Diesen kann entweder durch entsprechende Sicherheitsabstände oder durch technische Vorkehrungen begegnet werden, wie einer Abschaltautomatik<sup>33</sup> oder einer Rotorblattheizung.

## III. Genehmigungserfordernisse nach Bau- und Planungsrecht

Entsprechend § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG setzt die Erteilung einer Genehmigung neben der Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Vorschriften voraus, dass der Errichtung und dem Betrieb der Anlagen andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Neben den bereits angesprochenen Anforderungen des Immissionsschutzrechts (vgl. § 5 BImSchG) sind in immissionsschutzrechtlichen Verfahren die Anforderungen des Baurechts zu berücksichtigen, auch weil die Genehmigung nach § 13 BImSchG die erforderliche Baugenehmigung mit einschließt.

Neben der Übereinstimmung des Vorhabens mit den Vorgaben des Bauplanungsrechts (dazu nachfolgend 1.)<sup>34</sup>, der Beachtung der notwendigen Abstandsflächen<sup>35</sup> und

27 DVBl. 2006, 1532.

28 OVG NRW vom 9.8.2007, DVBl. 2006, 1532 (1534).

29 OVG NRW vom 22.3.2007 – 8 B 2283/06, dort Rn. 8, zitiert nach Juris.

30 BVerwG vom 11.12.2006, NVwZ 2007, 336; nachfolgend BVerwG vom 11.12.2006 – 4 B 72/06, UPR 2007, 150 ff.

31 Vgl. etwa OVG Saarland vom 4.5.2010 – 3 B 77/10, Rn. 40, zitiert nach Juris; BayVGH, Beschluss vom 21.12.2010 – 22 ZB 09.1682, Rn. 14 (zitiert nach Juris); Bayerischer VGH vom 4.3.2010, Rn. 16, zitiert nach Juris.

32 NuR 2004, 321 (324).

33 Vgl. BayVGH, Urteil vom 31.10.2008 – 22 CS 08,2369, NVwZ 2009, 338 (339); OVG NRW vom 23.1.2008 – 8 B 237/08, 8 B 237/07, Rn. 72 (zitiert nach Juris).

34 Vgl. dazu Scheidler, Bauplanungsrecht als Prüfunkt zur Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, ZfBR 2010, 299 ff.

dem schon angesprochenen Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme, gehört dazu das Erfordernis einer gesicherten Erschließung (dazu 2.).

## 1. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit

Schon seit dem 1.1.1996 gehören auch Anlagen zur Erforschung, Entwicklung und Nutzung der Windenergie zu den sog. privilegierten Vorhaben im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB). Privilegierte Vorhaben unterliegen danach erleichterten Zulassungsvoraussetzungen. Es reicht danach aus, wenn eine ausreichende Erschließung gesichert ist und dem Vorhaben öffentliche Belange nicht „entgegenstehen“. Im Wege einer sog. „nachvollziehenden Abwägung“ muss dazu geprüft werden, ob den beabsichtigten privilegierten Windenergieanlagen oder den dadurch beeinträchtigten öffentlichen Belangen der Vorrang gebührt. Dagegen können nicht privilegierte Vorhaben im Außenbereich schon dann nicht mehr genehmigt werden, wenn sie öffentliche Belange lediglich „beeinträchtigen“.

Einer Zulassung von Windenergieanlagen im Außenbereich stehen öffentliche Belange in der Regel schon dann entgegen, wenn entweder aus den Darstellungen im Flächennutzungsplan oder aus den Zielen der Raumordnung zu erkennen ist, dass eine Ausweisung derartiger Standorte an anderer Stelle erfolgt ist (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Mit diesem sog. „Planvorbehalt“ oder „Darstellungsprivileg“ sollen die zuständigen Planungsträger auf kommunaler bzw. regionaler Ebene eine Konzentration von Windenergieparks erreichen und damit gleichzeitig deren Errichtung in anderen Bereichen ausschließen können. In Hinblick auf dieses Darstellungsprivileg sind die Vorgaben

35 Die Abstandsflächen zu Nachbargrundstücken ergeben sich aus der jeweiligen Landesbauordnung. So bestimmt etwa § 6 Abs. 10 BauO NRW, dass die Abstandsfläche einen Kreis um den geometrischen Mittelpunkt des Mastes darstellt, der im Radius der Hälfte der größten Höhe der Anlage entspricht, also der sich aus der Höhe der Rotorachse zuzüglich Rotorradius ergebenden Gesamthöhe (vgl. auch Ziffer 5.3.1 WKA-Erlass NRW).

36 Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 (298); BVerwG, Urteil vom 24.1.2008 – 4 CN 2.07, UPR 2008, 264 (265); BVerwG, Urteil vom 20.5.2010 – 4 C 7.09, NVwZ 2010, 1561 (S. 1564, Rn. 28); VGH Kassel, Urteil vom 17.3.2011 – 4 C 883/10, Rn. 32, 34 (zitiert nach Juris); OVG Magdeburg, Urteil vom 14.5.2009 – 2 L 255/06 – ZNER 2009, 310; Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (738 f.); Stür, Planungsrechtliche Zulässigkeit, Entschädigung und Amtshaftung, DVBl. 2011, 472 (477).

37 Vgl. BVerwG, Urteil vom 20.5.2010 – 4 C 7/09, NVwZ 2010, 1561 (S. 1567, Rn. 46), wonach dann, wenn die Planung wirksam ist, weil die Abwägung frei von Fehlern ist oder Abwägungsmängel unbeachtlich seien, „diese Belange nicht wieder als Genehmigungshindernis aktiviert werden“ dürfen. Vgl. auch Wagner, Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich und ihre planerische Steuerung durch die Gemeinde, UPR 1996, 370 (373).

38 Dazu unten unter IV.

39 Stür, Planungsrechtliche Zulässigkeit, Entschädigung und Amtshaftung, DVBl. 2011, 472 (480), weist hier zutreffend darauf hin, dass sich die Mindestanforderungen an die Erschließung in Art und Umfang an dem konkreten Vorhaben orientieren müssen.

eventueller Festsetzungen in Flächennutzungsplänen oder regionalen Raumordnungsprogrammen zu beachten. Denn damit können die Kommunen oder Träger der Raumordnung in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen die Windenergienutzung an gewünschten Stellen im Plangebiet unterstützen und bündeln, an anderen Standorten dagegen ausschließen.

Die Planung derartiger Windenergie-Konzentrationszonen, denen eine solche Ausschlusswirkung für andere Bereiche zukommen soll, setzt ein schlüssiges und ausgewogenes gesamtträumliches Konzept voraus, mit der der Nutzung der Windenergie auch substantiell Raum gegeben werden muss.<sup>36</sup>

Die positive Darstellung einer konkreten Nutzung in einem Raumordnungsprogramm oder Flächennutzungsplan hat zwar an sich nur eine unterstützende Wirkung für die Zulässigkeit dieser Nutzungsform. Legt der Planungsträger in diesen Planwerken für ein bestimmtes Gebiet aber die Nutzung der Windkraft fest, werden einer für dieses Gebiet beantragten Windkraftanlage angesichts der gesetzgeberischen Privilegierung regelmäßig keine öffentlichen Belange entgegenstehen.<sup>37</sup>

Entgegenstehende öffentliche Belange sind besonders die in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB genannten Gesichtspunkte. Dazu gehören auch die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, der natürlichen Eigenart der Landschaft oder des Orts- und Landschaftsbildes, auf die nachfolgend noch eingegangen wird.<sup>38</sup>

## 2. Gesicherte Erschließung

Die Genehmigung von Bauvorhaben, also auch von Windenergieanlagen, setzt weiterhin voraus, dass eine ausreichende Erschließung gesichert ist. Dies betrifft hier insbesondere die Frage, inwieweit die Erreichbarkeit der Windenergieanlage über das öffentliche Wegenetz dauerhaft gesichert ist. Bei den Anforderungen an die Erschließung von Windenergieanlagen ist etwa die spätere Wartung bzw. der mögliche Austausch von Teilen der Anlagen in den Blick zu nehmen, zu dem oft der Einsatz großer Fahrzeuge gehört.<sup>39</sup>

## IV. Anforderungen des Naturschutzrechts

Die Anforderungen des Naturschutzrechts führen bei vielen Windenergievorhaben zu einem hohen Prüfaufwand (dazu 1.) und können bei Unverträglichkeiten oft Genehmigungshindernisse darstellen. In materieller Hinsicht sind die Anforderungen der sog. „Eingriffsregelung“ zu beachten (dazu 2.), mögliche Auswirkungen auf FFH- und europäische Vogelschutzgebiete (dazu 3.) und die Verbotstatbestände des Artenschutzrechts (dazu 4.). Die Zulässigkeit von Windenergieanlagen in Schutzgebieten wird exemplarisch am Beispiel der Landschaftsschutzgebiete angesprochen (dazu 5.).

## 1. Ermittlungspflichten für Umweltuntersuchungen

Der Prüfungsumfang der benötigten Umweltuntersuchungen hat in den vergangenen Jahren stetig zugenommen. Um eine ausreichende Berücksichtigung der Umweltauswirkungen vornehmen zu können, ist für ein Windenergievorhaben zunächst regelmäßig eine Vorprüfung der Umweltverträglichkeit durchzuführen, der, falls erhebliche Umweltauswirkungen zu befürchten sind, eine förmliche Umweltverträglichkeitsprüfung folgt. Daneben sind „Eingriffe in Natur und Landschaft“ besonders abzuarbeiten (sog. Eingriffsregelung); hier ist ein sog. Landschaftspflegerischer Begleitplan zu erstellen. Gerade die Nähe eines Vorhabens zu FFH- und Vogelschutzgebieten oder das Vorkommen streng geschützter Arten des Artenschutzrechts zwingen oft zu einer vertieften Auseinandersetzung in den Zulassungsverfahren.<sup>40</sup> Im Rahmen gesonderter Prüfprogramme sind Auswirkungen auf FFH- und Europäische Vogelschutzgebiete („FFH-Verträglichkeitsprüfung“) zu prüfen und mögliche artenschutzrechtliche Verbotstatbestände („artenschutzrechtlicher Fachbeitrag“) konkret anhand der maßgeblichen Standortbedingungen und naturschutzrechtlichen Zielsetzungen abzuarbeiten.<sup>41</sup> Die zur Prüfung der Verträglichkeit erforderlichen Unterlagen hat dabei der Projektträger vorzulegen.<sup>42</sup>

Es ist vor diesem Hintergrund nicht so, dass die Ausweitung von Schutzgebieten in jedem Fall einem Windenergieprojekt entgegensteht. Entscheidend ist vielmehr, inwieweit das Vorhaben den konkreten Schutzzweck des Gebiets materiell beeinträchtigt.<sup>43</sup>

## 2. Eingriffe in Natur und Landschaft

Die in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB genannten Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege beinhalten die Betrachtung der Vorhabensfolgen für Natur und Landschaft entsprechend der sog. Eingriffsregelung. Nach § 19 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG sind Eingriffe in Natur und Landschaft unzulässig, wenn die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden oder nicht in angemessener Frist auszugleichen oder in sonstiger Weise zu kompensieren sind und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft anderen Belangen im Range vorgehen.

Nach § 18 BNatSchG sind Eingriffe in Natur und Landschaft Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können.

Typische Auswirkungen von Windenergievorhaben, die auch nicht vermeidbar sind, sind zunächst die durch das optische Erscheinungsbild von Windenergieanlagen eintretenden Auswirkungen auf das Landschaftsbild.<sup>44</sup> Ferner werden durch die Errichtung der Fundamente oder den Bau von Zuwegungen oder Abstellflächen durch die eintretende Verdichtung zumeist auch Bodenfunktionen beeinträchtigt.

Die mit einem Windparkvorhaben verbundenen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft sind durch geeignete Maßnahmen auszugleichen, die in einem Landschaftspflegerischen Begleitplan festgesetzt werden.

Die naturschutzrechtliche Kompensation für eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes über sog. Ersatzmaßnahmen<sup>45</sup> muss dabei auf die Aufwertung des gestörten Landschaftsbildes abzielen. Üblich sind hier in der Genehmigungspraxis oft Anpflanzungen im Umfeld der Anlage, mit denen das Landschaftsbild aufgewertet werden soll.

## 3. Auswirkungen auf FFH- und europäische Vogelschutzgebiete

Erhebliche Auswirkungen auf Schutzgebiete nach der FFH<sup>46</sup> bzw. Vogelschutzrichtlinie<sup>47</sup> stehen der Zulassung eines Windenergievorhabens nach § 34 Abs. 2 BNatSchG entgegen.

An den Ausschluss erheblicher Auswirkungen im Rahmen der durchzuführenden Verträglichkeitsprüfung werden dabei besonders strenge Anforderungen gestellt.<sup>48</sup> Wie das Bundesverwaltungsgericht verdeutlicht,<sup>49</sup> wird der Umfang der Ermittlung letztlich durch die Maßstäbe der

40 Vgl. etwa Thyssen, Wann ist erheblich „erheblich“? – Beurteilungskriterien für Gebietsbeeinträchtigungen nach der FFH-Richtlinie in Abgrenzung zum Artenschutz und zur Eingriffsregelung, NuR 2010, 9 (11 ff.).

41 Dazu Thyssen, Wann ist erheblich „erheblich“? – Beurteilungskriterien für Gebietsbeeinträchtigungen nach der FFH-Richtlinie in Abgrenzung zum Artenschutz und zur Eingriffsregelung, NuR 2010, 9 (11 ff.).

42 Für die FFH-Verträglichkeitsprüfung regelt dies ausdrücklich § 34 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG.

43 Die mögliche Zulässigkeit eines Windenergievorhabens in FFH- und Vogelschutzgebieten wird unter 3. und in Landschaftsschutzgebieten unter 5. dargestellt.

44 Vgl. Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (745).

45 Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (745 f.), weist zutreffend darauf hin, dass Ausgleich der Beeinträchtigung, also nach § 19 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG dessen Wiederherstellung oder Neugestaltung kaum möglich ist, da denkbare Maßnahmen, wie etwa ein der Umgebung angepasster Anstrich der Anlage an der Sichtbarkeit der Anlage nichts ändern. Kritisch äußert er sich auch zum Erfolg möglicher Ersatzmaßnahmen.

46 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen, Abl. EG Nr. L 206, S. 7, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2006/105/EG des Rates vom 20.11.2006, Abl. EG Nr. L 363, S. 368.

47 Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wild lebenden Vogelarten, Abl. EG Nr. L 103, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 807/2003 des Rates vom 14.4.2003, Abl. EG Nr. L 122, S. 36.

48 Vgl. dazu Thyssen, Maßstäbe für die erhebliche Beeinträchtigung des Gebiets- und Artenschutzes nach der FFH-Richtlinie bei der Anlagenzulassung, EurUP 2009, 172 (177). Vgl. zur Verträglichkeitsprüfung bei Windenergieanlagen etwa OVG NRW vom 11.9.2007 – 8 A 2696/06, UPR 2008, 278 (278).

49 BVerwG vom 17.1.2007 – 9 A 20.05 – Halle-Westumfahrung, BVerwGE 128, 1 ff.; Rn. 62; BVerwG vom 14.4.2010 – 9 A 5/08, NVwZ 2010, 1225 (1230), Rn. 50.

„besten verfügbaren wissenschaftlichen Mittel“ bestimmt. Ein Vorhaben darf danach nur zugelassen werden, wenn die Genehmigungsbehörde zuvor Gewissheit darüber erlangt hat, dass dieses sich nicht nachteilig auf das Gebiet als solches auswirkt.<sup>50</sup> Diese läge entsprechend der Entscheidung des EuGH zur Herzmuschelfischerei nur dann vor, wenn „aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel“ daran bestehe, dass solche Auswirkungen nicht auftreten werden.<sup>51</sup> Kommen etwa zwei Sachverständige zur Betroffenheit von Vogelarten durch Windenergieanlagen zu unterschiedlichen, nach wissenschaftlichen Standards aber gleichermaßen vertretbaren prognostischen Aussagen, dann reicht dies zum Nachweis der Verträglichkeit nicht aus.<sup>52</sup>

Die objektive Wahrscheinlichkeit einer derartigen nachteiligen Wirkung steht in Ansehung des Vorsorgegrundsatzes daher bereits der Gewissheit des Schadenseintritts gleich,<sup>53</sup> so dass auch unaufgeklärte Wirkungszusammenhänge zur „Erheblichkeit“ führen können.<sup>54</sup>

Wie zuletzt vom OVG Berlin-Brandenburg deutlich gemacht wurde, sind aber etwa Windenergieanlagen sogar in Natura 2000-Gebieten, also den Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung nach Art. 4 der FFH-Richtlinie (sog. FFH-Gebiete) und auch in europäischen Vogelschutzgebieten, nicht zwingend unzulässig.<sup>55</sup>

Entscheidend ist hier, ob durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen erhebliche Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen verursacht werden können.<sup>56</sup>

Ein wichtiges Kriterium für die Bewertung der Erheblichkeit stellt hier der „günstige“ Erhaltungszustand, der für das Schutzgebiet wertbestimmenden natürlichen Lebensräume und Arten dar.<sup>57</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht sogar davon aus, dass „mit Blick auf die Erhaltungsziele des FFH-Gebiets ... insofern allein der günstige Erhaltungszustand der geschützten Lebensräume und Arten ein geeignetes Bewertungskriterium darstellt“.<sup>58</sup> Entscheidende

Prüffrage ist nach Ansicht des Gerichts, „ob sicher ist, dass ein günstiger Erhaltungszustand trotz Durchführung des Vorhabens stabil bleiben wird“. Die „Stabilität“ wird für ein Ökosystem dahingehend verstanden, dass diesem die Fähigkeit zukommt, nach einer Störung wieder zum ursprünglichen Gleichgewicht zurückzukehren.<sup>59</sup> Naturschutzfachlich zu berücksichtigen sind daher unterschiedliche Empfindlichkeiten der im Gebiet befindlichen Arten und Lebensraumtypen, also Reaktions- und Belastungsschwellen gegenüber vorhabensbedingten Einflüssen.<sup>60</sup>

Bei der Frage, ob der Erhaltungszustand stabil bleibt, können auch vom Vorhabensträger geplante bzw. in der Zulassungsentscheidung angeordnete Schutz- und Kompensationsmaßnahmen berücksichtigt werden.<sup>61</sup>

Relevante Auswirkungen von Windenergieanlagen auf die nach der FFH- bzw. Vogelschutzrichtlinie geschützte Fauna gehen im Binnenland vor allem für Vogelarten und im Anhang II der FFH-Richtlinie erfasste Fledermausarten aus.

Sofern etwa das Gebiet dem Schutz von – nach der FFH-Richtlinie – besonders geschützten Fledermausarten (wie etwa Bechsteinfledermaus, Großes Mausohr und Große Hufeisennase) dient, kann ein Vorhaben dennoch zulässig sein, wenn aufgrund des Abstandes der Anlagenstandorte zu den Habitaten dieser Arten und – im Hinblick auf mögliche Kollisionsgefahren – deren bevorzugten Leitstrukturen für Wanderungen, eine erhebliche Beeinträchtigung ausgeschlossen werden kann.<sup>62</sup>

Dagegen wird ein Windenergievorhaben in Brutrevieren und Rastflächen ausgewiesener Vogelschutzgebiete grundsätzlich nicht zulassungsfähig sein.<sup>63</sup> Dies gilt entsprechend zumeist auch für die Bereiche von FFH-Gebieten, die dem Schutz von Fledermäusen dienen.<sup>64</sup>

Auch Windenergieanlagen im Bereich von Hauptvogelzuglinien dürften nicht zulassungsfähig sein, da hier ernstzunehmende Zweifel an der Verträglichkeit gutachterlich nicht ausgeräumt werden können.<sup>65</sup>

50 Vgl. Storost, FFH-Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsentscheidung, DVBl. 2009, 673 (674), zu „negativer Gewissheit“ als Zulassungsvoraussetzung.

51 EuGH, Urteil vom 7.9.2004 – C-127/02 – Herzmuschelfischerei, Rn. 67.

52 OVG NRW vom 11.9.2007 – 8 A 2696/06, UPR 2008, 278 (278).

53 BVerwG vom 17.1.2007 – 9 A 20.05 – Halle-Westumfahrung, BVerwGE 128, 1 ff.; Rn. 62; OVG NRW, Urteil vom 3.8.2010 – 8 A 4062/04, Rn. 94 (zitiert nach Juris). Storost, FFH-Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsentscheidung, DVBl. 2009, 673 (674).

54 Für Windenergieanlagen etwa OVG NRW vom 11.9.2007 – 8 A 2696/06, UPR 2008, 278 (278).

55 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.2.2011 – 2 A 2.09, Rn. 63. Vgl. auch Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (743).

56 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.2.2011 – 2 A 2.09, Rn. 63.; OVG NRW, Urteil vom 3.8.2010 – 8 A 4062/04, Rn. 86, 117 (zitiert nach Juris).

57 BVerwG vom 14.4.2010 – 9 A 5/08, NVwZ 2010, 1225 (1230), Rn. 50; Thyssen, Maßstäbe für die erhebliche Beeinträchtigung des

Gebiets- und Artenschutzes nach der FFH-Richtlinie bei der Anlagenzulassung, EurUP 2009, 172 (175).

58 BVerwG vom 17.1.2007 – 9 A 20.05 – Halle-Westumfahrung, BVerwGE 128, 1 ff.; Rn. 43.

59 BVerwG vom 17.1.2007 – 9 A 20.05 – Halle-Westumfahrung, BVerwGE 128, 1 ff.; Rn. 43.

60 BVerwG vom 17.1.2007 – 9 A 20.05 – Halle-Westumfahrung, BVerwGE 128, 1 ff.; Rn. 43.

61 BVerwG vom 14.4.2010 – 9 A 5/08, NVwZ 2010, 1225 (1231), Rn. 57.

62 OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21.2.2011, DVBl. 2011, 504 (507). Vgl. auch Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (743).

63 Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (743).

64 Vgl. Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (743).

65 Vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 28.10.2009 – 1 A 10200/09, NuR 2010, 348 (351). Es erscheint jedoch fraglich, ob dieser Maßstab vom Gericht zutreffend auch ohne direkten Bezug zu einem FFH-Gebiet auf den Vogelzug angewendet wurde.

Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Anlagen tatsächlich im Bereich des Schutzgebiets errichtet werden sollen. Auch für Anlagen in der Nähe solcher Schutzgebiete muss sichergestellt werden, dass derartige Beeinträchtigungen ausgeschlossen sind.<sup>66</sup>

Da es, wie ausgeführt, darauf ankommt, ob sichergestellt werden kann, dass ein günstiger Erhaltungszustand erhalten bleiben kann, erscheint es nicht ausgeschlossen, jedenfalls kleinere Windenergievorhaben auch in Bereichen eines Schutzgebiets zuzulassen, die für den Schutz von Vogelarten oder Fledermäusen relevant sind. Auf die Befürchtung, dass einzelne Exemplare dieser Arten zu Schaden kommen, kann es vor dem Hintergrund des genannten Prüfmaßstabs nicht ankommen. Eine mögliche Tötung einzelner Individuen nach der FFH- oder Vogelschutzrichtlinie geschützten Arten kann – anders als für den Gebietsschutz – jedoch nach den Anforderungen des Artenschutzrechts relevant sein.<sup>67</sup>

Die von Windenergieanlagen, die außerhalb eines Europäischen Vogelschutzgebiets errichtet werden sollen, ausgehenden Emissionen führen regelmäßig nicht dazu, dass erhebliche Beeinträchtigungen anzunehmen sind.<sup>68</sup> Allerdings kann von Windparks eine als erhebliche Beeinträchtigung zu beurteilende Barrierewirkung ausgehen, wenn diese Vögel daran hindern, das Schutzgebiet zu erreichen oder zwischen Nahrungs- und Rastplätzen zu wechseln.<sup>69</sup>

Die Auswirkungen auf Fledermäuse vermindern sich offenbar auch dadurch, dass möglichst hohe Anlagen errichtet werden, bei der sich der Rotor oberhalb der typischen Flughöhen der konkret im Schutzgebiet geschützten Arten bewegt.<sup>70</sup> Ob derartige Anlagen sich auf den Erhaltungszustand von Fledermäusen in einem Schutzgebiet auswirken können, hängt auch von weiteren Parametern ab, wie etwa der Höhenlage des Standorts oder der Lage der Anlage in Wanderkorridoren.<sup>71</sup>

## 4. Anforderungen des Artenschutzrechts

### a. Allgemeines

Auch bei Windenergievorhaben spielt das spezielle Artenschutzrecht eine bedeutende Rolle, das besonders für Vogelarten und die in Anhang IV der FFH-Richtlinie aufgeführten Arten relevant ist. Die Bestimmungen, die ebenfalls auf Bestimmungen der FFH- und Vogelschutz-Richtlinie zurückzuführen sind, schützen – anders als die Regelungen über den Gebietsschutz – nicht den Lebensraum von Arten insgesamt, sondern nur selektiv bestimmte Lebensraumfunktionen<sup>72</sup> sowie die Individuen der Art. Für den Artenschutz kommt es auch nicht auf jedwede nicht auszuschließende Wirkung an, sondern es sind allein die in § 44 BNatSchG aufgeführten Verbotstatbestände abzarbeiten.<sup>73</sup> Ein weitergehender Schutz, als er mit den aufgeführten Verbotstatbeständen dargestellt wird, besteht im Hinblick auf die streng geschützten Arten nicht.<sup>74</sup>

Von den hier genannten Verbotstatbeständen wird im Zusammenhang mit Windparkvorhaben vor allem das Tötungsverbot immer wieder angeführt, das vor allem im Risiko der Tötung von Vögeln und Fledermäusen bei Kollisionen mit den kreisenden Rotoren besteht.<sup>75</sup> Die in Deutschland vorkommenden Fledermausarten fallen dabei sämtlich unter den Anhang IV der FFH-Richtlinie<sup>76</sup> und sind daher durch die Verbotstatbestände des Artenschutzrechts geschützt.

Ebenfalls soll bei Windenergievorhaben auch das Störungsverbot berücksichtigt werden.<sup>77</sup>

### b. Tötungsverbot

Der an sich klar gefasste Tatbestand, dass Tiere der erfassten Arten nicht getötet werden dürfen, hat in der Praxis eine bemerkenswerte Ausdehnung erfahren.<sup>78</sup> Teilweise wird vorgetragen, dass das reine Vorhandensein einer Anlage durch das damit ausgelöste Kollisionsrisiko etwa für den Vogelzug den Verbotstatbestand (Tötungsverbot) erfülle.<sup>79</sup> Würde bereits bei einzelnen Kollisionstatbeständen das Tötungsverbot erfüllt werden, hätte dies zur Folge,

66 Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21.2.2011, DVBl. 2011, 504 (507), OVG NRW, Urteil vom 3.8.2010 – 8 A 4062/04, Rn. 117.

67 Zu den Anforderungen des sog. Tötungsverbots siehe unten unter Ziffer 4. b).

68 OVG NRW, Urteil vom 3.8.2010 – 8 A 4062/04, Rn. 120 (zitiert nach Juris).

69 OVG NRW, Urteil vom 3.8.2010 – 8 A 4062/04, Rn. 120 ff., 148 (zitiert nach Juris). Das Gericht konnte hier nicht ausschließen, dass der Flugweg von „Gänsen bei Pendelflügen zwischen Schlaf-, Nahrungs- und Komfortplätzen, die sich jeweils innerhalb des Vogelschutzgebiets befinden, aufgrund von Ausweichbewegungen verlängert und es infolge des durch den Umweg erhöhten Energiebedarfs der Gänse zu Nahrungsengpässen und letztlich zu einer erhöhten Sterblichkeit kommt“.

70 Dazu näher unter Ziffer 4. b).

71 Dazu näher unter Ziffer 4. b).

72 Vgl. BVerwG vom 12.3.2008 – 9 A 3.06 – A44-Hessisch Lichtenau – (NuR 2009, 112 ff.), Rn. 221; BVerwG vom 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumfahrung Bad Oeynhausen (NuR 2009, 112 ff.), Rn. 100.

73 Dazu Thyssen, Maßstäbe für die erhebliche Beeinträchtigung des Gebiets- und Artenschutzes nach der FFH-Richtlinie bei der Anlagenzulassung, EurUP 2009, 172 (173 ff.).

74 BVerwG vom 12.3.2008 – 9 A 3.06 – A44-Hessisch Lichtenau – (NuR 2009, 112 ff.), Rn. 221; BVerwG vom 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumfahrung Bad Oeynhausen (NuR 2009, 112 ff.), Rn. 100.

75 Zum Tötungsverbot nachfolgen b). Vgl. hier Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (744).

76 Vgl. Brinkmann, Welchen Einfluss haben Windkraftanlagen auf jagende und wandernde Fledermäuse in Baden-Württemberg?, S. 3.

77 Dazu unten c).

78 Vgl. anschaulich Louis, Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren, NuR 2009, 91 (92 f.), zu den diesbezüglichen Entwicklungen in der nationalen und europäischen Rechtsprechung.

79 Vgl. auch Louis, Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren, S.93.

dass dann jedes Gebäude, jedes Infrastrukturvorhaben und dann auch jede Windenergieanlage das Tötungsverbot erfüllen würde.<sup>80</sup> So weitgehend kann der Verbotstatbestand jedoch nicht verstanden werden.

Aus dem Umstand, dass die artenschutzrechtlichen Verpflichtungen – anders als die des Gebietsschutzes – in Form bestimmter Verbotstatbeständen abgefasst sind, lässt sich zunächst ableiten, dass hier nicht vom Vorhabensträger ein Entlastungsbeweis zu führen wäre.<sup>81</sup> Es reicht vielmehr aus, wenn der Vorhabensträger darlegen kann, dass und warum es wenig wahrscheinlich ist, dass artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllt werden.<sup>82</sup>

Wie zudem das Bundesverwaltungsgericht in verschiedenen Entscheidungen<sup>83</sup> deutlich gemacht hat, setzt das Tötungsverbot zumindest voraus, dass sich ein Tötungsrisiko für geschützte Arten signifikant erhöht, gerade auch, um zu gewährleisten, dass dieses nicht zum Planungshindernis für jedes Vorhaben wird. Allerdings wird durch das Gericht auch deutlich gemacht, dass das Tötungsverbot durchaus erfüllt sein kann, wenn die Tötung eine unausweichliche aber nur mittelbare Konsequenz einer Vorha-

benszulassung (etwa Kollisionen mit Fahrzeugen nach Zulassung eines Straßenbauvorhabens) ist.<sup>84</sup> Dies ließe sich hinsichtlich des Kollisionsrisikos von Vögeln oder Fledermäusen insoweit auf Windenergieanlagen ebenso übertragen wie das Erfordernis einer signifikanten Erhöhung des Risikos.<sup>85</sup>

Das Tötungsverbot ist aber aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts im Ergebnis dann nicht erfüllt, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung – auch aufgrund von bei der Planung berücksichtigten Vermeidungsmaßnahmen – kein signifikant erhöhtes Risiko von Verlusten von Einzelexemplaren geschützter Arten verursacht. Dies soll bedeuten, dass die vorhabensbedingt entstehenden Gefahren mit dem ebenfalls stets gegebenen Risiko vergleichbar bleiben, „dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (z. B. von einem Raubvogel geschlagen werden)“<sup>86</sup>.

Hinsichtlich des bei Windenergieanlagen gegebenen Kollisionsrisikos mit dem Rotor folgt daraus, dass nicht jede zu erwartende Kollision mit einem Vogel oder einer Fledermaus das Tötungsverbot erfüllt,<sup>87</sup> sondern ein erhöhtes Risiko bestehen muss, etwa weil eine große Zahl von Windenergieanlagen in einem stark frequentierten Flugkorridor errichtet wird.<sup>88</sup> Maßnahmen zur Vermeidung besonderer Kollisionsrisiken können etwa darin bestehen, dass Anlagen außerhalb von Flugkorridoren errichtet werden oder bei Greifvögeln Abstände zu den Horsten berücksichtigt werden und die Flächen um die Turmfüße nicht gemäht werden, da die gemähten Flächen ein bevorzugtes Jagdrevier für die Greifvögel darstellen würden.<sup>89</sup>

Das Kollisionsrisiko mit Fledermäusen lässt sich vermindern, wenn ein Vorsorgeabstand zu strukturreichen Gehölzen und Waldrändern eingehalten wird und eine möglichst hohe Anlage errichtet wird, bei der die Unterseite des Rotors oberhalb der Flughöhen der konkret vorkommenden Arten liegt.

So schwankt zwar die Flughöhe bei den verschiedenen Fledermausarten, das Risiko von Kollisionen nimmt aber mit zunehmender Höhe des Rotors bzw. des niedrigsten Rotorflügelpunktes ab. So hat der Große Abendsegler etwa eine Flughöhe im Bereich zwischen 10 und 50 m. Bei den kleineren Fledermausarten sind regelmäßig geringere Flughöhen anzunehmen.

Bei einer Windenergieanlage mit einer heute üblichen Nabenhöhe von 100 m (oder mehr) und einem Rotorradius von ca. 50 m (oder weniger), ließe sich in diesem Fall ein Kollisionsrisiko ausschließen. Insgesamt deutet sich an, dass bei einem niedrigsten Rotorflügelpunkt von mehr als 70 m kein signifikantes Kollisionsrisiko mehr besteht.<sup>90</sup>

Bei Anlagen innerhalb problematischer Bereiche können ggf. Beschränkungen der Anlagenbetriebszeiten ausreichend sein, um für den Zeitraum erhöhter Aktivität der vorkommenden Fledermausarten einem Kollisionsrisiko durch den Stillstand der Anlage zu begegnen.<sup>91</sup> Mit derartigen Beschränkungen kann das Tötungsrisiko unter

80 Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (744).

81 Vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 28.10.2009 – 1 A 10200/09, NuR 2010, 348 (348) zum Erfordernis einer positiven Feststellung des Verbotstatbestands. Ebenso Louis, Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren, NuR 2009, 91 (92 und 99) und Steeck/Lau, Die Rechtsprechung des BVerwG zum europäischen Naturschutzrecht im Jahr eins nach seiner Entscheidung zur Westumfahrung Halle, NVwZ 2009, 616 (621), die darauf hinweisen, dass anders als bei der FFH-VP die das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung nicht einmal mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden müsse.

82 Näher Louis, Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren, NuR 2009, 91 (S.99).

83 BVerwG vom 12.3.2008 – 9 A 3.06 – A44-Hessisch Lichtenau – (NuR 2009, 112 ff.), Rn. 219; BVerwG vom 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumfahrung Bad Oeynhausen (NuR 2009, 112 ff.), Rn. 90.

84 BVerwG vom 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumfahrung Bad Oeynhausen, Rn. 91.

85 OVG Koblenz, Urteil vom 28.10.2009 – 1 A 10200/09, NuR 2010, 348 (348); OVG Weimar, Urteil vom 14.9.2009 – 1 KO 372/06, NuR 2010, 368 (370).

86 Vgl. BVerwG vom 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumfahrung Bad Oeynhausen (NuR 2009, 112 ff.), Rn. 91.

87 OVG Koblenz, Urteil vom 28.10.2009 – 1 A 10200/09, NuR 2010, 348 (348).

88 Vgl. Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (744).

89 Vgl. Franken, Auf gute Nachbarschaft, Neue Energie 2011, 52 (56) zu den Ergebnissen des Forschungsprojekts „Greifvögel und Windkraftanlagen“.

90 Freistaat Sachsen, Studie des Landesamts für Umwelt und Geologie: „Fledermäuse und Windenergie in Sachsen“ 2006, Ziffer 4.10.3.

91 So wurde in verschiedenen Genehmigungen nach den faunistischen Erkenntnissen abgeleitet, dass entsprechende Begrenzungen für den Zeitraum zwischen 15. Juli und 15. September sinnvoll sind und dort die Zeit zwischen einer Stunde vor Sonnenuntergang bis etwa zwei Uhr nachts umfassen sollten. Gelten sollte die Begrenzung dabei gerade bei geringen Windgeschwindigkeiten, in denen das höchste Kollisionsrisiko besteht.

die Grenze der Signifikanz gesenkt werden.<sup>92</sup> Gerade bei höheren Windgeschwindigkeiten von mehr als 6 m/s ergebe sich nach Auffassung des OVG Weimar kein signifikantes Kollisionsrisiko für Fledermäuse, so dass der Betrieb der Anlagen zur Kollisionsminderung während des kritischen Zeitraums auf derartige Windverhältnisse beschränkt werden sollte.<sup>93</sup>

Bisherige Untersuchungen haben gezeigt, dass bei Temperaturen unter 9 Grad keine Totfunde von Fledermäusen an Windenergieanlagen festzustellen waren.<sup>94</sup> Betroffen sind vielmehr bei höheren Temperaturen vor allem die Zeiten mit geringen Windgeschwindigkeiten von bis zu 2 m/s, während bei größeren Windstärken das Risiko abnimmt.<sup>95</sup> Bedeutsam für das Risiko von Kollisionen ist auch die jeweilige Höhenlage des Standortes. Dieses nimmt gerade bei Höhenlagen über 600 m deutlich ab.<sup>96</sup>

Ob tatsächlich also ein signifikantes Kollisionsrisiko besteht, hängt damit von zahlreichen Faktoren ab, so dass Aussagen nur bei Berücksichtigung der konkreten Standortumgebung sinnvoll erscheinen.

### c. Störungsverbot

Das sog. Störungsverbot kann bei Vorhaben durch bau- und betriebsbedingte Beeinträchtigungen wie etwa akustische und optische Störwirkungen verwirklicht werden<sup>97</sup> und auch von mittelbaren Auswirkungen ausgehen.<sup>98</sup> Windenergieanlagen können z.B. Meidereaktionen von Vogelarten und Fledermäusen verursachen.<sup>99</sup>

Dabei umfasst das Störungsverbot im Hinblick auf die streng geschützten Arten bzw. europäischen Vogelarten diejenigen Zeiten, in denen die Arten besonders empfindlich sind. Es gilt also während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten.<sup>100</sup> Zu einer hier relevanten erheblichen Störung, verstanden als eine Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens von Exemplaren geschützter Tierarten,<sup>101</sup> kommt

es nach rechtlichen Maßstäben aber nur dann, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert. Wie beim Gebietsschutz nach der FFH-Richtlinie steht auch insoweit die Bewahrung eines günstigen Erhaltungszustands im Vordergrund.<sup>102</sup> Der Begriff der hier angesprochenen lokalen Population ist funktional zu verstehen.<sup>103</sup> Hier kommt es auf diejenigen Habitate und Aktivitätsbereiche der Art an, „die in einem für die Lebens(-raum)ansprüche der Art ausreichenden räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen“.<sup>104</sup>

Da auch in der Vogelschutzrichtlinie<sup>105</sup> eine erhebliche Auswirkung auf die Ziele der Richtlinie vorausgesetzt wird und auch nach der FFH-Richtlinie in Art. 12 auf Störungen der „Arten“ abgestellt wird, dürfte der populationsbezogene Ansatz auch europarechtlich unbedenklich sein.<sup>106</sup>

Derartige Auswirkungen, die zu einer Beeinträchtigung des Erhaltungszustands lokaler Populationen führen, dürften mit Windenergieanlagen nur in Ausnahmefällen verbunden sein.

## 5. Zulässigkeit von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten

Auch in Landschaftsschutzgebieten erscheint die Errichtung von Windenergieanlagen oder sogar die Ausweisung einer Konzentrationsfläche für die Windenergienutzung nicht generell ausgeschlossen.<sup>107</sup>

Entscheidend ist auch hier, dass Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen dem besonderen Schutzzweck des Gebiets nicht zuwiderlaufen.<sup>108</sup> Entsprechend § 26 Abs. 2 BNatSchG sind in Landschaftsschutzgebieten alle Handlungen verboten, die den Charakter des Gebiets verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderlaufen. Die Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten kann dabei verschiedenen Zwecken dienen, die sich aus § 26 Abs. 1 BNatSchG ergeben. Landschaftsschutzgebiete können da-

92 OVG Weimar, Urteil vom 14.9.2009 – 1 KO 372/06, NuR 2010, 368 (370).

93 OVG Weimar, Urteil vom 14.9.2009 – 1 KO 372/06, NuR 2010, 368 (370).

94 Vgl. etwa Freistaat Sachsen, Studie des Landesamts für Umwelt und Geologie: „Fledermäuse und Windenergie in Sachsen“ 2006, Ziffer 4.9.2.1.

95 Freistaat Sachsen, Studie des Landesamts für Umwelt und Geologie: „Fledermäuse und Windenergie in Sachsen“ 2006, Ziffer 4.9.2.2.

96 Freistaat Sachsen, Studie des Landesamts für Umwelt und Geologie: „Fledermäuse und Windenergie in Sachsen“ 2006, Ziffer 4.4.

97 BVerwG vom 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumfahrung Bad Oeynhäusen, NuR 2009, 112 ff., Rn. 105.

98 Philipp, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, 593 (596).

99 Vgl. etwa OVG NRW, Urteil vom 3.8.2010 – 8 A 4062/04, Rn. 153 ff (zitiert nach Juris). Zu den Meidereaktionen von Fledermäusen bestehe nach Auffassung von Brinkmann (Welchen Einfluss haben Windkraftanlagen auf jagende und wandernde Fledermäuse in Baden-Württemberg?, S. 5), noch Forschungsbedarf.

100 Vgl. § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG.

101 Gellermann, Artenschutz und Straßenplanung – Neues aus Leipzig, NuR 2009, 85 (87).

102 Vgl. auch Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts: Planung, Genehmigung, Rechtsschutz, 4. Auflage, München 2009, Rn. 3133, der im Hinblick auf den Begriff der „erheblichen Beeinträchtigung“ hier Artenschutz und Gebietsschutz angenähert sieht.

103 Vgl. Louis, Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren, NuR 2009, 91 (96) und Philipp, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, 593 (596).

104 BT Drs. 16/5100, S. 11 (zu Nr. 7).

105 Vgl. Art. 5 Buchstabe d.

106 Vgl. BVerwG vom 9.7.2008 – 9 A 14.07 – Nordumfahrung Bad Oeynhäusen, NuR 2009, 112 ff., Rn. 104; kritisch aber Gellermann, Artenschutz und Straßenplanung – Neues aus Leipzig, NuR 2009, 85 (87 f.).

107 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.2.2011 – 2 A 2.09, Rn. 63.

108 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.2.2011 – 2 A 2.09, Rn. 63.

nach zum Schutz des Naturhaushalts bzw. zum Schutz von Tier- und Pflanzenarten (Nr. 1), wegen der besonderen Schönheit, Eigenart oder Bedeutung der Landschaft (Nr. 2) oder auch wegen der besonderen Bedeutung des Gebiets für Erholungszwecke (Nr. 3) ausgewiesen werden.

Soweit die Windenergienutzung mit der Schutzfunktion des Landschaftsschutzgebietes harmonisiert, können damit Windenergieanlagen auch in solchen Schutzgebieten errichtet werden.<sup>109</sup>

## V. Ausblick

Selbst für kleinere Projekte sind bei Vorhaben zur Nutzung der Windenergie zahlreiche Prüfschritte durchzuführen bzw. vielfältige Genehmigungsvoraussetzungen zu beachten.

Erleichterungen für die Verwirklichung von Projekten angesichts einer veränderten politischen oder öffentlichen Wahrnehmung lassen sich am ehesten über die Vorgaben in Planwerken, wie der Regional- bzw. Landesplanung

109 Vgl. auch Ziffer 8.2.1.2 („Landschaftsschutzgebiete“) des Windenergieerlasses NRW (WKA-Erl. vom 21.10.2005), der für diesen Fall eine sog. Befreiungsentscheidung nach Landesrecht vorsieht.

110 So äußerte sich bei der Inbetriebnahme des Windparks Baltic I der Bürgermeister des Ostseeheilbads Zingst, Thomas Kuhn, dass die ursprünglich vorhandenen Bedenken nicht eingetroffen seien und sich auch Touristen nicht mehr an den am Horizont sichtbaren Windrädern störten.

sowie der Bauleitplanung erreichen, die heute die Planung von Windenergieanlagen überwiegend in enge Bahnen lenken. Wenn die mit einem Windpark verbundene Veränderung der Umgebung heute in Zeiten einer Energiewende nicht mehr als störend empfunden wird,<sup>110</sup> sind gerade hier Möglichkeiten gegeben, die hohen Anforderungen an die Zulassung solcher Projekte zurück zu nehmen. Auch die Auswirkungen auf das Landschaftsbild sowie die Zulassung von Windenergieanlagen gerade in Landschaftsschutzgebieten könnte vor dem Hintergrund einer geänderten Wahrnehmung als weniger kritisch bewertet werden.

Während bei den Anforderungen des Immissionschutzrechts und des Naturschutzrechts insgesamt aber nur wenige Handlungsmöglichkeiten bestehen dürften, können Vorhaben besonders dadurch erleichtert werden, dass eine Deregulierung in den übergeordneten Vorgaben einsetzt. Diesen Ansatz verfolgt bereits die Landesregierung in Nordrhein-Westfalen und überarbeitet den bislang sehr restriktiven Windenergie-Erlass.

Auch bei den Anforderungen des Naturschutzrechts sollte nicht zu früh resigniert werden. So erscheint es auch nicht ausgeschlossen, in den Flächen, die heute als FFH- oder Vogelschutzgebiet vornehmlich Naturschutzzwecken dienen, Projekte zur Nutzung der Windenergie zuzulassen. Dazu sollten in Abhängigkeit von den konkreten Schutzzwecken diejenigen Möglichkeiten genutzt werden, mit denen die Auswirkungen auf wertbestimmende Arten, hier besonders Vogelarten und Fledermäuse, sowie auf Biotope reduziert werden können.