



**MOHR · RECHTSANWÄLTE**  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte Postfach 500929 22709 Hamburg

Ministerium für Inneres, ländliche Räume und  
Integration – Landesplanung –  
Düsternbrooker Weg 92  
24105 Kiel

auch elektronisch über [windenergiebeteiligung@im.landsh.de](mailto:windenergiebeteiligung@im.landsh.de)

Sekretariat: Frau Kreipe  
Durchwahl: 040/30 62 4-228  
Telefax: 040/30 62 4-222  
E-Mail: [catharina.kreipe@mohrpartner.de](mailto:catharina.kreipe@mohrpartner.de)

Hamburg, 10.03.2020  
Az: 00034/20 6/V/RN  
**(Az. bitte stets angeben)**

**Dritter Entwurf der Teilaufstellung des Regionalplans für den  
Planungsraum II – Sachthema Windenergie –  
Hier: geplante Ausweisung des Gebiets PR2\_PLO\_002 als  
Vorrangfläche Windkraft**

Sehr geehrte Damen und Herren,

unter Bezugnahme auf die in der Anlage beigefügten Vollmachten zeigen  
wir Ihnen an, dass uns

1. die Gemeinde Passade, vertreten durch den Bürgermeister,  
An de Laak 16, 24253 Passade,
2. die Gemeinde Höhndorf-Gödersdorf, vertreten durch den  
Bürgermeister, Hörn 8, 24217 Höhndorf

mit ihrer Vertretung im Planaufstellungsverfahren beauftragt haben.

**Dr. Precht Fischer** <sup>1)</sup>  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

**Rüdiger Nebelsieck, LL.M.** <sup>1) 2)</sup>  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Dr. Oliver Kroll** <sup>1)</sup>  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

**Jan Mittelstein, LL.M.** <sup>1) 3)</sup>  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

**Karen Fock**  
Rechtsanwältin

**Elena Wurster**  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

**Theresa Kösters, lic. en droit** <sup>4)</sup>  
Rechtsanwältin

**Carina Blust**  
Rechtsanwältin

**Anike Zell**  
Rechtsanwältin

**Ann Kristin Weber**  
Rechtsanwältin

**Sebastian Wessendorf**  
Rechtsanwalt

**Dr. Peter C. Mohr**  
- bis zum 31. Dezember 2012 -

<sup>1)</sup> Partner im Sinne des PartGG

<sup>2)</sup> Master in Environmental Law

<sup>3)</sup> Master of Laws in European Community Law

<sup>4)</sup> Licence en droit

Max-Brauer-Allee 81  
22765 Hamburg-Altona

e-Mail: [info@mohrpartner.de](mailto:info@mohrpartner.de)  
[www.mohrpartner.de](http://www.mohrpartner.de)

Partnerschaft mit  
beschränkter Berufshaftung  
Sitz Hamburg  
AG Hamburg PR 550

Commerzbank  
IBAN: DE95 2008 0000 0502 9673 00  
BIC: DRESDEFF200

Hamburger Sparkasse  
IBAN: DE67 2005 0550 1268 1171 71  
BIC: HASPDEHHXXX



Namens und mit Vollmacht der Gemeinden beantragen wir,

die Fläche des Gebiets PR2\_PLO\_002 (im Folgenden nur noch: 002) nicht als Vorranggebiet Windkraft auszuweisen, sondern sie von zukünftiger Windkraftnutzung freizuhalten.

### **Begründung:**

Eine Ausweisung der Fläche 002 für die Windenergie wäre aus Rechtsgründen fehlerhaft und würde die Wirksamkeit des in Aufstellung befindlichen Regionalplans in Gänze gefährden. Denn die geplante Ausweisung begegnet nicht nur den von der Gemeinde in den vorlaufenden Beteiligungsverfahren bereits dargestellten und hier zur Vermeidung von Wiederholungen in Bezug genommenen raumordnungsrechtlichen Bedenken, sondern würde sich wegen entgegenstehender und rechtlich hier unüberwindbarer artenschutzrechtlicher Hindernisse als ungeeignet für die Windenergienutzung darstellen.

## **I. Maßgeblicher Sachverhalt für die artenschutzrechtliche Bewertung der geplanten Flächenausweisung**

### **1. Artenschutzgutachten Koop/Gaedicke vom 09.12.2018**

Unsere Mandantin hat bereits mit ihrer Stellungnahme vom 10.12.2018 zum zweiten Entwurf der Planung als Anlage das von ihr beauftragte Fachgutachten Koop/Gaedicke vom 09.12.2018 vorgelegt, präzise zusammengefasst und bewertet. Das muss hier nicht im Einzelnen wiederholt werden. Zusammengefasst ist indes exemplarisch an Folgendes zu erinnern:

#### **a. Seeadler**

Die Flächen liegt in der Nachbarschaft von mehreren Seeadlerhorsten, von denen der



dichteste nur etwa 2.000 m von der geplanten Vorrangfläche entfernt liegt, also die Abstandsempfehlungen der LAG VSW 2015 deutlich unterschreitet. Insgesamt liegen sogar fünf besetzte Horste im 6-km-Prüfbereich der Abstandsempfehlungen.

#### **b. Rotmilan**

Zwei Rotmilanhorste liegen im Abstand von ca. 2.500 bzw. 2.800 m, wobei zahlreiche und dokumentierte Sichtungen häufige Querungen der geplanten Vorrangfläche belegen.

#### **c. Mäusebussard**

Der dichteste bekannte Horst des Mäusebussards ist nur 120 m von der Vorrangfläche entfernt, weitere befinden sich im Umfeld. Die geplante Vorrangfläche wird regelmäßig zur Nahrungssuche genutzt und überflogen.

### **2. Bisherige planerische Berücksichtigung des Gutachtens im dritten Entwurf**

Der dritte Entwurf hält gleichwohl an der Vorrangfläche fest. Er berücksichtigt die begutachteten Vorkommen von Rotmilan und Mäusebussard gar nicht. Für den Seeadler wird nun immerhin eingeräumt, dass Risiken signifikanter Erhöhungen der Tötungsrisiken bestehen und die Vorrangfläche gegen die planerischen Tabukriterien verstößt. Es wird aber in Ziffer 5.7.3 G(1) eine Ausnahme von diesen Kriterien eingeführt mit der Erwägung, eine artenschutzrechtliche Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG sei möglich. Dabei unterscheiden sich die Erwägungen dazu im Begründungsteil des 3. Entwurfes einerseits (dazu a.) und im gebietsbezogenen Datenblatt andererseits (dazu b.) allerdings deutlich, und zwar im Hinblick auf die Frage, wer die Ausnahmelage nach welchen Kriterien prüft bzw. in Aussicht stellt.



**a. Kriterien für mögliche Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG für den Seeadler lt. Begründung Seiten 12 – 14 im Textteil des 3. Entwurfes für Planungsraum II:**

Ziffer 5.7.3 G(1) des 3. Entwurfes für den RROP im Planungsraum II enthält eine Sonderregelung für zwei Vorranggebiete in ihrer Kollisionslage zum Seeadler. Diese Sonderregelungen weichen ab von den im Entwurf des LEP (vgl. dort Ziffer 3.5.2 und 2.5.2.30 (S. 77/78) dokumentierten Abwägungsdirektiven zur hervorgehobenen Bedeutung der Standorte für Altanlagen und dem Konzept zur Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Maßgaben.

In Ziffer 5.7.3 heißt es dazu nach dem Hinweis auf die teilweise Lage in potenziellen Beeinträchtigungsbereichen und der grundsätzlichen Annahme signifikanter Tötungsrisiken:

*„Die Erteilung einer Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG kann für diese Gebiete in Aussicht gestellt werden. Bei der Errichtung oder Änderung von Windkraftanlagen sind im Genehmigungsverfahren konkrete Untersuchungen hinsichtlich eines möglichen erhöhten Kollisionsrisikos durchzuführen. Die Festsetzung von artenschutzrechtlichen Vermeidungsmaßnahmen ist i.d.R. erforderlich.“*

In der Begründung dafür heißt es auf den Seiten 12 – 14 zusammengefasst:

- Zur Erreichung der (Planungs-)ziele sei die Übernahme von Bestandwindparks notwendig und auch planerisch sinnvoll. Damit werde neben den Energiezielen, dem Ziel der Freihaltung von Landschaft sowie an fortbestehender Nutzung bereits vorhandener Infrastruktur (z.B. Netzanbindung, Zufahrtstraßen) auch dem berechtigten Interesse der Altanlagenbetreiber an einem Weiterbetrieb der Anlagen Rechnung getragen.



- In der Alternativenprüfung hätten auch keine zumutbaren Alternativen festgestellt werden können. Die Planungsbehörde habe abgewogen, ob die genannten öffentlichen Interessen durch Ausnahmen von Abwägungskriterien an anderer Stelle erreicht werden könnten. Hierzu wurde bereits bei der Ausgestaltung der Kriterien der Übernahme von Bestandwindparks ein hohes Gewicht eingeräumt. Im Anschluss seien zudem die Bestands-Windparks zusätzlich betrachtet worden, die aufgrund anderer Abwägungsbelange nicht übernommen werden konnten. Es folgen dann Ausführungen zu den Einzelkriterien dafür, weshalb andere Bestandwindparks nicht hätten übernommen werden können.
- Es drohe auch keine Verschlechterung der Seeadlerpopulation in Schleswig-Holstein.
- Es sei zudem zu erwarten, dass das Worst-Case-Szenario gar nicht eintrete.
- Für die Fläche PR2\_PLO\_006 gelte zwar eigentlich Ähnliches, jedoch werde dort der zukünftigen Siedlungsentwicklung ein höheres Gewicht eingeräumt.

#### **b. Begründung im Abwägungsdatenblatt für PR2\_PLO\_002**

In der Begründung des Datenblattes wird eingeräumt, dass das Vorranggebiet teilweise innerhalb eines Beeinträchtigungsgebiets um einen Seeadlerhorst liegt.

Sodann wird dargelegt, dass nach den Tabukriterien der Planung eigentlich ein Vorrang für Windenergie nur möglich sei, wenn

- ein positives artenschutzrechtliches Gutachten nach den Empfehlungen des LLUR / MELUND
- sowie ein abschließendes positives schriftliches Votum des LLUR vorliege und



- das Gutachten aufgrund der Teilfortschreibung 2012 vor den OVG-Entscheidungen vom 20. Januar 2015 beauftragt worden ist sowie erste Kartierungen spätestens zur Veröffentlichung des Planerlasses vom 23. Juni 2015 im Amtsblatt begonnen und ohne Unterbrechung weiter durchgeführt worden seien.

Sodann wird eingeräumt, dass diese Voraussetzungen hier nicht erfüllt seien, aber von der nach § 2 I Nr. 17 NatSchZVO zuständigen Behörde eine Ausnahme nach § 45 VII 1 Nr. 5 BNatSchG (von den Verboten des § 44 I BNatSchG) in Aussicht gestellt worden sei, so dass auf regionalplanerischer Ebene sichergestellt sei, dass der Vorrang der Windenergie sich auch in nachfolgenden Verfahrensebenen durchsetzen könne.

Bei der Bewertung der Abwägungskriterien im Detail wird unter dem Punkt Schutzgut Tiere und Pflanzen / Gebiets- und Artenschutz für den potenziellen Beeinträchtigungsbereich (3 km Radius) mit besonderer Bedeutung für Großvögel das Konfliktrisiko als hoch eingestuft bei einer betroffenen Teilfläche von 58,5 ha von insgesamt 72,6 ha.

## **II. Rechtliche Bewertung**

Der bisher vorgesehene Umgang mit den artenschutzrechtlichen Belangen auf der geplanten Vorrangfläche 002 ist rechtlich nicht tragfähig, und zwar unabhängig davon, ob man die Zuordnung artenschutzrechtlicher Konflikte zu den harten und weichen Tabukriterien der Planung für zutreffend hält. Daran bestehen allerdings jedenfalls für Dichtezentren des Seeadlers erhebliche Zweifel (dazu 1.). Auch losgelöst davon ist es nicht möglich, für artspezifisch hoch empfindliche Vogelarten, für die signifikante Erhöhungen der Tötungsrisiken durch den Betrieb von Windrädern drohen, in eine Ausnahme „hineinzuplanen“ (dazu 2.). Darüber hinaus erweist sich der konkrete Versuch, das hier gleichwohl zu tun, als fehlerhaft (dazu 3.). Schließlich berücksichtigt die Planung die von den Fachgutachtern für die geplante Vorrangfläche 002 aufgezeigten Tötungsrisiken für den Bussard und den Rotmilan fehlerhaft ebenfalls nicht (dazu 4.).



## **1. Abgrenzung harter und weicher Tabukriterien bei Dichtezentren des Seeadlers**

Das gesamträumliche Plankonzept behandelt artenschutzrechtliche Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG insgesamt niemals als „hartes“ Tabukriterium und nur für wenige spezifische Einzelfälle als „weiches“ Tabukriterium (vgl. Ziffern 2.4.2.19 – Ziffern 2.4.2.22 und 30).

Zum Artenschutzrecht wird in der Tat vertreten, dass trotz des zwingenden Charakters von Verbotstatbeständen eine Einstufung als „hartes“ Tabukriterium deshalb ausscheiden sollte, weil es bei ihnen nur um dauerhafte unüberwindbare Hindernisse gehe, während sich die Vorkommen der oft mobilen besonders und streng geschützten Arten räumlich während der zeitlichen Geltungsdauer des Regionalplans räumlich verändern könnten. Entscheidend ist mithin für diese Bewertung, dass ein derzeit zu konstatierendes rechtliches Hindernis in einigen Jahren auch „verschwinden“ könnte, wenn das relevante Individuum einer z.B. von signifikanten Tötungsrisiken betroffenen Art seinen Lebensraum verändere.

Dieses Argument erweist sich allerdings bezogen auf die in der Planung nur als weiches Tabukriterium behandelten Dichtezentren für den Seeadler (vgl. 2.4.2.19) als nicht tragfähig. Vielmehr belegt die Begründung des Entwurfes dazu, dass insoweit von einem dauerhaften artenschutzrechtlichen Hindernis ausgegangen werden muss. Denn die Planung legt als Prämisse die Annahme zugrunde, es drohten nicht nur derzeit besonders hohe Kollisionsrisiken, sondern es handele sich um den „stabilen Kern der Seeadler-Population“ mit hohen Reproduktionserfolgen und einem „Populationsüberschuss“. Daraus und aus den Erwägungen zur vermeintlich fortbestehenden Populationsstabilität trotz erwogener Ausnahmen (dazu aber sogleich) ergibt sich notwendig, dass es sich nach diesen Prämissen um ein dauerhaftes Zulassungshindernis handelt, mithin die Dichtezentren als „hartes Tabukriterium“ hätten eingestuft werden müssen. Denn es wird für die absehbare Geltungsdauer des Regionalplans immer und losgelöst von einzelnen Revierverlagerungen mit einem regelmäßigen Vorkommen von Individuen der Art zu rechnen sein,



die unter Berücksichtigung der artspezifisch unstreitig sehr hohen Schlagempfindlichkeit (vgl. dazu jüngst den Totfund eines Seeadlers an einer Windkraftanlage in Holtsee) signifikant sind. Zugleich können Ausnahmen nicht erteilt werden (dazu sogleich).

Die geplante Vorrangfläche 002 gehört zum Dichtezentrum, wie sich aus dem Fachgutachten Koop/Gaedicke 2018 (vgl. dort Seite 4 ff.) deutlich ergibt. Daraus folgt, dass die Fläche wegen eines auch dauerhaft unüberwindbaren Hindernisses nicht für Windenergienutzung geeignet ist.

## **2. Kein Hineinplanen in die Ausnahme beim Seeadler möglich**

Die Regionalplanung plant für den Seeadler hier in der (wie dargelegt fehlerhaften) Annahme, die Fläche liege nicht im Dichtezentrum, „in die Ausnahme hinein“. Das geht schon deshalb fehl, weil Ausnahmen vom Tötungsverbot in Fällen wie diesen unionsrechtlich unzulässig sind (dazu a.). Aber auch unabhängig davon weist die Planung beachtliche methodische und inhaltliche Fehler auf (dazu b.).

### **a. Ausnahmen vom Tötungsverbot für wildlebende Vogelarten nach Maßgabe der Art. 5 und 9 V-RL unzulässig**

Der Planentwurf unterstellt ausweislich Seite 12 des Begründungsentwurfes, dass der Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG („andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solche sozialer oder wirtschaftlicher Art“) für den Seeadler in Ansatz gebracht werden kann.

Diese Annahme wird in der deutschen Kommentarliteratur verschiedentlich mit der Sache nach vertretbaren Argumenten geteilt, obwohl Art. 9 V-RL einen derartigen Ausnahmegrund für wildlebende Vogelarten nicht kennt. Ihr steht aber entgegen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die in Art. 9 Abs. 1 V-RL aufgeführten Ausnahmegründe abschließend und eng auszulegen sind (vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 08.06.2006, C-60/05,



juris Rn. 34; Urteil vom 12.07.2007 – C-507/04, NuR 2007, 537, Rn. 326) und der Gerichtshof davon ausgehend die wörtlich mit dem deutschen Recht übereinstimmende Regelung des polnischen Naturschutzgesetzes in seinem Urteil vom 26.01.2012 (C-192/11, NuR 2013, 718 ff., 720) unionsrechtlich beanstandet hat. (vgl. dazu etwa auch Lau, NuR 2013, 685 ff., 688). Vor diesem Hintergrund hat das OVG Münster (Urteil vom 29.03.2017, 11 D 70/09.AK, juris Rn. 958) die edeutsche Norm in Bezug auf europäische Vogelarten für unanwendbar gehalten, und jüngst hat das VG Gießen (Urteil vom 22.01.2020, 1 K 6019/18.GI, Urteilsdruck S. 29/30, noch unveröffentlicht) eine für die Windenergienutzung erteilte artenschutzrechtliche Ausnahme auf die Klage eines anerkannten Umweltvereins aus diesem Grunde beanstandet.

#### **b. hilfsweise: Methodische Fehler der Planung beim „Hineinplanen in die Ausnahme“**

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, weichen die Ausführungen zum Thema Seeadler im Gebietsdatenblatt und im Textteil maßgeblich voneinander ab. Während im Gebietsdatenblatt auf eine – nicht beigefügte – Äußerung der Genehmigungsbehörde zur in Aussicht gestellten Ausnahme abgestellt wird, klingt es im Textteil so, als habe die Planungsbehörde aus ihrer planerischen Perspektive geprüft, ob eine Ausnahme greife.

Diese unterschiedliche Perspektive ist wichtig und führt auf das Grundproblem im Streitfall: Beide Ebenen wirken aufeinander ein und beeinflussen sich gegenseitig. Die Planer sind nicht für die Ausnahmen zuständig, beeinflussen aber über ihre Vorrangflächenauswahl die für Windenergienutzung zugänglichen Flächengerüste, während die Genehmigungsbehörden die Ausnahmeprüfungen einschließlich der Alternativenprüfung vorzunehmen haben, aber keinen Einfluss auf die vorlaufende Auswahl von Vorranggebieten haben. Von daher erweist sich ein „Hineinplanen“ in die Ausnahme schon im Grundansatz als problematisch und fehleranfällig.



Hier ist zudem unklar, welcher der beiden zitierten Ansätze in den Planungsunterlagen der maßgebliche sein soll. Wir gehen daher zunächst auf die Aussage im Datenblatt ein (dazu aa.) und sodann auf die Ausführungen der Planer im Textteil (dazu bb.). Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass auch die Prüfung der Auswirkungen auf die Population der Art inkongruent ist (dazu cc.).

#### **aa. Perspektive der Genehmigungsbehörde**

Wie oben bereits dargelegt, sind laut dem Datenblatt PR2\_PLO\_002 die Voraussetzungen für die Einrichtung eines Vorranggebiets für Windenergie nicht erfüllt, aber es soll von der nach § 2 I Nr. 17 NatSchZVO zuständigen Behörde die Erteilung einer Ausnahme nach § 45 VII 1 Nr. 5 BNatSchG (von den Verboten des § 44 I BNatSchG) in Aussicht gestellt worden sein. Damit sei auf regionalplanerischer Ebene sichergestellt, dass der Vorrang der Windenergie sich auch in nachfolgenden Verfahrensebenen durchsetzen könne.

Eine im laufenden Planverfahren eingeholte Einschätzung der Zulassungsbehörde kann keine Bindungswirkung für ein nachfolgendes Zulassungsverfahren entfalten und damit als solche nicht im engeren Sinne sicherstellen, dass sich die Windenergie im Vorranggebiet hinreichend sicher gegenüber sonstigen öffentlichen Belangen durchsetzen wird. Eine rechtliche Sicherung der Windenergienutzung liegt aber nicht schon dann vor, wenn sie nicht auf Dauer ausgeschlossen ist, sondern nur dann, wenn die Erteilung einer Ausnahme gewiss ist (vgl. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl., S. 44). Es bedarf daher mindestens einer objektiv-rechtlichen Kontrolle der Ausnahmelage.

Diese kann aber während des Planaufstellungsverfahrens nicht positiv festgestellt werden.

§ 45 Abs. 7 BNatSchG ermöglicht es nicht, über die Erteilung von Ausnahmen bereits



im Vorfeld einer Prüfung pauschale Zusagen zu machen. Vielmehr muss angesichts der nach Satz 2 erforderlichen Alternativenprüfung sowie im Hinblick darauf, dass sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtern darf, eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden. Diese hängt maßgeblich von dem jeweiligen Standort der einzelnen Windenergieanlage sowie von dem Erhaltungszustand der betroffenen Populationen zum Zeitpunkt der Entscheidung über einen Zulassungsantrag ab (*Gellermann* in Landmann/Rohmer, BNatSchG, § 45, Rn. 26 – beck online). Diese kann zu einem früheren Zeitpunkt in eine für Jahrzehnte geltenden Regionalplanung zum Zeitpunkt ihrer Aufstellung noch nicht vorhergesehen werden. Eine pauschale Zusage über später zu erteilende Ausnahmegenehmigungen kann daher im Vorfeld nicht getroffen werden.

Dafür spricht insbesondere der Wortlaut des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG, der selbst festlegt, dass die Erteilung einer Ausnahme nur im Einzelfall erfolgen kann. Etwas anderes gilt nur nach Satz 3, der die Landesregierungen dazu ermächtigt, Ausnahmen auch durch Rechtsverordnung zuzulassen (vgl. auch *Gellermann* in Landmann/Rohmer, BNatSchG, § 45, Rn. 18 – beck online). Zudem steht die Entscheidung über die Zulassung von Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG im Ermessen der zuständigen Behörde (*Gellermann* in Landmann/Rohmer, BNatSchG, § 45, Rn. 19 – beck online). Auch hieraus ergibt sich die Erforderlichkeit einer Prüfung des jeweiligen Einzelfalls, die allein die Behörde in die Lage versetzt, eine abwägungsfehlerfreie Entscheidung zu treffen.

In der Phase der Planaufstellung kommt hinzu, dass die Genehmigungsbehörde notwendig auch deshalb noch keine belastbaren Aussagen zur Existenz vorzugswürdiger Alternativen machen kann, weil die für die Errichtung von Windenergieanlagen zur Verfügung stehenden Flächen gerade erst durch die Planung geschaffen werden. Zudem hängt es dann zusätzlich vom Genehmigungsstand der Projekte für die später ermittelten Vorrangflächen ab, inwieweit die energiepolitischen Zielsetzungen auch an anderen Standorten als dem problematischen Seeadlerstandort erreicht werden können.



Daraus folgt, dass eine – hier aus Rechtsgründen allerdings wie dargelegt schon im Grundsatz unmögliche - Ausnahmefähigkeit durch die Genehmigungsbehörde während der Aufstellung von RROP noch nicht hinreichend belastbar in Aussicht gestellt werden könnte.

Schließlich erweisen sich auch die bisherigen Erwägungen des LLUR zur Erteilung einer Ausnahme, die sich aus den der Gemeinde Passade dazu inzwischen antragsgemäß übermittelten Dokumenten ergeben, auch unabhängig von allen bisherigen Ausführungen als rechtsfehlerhaft. Denn ausweislich dieser – teilweise allerdings geschwärzten – Dokumente hat das LLUR es für die Inaussichtstellung von Ausnahmen im potenziellen Beeinträchtigungsbereich von Seeadlerpaaren als maßgeblichen Faktor eingestuft, dass sich ein Bestandwindpark im geplanten Vorranggebiet befindet. Ein solches Argument aber ist für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme für einen etwaigen neuen Windpark nach dem notwendigen Rückbau des vorherigen ganz offensichtlich ohne Relevanz.

#### **bb. Planerische Perspektive**

Ähnliche Probleme haben auch die Regionalplaner, weil auch sie nicht wissen, zu welchem Zeitpunkt über Genehmigungsanträge zu entscheiden sein wird und wie sich dann die Fragen zum Seeadler im Detail stellen werden.

Die Planer allerdings können in ihrer Perspektive der Planaufstellung durchaus die Frage mit beeinflussen und prüfen, ob sie vor der „Flucht“ in die artenschutzrechtliche Ausnahme andere und für die Vögel weniger beeinträchtigende Flächen bevorzugen müssen.

Diesen Versuch unternehmen die Planer auch durchaus. Er überzeugt aber aus mehreren Gründen nicht:



(1) Die Planer verengen die Alternativenprüfung ausweislich Seite 12 auf den Kreis derjenigen potenziellen Vorranggebiete, die der Sicherung von Bestandswindparks dienen. Nur für diese werden (einige) Abwägungen dokumentiert, obwohl die allein öffentlichen Interessen an der Energiewende und der Freihaltung von Teilen des Außenbereichs auch durch die Festsetzung anderer Vorrangflächen ermöglicht werden können. Für diese von den Planern nicht geprüften Flächen gilt zwar, dass sie nicht die durch Altanlagen geschaffene Infrastruktur nutzen könnten. Doch wäre dieses Interesse in eine rechtlich abwägende Beziehung zu § 45 Abs. 7 BNatSchG zu setzen, und zwar nicht im Sinne einer allgemeinen planerischen Abwägung, sondern nach Maßgabe der strikten Regelungen der Norm, die eine bipolare Abwägung verlangen. Das ist nicht geschehen. Zudem liegt auch im Ergebnis die Annahme eher fern, dass dieser Vorteil von Altstandorten als solcher so schwer wiegt, dass er Ausnahmen vom Tötungsverbot für den Seeadler rechtfertigen könnte. In dieser Prüfung wäre zudem zu berücksichtigen, dass es auf die vom Plangeber betonten privaten Interessen der Anlagenbetreiber am Weiterbetrieb „der Anlagen“ erstens als privates Interesse von vornherein in der Abweichungsprüfung nicht ankommt und diese Interessen – zweitens – tatsächlich rechtlich gar nicht schutzwürdig sind. Denn das rechtliche Interesse am Weiterbetrieb „der Anlagen“ kann ja nur die genehmigten Anlagen meinen, deren Betrieb Bestandsschutz genießt. Dieser wiederum wird durch die Planung nicht beeinflusst. Und ein rechtlich geschütztes und daher abwägungsrelevantes Interesse daran, nach dem Ende der Nutzungsdauer der genehmigten Anlagen an denselben Standorten neue Anlagen errichten zu können, gibt es ebenfalls nicht. Insoweit würde es sich um einen „überwirkenden“ Bestandsschutz handeln, dem die Rechtsprechung schon seit langem eine Absage erteilt hat. Zudem zeigt die Anforderung, bei der Zulassung von Windkraftanlagen bereits die finanzielle Absicherung des Rückbaus jedweder Infrastruktur nach dem Nutzungsende belegen zu müssen, dass die Gestattungswirkung der Zulassung vollständig mit dem Ende der Nutzungsdauer der Anlagen enden soll.

Weitere Bedenken gegen die erfolgte sehr starke Gewichtung der planerischen Berücksichtigung von Bestandsanlagen kommen hinzu.



Dazu zählt zuvorderst die Tatsache, dass derzeit „besetzte“ Vorrangflächen nicht zeitnah, sondern erst nach dem Ende der aktuellen Nutzung für die eigentlich gerade zeitnah angestrebte Energiewende zur Verfügung stehen. Eine Fläche etwa, die erst vor wenigen Jahren mit Windenergieanlagen bebaut worden ist, wird im Falle ihrer Festsetzung als Vorrangfläche voraussichtlich während der „Regellaufzeit“ der Wirkungskdauer von Regionalplänen überhaupt keine Wirkung für die Energiewende entfalten können. Dies ergibt sich unschwer daraus, dass die Nutzungsdauer von Windenergieanlagen u.a. wegen Materialermüdung bei höchstens 20 Jahren liegen dürfte (vgl. dazu auch die AfA-Tabellen mit einer angenommenen Nutzungsdauer von 16 Jahren), während Raumordnungspläne gem. § 7 Abs. 1 ROG die Festlegungen für einen „regelmäßig mittelfristigen Zeitraum“ treffen müssen und gem. § 7 Abs. 8 ROG mindestens alle zehn Jahre zu überprüfen sind. Demgegenüber können „neue“ und bislang nicht genutzte Flächen einen zeitlich wirksameren Beitrag zur angestrebten Energiewende leisten.

Hinzu kommt, dass eine frühere Zulassung von Windkraftanlagen kein durchgreifendes Indiz für eine besondere Standorteignung hinsichtlich zukünftiger Windkraftanlagen darstellt. Denn der Wissensstand zur Eignung von Standorten, zu ornithologischen und sonstigen Artenschutzkonflikten sowie zu den rechtlichen Anforderungen an ihre planerische Auswahl hat in den letzten Jahren entscheidend an Kontur gewonnen, und die Größe zukünftig zuzulassender Windkraftanlagen übersteigt diejenige früherer Räder so stark, dass eine Neubewertung in der Sache unumgänglich erscheint.

Schließlich unterstellt die Planung, dass die Ausnahmeerteilung für die Erreichung der planerischen Ziele geeignet und erforderlich ist, also das zugrunde gelegte Leistungsziel (vgl. dazu und zu den Unsicherheiten allgemein aber: Gesamträumliches Plankonzept dritter Planentwurf, Ziffer 1.3.2, S. 17 und 18) gerade die Einbeziehung der für den Seeadler kritischen Flächen erfordert. Dies verkennt, dass die planerischen Annahmen zur Leistungsentwicklung der Anlagen (150 m Gesamthöhe und 3,2 MW Leistung, vgl. Plankonzept S. 18)) schon jetzt als veraltet eingestuft werden müssen und ihrerseits auch



ausweislich des Plankonzepts (S. 17) bereits für 2022 eine Revision vorgesehen ist. Entscheidend für die Voraussetzungen der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme wäre auch nicht, ob die der Flächenbedarfsberechnung zugrunde gelegte Anlage „weiterhin wirtschaftlich betrieben werden kann“ (so aber Plankonzept, Entwurf S. 28) oder eine solche Prämisse eine „flexible Projektierung“ ermöglicht (so aber Plankonzept, Entwurf S. 28), sondern ob die von der Ausnahme betroffene Fläche im engeren Sinne für die Erreichung des Leistungsziels erforderlich ist. Das wird man angesichts der wirklichen aktuellen Leistungsdaten der in den kommenden Jahren zu Genehmigung anstehenden Anlagen nicht mehr bejahen können.

(2) Aber auch innerhalb der nur geprüften Kulisse von Vorrangflächen bei Bestandsanlagen überzeugen die Argumente der Planer nicht.

- So heißt es etwa auf Seite 12 unten/13 oben, die Planungsbehörde habe abgewogen, ob die genannten öffentlichen Interessen durch „Ausnahmen“ von Abwägungskriterien an anderer Stelle“ erreicht werden könnten. Insoweit ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Verengung auf „Ausnahmen“ von anderen Kriterien stattgefunden hat und nicht die Abwägungskriterien selbst nochmals hinterfragt worden sind.

- Auch die im Anschluss nur im Ansatz dokumentierten Prüfschritte verfehlen den rechtlichen Maßstab des § 45 Abs. 7 BNatSchG. Denn es heißt dort nur unspezifisch, bei anderen Abwägungskriterien für die Auswahl der „Bestandsvorranggebiete“ gebe es keine strukturähnlichen Ausnahmen bzw. diese könnten nicht erfüllt werden. Dazu im Widerspruch stehen augenscheinlich z.B. die Ausführungen am Ende des Kapitels der Begründung auf Seite 14 zur Fläche PR2\_PLO\_006, in der es um eine Gewichtung der Siedlungsentwicklung geht. Diese Argumentation verdeutlicht, dass die Planung rechtsirrig von einer allgemeinen planerischen Abwägungsbefugnis ausgegangen ist und die Maßstäbe einer bipolaren Abwägung in § 45 Abs. 7 BNatSchG verkannt hat.

Im Übrigen werden die geprüften Gebiete und vermeintlichen Ausschlusskriterien aber



nicht benannt, so dass eine seriöse Prüfung nicht ermöglicht wird. Hinzuweisen ist aber darauf, dass die Planer die meisten der in der Begründung angedeuteten Kriterien den „weichen“ Tabukriterien zugeordnet haben, also solchen, die der Abwägung zugänglich sind.

- Soweit die Planer auf Seite 13 unten und 14 oben die Hoffnung äußern, es sei zu erwarten, dass die „Worst-Case-Annahmen“ gar nicht eintreten werden und man das Tötungsrisiko auf Genehmigungsebene noch relevant reduzieren könne, verlassen die Planer zu Unrecht ihren eigenen Obersatz und die Prämissen der Kriterien des Planungskonzepts. Die Hoffnung ist auch in der Sache wenig plausibel, wenn man das Gutachten Koop/Gaedecke vom 09.12.2018 studiert. Wollte man den aus ihm erkennbaren Kollisionsrisiken durch Abschaltzeiten begegnen, stünden die Windräder wohl einen Großteil des Jahres still, was erkennbar gar nicht den planerischen Intentionen entspricht und die Umsetzbarkeit insgesamt gefährden würde.

### **cc. Inkongruenzen der Prüfung von Ausnahmeveraussetzungen**

(1) Der Entwurf des Regionalplans für den Planungsraum II unterstellt, dass die Erteilung von zwei Ausnahmen vom Tötungsverbot die als stabil eingeschätzte Population des Seeadlers in Schleswig-Holstein nicht nachteilig verändern wird, dass also die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 S. 2 Alt. 2 BNatSchG bejaht werden können.

Dabei unterläuft den Planern ein schwerer Fehler. Denn sie vergleichen die Population des ganzen Bundeslandes mit den Auswirkungen von Ausnahmen – nur – im Planungsraum II. Es liegt hingegen auf der Hand, dass man dann, wenn man für die Population auf das ganze Bundesland abstellt, auch die Summe von geplanten Ausnahmen für alle drei Planungsräume in den Blick nehmen müsste.

Tut man dies, erweist sich die Lage als brisant. Denn in allen drei Planungsräumen soll



für zusammen 15 Brutpaare eine Ausnahme erteilt werden können und zwar

- für den Planungsraum 1: Ausnahmen für 2 Brutpaare (entspricht 4 Gebieten), Quelle: Plantext zum Planungsraum 1, S. 6 (5.8.3 G(4)), S. 16 ff (17), (B zu 5.8.3(4)) <https://bolapla-sh.de/file/02c273c0-226f-11ea-8973-0050569710bc>

- für den Planungsraum 2: Ausnahmen für 2 Brutpaare (entspricht 2 Gebieten)  
Quelle: Plantext zum Planungsraum 2, S. 5 (5.7.3 G(1)), S. 12 ff (B zu 5.7.3 (1))  
<https://bolapla-sh.de/file/3d2e959b-226f-11ea-8973-0050569710bc> und

- für Planungsraum 3: Ausnahmen für 11 Brutpaare (entspricht 15 Gebieten)  
Quelle: Plantext zum Planungsraum 3, S. 5 f (5.7.3 G(2)), 14 ff (B zu 5.7.3 (2))  
<https://bolapla-sh.de/file/741053db-226f-11ea-8973-0050569710bc>

Eine darauf bezogene populationsbezogene Prüfung der Auswirkungen des Verlustes von 15 Brutpaaren ist in der Planung nicht zu finden. Nach diesseitigem Verständnis liegt auch keineswegs nicht auf der Hand, dass ein solcher Verlust unproblematisch wäre.

(2) Der Planentwurf begründet die Rückausnahmen von den ornithologischen Tabukriterien für den Seeadler und das Hineinplanen in die Ausnahme ausweislich der Seite 12 des Entwurfes (B zu 5.7.3 (1)) wie schon dargelegt zentral mit dem Ziel einer Übernahme von Bestandwindparks. Abgesehen davon, dass dieses Argument aus den dargelegten Gründen schon allgemein höchstens eingeschränkt trägt, erweist es sich in der Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG hier deshalb als verfehlt, weil bereits die Entwicklung der „harten und weichen Tabukriterien“, auf denen der Entwurf der Regionalpläne fußt (vgl. Begründungsentwurf S. 6), ausweislich der Begründung des LEP-Entwurfes ganz zentral an diesem Ziel ausgerichtet worden ist. Dieses Argument wird mithin ohne nachvollziehbare Abgrenzung zur Gesamtkonzeption der Fortschreibung des LEP noch einmal, mithin „doppelt“ in Ansatz gebracht.



#### **4. Mäusebussard und Rotmilan**

Die Planung greift die sachverständigen Feststellungen der Gutachter Koop/Gaedicke zu den ornithologischen Belangen wie dargelegt nur für den Seeadler auf und blendet sie im Übrigen vollständig aus, und zwar auch für den Mäusebussard und den Rotmilan. Auch das macht die geplante Ausweisung fehlerhaft.

Die Arten Mäusebussard und Rotmilan gehören nach dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis zu den artspezifisch am höchsten empfindlichen Vogelarten überhaupt (vgl. neben den von den Gutachtern schon zitierten Quellen etwa Bernotat/Dierschke, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 3. Fassung, Stand 20.09.2016, Anhang 18-2, vgl. [http://www.gavia-ecoresearch.de/ref/pdf/Bernotat\\_Dierschke\\_2016.pdf](http://www.gavia-ecoresearch.de/ref/pdf/Bernotat_Dierschke_2016.pdf)).

Zugleich kann bei einem Horstabstand des Mäusebussards von nur 120 m zur Vorrangfläche nicht ernsthaft in Frage stehen, dass für Individuen der Art signifikante Erhöhungen der Tötungsrisiken i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG drohen (vgl. dazu jüngst VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020, 1 K 6019/18.GI, Urteilsumdruck S. 27 für dortige Horstabstände von 500 – 800 m; noch unveröffentlicht). Diese Erhöhungen der Tötungsrisiken sind bereits regionalplanerisch relevant, weil die Häufigkeit von Individuen der Art im Planungsraum kein im Rahmen der Prüfung von Zugriffstatbeständen des § 44 Abs. 1 BNatSchG relevantes Kriterium ist. Es mag in einer populationsbezogenen Betrachtungsweise, wie sie sich etwa im Mortalitäts- Gefährdungs- Index von Bernotat/Dierschke 2016 findet, berücksichtigt werden können, nicht aber in dem unstreitig individuenbezogenen Tötungsverbot.

Dem steht auch nicht die Annahme entgegen, bei einer derzeit noch häufigen Art wie dem Mäusebussard könne planerisch regelhaft von der Erteilung artenschutzrechtlicher



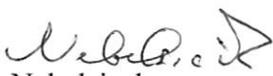
Ausnahme auf der Zulassungsebene ausgegangen werden. Denn nach aktueller Rechtslage scheidet die Erteilung von artenschutzrechtlichen Ausnahmen für die Windenergienutzung wie oben dargelegt nach der Rechtsprechung des EuGH aus (vgl. insb. Urteil vom 26.01.2012, -192/11, NuR 2013, 718 ff., 720; dazu jüngst VG Gießen, a.a.O., Urteilsdruck S. 30 m.w.N.; noch unveröffentlicht).

Gleiches gilt hier auch für den Rotmilan. Denn zwar mag es allgemein für Vorrangflächen im Prüfbereich von Rotmilanhorsten (>1.500 m < 3.000 m) auf der Ebene der Regionalplanung vertretbar sein, die insoweit absehbaren Konfliktlagen auf die Zulassungsebene zu transferieren. Zur Vorrangfläche 002 allerdings liegen bereits jetzt die in das Verfahren eingebrachten Beobachtungszahlen für signifikant hohe Flugbewegungshäufigkeiten der Art in der geplanten Vorrangfläche vor. Zugleich führt für die artspezifisch extrem hoch schlaggefährdete Art schon ein regelmäßiges und nicht ein sehr häufiges Vorkommen im Untersuchungsgebiet zur Annahme einer signifikanten Erhöhung der Tötungsrisiken. Da zugleich – wie dargelegt – eine Ausnahme nicht in Betracht kommt, wird sich das Vorkommen der Art voraussichtlich auf absehbare Zeit als Zulassungshindernis darstellen.

Eine Ausweisung der Fläche im RROP würde nach alledem auf sehr hohe rechtliche Risiken führen. Unabhängig hiervon erscheint konkret absehbar, dass ein Windpark im Zulassungsverfahren scheitern müsste.

Wir bitten höflich darum, uns über den Fortgang der Planung unterrichtet zu halten.

Mit freundlichen Grüßen

  
Nebelsieck

Fachanwalt für Verwaltungsrecht