

Braunschweigische Rechtswissenschaftliche Studien

Edmund Brandt

Artenschutzrechtliche Erfordernisse bei der Genehmigung von Windenergieanlagen



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Artenschutzrechtliche Erfordernisse bei der Genehmigung von Windenergieanlagen

Braunschweigische Rechtswissenschaftliche Studien

Herausgegeben von

Prof. Dr. Edmund Brandt

Prof. Dr. Hans Walter Louis

Prof. Dr. Lothar Hageböling



Edmund Brandt

Artenschutzrechtliche Erfordernisse bei der Genehmigung von Windenergieanlagen



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Gefördert mit Mitteln der Stiftung Braunschweigischer Kulturbesitz



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtes ist unzulässig und strafbar.

© 2021 BWV | BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Behaimstraße 25, 10585 Berlin,
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>

Layout und Herstellung durch den Verlag

Satz: DTP+TEXT Eva Burri, Stuttgart

Druck: docupoint, Magdeburg

Gedruckt auf holzfreiem, chlor- und säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.

Printed in Germany.

ISBN Print 978-3-8305-5075-4

ISBN E-Book 978-3-8305-4240-7

Vorwort

Vor knapp zehn Jahren erschien der Sammelband „Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren“.¹ Er bildete so etwas wie den Startschuss für die Arbeit der Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer), in der zwischen 2012 und 2019 versucht wurde, sowohl dezidiert disziplinar als auch inter- und transdisziplinär zentrale windenergierechtliche Fragestellungen in den Blick zu nehmen.² In der Neuauflage des Sammelbandes³ wurde die Brisanz, die artenschutzrechtliche Anforderungen im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen besitzen, nachdrücklich hervorgehoben.⁴ Der seinerzeit konstatierte Diskussions- und Klärungsbedarf dürfte unverändert fortbestehen. Daran haben weder das Gesetz zur Änderung des Bundes-Naturschutzgesetzes vom 15.09.2017⁵ noch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018⁶ etwas geändert – eher im Gegenteil.⁷

Offenkundig ist zweierlei: Es fehlt einerseits an einer konsequent normorientierten Durchdringung der einschlägigen Bestimmungen – mit § 44 BNatSchG im Zentrum. Und es fehlen grundlegende, wissenschaftlichen Anforderungen gerecht werdende differenzierte naturschutzfachliche Erörterungen. Bis es gelingt, diesen Anforderungen auch nur ansatzweise gerecht zu werden, bedarf es gewiss noch erheblicher Anstrengung, müssen längere Wege zurückgelegt werden. Mit dem vorliegenden Band wird versucht, dazu einige Beiträge zu liefern. Abgedruckt werden überwiegend Studien, die im Laufe der letzten Jahre im Auftrag des Wissenschaftlichen Beirats der k:wer entstanden und nicht ohne Weiteres zugänglich sind (abgedruckt unter B bis G). Ein neuer Beitrag (unter A) beschäftigt sich mit der Aktualität des Implementationsforschungsansatzes für die hier behandelte Fragestellung.

Meiner Sekretärin, Frau Sabine Claußen, die mit großer Umsicht die Texte in eine für den Druck geeignete Fassung gebracht hat, danke ich herzlich.

Braunschweig, Juli 2020

Edmund Brandt

- 1 Edmund Brandt (Hrsg.), Berlin 2011 (Braunschweigische Rechtswissenschaftliche Studien).
- 2 Die Arbeit der k:wer lässt sich gut an den Jahrbüchern ablesen, die, redaktionell von Bernd Günter betreut, zwischen 2012 und 2018 erschienen.
- 3 Edmund Brandt (Hrsg.), Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren, 2. Auflage Berlin 2015 (k:wer-Schriften).
- 4 Sebastian Willmann, Artenschutz und Windenergie – Rechtliche Rahmenbedingungen, in: Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren (FN 3), S. 29 ff., sowie Günter Ratzbor, Naturschutzfachliche Grundlagen zu naturschutzrechtlichen Entscheidungen, a. a. O., S. 63 ff.
- 5 BGBl. I S. 3434.
- 6 BvR 2523/13, ZNER 2018, S. 527 ff.
- 7 Ein Indiz dafür ist, dass die ZNER dem Themenfeld im Jahre 2020 gleich zwei Schwerpunktheft widmete.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
A Zur Aktualität des Implementationsforschungsansatzes – Konsequenzen für die Beschäftigung mit den §§ 44, 45 BNatSchG.....	11
I Zentrale Parameter des Implementationsforschungsansatzes.....	11
II Zum Stellenwert des Normprogramms im Spektrum möglicher Implementationsdefizite	13
III Fragestellungen im Hinblick auf das in den §§ 44, 45 BNatSchG enthaltene Normprogramm.....	13
B Die artenschutzrechtliche Ausgangslage in § 44 BNatSchG – unter besonderer Berücksichtigung des Tötungsverbots.....	15
I Rechtspolitische Entwicklung – Generelle Bedeutung – Aufbau der Vorschrift	15
1) Jüngste rechtspolitische Entwicklung	15
2) Übergreifende Bedeutung und Bedeutungswandel.....	15
3) Aufbau der Vorschrift	17
II Speziell: Das Tötungsverbot.....	17
1) Die Tatbestandsmerkmale des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG	17
a) Wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten.....	17
b) Töten.....	18
c) Signifikanztheorem.....	20
d) Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative	22
2) Einschränkungen gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG	23
3) Fazit.....	26
C Die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG.....	29
I § 45 BNatSchG im Normgefüge des besonderen Artenschutzes	31
II Rechtsdogmatische Durchdringung der Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG	32
1) Fehlende zumutbare Alternative	33
2) Vorliegen eines Ausnahmegrundes.....	36
a) Die Ausnahmegründe nach § 45 Abs. 7 S. 1 bis 3 BNatSchG.....	36
b) Der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG.....	37
c) Der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG.....	39
3) Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art.	41

III	Rechtsfolge: Abwägungs- und Ermessensentscheidung.....	43
IV	Sonderproblem: Grundsätzliche Möglichkeit der Ausnahmeerteilung vom Tötungsverbot?	45
D	Rückgriff auf Auslegungshilfen/Handlungsempfehlungen.....	47
I	Der Stellenwert untergesetzlicher Regelwerke für behördliche Entscheidungen	47
	1) Begriffliche Annäherung	48
	2) Rechtliche Verortung	49
	a) Untergesetzliche Regelwerke als Rechtsquelle des Verwaltungshandelns. . .	50
	b) Rechtsverordnungen und Satzungen.....	53
	c) Verwaltungsvorschriften	54
	d) Fachkonventionen.....	56
	e) Antizipierte Sachverständigengutachten.....	57
II	Die Rechtsnatur des Helgoländer Papiers.....	59
	1) Denkbare Klassifikationen im Kontext der Rechtsquellen des Allgemeinen Verwaltungsrechts.....	59
	2) Das Helgoländer Papier als untergesetzliches Regelwerk?.....	60
	3) Das Helgoländer Papier als Fachkonvention?	61
	4) Das Helgoländer Papier als Ausdruck/Ausprägung des allgemein anerkannten Standes der Wissenschaft?	62
	5) Das Helgoländer Papier als antizipiertes Sachverständigengutachten?	62
	6) Das Helgoländer Papier als Ausprägung des Vorsorgegedankens?	63
	7) Folgerungen	63
III	Konsequenzen im Hinblick auf die Heranziehung des Helgoländer Papiers	64
	1) Begrifflich-kategoriale Klärungen	64
	2) Speziell: Auswirkungen von Gutgläubigkeit/Bösgläubigkeit	68
	3) Konsequenzen für die an dem Verfahren Beteiligten.....	69
E	Zum Zusammenwirken von Genehmigungs- und Fachbehörden sowie außerbehördlichem Sachverstand	71
I	Zur verwaltungsverfahrenrechtlichen Ausgangslage	71
	1) §§ 24, 25, 26 Abs. 2 VwVfG	71
	2) Exkurs: § 86 VwGO	75
II	Stellungnahme	76
III	Begriffliche Klärungen	77
IV	Zum Verhältnis Genehmigungs- und Naturschutzbehörde.....	78

F	Zuschnitt und Reichweite der gerichtlichen Prüfungskompetenz	85
I	Bedeutungsgehalt und Reichweite von Art. 19 Abs. 4 GG.....	85
	1) Zur Normstruktur von Art. 19 Abs. 4 GG	85
	2) Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte.....	86
	a) Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte auf der Tatbestandsseite.....	86
	b) Einschränkungen auf der Rechtsfolgenseite.....	88
II	Folgerungen für die Beurteilung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG	88
	1) Bestandserfassung und sog. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative ...	88
	2) Risikobewertung und sog. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative	89
III	Konsequenzen aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018	93
	1) Klärungen	93
	2) Klärungsbedarf.....	97
G	Ansätze zur Überwindung der gegenwärtigen Blockadesituation	101
I	Spielräume aufgrund der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.....	101
	1) Urteil des 4. Senats vom 27.06.2013	101
	2) Urteil des 7. Senats vom 21.11.2013	102
	3) Stellungnahme	103
II	Spielräume aufgrund des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018.....	106
	1) Prozessuale Gesichtspunkte	107
	2) Zentrale Aussagen.....	108
	3) Stellungnahme	115
	Literaturverzeichnis	119

A Zur Aktualität des Implementationsforschungsansatzes – Konsequenzen für die Beschäftigung mit den §§ 44, 45 BNatSchG

Dass der Vollzug – hier weit verstanden – sich mit dem Normprogramm in den §§ 44, 45 BNatSchG schwertut, steht außer Frage. Sich vielfach im Kreise drehende Diskussionsprozesse auf Behördenebene, nicht zuletzt aber auch die Fülle von Gerichtsentscheidungen, die in den letzten Jahren dazu ergangen sind, legen ein mehr als beredtes Zeugnis ab.

Schon auf der Analyseebene dürfte es einen Versuch wert sein, mit Hilfe von Parametern der Implementationsforschung zu Erkenntnissen zu gelangen. Möglicherweise müsste man dabei nicht zwingend stehen bleiben, könnte vielmehr weitergehend Ansätze für eine Problemlösung identifizieren.

Vor dem Hintergrund werden im Folgenden (unter I) zunächst zentrale Parameter des Implementationsansatzes rekapituliert und kommentiert. Ein besonderes Augenmerk hat im hier interessierenden Zusammenhang dem Normprogramm zu gelten (unter II), das führt zur Entwicklung einiger Fragestellungen im Hinblick auf das in den §§ 44, 45 BNatSchG enthaltene Normprogramm (unter III).

I Zentrale Parameter des Implementationsforschungsansatzes

In den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts hat die Implementationsforschung als neuer Zweig der Verwaltungswissenschaft einen beträchtlichen Aufschwung genommen, der allem Anschein nach bis heute trägt.¹ Ausgehend von der Prämisse, dass das politisch-administrative System über eigene Machtbasen verfüge und deshalb nicht völlig extern determiniert und ohne Handlungsspielräume sei,² lag es nahe, die jedenfalls partiell weitgehende Wirkungslosigkeit von politischen Plänen oder Programmen auf ihren mangelhaften Vollzug zurückzuführen. Zwischen der Erkenntnis, dass es notwendig sei, Implementationsforschung zu betreiben und ihrer Durchführung lagen allerdings beträchtliche Hindernisse: Zunächst fehlte es weitgehend an theoretischen Konzeptionen, die empirischen Untersuchungen zugrunde gelegt werden konnten³ und es bedurfte explizit unter der Implementationsfragestellung durchgeführte Untersuchungen, um ihre Validität in der Praxis überprüfen zu können.

Auch im Abstand mehrerer Jahrzehnte bildet die theoretische Fundierung durch R. Mayntz über „Die Implementation politischer Programme“⁴ eine erhebliche Bedeutung. Damit wurden erstmals die einzelnen Theorieelemente in einen systematischen Zusammenhang gestellt. Deshalb erscheint es lohnend, einige zentrale Aussagen zu resümieren und zu kommentieren.

1 Siehe dazu etwa *Wollmann*, in Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0, 2009, S. 379 ff. (382 ff.).

2 Grundlegend dazu Planungsorganisation 1973.

3 Siehe dazu etwa *Scharpf*, Politikformulierung und Implementierung als Forschungsgegenstand am IIMV: Fragestellungen und Ansätze, WZB/78–22, S. 4 ff.

4 *Mayntz*, Die Verwaltung 10 (1977), S. 51 ff.