



Klimaschutz erfolgreich gestalten

Was Behörden tun können

Handlungsfelder Windkraft,
Wasserkraft und Verkehrswende

Prof. Dr. Thorsten Attendorrn

Klimaschutz erfolgreich gestalten

Was Behörden tun können

Handlungsfelder Windkraft,
Wasserkraft und Verkehrswende

Prof. Dr. Thorsten Attendorn
Professor an der Hochschule für Polizei
und öffentliche Verwaltung des Landes NRW

Erstellt im Auftrag der Bezirksregierung Arnsberg
25. Februar 2020

Inhalt



Zusammenfassung	4
------------------------	---



Klimaschutz in Zeiten von „Fridays for Future“, Klimaklagen und dem ersten Bundes-Klimaschutzgesetz	10
Der Klimawandel: Wachsende Besorgnis in Wissenschaft und Gesellschaft	12
Eine Rückblende: Damals, vor sieben Jahren ...	14
Und heute, sieben Jahre später?	15
Internationale Klimaziele	15
Aktuelle Aktivitäten auf Bundesebene	24
Aktuelle Aktivitäten auf Landesebene in NRW	29
Klimaschutz und erneuerbare Energien als öffentliche Interessen mit hohem Gewicht	32



Handlungsmöglichkeiten und -pflichten bei der Windkraft im Konflikt mit dem Naturschutz	48
Klimaschutz als Ziel und Abwägungsbelang im Naturschutzrecht	50
Verbote und Ausnahmemöglichkeiten zugunsten der Windkraft im Habitatschutzrecht	52
Unzulässigkeit eines Projekts bei erheblichen Beeinträchtigungen (§ 34 Abs. 2 BNatSchG)	52
Ausnahmen (§ 34 Abs. 3 BNatSchG)	53
Strengere Anforderungen bei möglicher Betroffenheit prioritärer Lebensraumtypen o. Arten	59
Exkurs: Windkraft im Wald	60
Verbote u. Ausnahmemöglichkeiten zugunsten der Windkraft im Artenschutzrecht	62
Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG)	62
Urteil des BVerfG zur Notwendigkeit gesetzgeberischer Konkretisierung	67
Ausnahmebefugnisse (§ 45 Abs. 7 BNatSchG)	68
Befreiungsmöglichkeit	70
§ 67 Abs. 1 BNatSchG	71
§ 67 Abs. 2 BNatSchG	72
Zusammenfassende Darstellung der Grundsätze und aktuellen Entwicklungen zur Windkraft im Naturschutzrecht	73
Grundsätzliche Möglichkeiten der Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes im Rahmen des Naturschutzrechts	73
Wesentliche (naturschutz-)rechtliche Entwicklungslinien der jüngeren Vergangenheit	74
Handlungsmöglichkeiten im Konfliktfeld von Windkraft und Naturschutz	76



Handlungsmöglichkeiten und -pflichten bei der Wasserkraft im Konflikt mit der Gewässerökologie	88
Klimaschutz als Ziel und Abwägungsbelang im Wasserrecht	90
Klimaschutz und regenerative Energieerzeugung im Rahmen der Zwecksetzung des WHG (§ 1 WHG)	90
Klimaschutz u. regenerative Energieerzeugung im Bewirtschaftungsermessen (§ 6 WHG)	91

Spezielle Regelungen für Wasserkraftanlagen	96
§§ 33 ff. WHG	96
Förderung der Wasserkraft (§ 28 LWG NRW)	99
Erlasslage in NRW	100
Bewirtschaftungsgrundsätze und Ausnahmen	100
Zielvorgaben der Bewirtschaftungsgrundsätze	101
Abweichungen und Ausnahmen	103
Zusammenfassende Darstellung der Grundsätze und aktuellen Entwicklungen zur Wasserkraft im Wasserrecht	106
Grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten der Wasserkraft im Rahmen des Wasserrechts	107
Wesentliche (wasser-)rechtliche Entwicklungslinien der jüngeren Vergangenheit	109
Handlungsmöglichkeiten im Konfliktfeld von Wasserkraft und Gewässerökologie ..	111
 Handlungsmöglichkeiten zugunsten der emissionsarmen Mobilität	118
Emissionsarme Mobilität und Energiewende	120
Bedeutung der Verkehrswende für die Energiewende	120
E-Mobilität	125
Emissionsarme Mobilität und Luftreinhaltung	129
Luftreinhaltepläne	129
E-Mobilität und Luftreinhaltepläne	131
Handlungsmöglichkeiten der Bezirksregierung Arnsberg	132
Aktivitäten zur Förderung der E-Mobilität	132
Mögliche Handlungsansätze in Bezug auf die Förderung der E-Mobilität	132
Fazit des Gutachtens	140
 Literaturverzeichnis	142



Klimaschutz erfolgreich gestalten – Was Behörden tun können

Zusammenfassung





Der Klimawandel ist eine der größten Besorgnisse weltweit. Ausweislich des IPCC-Sonderberichts ist nach dem Stand der Wissenschaft eine Beschränkung der Erderwärmung auf deutlich unter 2°C, besser noch auf 1,5°C gegenüber dem vorindustriellen Niveau anzustreben, um unumkehrbare Klimafolgen zu vermeiden.

Neue Verbindlichkeit der Klimaziele Zugleich Verfehlung der Ziele für 2020

Trotz nicht zu verkennender fachlicher Prognoseunsicherheiten wird dieser Standpunkt den globalen, europäischen und nationalen Zielvorgaben zugrunde gelegt. Das Protokoll von Paris sowie die EU-Zielsetzungsprozesse nehmen hierauf Bezug und sind nunmehr verbindlicher operationalisiert und mit prozeduralen Absicherungen versehen. Im jüngst verabschiedeten Bundes-Klimaschutzgesetz werden nunmehr erstmals (für die öffentliche Hand) verbindliche Zielvorgaben für die Reduktion der CO₂-Emissionen niedergelegt, die auch mit einem Überprüfungs- und Nachsteuerungsmechanismus ausgestattet sind.

Allerdings ist nach jetzigem Stand davon auszugehen, dass die Ziele für 2020 verfehlt werden. Auch die Erreichung der Ziele für 2030 erscheint gegenwärtig fragwürdig. Schon wurden „Klimaklagen“ von privater Seite erhoben, blieben allerdings bislang aus prozessrechtsstrukturellen Gründen erfolglos.

Stagnation des Ausbaus erneuerbarer Energien

Die Klimaziele gehen einher mit Zielen für den Ausbau der erneuerbaren Energieerzeugung. Es ist dabei nicht nur die **absolute**, sondern in immer drängenderem Maße auch die **zügige** Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien an der



Energieerzeugung notwendig. Es bedarf deshalb der vermehrten und zeitgerechten Zulassung von Anlagen zur regenerativen Energieerzeugung.

Hier ist allerdings insbesondere im Bereich Windenergie und Wasserkraft eine Stagnation festzustellen. Unter den Gründen finden sich unter anderem genehmigungsrechtliche Hindernisse – in dem einen Segment aufgrund naturschutzrechtlicher, in dem anderen wegen gewässerökologischer Konflikte.

Klimaschutz und regenerative Energien als hochrangige Abwägungsbelange

Dieses Gutachten untersucht, welche Handlungsmöglichkeiten Behörden bei den jeweiligen Zulassungsentscheidungen haben, um die Belange des Klimaschutzes und der erneuerbaren Energien angemessen zu fördern. Denn es handelt sich um unionsrechtliche und nationale Verfassungsbelange. Der nationale Gesetzgeber hat in den jeweiligen Genehmigungsregimes die Berücksichtigung dieser Belange verpflichtend vorgeschrieben. Auch die europäische und nationale Rechtsprechung hat dem in den vergangenen Jahren in beachtlicher Breite Rechnung getragen, und zwar sowohl im Naturschutz- als auch im Wasserrecht:

Windenergie

Die Windkraft ist bislang ein starker Träger des Energieumbaus im Sektor der Stromerzeugung gewesen. In den Planungen auf Bundes- und Landesebene kommt ihr weiter eine entscheidende Rolle zu. Jedoch hat der Ausbau stark nachgelassen, so dass aktuell nahezu eine Stagnation zu verzeichnen ist, was die Erreichung der Ausbau- sowie der CO₂-Reduktionsziele in Frage stellt.



In rechtlicher Hinsicht ist die Windkraft konfliktträchtig. Unter anderem greifen habitat- und artenschutzrechtliche Verbote. Hier liegen Ausnahme- und Verhältnismäßigkeitsklauseln vor. In die entsprechenden Abwägungen sind die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung mit hohem Gewicht einzustellen; die Rechtsprechung hat dies in den vergangenen Jahren in verschiedenen Entscheidungen abgebildet. Nach neueren Entscheidungen sind beispielsweise weder Naturschutzgebiete noch der Wald tabu. Schließlich sind in atypischen Einzelfällen auch naturschutzrechtliche Befreiungen nicht von der Hand zu weisen.

Entsprechende (Ausnahme-)Zulassungen bedürfen jedoch der sorgfältigen Prüfung und Abwägung des Einzelfalls. In der behördlichen Praxis spielen dabei zur Ausfüllung der vorhandenen Beurteilungsspielräume fachliche Leitfäden eine große Rolle. Hier hat die Rechtsprechung des OVG Münster aufgezeigt, dass bereits geringfügige Abweichungen von den Empfehlungen eines Leitfadens der fachlichen Begründung bedürfen. Andererseits ist nach einer aktuellen BVerfG-Entscheidung der Gesetzgeber aufgefordert, beizeiten (unter-)gesetzliche Maßstabsetzung etwa durch eine TA Artenschutz/Wind zu betreiben.

Wasserkraft

Auch die Wasserkraft ist ein wichtiger Bestandteil des Umbaus der Energieversorgung und damit des Klimaschutzes. Ihr kommt – aufgrund ihrer Grundlastfähigkeit – eine tragende Funktion zur Umsetzung der Klimaschutzziele und der darauf aufbauenden Klimaschutzplanungen zu. De facto stagniert allerdings der Ausbau der Wasserkraft (bestenfalls), woran die Konflikte mit der Gewässerökologie nach dem WRRL-Bewirtschaftungsregime ihren Anteil haben.

Diese Konflikte sind über das wasserrechtliche Ausnahmeregime einzelfallbezogen lösbar. Die Belange der Wasserkraft haben nach einer Reihe EU- und obergerichtlicher Entscheidungen ein hohes Gewicht in Abwägungen zur Gewässerbewirtschaftung und können sich im Einzelfall gegenüber den durch die Bewirtschaftungsplanung verfolgten gewässerökologischen Belangen durchsetzen.

Bei dem wasserrechtlichen Ausnahmeregime handelt es sich nach der neueren EuGH-Rechtsprechung nicht um eine strikt auszulegende Ausnahmeklausel, sondern es ist eine gesamthafte Verhältnismäßigkeitsentscheidung zu treffen. In diese sind die Belange des Klimaschutzes, die selbst in kleinen Anlagen verkörpert sind, mit hohem Gewicht einzustellen: Auch ein Pionier-Beitrag zur Energieversorgung kann demnach eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen rechtfertigen.

E-Mobilität

Die Energiewende wird nur gelingen, wenn die Verkehrswende stattfindet. Letztere bildet eine höchst komplexe Aufgabe, insbesondere im ländlichen Raum. Die Elektrifizierung des Verkehrs ist eine wichtige Komponente, die mit ambitionierten Wachstumszielen hinterlegt ist; Herausforderungen bilden hier insbesondere die Anschaffungskosten sowie die Reichweiten im Kontext mit der ausbaubedürftigen Ladeinfrastruktur. Hier wirkt die Bezirksregierung Arnsberg mit ihrem progres-Förderprogramm (hier: Programmbereich Emissionsarme Mobilität) unterstützend. Perspektivisch wäre zu erwägen, ob Fördertatbestände ergänzt oder „im Bestand“ Effizienzreserven gehoben werden können. Zudem ist E-Mobilität sicherlich – trotz zurückhaltender Rechtsprechung – ein zweckmäßiger Baustein der Luftreinhalteplanung.

Ergebnis

Sowohl in Bezug auf die Windkraft (im Naturschutzrecht) als auch die Wasserkraft (im Wasserrecht) bestehen Genehmigungshürden; bei den entsprechenden Tatbeständen sind jedoch die hochrangigen Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung in die gebotenen Verhältnismäßigkeits-Abwägungen einzustellen. Dies ist umso nötiger und dringlicher, als der Ausbau stagniert und die nunmehr verbindlichen CO₂-Reduktionsziele zumindest für 2020 und voraussichtlich auch für 2030 verfehlt werden. Bei der E-Mobilität können in der Förderung Optimierungen erwogen werden.

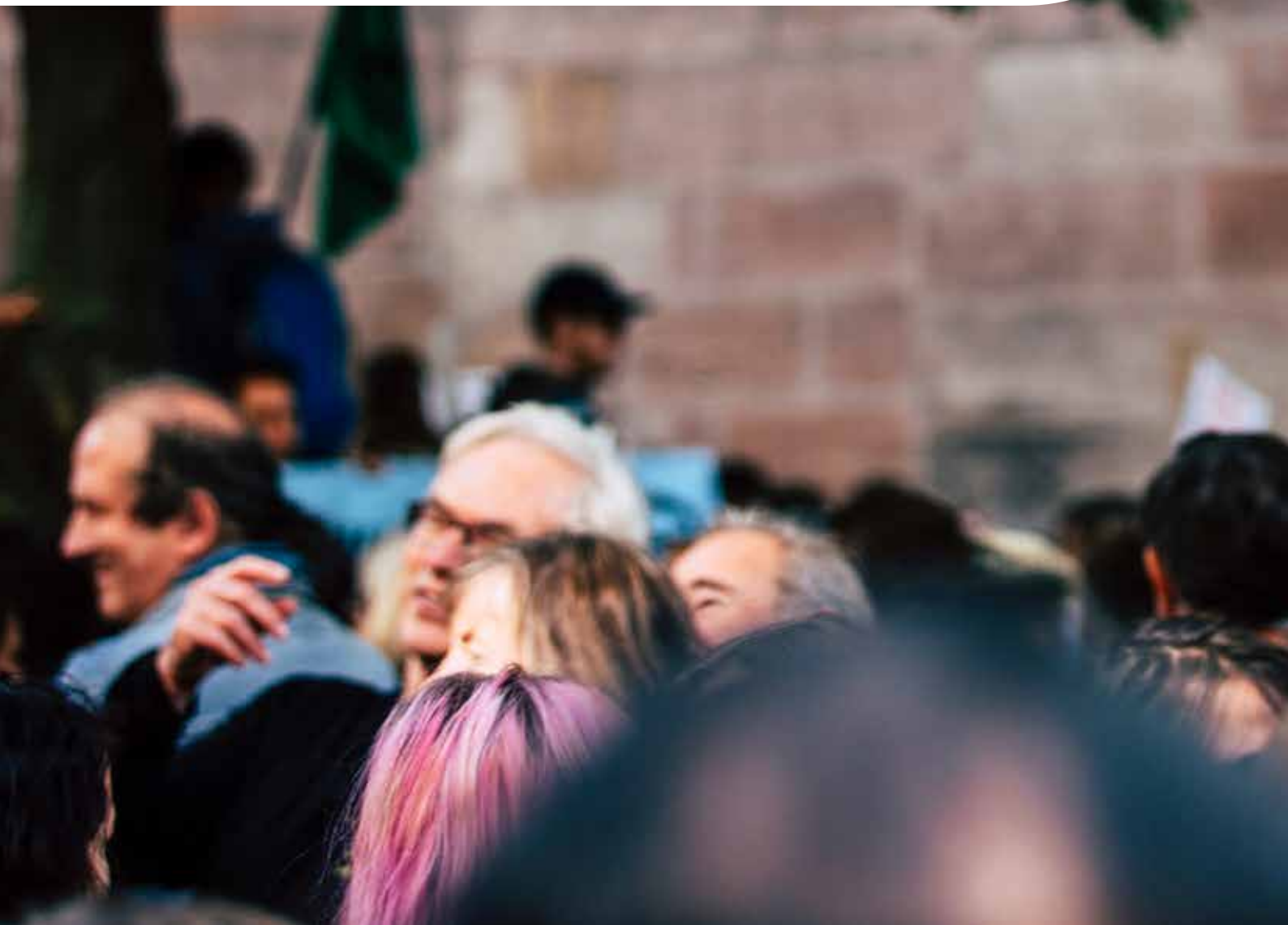


„Die Frage der Erreichung der Ziele des Pariser Abkommens könnte eine Frage des Überlebens auch unseres Kontinents sein. Deshalb gibt es Handlungsdruck, weil wir ja wissen, dass wir die Ziele von Paris – vor allen Dingen das Ziel, dafür zu sorgen, dass die Erderwärmung 1,5°C nicht überschreitet – mit den jetzigen Verpflichtungen nicht erreichen können.“

**— Bundeskanzlerin Angela Merkel
beim Weltwirtschaftsforum in Davos, Januar 2020**



Klimaschutz in Zeiten von
„Fridays for Future“, Klima-
klagen und dem ersten
Bundes-Klimaschutzgesetz



NO
NATURE
NO
FUTURE



Der Klimawandel

Wachsende Besorgnis in Wissenschaft und Gesellschaft

Dieses Kurzgutachten zeigt auf, was Behörden in ausgewählten Handlungsfeldern tun können und müssen, um Klimaschutz erfolgreich zu gestalten. Es geht insbesondere der Frage nach, inwieweit die Belange des Klimaschutzes und der Energiewende aktuell bei behördlichen Entscheidungen pflichtig zu berücksichtigen sind.

Das Gutachten bezieht sich thematisch auf ausgewählte Handlungs- und Konfliktfelder im behördlichen Zuständigkeitsbereich, nämlich die Windenergie im Verhältnis zum Naturschutz (Seite 48), die Wasserkraft im Lichte der Bewirtschaftungsziele der Wasserrahmenrichtlinie (Seite 88) sowie die emissionsarme Mobilität im Zusammenhang insbesondere mit der Luftreinhalteplanung (Seite 118).

Den Klimaschutz erfolgreich zu gestalten, ist eine eminent wichtige und drängende Herausforderung, zu deren Bewältigung auch Behörden ihren Beitrag zu leisten haben. Klimaschutz und Energiewende sind keine bloßen Modethemen, sondern eine Dauerherausforderung, und der Handlungsdruck war wohl nie so groß wie heute.

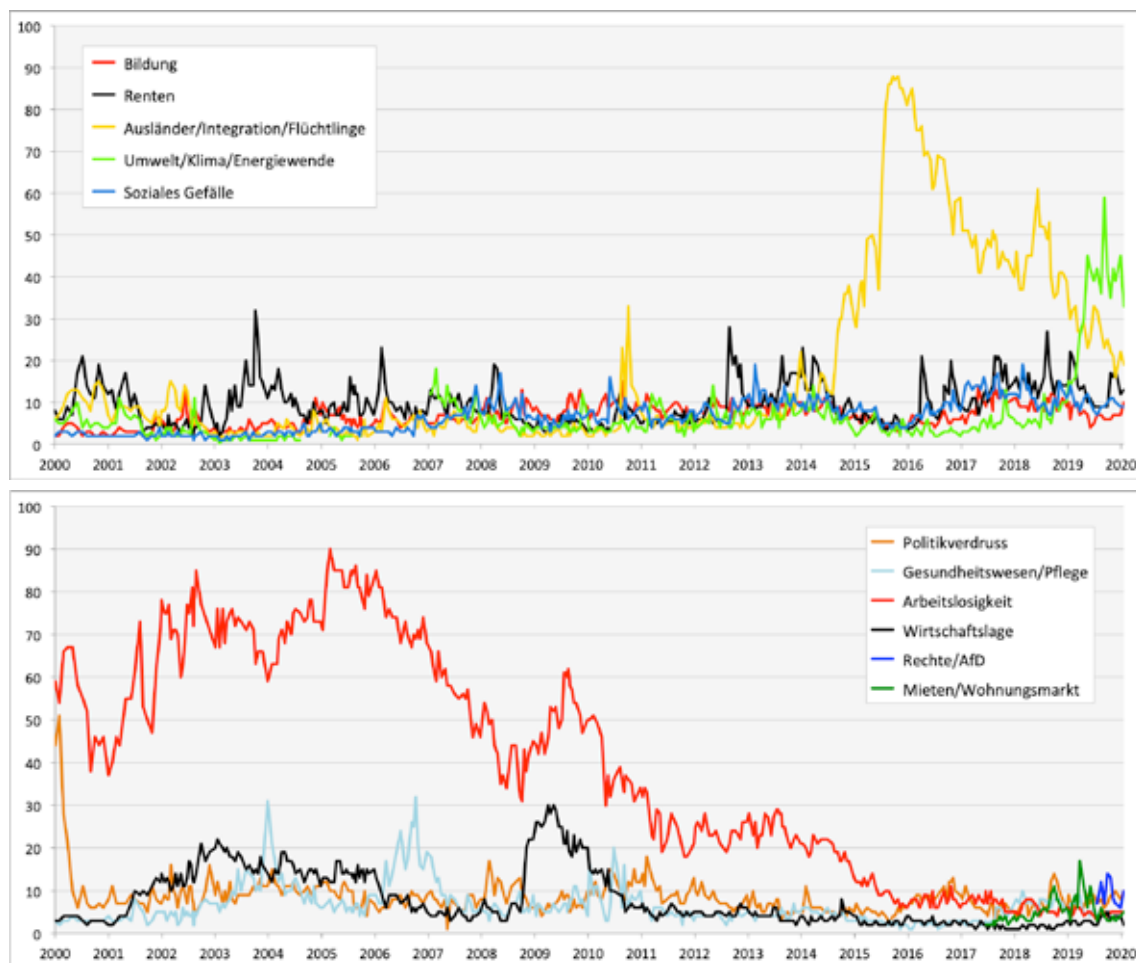
Bereits im Jahr 2012, zeitnah nach dem Atomausstieg, hatte die Bezirksregierung Arnsberg ein Gutachten zu diesem Thema in Auftrag gegeben, das sich auf die Bereiche der Wasserkraft und der Windenergie bezog. Zwischenzeitlich haben sich die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten deutlich verändert: Die Klimaziele wurden immer konkreter und verbindlicher ausgestaltet, ihre Verfehlung ist jedoch absehbar; der Ausbau der regenerativen Energien stockt, die Gerichte zeigen aber doch im Einzelfall gangbare Wege der Bewältigung umweltrechtlicher Zulassungshürden auf. Dies ist Anlass genug, das Gutachten auf den aktuellen Stand zu bringen und um das Handlungsfeld der emissionsarmen Mobilität zu ergänzen.

In diesem Kapitel werden die wichtigsten Entwicklungsstränge seit 2012 ausgewertet. Die gesellschaftlichen Entwicklungen werden nur kurz skizziert (Seite 13–14), denn im Vordergrund sollen verschiedene rechtliche Entwicklungen stehen (Seite 15), die von internationalen Verpflichtungen über EU-rechtliche Ziele (und ihre Verfehlung einschließlich der – bislang erfolglosen – Klimaklagen) bis hin zu den jüngsten Aktivitäten von Bund und Ländern inklusive Klimaschutzplan, -paket und -gesetz reichen. Erörtert werden schließlich Rang und Bedeutung von Klimaschutz und Energiewende im Gesetz und in der Rechtsprechung.

Der Klimawandel ist eine der fünf Hauptbesorgnisse der UN-Umweltorganisation UNEP.¹ Die UN hat ihn in ihren auf der Agenda 2030 basierenden Zielen für die nachhaltige Entwicklung als „größte einzelne Bedrohung für die Entwicklung“ bezeichnet.² Ausweislich des IPCC-Sonderberichts³, auf den das Protokoll von Paris sowie die EU-Zielsetzungsprozesse Bezug nehmen, ist aus wissenschaftlicher Sicht eine Beschränkung der Erderwärmung um 1,5°C (vorzugswürdig gegenüber 2°C) gegenüber dem vorindustriellen Niveau anzustreben, um unumkehrbare Klimafolgen zu vermeiden. Trotz großer Prognoseunsicherheiten⁴ wird dieses Ziel den globalen, europäischen und nationalen Bemühungen zugrunde gelegt.

Seit über einem Jahr⁵ macht die „Fridays for Future“-Bewegung um ihre Begründerin Greta Thunberg unter anderem durch Schulstreiks auf die Dringlichkeit dieses Anliegen aufmerksam. „FFF“ steht neben anderen Phänomenen exemplarisch dafür, dass der Klimawandel gesellschaftlich und auch politisch beachtliches Gehör findet.⁶

Im Zuge dessen hat sich ausweislich des Politbarometers der Bereich Umwelt/Klima/Energiewende in 2019 zu dem wichtigsten Problemfeld entwickelt:⁷



Wichtige Probleme in Deutschland seit Januar 2000 (max. zwei Nennungen)

Quelle: Forschungsgruppe Wahlen, Politbarometer, 7.2.2020



Die – gegenläufigen – Begriffe „Klimawandel“ und „Energiewende“ haben mithin eine beachtliche Dynamik im gesellschaftlichen und politischen Raum entfaltet, die Grund genug ist, diese Aktualisierung und Erweiterung vorzulegen.

Eine Rückblende: Damals, vor sieben Jahren ...

Das dieser Aktualisierung zugrunde liegende Gutachten (Juni 2012) begann mit dem Zitat:



„Deutschland startet so schnell wie möglich ins Zeitalter der erneuerbaren Energien – ohne Wenn und Aber.“

Mit diesen Worten hatte die Bundesregierung im Jahr 2010 ein Gesetzgebungspaket auf den Weg gebracht, mit dem nicht nur eine weitere Stufe der Förderung erneuerbarer Energien gezündet, sondern – im Nachgang zu der Katastrophe von Fukushima – auch der Atomausstieg bis 31.12.2022 formell-gesetzlich beschlossen wurde.⁸

Zum damaligen Zeitpunkt gab es allerdings bereits vermehrt Zweifel an der zeitgerechten Realisierung dieses „staatlich verordneten Technologiewechsels“.⁹ Im Januar 2012 hatten namhafte Forscher vor dem Scheitern der Energiewende gewarnt, da nicht konsequent alle Bereiche und Potenziale der Energiepolitik ausgenutzt würden.¹⁰ Nicht nur der Ausfall der vom Netz gehenden Atomkraftwerke war zu kompensieren; auch der damals schon absehbare Wegfall der „alten“ Kohlekraftwerke erforderte Ersatz – die Realisierung stellte sich jedoch als problematisch dar.¹¹ Diese Lücke musste durch die erneuerbaren Energien geschlossen werden; die (zügige) Genehmigung der entsprechenden Kraftwerke war indes kaum absehbar.¹² Damals war nach einer Studie von McKinsey absehbar, dass die Bundesrepublik trotz ihrer Anstrengungen die Klimaschutzziele nicht erreichen würde.¹³

In diesem Kontext gab die Bezirksregierung Arnsberg das Ursprungs-Gutachten in Auftrag, um Handlungsmöglichkeiten auszuloten, in ihrem Zuständigkeitsbereich das Gelingen der Energiewende zu unterstützen. Das Gutachten wurde im Juni 2012 vorgelegt und mündete – kurz gefasst – in das Ergebnis, dass bei aller hohen Regulierungsintensität das Wasser- wie auch das Naturschutzrecht beachtliche Möglichkeiten bieten (und damit gleichlaufende Verpflichtungen enthalten), etwa die Belange der regenerativen Energieerzeugung gebührend zu berücksichtigen – mit dem ihnen zukommenden hohen, verfassungsrechtlichen Rang sowie dem infolge der politischen Leitentscheidungen und praktischen Verhältnisse beträchtlichen faktischen Gewicht und der entsprechenden Dringlichkeit.

Und heute, sieben Jahre später?

Im Folgenden ist eine Bestandsaufnahme über die Entwicklungen der vergangenen ca. sieben Jahre anzustellen. Ausgehend von den internationalen Verpflichtungen sind auf EU-Ebene Zielvorgaben erfolgt, die indes verfehlt zu werden drohen und „Klimaklagen“ nach sich gezogen haben (Seite 16). Den jüngsten Aktivitäten des Bundes sowie des Landes NRW und der -regierung widmen sich die Unterkapitel auf Seite 24 und Seite 29, bevor auf Seite 32 die Abwägungsbelange des Klimaschutzes und der Energiewende (insbesondere die regenerative Energieerzeugung) nach aktuellem Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Zusammenhang behandelt werden.

Internationale Klimaziele

Im Mittelpunkt der internationalen Abkommen steht – neben der sehr unbestimmten¹⁴ Klimarahmenkonvention¹⁵ – das Protokoll von Paris; kurz beleuchtet werden seine Rechtsqualität und seine Rezeption in der Rechtsprechung.

Das Pariser Protokoll

Als Nachfolgepakt des Kyoto-Protokolls¹⁶ wurde im Dezember 2015 auf der Weltklimakonferenz das Paris-Protokoll beschlossen.¹⁷ Seit dem 4.11.2016 ist dieser internationale Klimavertrag in Kraft. Ein Meilenstein war, dass das Paris-Protokoll neben der Bundesrepublik Deutschland und fast 200 anderen Staaten auch von China und den USA ratifiziert wurde, wobei US-Präsident Trump im Juni 2018 den Ausstieg verkündete.

Der nächste Klimagipfel steht bevor: Die COP¹⁸ 25 wird im Dezember 2019 in Santiago de Chile stattfinden. An der Weltklimakonferenz COP 26, die 2020 in Glasgow stattfinden soll, wird das Pariser Abkommen formell in Kraft treten.

Rechtliche Berücksichtigung

Das Pariser Abkommen, dem die Bundesrepublik mit Gesetz vom 28.9.2016 zugestimmt hat, hat nunmehr die Klimaschutzziele nicht mehr durch Emissionsminderungsvorgaben geregelt, sondern in Art. 2 Abs. 1 lit. a) ein absolutes numerisches Ziel definiert,¹⁹ und zwar dass der Anstieg der durchschnittlichen Erdoberflächentemperatur deutlich unter 2°C über dem vorindustriellen Niveau gehalten werden soll und Anstrengungen unternommen werden sollen, um den Temperaturanstieg auf 1,5°C über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.“ Gemäß Art. 3 sind von den Vertragsstaaten zur Erreichung dieses Ziels „ehrgeizige Anstrengungen“ zu unternehmen, die „im Laufe der Zeit eine Steigerung“ erfahren.²⁰



Daneben ist ein deutlicher Bedeutungsanstieg der Verfahrensregelungen zu verzeichnen.²¹ Im Dezember 2018 wurde auf der UN-Klimakonferenz in Kattowitz das Regelbuch zum Erreichen der Klimaziele verabschiedet.²² Dieses hat zum Ziel, die durch Treibhausgase verursachte Erderwärmung auf deutlich unter 2°C im Vergleich zur vorindustriellen Zeit zu begrenzen. Die Verbindlichkeit der Regelungen des Pariser Abkommens ist durchaus gradueller (Saurer spricht von „hybrider“) Natur.²³

Der VGH Mannheim führte unter anderem das – damals aktuelle – Kyoto-Protokoll zur Begründung dafür an, dass es sich bei dem öffentlichen Interesse, das mit den erneuerbaren Energien verfolgt wird (hier: der Errichtung von Windenergieanlagen) grundsätzlich um ein in die Abwägung mit hohem Gewicht einzustellendes qualifiziertes Interesse handelt.²⁴ Erst recht muss dies angesichts der strikteren rechtlichen Ausgestaltung und stärkeren faktischen Dringlichkeit nunmehr für das Paris-Protokoll gelten.



Aus dem Pariser Abkommen ergibt sich die für die Vertragsstaaten verbindliche Zielvorgabe, dass der Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2°C über dem vorindustriellen Niveau gehalten werden soll und Anstrengungen unternommen werden sollen, um den Temperaturanstieg auf 1,5°C über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.

Die EU-Zielvorgaben ²⁵

Im Vordergrund des europäischen Zielvereinbarungsprozesses stehen die CO₂-Reduktionsziele, auf die auch im Folgenden der Fokus gelegt wird. Daneben gibt es weitere Zielvorgaben, etwa hinsichtlich des Ausbaus erneuerbarer Energien.

Bis 2020

Die Lastenteilungsentscheidung²⁶ legt fest, welche nationalen Emissionsziele für 2020 gelten, wie die jährlichen Emissionszuweisungen (in Tonnen) berechnet werden und wie diese flexibilisiert werden können. Demnach sollen in den nicht dem Emissionshandel unterliegenden Sektoren bis 2020 insgesamt 10 % weniger Treibhausgase im Vergleich zu 2005 bzw. 20 % gegenüber 1990 ausgestoßen werden. Für die Bundesrepublik gilt ein Reduktionsziel von 14 %. Zusätzlich gelten Reduktionsziele aus den dem Emissionshandel unterliegenden Sektoren von 21 % bis 2020 und 43 % bis 2030.

Bis 2030

Die 2018 erlassene Verordnung zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030²⁷ ist Bestandteil der Strategie für die Energieunion und der Umsetzung des Pariser Abkommens durch die EU. In der Verordnung werden für alle Mitgliedstaaten na-



tionale Emissionsreduktionsziele für 2030 festgelegt. Deutschland soll eine Reduktion von 38 % erreichen. Zusätzlich gilt das Reduktionsziel für die dem Emissionshandel unterliegenden Sektoren von 43 % bis 2030 (das macht insgesamt 40 % gegenüber 1990).

Bis 2050

Ausweislich der *Kommissions-Mitteilung „Ein sauberer Planet für alle“*²⁸ hat die EU sich verpflichtet, ihre Treibhausgasemissionen bis 2050 um 80 bis 95 % gegenüber dem Niveau von 1990 zu verringern. Die EU soll bis dahin „klimaneutral“ sein. Diese Langzeitstrategie folgt den 1,5°C- bzw. 2°C-Zielen des Paris-Protokolls.

Zusammenfassend gelten auf EU-Ebene für die Bundesrepublik folgende Ziele (gegenüber dem Niveau von 1990):

- bis 2020 (gegenüber 2005): Reduktion um 10 %; Deutschland 14 % (zzgl. EHS-Sektoren); gegenüber 1990 gilt für Deutschland eine Reduktion um insgesamt 40 %
- bis 2030: Reduktion um 30 % (mit EHS: insgesamt 40 %; Deutschland: 38 % (insgesamt: 55 %))
- bis 2050: Reduktion um 80-95 %; „Klimaneutralität“

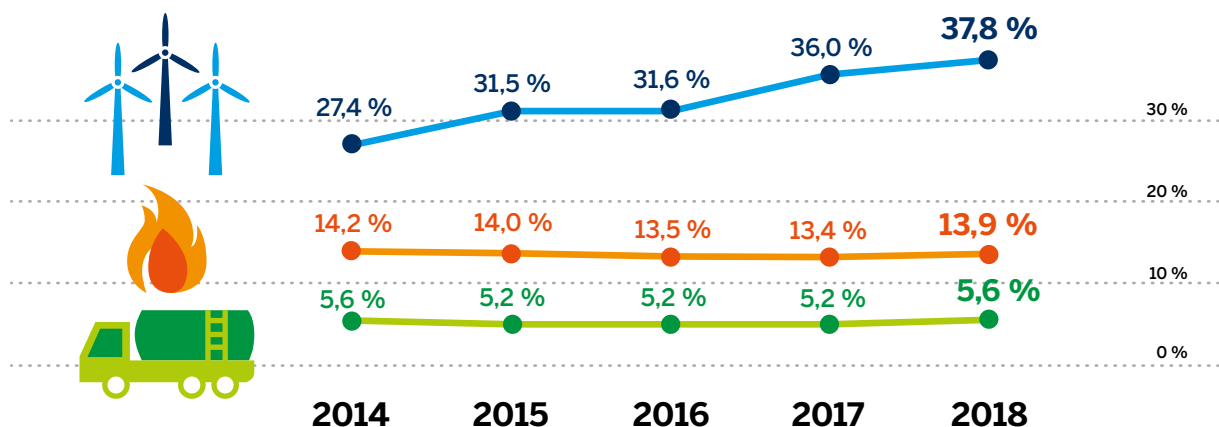
i

Verfehlung der Zielvorgaben

Die Erreichung der Ziele für die Reduktion der Treibhausgasemissionen erscheint nach den aktuellsten Erkenntnissen für 2020 und auch für 2030 unwahrscheinlich.²⁹ Es kam zwar in 2019 zu einem Rückgang der Emissionen, für die aber ausschließlich der Stromsektor verantwortlich zeichnete – und dies auch nur wegen eines marktbedingt starken Rückgangs bei Braun- und Steinkohle.³⁰



Für das Ziel des Ausbaus der regenerativen Energieerzeugung gilt Folgendes: Nachdem zunächst ein beachtliches Wachstum im Anteil der erneuerbaren Energien am Bruttoendenergieverbrauch festzustellen war, bietet sich in den Sektoren Strom, Wärme und Verkehr aktuell ein Bild der Stagnation. Dabei stellen sich die verschiedenen Sektoren durchaus unterschiedlich dar. In der Bundesrepublik verzeichnet der Stromsektor die größten Erfolge (und ist, über die vergangenen Jahre betrachtet, der einzige Wachstumssektor), während der Verkehrssektor weit hinterherhinkt.



Anteil erneuerbarer Energien in den Sektoren Strom, Wärme und Verkehr

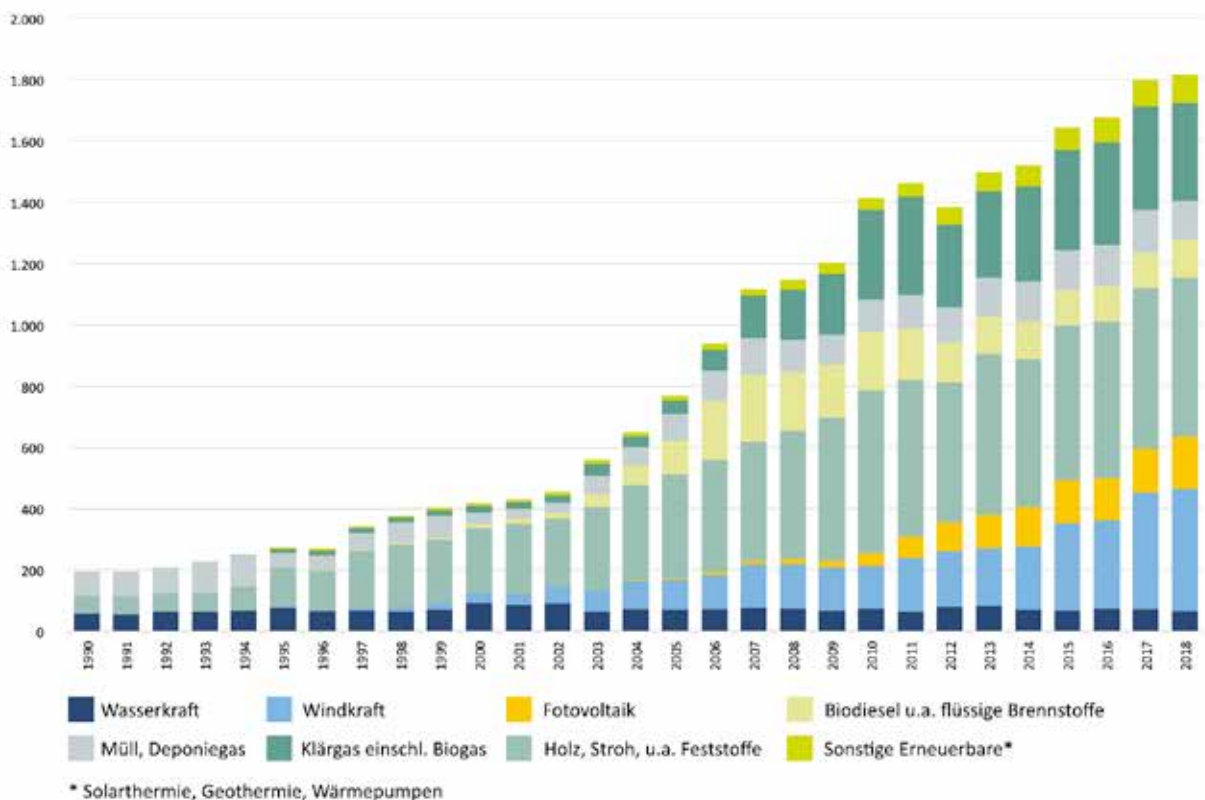
Quelle: Umweltbundesamt auf Basis Arbeitsgruppe Erneuerbare Energien-Statistik (AGEE-Stat)

Im Allgemeinen ist eine Stagnation, partiell gar ein Rückgang des Ausbaus zu konstatieren. Einen Zuwachs bietet allein die Fotovoltaik, der allerdings auch witterungsbedingt ist.

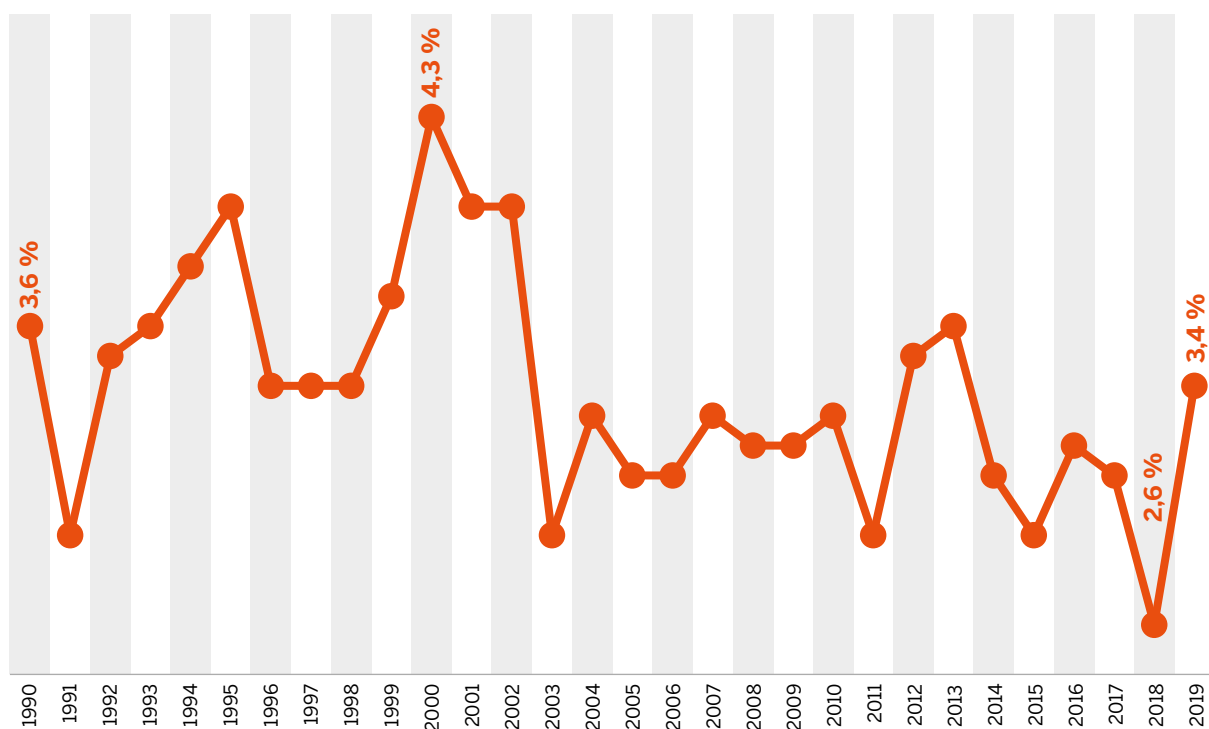
Dem korrespondiert ein gleichfalls witterungsbedingter, deutlicher Rückgang bei der Wasserkraft. Deren jahrelange Stagnation macht deutlich, dass hier unter den gegebenen Rahmenbedingungen kein Zuwachs zu erwarten ist; in der Branche wird es als Erfolg gewertet, wenn eine Abnahme der Kapazitäten vermieden werden kann.

Ähnlich ist es bei der Windkraft: Auch hier stagniert der Zubau weitgehend; der Bundesverband hat seine Prognose für 2019 auf einen Zubau von 1.500 MW (gegenüber durchschnittlich 4.600 MW von 2014 bis 2017) korrigiert.³¹ Es liegt eine prekäre Genehmigungslage vor, die Einspeisevergütungen sind erheblich gesunken, und in 2017 sind in der Branche rund 25.000 Arbeitsplätze verloren gegangen.³²

In 2019 stieg der Anteil der erneuerbaren Energien am Stromverbrauch zwar auf einen Rekordwert von 43 %; aufgrund des Zusammenbruchs beim Windkraftausbau auf nur noch 1 GW/Jahr und widersprüchlichen gesetzlichen/behördlichen Entscheidungen (insbesondere zu Windenergie-Flächen und -Abständen) wird ein weiterer Zuwachs jedoch deutlich gebremst werden.³³



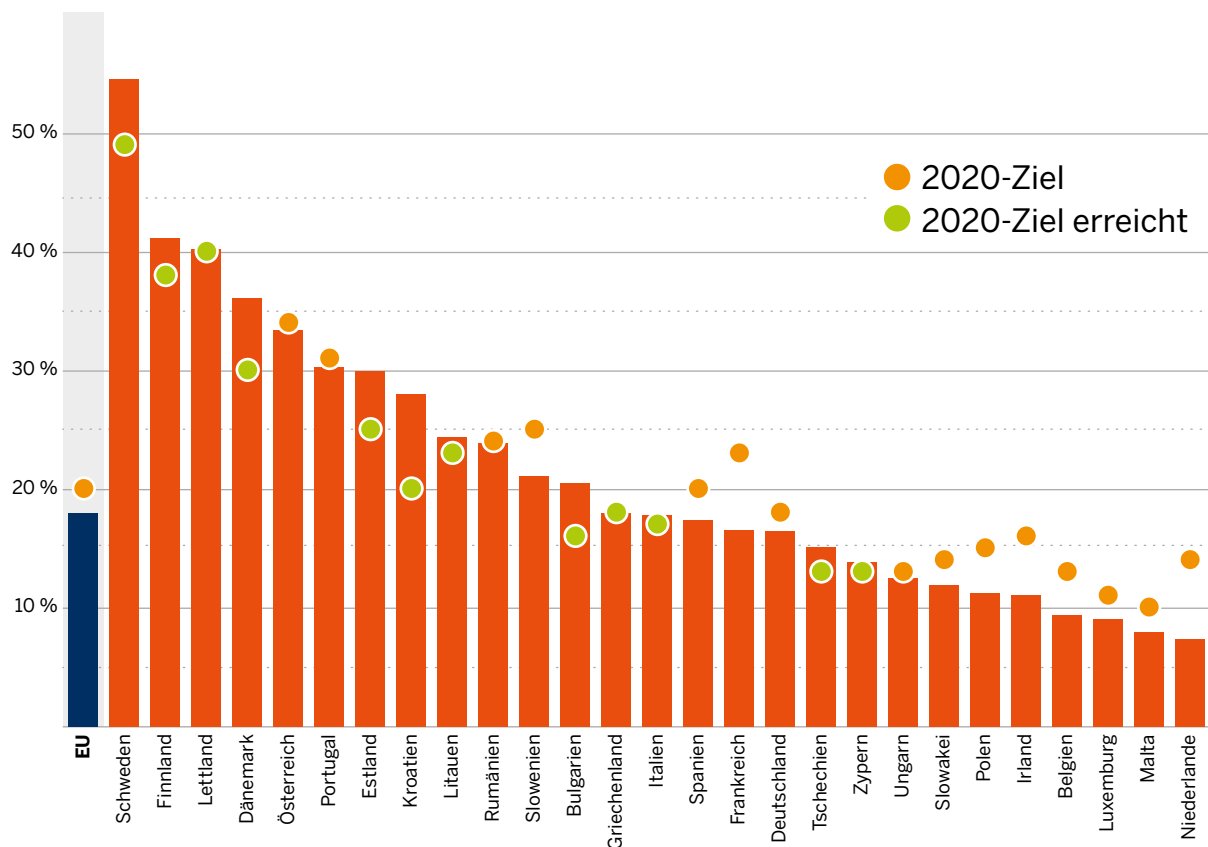
Beitrag erneuerbarer Energien am Primärenergieverbrauch in Deutschland (Angaben in PJ);
 Quelle: Arbeitsgemeinschaft Energiebilanzen (AGEB), Arbeitsgruppe Erneuerbare Energien-Statistik (AGEE-Stat)



Anteil Wasserkraft an der Bruttostromerzeugung
 Quelle: statista.de



Wie die *Europäische Kommission* in ihrer Empfehlung zum Entwurf des integrierten nationalen Energie- und Klimaplanes Deutschlands für den Zeitraum 2021–2030³⁴ festgestellt hat, ist die Bundesrepublik mit den bestehenden Politiken und Maßnahmen, die im Entwurf des nationalen Energie- und Klimaplanes skizziert sind, nicht auf Kurs, um ihr Ziel zu erreichen: Statt der bis 2020 angestrebten Reduktion gegenüber dem Jahr 1990 um 40 % wird voraussichtlich nur eine Reduzierung um 32 % erreicht. Im vorgelegten Planentwurf fehlt es – so die *Kommission* – auch an Klarheit über den deutschen Beitrag zum EU-Ziel, die Energieeffizienz bis 2030 um 32,5 % zu verbessern, während der Ausbau der erneuerbaren Energien auf einem guten Weg sei.



Anteil an erneuerbaren Energien in % des Bruttoendenergieverbrauchs (Stand: 24.2.2020)
Quelle: Eurostat

Gleiches ergibt sich aus dem Sonderbericht des *Europäischen Rechnungshofs* zur Wind- und Solarenergie³⁵: Demzufolge hat in den vergangenen Jahren die Erzeugung von Strom aus Windkraft und Fotovoltaik zwar ein beeindruckendes Wachstum verzeichnet und ist gegenüber den fossilen Brennstoffen zunehmend wettbewerbsfähig. Gegenüber den erheblichen Fortschritten, die seit 2005 erzielt wurden, habe sich seit 2014 das Wachstum jedoch in beiden Sektoren wieder verlangsamt. Für die Hälfte der EU-Mitgliedstaaten – darunter die Bundesrepublik – werde die Erreichung der Ziele für 2020 eine große Herausforderung darstellen.³⁶ Ursächlich

dafür sei die aufgrund der Haushaltsbelastung angeordnete Senkung der Förderungen zur Beseitigung der Übersubventionierung.³⁷

Der Ausweg wird seitens des *Rechnungshofs* darin gesehen, zusätzliche Kapazitäten bei den Ausschreibungen zur Verfügung zu stellen sowie eine stärkere Bürgerbeteiligung anzustreben. Auch die Bedingungen für eine Beteiligung am Markt für erneuerbare Energien müssen verbessert werden: Hier gehe es um die Beseitigung von Hindernissen wie restriktiven Raumordnungsvorschriften, langwierigen Verwaltungsverfahren und Unzulänglichkeiten der Stromnetze.³⁸

Aktuell sieht es nicht so aus, dass die Bundesrepublik auf dem Weg ist, die Zielvorgaben zu erfüllen. Die nächstliegende Zielvorgabe für 2020 dürfte trotz nochmals verstärkter Anstrengungen verfehlt werden; auch die Ziele für 2030 dürften aus jetziger Sicht nicht vollständig erreicht werden.



Erfolglose „Klimaklagen“

Die Verfehlung bzw. als zu unambitioniert empfundene Bestimmung der Klimaziele löste in jüngster Zeit mehrere Gerichtsverfahren aus, die allerdings bislang erfolglos blieben.

Erfolglose „Klimaklage“ vor dem VG Berlin

Allerdings ist diese Zielverfehlung, wie das VG Berlin am 31.10.2019 entschied, – jedenfalls für Privatkläger – nicht justiziabel.³⁹ Die Klage dreier Familien von Bio-Landwirten sowie von Greenpeace gegen die Bundesregierung auf Maßnahmen zur Einhaltung des Klimaziels 2020 wurde mangels Klagebefugnis abgewiesen. Die Kläger beriefen sich auf die Kabinettsbeschlüsse, die Lastenteilungsentscheidung der EU und ihre Grundrechte; dabei machten sie einen Verstoß gegen das Untermaßverbot geltend: Die Bundesregierung habe Maßnahmen unterlassen, die verfassungsrechtlich als Mindestmaß an Klimaschutz geboten seien.

Das VG entschied hingegen, der Kabinettsbeschluss sei eine politische Absichtserklärung, enthalte aber keine rechtsverbindliche Regelung mit Außenwirkung, auf die sich die Kläger berufen könnten. Zudem habe die Bundesregierung das Klimaziel 2020 durch den mit Kabinettsbeschluss vom 9.10.2019 verabschiedeten Regierungsentwurf zum Bundes-Klimaschutzgesetz in zulässiger Weise auf das Jahr 2023 hinausgeschoben. Auch aus der Lastenteilungsentscheidung der EU ergebe sich keine unbedingte Verpflichtung, die Reduzierungsziele ausschließlich durch Maßnahmen im eigenen Land einzuhalten. Vielmehr sei es bei Verfehlen des Reduktionsziels zulässig, überschüssige Emissionsberechtigungen von anderen EU-Mitgliedstaaten zu erwerben.



Dem Gesetzgeber komme ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Solange die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber zum Schutz der Grundrechte treffe, nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich seien, liege kein Verstoß gegen das Untermaßverbot vor. Im Ergebnis entschied das VG Berlin: Wenn im Jahr 2020 eine Reduzierung um 32 % statt 40 % erreicht werde und das Klimaziel 2020 erst drei Jahre später erfüllt werden solle, so genüge dies nicht für die Annahme, die bisherigen Maßnahmen seien völlig unzureichend. Das 40-%-Ziel stelle nicht das verfassungsrechtlich absolut gebotene Minimum an Klimaschutz dar.

Rechtsprechung des BVerfG zum gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum in der Energiepolitik

Die vorstehende Rechtsprechung steht in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG. Zuletzt in seinem Garzweiler-II-Urteil, das mit seinem energiepolitischen Schwerpunkt Berührungspunkte mit der hier in Rede stehenden Thematik hat, urteilte dieses:

„Es ist zuallererst eine energiepolitische Entscheidung des Bundes und der Länder, mit welchen Energieträgern und in welcher Kombination der verfügbaren Energieträger sie eine zuverlässige Energieversorgung sicherstellen wollen. Hierbei steht ihnen ein weiterer Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum zur Verfügung. Diese Entscheidung ist von einer Vielzahl von Faktoren abhängig, wie etwa der Versorgungssicherheit bei Nutzung einer bestimmten Energiequelle, der aus ihrer Verwendung resultierenden Kosten für Wirtschaft und Verbraucher, ihrem Einfluss auf Klima- und Umweltschutz, den Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt oder der gebotenen Rücksichtnahme auf europäische oder internationale Verpflichtungen. Bei der Gewichtung der einzelnen Faktoren haben Bund und Länder einen erheblichen Einschätzungsspielraum. Auch die Beurteilung des Zusammenspiels der verschiedenen Faktoren hängt wiederum von politischen Wertungen und in erheblichem Umfang von prognostischen Einschätzungen ab.“⁴⁰

Dementsprechend befand das BVerfG die energiepolitische Entscheidung für den Braunkohleabbau in Garzweiler II als

„nicht offensichtlich in einer Weise fehlerhaft, dass die von den zuständigen staatlichen Stellen getroffene energiepolitische Entscheidung für dieses Konzept einer Sicherung der Energieversorgung nach dem insoweit zurückgenommenen Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungs wegen zu beanstanden wäre. Ob es das zum maßgeblichen Zeitpunkt energiepolitisch, ökonomisch und ökologisch sinnvollste Energieversorgungskonzept ist, ist nicht vom Bundesverfassungsgericht zu entscheiden.“⁴¹

Nach der bundesdeutschen Rechtsordnung ist die Judikative grundsätzlich nicht berufen, gesetzgeberische Entscheidungen – hier: zur Energiepolitik oder zum Kli-

maschutz – zu revidieren. Dazu müsste eine offensichtliche Fehlerhaftigkeit vorliegen bzw. (soweit Schutzpflichten in Rede stehen) die vom Gesetzgeber getroffenen Maßnahmen müssten „völlig unzureichend“ sein. Dies haben die Gerichte jeweils verneint.

Erfolglose Klimaklage vor dem EuG

Ebenso hatte bereits das EuG eine Klage unter anderem einer deutschen Familie zurückgewiesen.⁴² Die Kläger hatten vorgetragen, das bestehende Klimaziel der EU, die innereuropäischen Treibhausgasemissionen bis 2030 gegenüber 1990 um mindestens 40 % zu senken, sei nicht ausreichend, um die Klimakrise einzudämmen und ihre Grundrechte auf Leben, Gesundheit, Beruf und Eigentum zu schützen. Das Gericht verneinte – im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung – die erforderliche Klagebefugnis, insbesondere das Kriterium der „unmittelbaren und individuellen Betroffenheit“.⁴³

Geringe Erfolgsaussichten für Haftungsklagen

Auch individuellen Haftungsklagen wegen Umweltschäden werden nur geringe Chancen eingeräumt.⁴⁴ Wie auch die vorstehenden Gerichtsverfahren zeigen, bietet die Gewaltenteilung unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen keine Handhabe, die Judikative zu instrumentalisieren, um die erwünschten Ziele über den Gesetzgeber hinweg bzw. an diesem vorbei zu erreichen. Die Geltendmachung von Haftungsansprüchen im Rahmen des Klimawandels stößt (unter anderem) an dieselben Funktionsgrenzen, solange ein kohärentes legislatorisches Regelwerk zur Kompensation von Langzeit-, Distanz- und Summationsschäden fehlt.⁴⁵ Die notwendigen Steuerungsleistungen im Bereich des Klimaschutzes können allein von der Legislative erbracht werden.⁴⁶ Abgesehen davon, sind aufgrund der globalen Dimension des Klimawandels nationale Ansätze freilich nicht ausreichend, sondern es müssen internationale Lösungen gefunden werden.⁴⁷

Im Ergebnis sind die „Klimaklagen“ auf bundesdeutscher sowie auf EU-Ebene bereits an der Zulässigkeithürde gescheitert. Die Gründe sind entsprechend der europäischen wie auch nationalen Konstruktion des Prozessrechts folgende:

- Den Klägern stehen keine qualifizierten und individualisierten Schutzrechte zu.
- Die Bundesrepublik oder die EU haben ihre Schutzpflichten nicht eklatant missachtet.

Dem jeweiligen Gesetzgeber kommt vielmehr eine Einschätzungsprärogative zu, die gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.



Aktuelle Aktivitäten auf Bundesebene

Die Entwicklungen zur Energiewende finden ihren Niederschlag in laufenden Änderungen im Energierecht, aber auch in verschiedenen umweltrechtlichen Regelungen.⁴⁸ In jüngster Zeit sind der Klimaschutzplan, das Klimapakete und der Entwurf eines Bundes-Klimaschutzgesetzes hinzugekommen.

Aktualisierung des Energierechts

Das Ziel der Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien an der Stromversorgung ist in § 1 EEG⁴⁹ und § 1 Abs. 1 EnWG⁵⁰ Gesetz geworden.

§ 1 Abs. 1 EnWG lautet:



„Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, **die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht**“. (Hervorhebung nur hier)

Gemäß § 1 EEG gelten mit Gesetzeskraft folgende Zielvorgaben:



- (1) Zweck dieses Gesetzes ist es, **insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen**, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern, fossile Energieressourcen zu schonen und die **Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern**.
- (2) Ziel dieses Gesetzes ist es, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch zu steigern auf
 1. 40 bis 45 % bis zum Jahr 2025,
 2. 55 bis 60 % bis zum Jahr 2035 und
 3. mindestens 80 % bis zum Jahr 2050. (Hervorhebung nur hier)

Hierdurch wird – als Ergebnis einer umweltpolitischen und -rechtlichen Entwicklung – der Wille des deutschen Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, mit der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien die Neuerrichtung, Wiederinbetriebnahme oder Erweiterung entsprechender Energieerzeugungsanlagen zu begünstigen.⁵¹ Mit dem EEG dokumentiert der Gesetzgeber abstrakt ein gewichtiges Interesse, die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern.⁵² Die Rechtsprechung hat diese gesetzliche Zielsetzung aufgegriffen (dazu ausführlich auf Seite 36).

Mediales Umweltrecht

In jüngerer Zeit sind zudem vermehrt gesetzgeberische Aktivitäten zu verzeichnen, welche die Nutzung erneuerbarer Energien privilegieren bzw. ihre Einbeziehung in Abwägungs- und Ermessensentscheidungen sicherstellen sollen.

Neben bau- und raumordnungsrechtlichen Bestimmungen⁵³ wie § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. f) BauGB,⁵⁴ § 249 BauGB,⁵⁵ § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG⁵⁶ seien aus dem medialen Umweltrecht beispielhaft genannt:

Wasserrecht

- § 28 Nr. 1 lit. d) WHG: Rechtfertigung der Einstufung eines Gewässers mit Wasserkraftnutzung als „erheblich verändert“
- § 35 Abs. 3 WHG: Auftrag zur Prüfung von Querbauwerken auf Eignung als Standort für Wasserkraftanlagen⁵⁷
- § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 WHG: Vorbeugung gegenüber möglichen Folgen des Klimawandels
- § 6 Abs. 1 Satz 2 WHG: Berücksichtigung der Erfordernisse des Klimaschutzes
- § 28 LWG NRW: Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes bei der Anwendung der Bewirtschaftungsziele/des Maßnahmenprogramms auf Gewässer mit Wasserkraftnutzung; in der Regel überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit gegen Rückbau; gehobene Erlaubnis; Berücksichtigung der Betreiberinteressen bei Befristung; Bestandsschutz
- § 86 Abs. 1 Nr. 1 WHG: Erlass einer Veränderungssperre durch Rechtsverordnung zur Sicherung von Planungen, die dem Wohl der Allgemeinheit dienen, darunter ausdrücklich dem Wohl der Allgemeinheit dienende Vorhaben der Wasserkraftnutzung

Naturschutzrecht

- § 1 Abs. 3 Nr. 4 1. Hs. BNatSchG: Klimaschutz als abwägungsrelevantes Prinzip⁵⁸
- § 1 Abs. 3 Nr. 4 3. Hs. BNatSchG: besondere Bedeutung des Aufbaus einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien

Die Aktivitäten des Gesetzgebers belegen in den vergangenen Jahren eine Aufwertung der regenerativen Energieerzeugung:

- *Im Energierecht wurden ausdrückliche und quantifizierte Ziele für den Ausbau der regenerativen Energien definiert.*
- *Im Umweltrecht erfolgte die Verankerung dieser Zielsetzung in einer Reihe von Privilegierungs- und Abwägungstatbeständen in den Fachgesetzen.*





Klimaschutzplan der Bundesregierung

Ende 2016 erfolgte zur Umsetzung des Pariser Protokolls die Verabschiedung des Klimaschutzplans 2050⁵⁹ der Bundesregierung. Dieser soll die Leitplanken des notwendigen Strukturwandels bieten. Demnach sollen fossile Energieträger zunehmend durch erneuerbare ersetzt werden. Dies betrifft die Sektoren der Industrie, des Verkehrs, der Landwirtschaft wie auch der Gebäudewirtschaft. Bis 2050 soll in Deutschland, wie im Pariser Protokoll, eine Minderung um 80-95 %, also weitgehende Treibhausgasneutralität, erreicht werden. Auf dem Weg dahin gilt ein Zwischenziel für 2030: Die gesamten Treibhausgasemissionen Deutschlands müssen um mindestens 55 % (wiederum gegenüber dem Stand von 1990) gemindert werden.

Die Bundesregierung hat sich darüber hinaus im Klimaschutzplan erstmals auf Sektorziele verständigt; die im Diagramm auf Seite 27 dargestellten Reduktionen gelten in den Handlungsfeldern bis zum Jahr 2030.

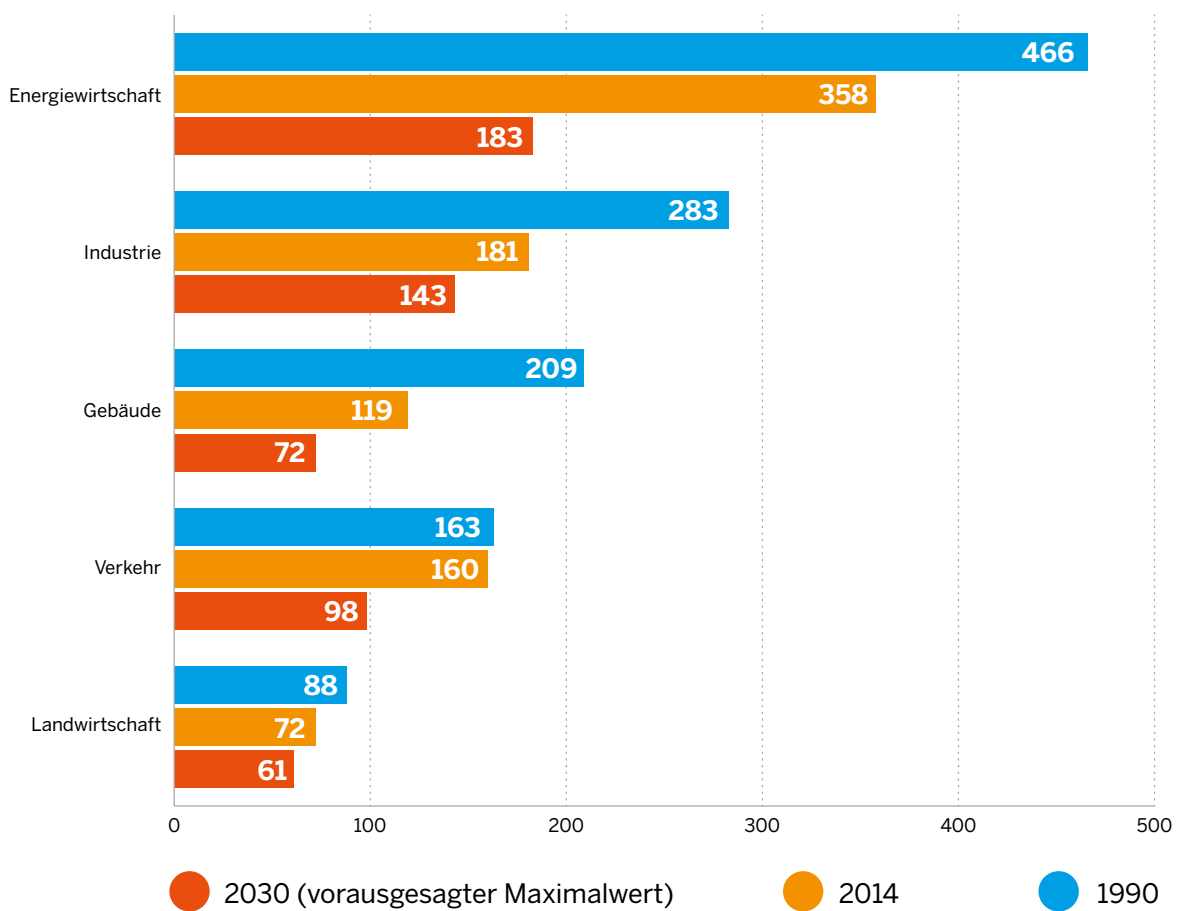


Der Klimaschutzplan des Bundes enthält Zielvorgaben, Konkretisierungen und Maßnahmen, um eine deutliche und nachhaltige CO₂-Reduktion zu erreichen, und zwar

- *eine Reduktion um 55 % bis 2030 und*
- *Klimaneutralität bis 2050.*

Das Klimapaket 2019 und das erste Klimaschutzgesetz des Bundes

Mit dem „Klimakabinett“ und dem daraus entstandenen „Klimapaket“ wird mit den Worten der Umweltministerin Schulze ein „Neuanfang in der deutschen Klimapolitik markiert“. ⁶⁰ Im Folgenden werden die wesentlichen Bestandteile dieses Maßnahmenpakets, darunter insbesondere das Klimaschutzgesetz skizziert:



Die Sektorziele im Klimaschutzplan 2050. Dargestellt sind die Sektorziele 2030 aus dem Klimaschutzplan 2050 (in Millionen Tonnen CO₂-Äquivalenten)
 Quelle: Bundesumweltministerium (2017)



Klimapaket

In diesem Herbst 2019 verabschiedete die Bundesregierung das „Klimapaket“⁶¹ mit insgesamt 66 Maßnahmen, darunter folgende Bestandteile:⁶²

- **Finanzmittel:** 54 Mrd. EUR an Investitionen, Anreizen und Fördergeldern von 2020–2023
- **Klimaschutzprogramm 2030:** Maßnahmenpaket zur Erreichung der Klimaziele, z.B. CO₂-Bepreisung⁶³, Förderprogramme, erhöhte Pendlerpauschale, erhöhte Bundesmittel für den ÖPNV, Erhöhung der Luftverkehrsabgabe ab 2020, schrittweiser Ausstieg aus der Kohleverstromung und Ausbau des Anteils erneuerbarer Energien auf 65 %, etc.
- **Klimaschutzgesetz:** (für die öffentliche Hand) verbindliche Reduktionsziele aufgrund der Verpflichtung nach dem Übereinkommen von Paris (dazu sogleich) sowie
- **Bekenntnis zum Ziel der Treibhausgasneutralität bis 2050:** Bekenntnis der Bundesrepublik Deutschland als einer von insgesamt 66 Staaten auf dem Klimagipfel der Vereinten Nationen am 23.9.2019 in New York, Treibhausgasneutralität bis 2050 als langfristiges Ziel zu verfolgen

Klimaschutzgesetz

Bei der Vorstellung des Klimaschutzpakets äußerte sich Bundesumweltministerin Schulze zum Entwurf des Klimaschutzgesetzes wie folgt:



„Wir haben beschlossen, dass Deutschlands Klimaziele erstmals gesetzlich verbindlich werden. Künftig wird klar geregelt, was passiert, wenn ein Bereich vom vereinbarten Klimakurs abweicht, und wer dann wie nachbessern muss. Damit lernen wir aus den Fehlern der Vergangenheit. Dass Deutschland sein Klimaziel verfehlt, darf sich nicht wiederholen. Das Klimaschutzgesetz wird die Art, wie die Bundesregierung beim Klimaschutz zusammenarbeitet, fundamental verbessern. Ab jetzt sind alle Ministerien Klimaschutzministerien.“⁶⁴

Am 15.11.2019 wurde das Klimapaket vom Bundestag angenommen, dabei auch der Gesetzentwurf beschlossen.⁶⁵ Es wurde am 12.12.2019 verabschiedet⁶⁶ und trat am Tag nach der Verkündung in Kraft. Das Bundes-Klimaschutzgesetz weist folgende Eckpunkte auf:

Zweck des Gesetzes ist der Schutz vor den Auswirkungen des weltweiten Klimawandels; hierzu sollen auf der Grundlage des Pariser Abkommens die nationalen Klimaschutzziele erfüllt sowie die europäischen Zielvorgaben eingehalten werden. Das Gesetz bietet eine gesetzliche Normierung dieser Ziele mit Verbindlichkeit für die öffentliche Hand.

Die Klimaschutzziele⁶⁷ wurden in § 3 Abs. 1 dahingehend festgeschrieben, dass die Treibhausgasemissionen im Vergleich zum Jahr 1990 schrittweise gemindert wer-

den, und zwar, orientiert an den internationalen und europäischen Vorgaben und wie im Klimaschutzplan niedergelegt, mit einer Minderungsquote bis 2030 von mindestens 55 %; das Ziel der „Klimaneutralität“ bis 2050 findet sich nicht als verbindliches Ziel, sondern als Bekenntnis und Grundlage in § 1 Satz 3 wieder.

Diese Zielsetzung wird in § 4 i.V.m. Anlage 1 und 2 von CO₂-Sparzielen für die verschiedenen Sektoren flankiert. Es bestehen Bußgeldvorschriften (§ 6) und es sind jährliche Erfolgskontrollen nebst einer – allerdings durchaus manche Ausnahmemöglichkeiten und Weichmacher aufweisende – Pflicht zum Nachsteuern vorgesehen (Sofortprogramm, § 8).

Insgesamt ist das erste Bundes-Klimaschutzgesetz als Meilenstein zu betrachten, der die Verbindlichkeit und Detailliertheit auf eine höhere Ebene hebt.

Die in der Bundesrepublik Deutschland verfolgte Energiewende ist kein bloßes politisches Programm, sondern ist inzwischen durch das Klimaschutzgesetz des Bundes gesetzestförmlich festgeschrieben.

- Die Zielsetzung: Beschränkung der Erderwärmung gegenüber vorindustrieller Zeit auf maximal 2°C, möglichst aber 1,5°C.
- Der Weg dahin: Reduzierung der CO₂-Emissionen in den Sektoren.
- Die Etappen: Auf allen Ebenen (international, EU, Bundesrepublik, föderal) etappenweise Zielvorgaben, die zunehmend mit Konkretisierungen, Sektorierungen, Prozessen, Plänen, Sanktionen etc. hinterlegt werden.

Aktuelle Aktivitäten auf Landesebene in NRW

Klimaschutzgesetz NRW

Bereits in 2013 wurde in NRW das Klimaschutzgesetz verabschiedet.⁶⁸ Dieses legt in § 3 die Klimaschutzziele dergestalt fest, dass die Treibhausgasemissionen gegenüber 1990 bis 2020 um mindestens 25 % und bis zum Jahr 2050 um mindestens 80 % reduziert werden. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 sind diese Klimaschutzziele für die Landesregierung unmittelbar verbindlich. Sie ist verpflichtet, ihre Handlungsmöglichkeiten zu nutzen, um die Ziele insgesamt zu erreichen und diese (insbesondere durch die Erstellung und Umsetzung eines Klimaschutzplans und die Raumordnung) zu konkretisieren (§ 4 Abs. 1 Satz 2).

Des Weiteren finden sich im Klimaschutzgesetz NRW Priorisierungen und Abwägungsdirektiven. § 3 Abs. 2 bestimmt, dass zur Verringerung der Treibhausgasemis-



sionen der Steigerung des Ressourcenschutzes, der Ressourcen- und Energieeffizienz, der Energieeinsparung und dem Ausbau Erneuerbarer Energien besondere Bedeutung zukommen. Die Landesregierung ist zudem gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 verpflichtet, der Steigerung des Ressourcenschutzes, der Ressourcen- und Energieeffizienz, der Energieeinsparung und dem Ausbau Erneuerbarer Energien besondere Bedeutung einzuräumen.

Klimaschutzplan

Wie in § 3 Klimaschutzgesetz vorgesehen, hat die Landesregierung einen Klimaschutzplan⁶⁹ verabschiedet.

Dieser definiert den Ausbau der Erneuerbaren Energien als ein leitendes Ziel: Bis 2025 sollen mehr als 30 % des Stroms aus erneuerbaren Energien gewonnen werden. Im Rahmen der bundesweiten Ausbauziele von mehr als 80 % im Bereich der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bis 2050 wird ein entsprechend ambitionierter Ausbaupfad in NRW verfolgt.⁷⁰

Es wurden zur Erreichung dieses Ziels mehrere Strategien festgelegt:

- Die Strategie „LR-KS1-S1 Ausbau der erneuerbaren Energien“⁷¹ wiederholt im Wesentlichen das oben genannte Ziel.
- Die Strategie „LR-KS1-S3 Ausbau der Windenergie“ zielt darauf, den naturverträglichen Ausbau der Windenergie (inklusive Repowering und Windenergie im Wald) in NRW zu unterstützen und auf allen politischen Ebenen geeignete Rahmenbedingungen zu schaffen. Die Windenergie soll zwei Drittel zur Zielerreichung beitragen. Es wird erwähnt, dass unter bestimmten Bedingungen zukünftig auch bestimmte Waldgebiete für die Nutzung der Windenergie erschlossen werden könnten, was einen breiten und konstruktiven Dialog zur Sicherung des gesamtgesellschaftlichen Konsenses erfordere.⁷²
- Die Strategie „LR-KS1-S5 Ertüchtigung, Erweiterung und Revitalisierung von Wasserkraftwerken“ zielt auf den ökologisch vertretbaren Ausbau der Nutzung der Wasserkraftpotenziale in NRW, wobei die Nutzung der tatsächlich vorhandenen Potenziale durch ökonomische Rahmenbedingungen und ökologische Restriktionen eingeschränkt werde. Bei der Erschließung zusätzlicher Nutzungsmöglichkeiten durch die Ertüchtigung und Erweiterung bestehender Wasserkraftwerke sowie die Revitalisierung stillgelegter Anlagen dürfte die Erreichung des guten Zustandes der Gewässer nicht gefährdet werden.⁷³

Energieversorgungsstrategie

In der Energieversorgungsstrategie NRW ist als Handlungsfeld 11 definiert: „Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien und deren nachhaltigen Ausbau akzeptanzgesichert, technologieoffen sowie markt- und systemintegrativ gestalten“.⁷⁴ Es wird dort festgehalten, dass die Potenziale etwa der Windkraft erst zu 6 % gehoben wurden, wobei der zukünftige Ausbau „stärker akzeptanzgesichert erfolgen sollte“.

Der Ausbau der Energieinfrastruktur zur Umsetzung der Energiewende und zur Erreichung der Klimaschutzziele ist als Handlungsfeld 5 wie folgt formuliert:

„Um die Energiewende umzusetzen und die Klimaschutzziele zu erreichen, ist der Um- und Ausbau der Energieinfrastruktur notwendig und dessen Durchführung gleichzeitig zeitkritisch. Die zeitnahe Umsetzung des Infrastrukturausbaus erfordert die beschleunigte Durchführung der jeweiligen Planungs- und Genehmigungsverfahren. Dabei ist das Spannungsfeld zwischen öffentlichen Beteiligungsrechten und Beschleunigungszielen die zentrale Herausforderung. Die hierfür erforderlichen rechtlichen Rahmenbedingungen sind schnellstmöglich zu schaffen. Dies betrifft auch die Frage der Planungs- und Rechtssicherheit für die jeweiligen Vorhabenträger.“⁷⁵

Landesentwicklungsplan

Nach dem neuen Landesentwicklungsplan (LEP)⁷⁶ wurden zu den ohnehin bestehenden Grundsätzen des Ausbaus als neuer Grundsatz 10.2-2 aufgenommen, dass die Träger der Regionalplanung Vorranggebiete festlegen können, aber nicht müssen. Zudem wurde (entsprechend der Einigung im Koalitionsvertrag) in Grundsatz 10.2-3 bestimmt, dass in Regionalplänen und in Flächennutzungsplänen zu Allgemeinen Siedlungsbereichen und zu Wohnbauflächen ein den örtlichen Verhältnissen angemessener planerischer Vorsorgeabstand eingehalten werden soll. Hierbei ist von Vorranggebieten bzw. Konzentrationszonen (nicht von Einzelanlagen) ein Abstand von 1.500 m zu allgemeinen und reinen Wohngebieten vorzusehen, soweit die örtlichen Verhältnisse dies ermöglichen. Ein Abweichen davon ist möglich, sofern die Kommune bei Einhaltung des Abstandes der Windenergie nicht substantiell Raum geben kann.

Gemäß Ziel 7.3-1 „Walderhaltung und Waldinanspruchnahme“ dürfen Waldbereiche für entgegenstehende Maßnahmen ausnahmsweise nur dann in Anspruch genommen werden, wenn für die angestrebten Nutzungen ein Bedarf nachgewiesen ist, dieser nicht außerhalb von Waldbereichen realisierbar ist und die Waldumwandlung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird. Ausweislich der Erläuterungen darf eine angestrebte Nutzung nicht innerhalb eines regionalplanerisch festgelegten Waldbereichs realisiert werden, wenn für den mit der Planung oder der Maßnahme verfolgten Zweck außerhalb von Waldbereichen eine zumutbare Alternative



besteht. Soweit entsprechende Alternativen außerhalb von Waldbereichen nicht zur Verfügung stehen, bleibt die Umsetzung von Planungen und Maßnahmen, unter anderem die Errichtung von Windkraftanlagen, innerhalb von Waldbereichen möglich. Im Rahmen der geforderten Beschränkung auf das unbedingt erforderliche Maß einer Waldinanspruchnahme kommen hierfür insbesondere solche Flächen innerhalb von Waldbereichen in Betracht, die neben ihrer wirtschaftlichen Ertragsfunktion keine wesentlichen anderen Waldfunktionen erfüllen.



Auf Landesebene schlagen sich die Notwendigkeiten der Energiewende in verschiedenen legislativen und gubernativen Aktivitäten nieder:

- Aus dem **Landesklimaschutzgesetz sowie -plan** ergeben sich Verpflichtungen zur CO₂-Reduktion sowie Prioritäten und Impulse im Blick auf Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energien, die mit dem Ziel der Akzeptanzsicherung auch in die **Energieversorgungsstrategie** eingeflossen sind.
- Der **LEP** enthält den Grundsatz der nachhaltigen Energieversorgung. Er versucht in seiner aktuellen Änderung zum Ausbau der Windenergie örtliche Standortkonflikte sowie Nutzungskonflikte mit den Funktionen des Waldes zu lösen.

Klimaschutz und erneuerbare Energien als öffentliche Interessen mit hohem Gewicht

Die in der Bundesrepublik Deutschland eingeleitete Energiewende ist kein bloßes politisches Programm, sondern ist Gesetzesförmlich festgeschrieben.

Wie auf Seite 21 ff festgestellt, unterliegen die Klimaziele zwar bislang keiner scharfen Sanktionierung und sind von Privaten nicht einklagbar. Gleichwohl handelt es sich um einen gewichtigen öffentlichen Belang, der bei behördlichen Entscheidungen Relevanz entfaltet. Die bereits im Gutachten 2012 getroffene Erkenntnis, dass die Energiewende und damit der Ausbau der regenerativen Energieerzeugung zeitgerecht erfolgen muss, da bei der Energiewende der Zeitfaktor erfolgskritisch ist,⁷⁷ hat nicht nur Bestand, sondern hat an Brisanz zugenommen.

EU-rechtliche Verpflichtung zum Klimaschutz und zur Förderung erneuerbarer Energien

Die unionsrechtlichen Vorgaben⁷⁸ verpflichten explizit zu Umweltschutz, Nachhaltigkeit, Klimaschutz und zur Förderung erneuerbarer Energien. Gemäß der Rechtsprechung des EuGH gehört der Umweltschutz zu den wesentlichen Aufgaben der Union.⁷⁹ Etliche Vorschriften des Unions-Primärrechts gewährleisten explizit den Klimaschutz; dieser ist enthalten im Begriff der Umwelt, zu dessen Schutz unter

Betonung der Nachhaltigkeit Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EU-Vertrag⁸⁰, Art. 11 und 191 ff. AEUV⁸¹ sowie Art. 37 GRCh⁸² verpflichten.⁸³ Diese Vorschriften gehen dem nationalen Recht vor.⁸⁴ Sie erzeugen gegenüber den Mitgliedstaaten Bindungswirkung und sind von den nationalen Behörden bei der Auslegung und Anwendung von EU-Rechtsnormen (hier namentlich den EU-Richtlinien aus den Materien des Wasser- und des Naturschutzrechts) sowie des Umsetzungsrechts zu beachten.⁸⁵

Mit einigem Recht hat Gärditz das europäische Klimaschutzrecht als „Makroprojekt von extrem hoher Komplexität“ bezeichnet, allerdings auch die Besorgnis geäußert, dass eine Politik der „großen Transformation“ den demokratischen Rechtsstaat überfordert.⁸⁶

Im Einzelnen mag man den Rechtsrahmen wie folgt skizzieren:

Art. 191 Abs. 1 AEUV schreibt Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels vor. Art. 194 Abs. 1c AEUV benennt ausdrücklich das Ziel der Förderung erneuerbarer Energien.⁸⁷ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Förderung erneuerbarer Energiequellen für die EU von hoher Priorität, da die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt, zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen und die Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls beschleunigen kann.⁸⁸

Was die konkrete Berücksichtigung dieser Belange betrifft, ergibt sich aus Art. 191 Abs. 3 AEUV die Pflicht, bei Maßnahmen zum Umweltschutz⁸⁹ unter anderem die Vorteile und Belastungen sowie die wirtschaftliche und soziale Entwicklung zu berücksichtigen. Es ist eine Gesamtfolgenabschätzung geboten, die sich auf alle kurz-, mittel- und langfristigen Auswirkungen ökologischer, ökonomischer, finanzieller, sozialer und kultureller Art erstreckt.⁹⁰

Die Pflicht zur Berücksichtigung ist rechtlich als Abwägungsgebot zu verstehen mit der Folge, dass es sich bei den genannten Belangen um zwingend in die Behördenentscheidung einzubeziehende Abwägungskriterien handelt, die im Verfahren zu ermitteln, zu bewerten und mit dem gebührenden Gewicht in die Abwägung einzustellen sind.⁹¹

Umwelt- und Klimaschutz als nationales Staatsziel

Art. 20a GG⁹² bestimmt als Staatszielbestimmung⁹³:

„Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“

”



Das Klima ist ein Schutzgut von Art. 20a GG;⁹⁴ es handelt sich um ein globales, aber gleichwohl von den deutschen Entscheidungsträgern zu berücksichtigendes Schutzgut.⁹⁵

Aktuell wird diskutiert, den Klimaschutz (genauer: die entsprechenden völkerrechtlichen Verpflichtungen) zu eigenem eigenständigen, expliziten Staatsziel zu erheben.⁹⁶

Die Leistungs- und Funktionsfähigkeit sowie nachhaltige Nutzungsfähigkeit der klassischen Schutzgüter des Umweltrechts (Gewässer und andere Umweltmedien; Naturhaushalt; Biodiversität etc.) werden unter den aktuell gegebenen Rahmenbedingungen davon abhängen, dass die Erderwärmung wirksam begrenzt werden kann. Art. 20a GG verkörpert den Nachhaltigkeitsgedanken, denn er dient gerade den künftigen Generationen; geschützt werden diese vor irreversiblen Entscheidungen und damit vor nicht wiedergutzumachenden Umweltschäden.⁹⁷

Steuerungswirkung des Art. 20a GG

Auch wenn über manche Aspekte der zukünftigen Entwicklung gegenwärtig noch keine naturwissenschaftliche Klarheit hergestellt wurde, kann dies – wie auch in anderen Prognosesituationen – kein Freibrief sein, auf ein Bemühen um nachhaltige Lösungen und eine rechtlich flankierte Zukunftsverantwortung von vornherein zu verzichten.⁹⁸

Zu bedenken ist freilich, dass Art. 20a GG keine eindimensionale Maximierung des Klimaschutzes fordert, ja noch nicht einmal eine (explizite) Präferenzregel des einen gegenüber anderen Umweltgütern bietet.⁹⁹ Es hat auch nicht von vornherein ein Übergewicht gegenüber anderen grundlegenden Belangen wie der Gewährleistung der Grundbedingungen für das Gemeinwesen und einer menschenwürdigen Existenz, die im Rahmen einer Energiepolitik – etwa unter dem Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit – abzuwägen sind.¹⁰⁰ Insoweit hat das *BVerfG* es gebilligt, dem Interesse an einer sicheren Energieversorgung eine überragende gesamtgesellschaftliche Bedeutung beizumessen.¹⁰¹ Neben diesen gesamtgesellschaftlichen Belangen sind auch die Individualbelange der Einzelnen zu berücksichtigen, die unter anderem im Wege der Stromentgelte durchaus Sonderlasten der Energiepolitik tragen.¹⁰²

Die Steuerungswirkung des Art. 20a GG ist aber eine doppelte: Zum einen führt Art. 20a GG zu einer „Abschichtung“ gegenüber Belangen, die keinen Verfassungsrang haben. Das Verbot der ästhetischen Verunstaltung der Landschaft dient beispielsweise nicht dem Umweltschutz, denn ihre Erhaltung zählt auch bei einer weiten Auslegung nicht zu den natürlichen Lebensgrundlagen.¹⁰³ Zum anderen hat der Umweltschutz – hier konkretisiert in Richtung des Klimaschutzes und des Gebots der Förderung erneuerbarer Energien – eigenständige Konturen und eigenständiges Gewicht, das in die Einzelfallabwägung einzustellen ist.¹⁰⁴

Behördliche Berücksichtigungspflicht

Art. 20a GG beinhaltet ein auch an die Exekutive gerichtetes Berücksichtigungsgebot, Aktivitäten zu entfalten, um die Staatsziele zu verwirklichen.¹⁰⁵ Art. 20a GG kommt als verfassungsrechtliche Wertentscheidung eine interpretations- und ermessensleitende Funktion zu.¹⁰⁶ In diesen Fällen ist die Berücksichtigung nicht nur **möglich**, sondern auch **notwendig**, um keine Ermessens-/Abwägungs- oder Beurteilungsfehler zu produzieren¹⁰⁷ mit der Folge, dass die behördliche Entscheidung letztlich wegen Verstoßes gegen Art. 20a GG verfassungswidrig wäre.¹⁰⁸ Wenn eine Behörde nicht alle **aktuell** zu berücksichtigenden Belange in ihre Entscheidung einstellt, handelt sie abwägungsfehlerhaft.¹⁰⁹

Will die Exekutive die Belange des Klimaschutzes nach der Energiewende in der Entscheidung korrekt berücksichtigen, hängt also alles davon ab, dass sie diese richtig erkennt und gewichtet.¹¹⁰ Generell ist eine Berücksichtigung der Erfordernisse der Energiewende dann möglich,¹¹¹ wenn auf Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe anzuwenden sind, die sich auf diese Umstände erstrecken und/oder Ermessensspielräume bestehen, die nach dem Gesetzestelos diese Zwecksetzungen einschließen. Wie zu zeigen sein wird, gilt dies insbesondere für die zahlreichen Gemeinwohlklauseln, die die Exekutive nachdrücklich auf das Wohl der Allgemeinheit, die öffentlichen Interessen etc. verpflichten. Hat eine Behörde alle Belange mit dem ihnen zukommenden Gewicht berücksichtigt, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn in ihrer Abwägung einzelne Belange hintangestellt wurden.¹¹²

Dynamik und Flexibilität behördlicher Entscheidungen

Der Gesetzgeber kann nicht alle in Gegenwart und Zukunft möglichen Lebenssituationen, die im Rechtsstaat rechtliche Beachtung verlangen, überblicken und im Voraus angemessen berücksichtigen.¹¹³ Verfassungsrechtlich, in den Kategorien der Gewaltenteilung, hat die Exekutive die Aufgabe der Rechts- und Zweckkonkretisierung im Einzelfall.¹¹⁴ Gerade die Abwägung ist eine originäre Aufgabe der Verwaltung.¹¹⁵

Eine Uminterpretation unbestimmter Rechtsbegriffe, eine Erweiterung oder Verengung des Kreises der Abwägungsbelange oder eine veränderte Gewichtung von Interessenspositionen – etwa die zumindest temporäre Aufwertung des Belangs der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien aufgrund geänderter tatsächlicher und rechtlicher Rahmenbedingungen, hier getragen von einem breiten wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Konsens – sind damit letztlich nur die Ausprägung des Wesens von Verwaltung: das Recht zu konkretisieren.¹¹⁶

Der Klimaschutz hat Verfassungsrang. Seitens der Behörden ist er mit diesem Rang in eventuell Abwägungsentscheidungen einzustellen. Dabei kommt dem Klimaschutz unter den aktuellen Umständen nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch ein hohes Gewicht zu.





Klimaschutz und erneuerbare Energien als herausgehobene Gemeinwohlbelange in der Rechtsprechung

Im klassischen Umweltschutzrecht ist keine ausdrückliche Regelung zum Vorrang erneuerbarer Energien aufgenommen worden. Bei der Zulassung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien (insbesondere Wasserkraft- und Windenergieanlagen) sind die entstehenden Konflikte mit Schutzgütern des klassischen Umweltschutzrechts (insbesondere Gewässerschutz, Artenschutz, Habitatschutz, Natur- und Landschaftsschutz) mithin bei der Anwendung der Zulassungstatbestände zu bewältigen¹¹⁷ – dazu mehr in den Kapiteln auf Seite 48 und Seite 88 dieses Kurzgutachtens.

Die Daseinsvorsorge – und darunter die Energieerzeugung – stellt einen Gemeinwohlbelang, ein öffentliches Interesse, dar.¹¹⁸ Das BVerfG hat zuletzt in seiner Garzweiler II-Entscheidung nochmals die überragende Bedeutung der Sicherung der Energieversorgung für das Gemeinwohl betont. Es hat dabei die Sicherung der Energieversorgung durch geeignete Maßnahmen als öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung bezeichnet und die Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge gerechnet, deren Leistung der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf und die eine entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft ist.¹¹⁹

Umso mehr weist die dem Klimaschutz dienende Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien einen herausgehobenen Gemeinwohlbezug auf.¹²⁰

- Der VGH München hat bereits im Jahr 2005 der Wasserkraft im Rahmen der Abwägung mit anderen Belangen der Gewässerbewirtschaftung eine gestärkte Stellung zuerkannt mit der Folge, dass im konkret entschiedenen Fall die vorhandene Wasserkraftnutzung als überwiegender Grund des Wohls der Allgemeinheit einer nachträglichen Anordnung eines Umgehungsgerinnes entgegenstand.¹²¹
- Etabliert ist, dass es sich bei dem Klimaschutz und der regenerativen Energieerzeugung um gewichtige öffentliche Belange handelt, die in der Lage sind, Ausnahmen von den wasserrechtlichen Bewirtschaftungszielen zu rechtfertigen.¹²²
- Der VGH München bescheinigte einer Anlage ein öffentliches Interesse, die die Versorgung von bis zu 200 Durchschnittshaushalten mit Strom gewährleistet. Berücksichtigungswert war für den Hof der Umstand, dass die Wasserkraft zur Grundlastversorgung der Bevölkerung mit Strom betrug. Es besteht ein hohes öffentliches Interesse an der Nutzung einer regenerativen Energiequelle. Das einschlägige bayerische Energiekonzept sah den Umbau der Energieversorgung hin zu einem weitgehend auf erneuerbare Energien gestützten Versorgungssystem ohne Kernenergie vor; hierbei kam der Wasserkraftnutzung wesentliche Be-

deutung zu, zumal diese die wichtigste und am stärksten ausgebaute Form der Stromerzeugung aus regenerativen Energiequellen bildete.¹²³

- Nach der Rechtsprechung des *VGH Mannheim* handelt es sich bei dem öffentlichen Interesse, das mit der Errichtung von Windenergieanlagen – die gleichermaßen erneuerbare Energiequellen nutzen – verfolgt wird, grundsätzlich um ein in die Abwägung mit hohem Gewicht einzustellendes qualifiziertes Interesse,¹²⁴ das allerdings nicht automatisch überwiegt.¹²⁵
- Ausführlich hat sich auch das *OVG Koblenz* dazu geäußert:¹²⁶ Erneuerbare Energie kann Strom aus Kohle- oder Atomkraftwerken ersetzen und trägt damit zu einer Verringerung des Rohstoffverbrauches und der Vermeidung von Abfällen und Emissionen bei. Deutschland ist nach dem Atomausstieg auch auf die Gewinnung regenerativer Energien zur Versorgung der Bevölkerung mit Strom angewiesen. Dies geschieht auch durch Gewinnung von Energie aus der Wind- und Wasserkraft. Auch die Energiepolitik der EU verfolgt als Ziel, das Funktionieren des Energiemarktes sicherzustellen, die Energieversorgungssicherheit zu gewährleisten und die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen zu fördern, da die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt. An der Nutzung erneuerbarer Energien wie der Wasserkraft besteht mithin ganz allgemein ein gewichtiges öffentliches Interesse, und zwar nicht nur wegen der weitgehend klimaneutralen Erzeugung, sondern wegen der Grundlastfähigkeit, die zur Ablösung namentlich fossiler Energieträger sowie der Atomkraft dringend erforderlich ist.¹²⁷
- Es liegt zwischenzeitlich vielfältige Rechtsprechung dahingehend vor, dass das allgemeine Interesse am Ausbau regenerativer Energien ein besonderes öffentliches Interesse im Sinne von § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG darstellt – auch wenn dieses keinen allgemeinen Vorrang vor dem Landschaftsschutz begründet.¹²⁸
- Zuletzt hat das *OVG Münster* insoweit ausdrücklich festgestellt, dass die Erreichung der Ausbauziele für die erneuerbaren Energien, wie sie sich unter anderem aus dem EEG ergeben, die Errichtung einer Vielzahl weiterer Windenergieanlagen erfordert.¹²⁹ Es hat erwogen, ob sich aus den Bestimmungen des EEG (grundsätzlich) ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit der Errichtung und Inbetriebnahme einer einzelnen Windenergieanlage ableitet, hat dies aber im Ergebnis offen gelassen.¹³⁰ Jedenfalls seien unter den gegebenen Umständen partielle Befreiungen von den Verboten einer Landschaftsschutzgebietsverordnung zulässig.¹³¹
- Einzelfallbezogen hat der *EuGH* jüngst eine Ausnahmeentscheidung zugunsten der Neuerrichtung einer kleinen Wasserkraftanlage im Fall „Schwarze Sulm“

(Österreich) gebilligt. Notwendig, aber im entschiedenen Fall auch ausreichend war es, den Nutzen des Vorhabens und die sich daraus ergebende Beeinträchtigung des Zustands des Oberflächenwasserkörpers gegeneinander abzuwägen.¹³²

Auch wenn nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen stets eine Einzelfallentscheidung zu treffen ist, ist in die Abwägung doch stets der Belang des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung mit dem hohen Gewicht einzustellen, das dieser durch die gesetzliche Ausgestaltung mit entsprechenden Zielvorgaben erlangt hat.

i

Der verfassungsrechtliche Umweltschutz beinhaltet auf EU- und nationaler Ebene den Klimaschutz und das Gebot der Förderung erneuerbarer Energien. Es gilt Folgendes:

- Es handelt sich um einen unionsrechtlichen und nationalen **Verfassungsbelang**. Der Gesetzgeber hat dem in einzelnen Bestimmungen bereits Rechnung getragen; dies gilt anfangend mit dem neuen Klimaschutzgesetz des Bundes (und bereits zuvor des Landes NRW) für das Energierecht, konkret für das materielle Umweltrecht.
- Es besteht eine **Bindung** der Behörden an diese verfassungsrechtlichen Vorgaben. Zur Gewährleistung der Verfassungskonformität ihrer Entscheidungen müssen sie bei der Gesetzesauslegung und -anwendung, insbesondere bei Abwägungs- und Ermessensentscheidungen, die Erfordernisse des Klimaschutzes beachten.
- Bereits durch die in Folge der Katastrophe von Fukushima rechtsförmlich beschlossene Energiewende ist eine nicht nur rechtliche, sondern auch **faktische Aufwertung** des Belangs der Förderung erneuerbarer Energien aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen erfolgt. Diese ist zumindest so lange geboten, wie die Dringlichkeit und Notwendigkeit des Technologiewechsels und des Ausbaus der regenerativen Energieerzeugung gegeben sind.
- Die **Rechtsprechung** hat diesen hohen Wert des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung etwa in Abwägungstatbeständen in den vergangenen Jahren oftmals anerkannt.
- **Aktuell** ist angesichts der bevorstehenden Verfehlung der Klimaziele dem Klimaschutz ein weiter steigendes Gewicht zuzumessen.

Fazit



In den vergangenen Jahren wurden die international und EU-rechtlich eingebetteten Zielvorgaben hinsichtlich der Begrenzung der globalen Erwärmung, der Reduzierung der CO₂-Emissionen sowie des Ausbaus der regenerativen Energieerzeugung immer weiter verfestigt, konkretisiert und operationalisiert. Das aktuelle Klimaschutzgesetz bildet nunmehr eine direkte gesetzliche und prozedural abgesicherte Verpflichtung zur Einhaltung der Klimaziele.

Gleichmaßen sind der Klimaschutz und das Gebot der Förderung erneuerbarer Energien gewichtige Belange des Unionsprimärrechts und des nationalen Verfassungsrechts.

Der nationale Gesetzgeber hat dem in etlichen Bestimmungen bereits Gestalt gegeben, angefangen von der aktuellen Klimaschutzgesetzgebung über das Energierecht bis hin zum Planungs-, Bau- und Umweltrecht. Dies geschieht insbesondere durch numerische Zielvorgaben oder durch Einbeziehung des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung in Zielprogramme und Abwägungsentscheidungen.

Bereits in Folge der in 2011 rechtsförmlich beschlossenen Energiewende kam der Förderung regenerativer Energien ein gesteigertes Gewicht zu. Die europäische und nationale Rechtsprechung hat dem seitdem in beachtlicher Breite Rechnung getragen.

Angesichts der jedenfalls für 2020 absehbaren Verfehlung dieser Zielvorgaben erlangen diese Belange zeitlich und inhaltlich eine immer dringlichere und größere Bedeutung.



Anmerkungen und Quellen

- 1 UNEP, Frontiers 2018/19, S. 66 ff.,
<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27538/Frontiers1819.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- 2 UN, Ziele für nachhaltige Entwicklung, Bericht 2016, S. 36 zu Ziel 13,
<https://www.un.org/depts/german/millennium/SDG%20Bericht%202016.pdf>
- 3 IPCC, 1,5°C globale Erwärmung, IPCC-Sonderbericht über die Folgen einer globalen Erwärmung um 1,5°C gegenüber vorindustriellem Niveau und die damit verbundenen globalen Treibhausgasemissionspfade im Zusammenhang mit einer Stärkung der weltweiten Reaktion auf die Bedrohung durch den Klimawandel, nachhaltiger Entwicklung und Anstrengungen zur Beseitigung von Armut,
https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/03/SR1.5-SPM_de_barrierefrei-2.pdf
- 4 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Sondergutachten: Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik, S. 16 ff.,
https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/sg2019/sg_2019.pdf
- 5 Die Aktion startete am 20.8.2018
- 6 Bundesumweltministerin Schulze bei der Vorstellung des Klimapakets: „Die junge Generation kann sich darauf verlassen, dass sich diese und künftige Bundesregierungen an verbindliche Klimaziele halten. [...] Das Engagement der Jugendlichen und auch vieler Erwachsenen hat geholfen, dass sich diese Erkenntnis in der gesamten Politik durchgesetzt hat“
<https://www.bmu.de/pressemitteilung/schulze-beschluesse-des-klimakabinetts-markieren-neuanfang-fuer-deutsche-klimapolitik/>
- 7 Agora Energiewende, Die Energiewende im Stromsektor, Stand der Dinge 2019, S. 65
- 8 <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/Energiekonzept/auftakt.html>;
dazu Büdenbender, DÖV 2017, 712 (712 f.); ders., DVBl. 2017, 1449
- 9 „Energiepolitik, bitte wenden“, Financial Times Deutschland, 9.3.2012
- 10 <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-01/energiesparen-appell>
- 11 Vgl. „Netzagentur warnt vor dem Aus für Datteln“, Financial Times Deutschland, 7.5.2012; „Notstrom aus alten Mühlen“, Handelsblatt, 11.5.2012; vgl. Altenschmidt, NVwZ 2015, 559 (560 f.)
- 12 „Neue Kraftwerke lohnen sich in Deutschland nicht mehr“, Börsen-Zeitung, 1.5.2012; „Den Klimawandel bremsen“, DEMO 3-4/2012, S. 47
- 13 S. „Die Verbraucher zahlen die Zeche“, Handelsblatt, 2.4.2012; Pressemitteilung von McKinsey, 8.5.2012,
http://www.mckinsey.de/downloads/presse/2012/120508_pm_energiewende.pdf
- 14 Gärditz, RdE 2018, 457 (458)

- 15** Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen v. 9.5.1992 über Klimaänderungen, BGBl. 1993 II, S. 1793
- 16** Zur Pflichtenstellung aufgrund des Kyoto-Protokolls *VGH Mannheim*, NuR 2006, 785, Rn. 50
- 17** Abgedruckt mit Zustimmungsgesetz v. 28.9.2016 in BGBl. II, 1082
- 18** COP = Conference of Parties = Konferenz der Vertragsstaaten der Klimarahmenkonvention UNFCCC
- 19** Dazu *Saurer*, NuR 2019, 145 (148)
- 20** Dazu *Cramer*, ZUR 2019, 278 (280)
- 21** Dazu ausf. *Saurer*, NuR 2019, 145 (148 ff.)
- 22** <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/paris-agreement-work-programme/katowice-climate-package>
- 23** Dazu *Cramer*, ZUR 2019, 278 (279 ff.); *Ekardt*, NVwZ 2016, 355; *Saurer*, NVwZ 2017, 1574 (1575 f.)
- 24** *VGH Mannheim*, NuR 2006, 785, Rn. 50; verwiesen wird neben dem Kyoto-Protokoll auf die Privilegierung von Windenergieanlagen in § 35 BauGB, die RL 2001/770/EG sowie das EEG
- 25** Auch dazu s. *Saurer*, NVwZ 2017, 1574
- 26** Entscheidung Nr. 406/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 über die Anstrengungen der Mitgliedstaaten zur Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen mit Blick auf die Erfüllung der Verpflichtungen der Gemeinschaft zur Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2020, ABl. EU L v. 5.6.2009 140/136, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009D0406&from=EN>
- 27** VO (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 ABl. EU L v. 19.6.2018 156/26, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R0842&from=EN>
- 28** Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Investitionsbank: Ein sauberer Planet für alle – Eine Europäische strategische, langfristige Vision für eine wohlhabende, moderne, wettbewerbsfähige und klimaneutrale Wirtschaft v. 28.11.2018 COM(2018) 773 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0773&from=EN>; vgl. zuvor bereits das Paket „Saubere Energie für alle Europäer“ und dazu *Scholtka/Martin*, ER 2017, 183



- 29 Agora Energiewende, Die Energiewende im Stromsektor: Stand der Dinge 2019, S. 25 ff
- 30 Agora Energiewende, Die Energiewende im Stromsektor: Stand der Dinge 2019, S. 25 f
- 31 <https://www.wind-energie.de/presse/pressemitteilungen/detail/halbjahreszahlen-windenergie-an-land-historisch-niedriger-zubau-trotz-sehr-guter-wachstumsperspekti/>
- 32 Dazu im Einzelnen BT-Drs. 19/12129
- 33 Agora Energiewende, Die Energiewende im Stromsektor: Stand der Dinge 2019, S. 3+67
- 34 Empfehlung der Kommission v. 18.6.2019 zum Entwurf des integrierten nationalen Energie- und Klimaplanes Deutschlands für den Zeitraum 2021–2030 C(2019) 4405 final
https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/de_rec_de.pdf
- 35 Europäischer Rechnungshof, Sonderbericht Nr. 08/2019, Wind- und Solarenergie für die Stromerzeugung: um die EU-Ziele zu erreichen, sind erhebliche Anstrengungen nötig
https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR19_08/SR_PHOTOVOLTAIC_DE.pdf
- 36 Europäischer Rechnungshof, Sonderbericht Nr. 08/2019, Wind- und Solarenergie für die Stromerzeugung: um die EU-Ziele zu erreichen, sind erhebliche Anstrengungen nötig, S. 23
- 37 Europäischer Rechnungshof, Sonderbericht Nr. 08/2019, Wind- und Solarenergie für die Stromerzeugung: um die EU-Ziele zu erreichen, sind erhebliche Anstrengungen nötig, S. 29 ff
- 38 Europäischer Rechnungshof, Sonderbericht Nr. 08/2019, Wind- und Solarenergie für die Stromerzeugung: um die EU-Ziele zu erreichen, sind erhebliche Anstrengungen nötig, S. 48 ff
- 39 VG Berlin, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18
- 40 BVerfGE 134, 242, Rn. 287
- 41 BVerfGE 134, 242, Rn. 298
- 42 EuG, Urt. v. 8.5.2019 - Rs. T 330/18
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214164&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4417306>
- 43 Dies entspricht der ganz h.M.; s. z.B. Voßkuhle, NVwZ 2013, 1; a.A. mit rechtspolitischer Argumentation, aber doch m. Nachw. zum Streitstand Ekardt, ZUR 2015, 597 (580 ff.)
- 44 Chatzinerantis/Appel, NJW 2019, 881
- 45 Chatzinerantis/Appel, NJW 2019, 881
- 46 Chatzinerantis/Appel, NJW 2019, 881
- 47 Chatzinerantis/Appel, NJW 2019, 881
- 48 Zur Aufladung des EEG mit fachlichen Anliegen (hier: Luftverkehrsrecht) s. Diekmann, UPR 2019, 438
- 49 Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG 2017) v. 21.7.2014, BGBl. I, 1066, zul. geä. durch G v. 13.5.2019, BGBl. I, 706

- 50** Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 7.7.2005, BGBl. I, 1970, zul. geä. durch G v. 13.5.2019, BGBl. I, 706
- 51** Für Wasserkraft: *Reinhardt*, NuR 2006, 205, 210.212; *Laskowski*, ZNER 2011, 396 (398 f.)
- 52** *Gärditz*, DVBl. 2010, 214, 219
- 53** Dazu OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 54** Baugesetzbuch (BauGB) v. 3.11.2017, BGBl. I, 3634
- 55** Dazu OVG Münster, BauR 2017, 2103, Rn. 100
- 56** Raumordnungsgesetz (ROG) v. 22.12.2008, BGBl. I, 2986, zul. geä. durch G v. 20.7.2017, BGBl. I, 2808
- 57** Dazu OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 58** Dazu auch OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 59** Bundesregierung, Klimaschutzplan 2050, Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung
https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf
- 60** <https://www.bmu.de/pressemitteilung/schulze-beschluesse-des-klimakabinetts-markieren-neuanfang-fuer-deutsche-klimapolitik>
- 61** <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1673502/768b67ba939c098c994b71c0b7d6e636/2019-09-20-klimaschutzprogramm-data.pdf?download=1>
- 62** S. zu einer ersten Umsetzungsanalyse
https://www.dena.de/fileadmin/dena/Publikationen/PDFs/2019/Das_Klimapaket_in_der_Gesetzgebung.pdf
- 63** Dies stark befürwortend *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Sondergutachten: Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik, S. 58 ff.
https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/sg2019/sg_2019.pdf
s. auch *Leopoldina*, Klimaziele 2030 – Wege zu einer nachhaltigen Reduktion der CO₂-Emissionen, Ad hoc-Stellungnahme 2019
https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Klimaziele_2030_Final.pdf
- 64** <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzgesetz-beschlossen-1679886>
- 65** <https://www.bundestag.de/#url=L2Rva3VtZW50ZS9oZXhoYXJjaGl2LzlwMTkva3coNi1kZS1rbGltYXNjaHVoemdlc2Voei1mcmVpdGFnLTY2NzloNA==&mod=mod493054>
- 66** Bundes-Klimaschutzgesetz v. 12.12.2019 (BGBl. I S. 2513)
- 67** Kritisch zu nationalen Zielvorgaben (international verbindliche Ziele genügen) *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Sondergutachten: Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik, S. 32 ff.
https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/sg2019/sg_2019.pdf



- 68 Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes in Nordrhein-Westfalen v. 29.1.2013, GV. NRW. 2013, S. 33
- 69 https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/Broschueren/klimaschutzbericht_nrw_151201.pdf
- 70 Klimaschutzplan NRW, S. 60
- 71 Klimaschutzplan NRW, S. 71
- 72 Klimaschutzplan NRW, S. 71
- 73 Klimaschutzplan NRW, S. 72
- 74 MWIDE NRW, Energieversorgungsstrategie NRW, S. 50 ff.
https://www.wirtschaft.nrw/sites/default/files/asset/document/evs_nrw_version_veroeffentlichung_final.pdf
- 75 MWIDE NRW, Energieversorgungsstrategie NRW, S. 36 ff.
https://www.wirtschaft.nrw/sites/default/files/asset/document/evs_nrw_version_veroeffentlichung_final.pdf
- 76 Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan v. 12.7.2019, GV. NRW. 2019, S. 441
- 77 Zum Folgenden ausf. *Attendorn*, NVwZ 2012, 1569
- 78 Dazu im Überblick *Kloepfer*, Staatsrecht I, § 12, Rn. 77 ff.; ausf. *Epiney*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a, Rn. 104 ff.; zuletzt *Gärditz*, RdE 2018, 457 (459 ff.)
- 79 Dazu *Jarass*, ZUR 2011, 563, 563; *Gärditz*, DVBl. 2010, 214 (216)
- 80 Vertrag über die Europäische Union i.d.F. aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. EG C 115 v. 9.5.2008, S. 13
- 81 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union i.d.F. aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. EG C 115 v. 9.5.2008, S. 47
- 82 Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2012/C 326/02, ABl. EU C 326 v. 26.10.2012, S. 391
- 83 *Jarass*, ZUR 2011, 563; *ders.*, NVwZ 2012, 457; *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, § 2, Rn. 11 u. 39 ff.; *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV, Art. 3, Rn. 55; *Groß*, NVwZ 2011, 129, 131; ausf. *Attendorn*, NVwZ 2012, 1569 (1569 f.)
- 84 *Sommermann*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20a, Rn. 12
- 85 *Jarass*, ZUR 2011, 563 (563)
- 86 *Gärditz*, RdE 2018, 457 (464)
- 87 Dazu *EuGH*, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 72; *EuGH*, Urt. v. 6.9.2012 – Rs. C-490/10, Rn. 65; OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff.; zum Verhältnis des Art. 194 zur Umweltkompetenz *Gärditz*, RdE 2018, 457 (459)
- 88 *EuGH*, Urt. v. 26.9.2013 – Rs. C-195/12, Rn. 56
- 89 Zu den Konfliktlinien des Klimaschutzrechts gegenüber etwa dem Wasser- und Naturschutzrecht s. *Gärditz*, RdE 2018, 457 (461 f.)
- 90 *Appel*, in: Koch, Umweltrecht, § 2, Rn. 25 f.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 191, Rn. 144; *Kaller*, in: Schwarze, AEUV, Art. 191, Rn. 44; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 33, Rn. 18

- 91** *Appel*, in: Koch, Umweltrecht, § 2, Rn. 26; *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, § 3, Rn. 180 f.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 191, Rn. 137 ff
- 92** Art. 20a GG ist keine bloße Staatszielbestimmung, sondern eine Staatsstrukturbestimmung, die den Staat zu einem Umweltstaat macht, *Kloepfer*, Staatsrecht I, § 12, Rn. 20
- 93** Dazu zuletzt *Eichberger*, RdE 2018, 453 (454)
- 94** S. nur BVerwGE 124, 68; BGHZ 155, 141; *Epiney*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a, Rn. 17 f.; *Gärditz*, DVBl. 2010, 214; *Groß*, NVwZ 2011, 129 (130); *Kloepfer*, Staatsrecht I, § 12, Rn. 53 m. w. Nachw.; *Sommermann*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20a, Rn. 29
- 95** *Groß*, NVwZ 2011, 129, 130; *Longo*, Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe, S. 182
- 96** S. WD, Klimaschutz im Grundgesetz, WD 3 - 3000 - 178/16
<https://www.bundestag.de/resource/blob/475574/6b592115cb9e,od911e176593d16c6132/WD-3-178-16-pdf-data.pdf>; dazu *Cramer*, ZUR 2019, 278
- 97** *Epiney*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a, Rn. 30
- 98** *Gärditz*, DVBl. 2010, 214 (220); s. aber a.a.O., S. 222 (Präponderanz ökologischer Erhaltungsziele gegenüber klimaschutzpolitischen Fernzielen) oder S. 218 (Einer langfristigen Entlastung des Weltklimas ist keine konkrete Wertigkeit zuordenbar)
- 99** Ähnlich *Gärditz*, DVBl. 2010, 214 (220); von verfassungsrechtlicher Warte mit dem energiewirtschaftlichen Ziel der Versorgungssicherheit abwägend *Altenschmidt*, NVwZ 2015, 559
- 100** *Altenschmidt*, NVwZ 2015, 559 (562)
- 101** BVerfGE 134, 242, Rn. 326
- 102** *Büdenbender*, DÖV 2017, 712 (720 ff.); zu weiteren Bedenken *ders.*, DVBl. 2017, 1449 (1455 f.)
- 103** *Groß*, NVwZ 2011, 129 (133)
- 104** *Gassner*, NuR 2011, 320 (323 m.w.Nachw.)
- 105** H.M.; *Kloepfer*, Staatsrecht I, § 12, Rn. 40.60; *Gassner*, NuR 2011, 320 (321)
- 106** *Epiney*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a, Rn. 43 ff.90; *Kloepfer*, Staatsrecht I, § 12, Rn. 41; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 3/97; *Sommermann*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20a, Rn. 43
- 107** *Epiney*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a, Rn. 94; *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, § 31, Rn. 64.76
- 108** *Gassner*, NuR 2011, 320 (323)
- 109** BVerwG, NVwZ-RR 2012, 192, Rn. 24
- 110** *Gassner*, NuR 2011, 320 (322 m.w.Nachw.)
- 111** Ausf. *Epiney*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a, Rn. 93 f
- 112** BVerwGE 56, 110 (122 f.); BVerwGE 45, 309 (326)
- 113** So *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, § 31, Rn. 13
- 114** *Pitschas*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, § 42, Rn. 226 ff
- 115** *Hösch*, UPR 2010, 7 (11)



- 116** Ausf. dazu *Attendorn*, NVwZ 2012, 1569 (1569 ff.)
- 117** Vgl. *Gärditz*, DVBl. 2010, 214 (215); *Reinhardt*, NuR 2006, 205 (206); ausf. *Attendorn*, NVwZ 2012, 1569 (1569 ff.)
- 118** So auch *EuGH*, Urt. v. 11.9.2012 – Rs. C-43/10, NVwZ-RR 2013, 18, Rn. 66; *HambOVG*, Urt. v. 18.1.2013 – 5 E 11/08, Rn. 268 ff.; *Franzius*, ZUR 2015, 643, 650; *Schütte/Warnke/Wittrock*, ZUR 2016, 215, 217; *Spieth/Ipsen*, NVwZ 2013, 391, 394; vgl. *VG Cottbus*, ZUR 2013, 374; *VGH Mannheim*, ZUR 2014, 369
- 119** BVerfGE 134, 242, Rn. 286
- 120** Ausf. *Attendorn*, UPR 2013, 47 (53)
- 121** *VGH München*, NuR 2006, 177, Rn. 65; zust. *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 6, Rn. 45; *Berendes*, WHG, § 6, Rn. 14; *Gellermann*, DVBl. 2007, 1517 (1523); vgl. zu Windkraftanlagen *VGH Mannheim*, NuR 2006, 785, Rn. 50
- 122** Zuletzt *VGH München*, Beschl. v. 5.8.2019 – 8 ZB 18.60, Rn. 24
- 123** S. im Einzelnen dazu *VGH München*, Beschl. v. 23.2.2016 – 8 CS 15.1096, Rn. 18
- 124** *VGH Mannheim*, NuR 2006, 785, Rn. 50
- 125** *VGH München*, Beschl. v. 5.8.2019 – 8 ZB 18.6; *ders.*, Beschl. v. 6.9.2016 – 8 CS 15.2510
- 126** S. zum Folgenden *OVG Koblenz*, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 127** *OVG Koblenz*, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 128** *OVG Münster*, NuR 2018, 274; *OVG Münster*, Beschl. v. 20.11.2017 – 8 A 2389/14; *OVG Koblenz*, Beschl. v. 27.4.2017 – 8 B 10738/17, Rn. 8 f.; *OVG Lüneburg*, NuR 2016, 780, Rn. 38; *OVG Münster*, Urt. v. 13.12.2007 – 8 A 2810/04, Rn. 207
- 129** *OVG Münster*, NWVBl 2017, 473
- 130** *OVG Münster*, NWVBl 2017, 473
- 131** *OVG Münster*, NWVBl 2017, 473
- 132** *EuGH*, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 74.80; dazu *Reinhardt*, NVwZ 2016, 1167; *Schütte*, EuZW 2016, 503





Handlungsmöglichkeiten und -pflichten bei der Windkraft im Konflikt mit dem Naturschutz







Für die Zulassung von Windenergieanlagen bildet das Naturschutzrecht nicht selten eine umweltrechtliche Hürde, die im Einzelfall zu einem Zulassungshindernis erwachsen kann. Die Bundesregierung hat angesichts des Umstands, dass die letzten fünf Windkraft-Ausschreibungen unterzeichnet waren (geringere Nachfrage als Ausschreibungskapazität), als in Betracht kommende Ursache die „vergleichsweise geringe Zahl neuer Genehmigungen“ genannt.¹³³ Im Blick auf die Verfehlung der Klimaziele 2020 und wohl auch 2030 wird der in 2019 erfolgte Einbruch und die nachfolgende, gegenwärtige Stagnation des Windkraftausbaus als Hauptbesorgnis formuliert.¹³⁴

In diesem Kurzgutachten kann nicht auf sämtliche hier involvierte Rechtsfragen¹³⁵ eingegangen werden; vielmehr gilt die Konzentration der allgemeinen Implementierung der Belange des Klimaschutzes in das Naturschutzrecht (Seite 50) sowie im Speziellen dem Habitatschutz (Seite 52) und dem Artenschutz (Seite 62),¹³⁶ wie sie im BNatSchG¹³⁷ sowie in der Konkretisierung im LNatSchG¹³⁸ Niederschlag gefunden haben. Abschließend wird auf den naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestand eingegangen (Seite 70).

Klimaschutz als Ziel und Abwägungsbelang im Naturschutzrecht

Die Windkraft ist ein starker Träger des Energieumbaus im Sektor der Stromerzeugung. Die aktuelle Klimaschutzgesetzgebung hat die CO₂-Reduktionspflichten konkretisiert und verbindlich ausgestaltet (Seite 17+30). In den Planungen auf Bundes- und Landesebene kommt der Windkraft weiter eine entscheidende Rolle zu (Seite 24 und Seite 29), und die Rechtsprechung hat die Bedeutung dieses Belangs auch anerkannt (Seite 36). Jedoch hat der Ausbau stark nachgelassen, so dass aktuell nahezu eine Stagnation zu verzeichnen ist (Seite 17 ff).

Im Naturschutzrecht ist das Prinzip der Nachhaltigkeit prominent: Bei allen gesetzlichen Schutzziele ist explizit die „Dauerhaftigkeit“ gefordert (§ 1 Abs. 1 BNatSchG). Natur und Landschaft sind nicht nur auf Grund ihres eigenen Wertes, sondern gerade auch als Lebensgrundlagen des Menschen und ausdrücklich auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu schützen; die Funktionsfähigkeit aller ihrer Bestandteile und Aspekte soll „auf Dauer gesichert“ sein. Die Nachhaltigkeit beinhaltet dabei nicht nur ökologische, sondern auch soziale und ökonomische Aspekte (Seite 95).

Dabei ist ausweislich des § 1 Abs. 3 Nr. 4 1. Hs. BNatSchG auch der Klimaschutz ein abwägungsrelevantes Prinzip (Seite 25).¹³⁹ Die Leistungs- und Funktionsfähig-

keit des Naturhaushalts sowie die nachhaltige Nutzungsfähigkeit der Naturgüter werden unter den aktuell gegebenen Rahmenbedingungen davon abhängen, dass die Energiewende gelingt. Insofern lassen sich beispielsweise auch Biodiversität und Klimaschutz nicht gegeneinander in Stellung bringen, sondern ein effektiver Klimaschutz ist eine notwendige Rahmenbedingung für Biodiversität.¹⁴⁰

Mehr noch: Eine Reihe von Grundsatznormen dient der naturschutzrechtlichen Privilegierung der Windenergie.¹⁴¹ Dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung kommt insbesondere durch die zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien besondere Bedeutung zu, wie § 1 Abs. 3 Nr. 4 3. Hs. BNatSchG ausdrücklich formuliert.

Das Recht der Schutzgebiete ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens; jedoch wirkt sich die vorbenannte Zielfestlegung auch dahingehend aus, dass – in Abwägung mit diesen Zielvorgaben – es beispielsweise auch zulässig ist, wenn der Verordnungsgeber einer Landschaftsschutzgebietsverordnung Nutzungsinteressen (etwa in Bezug auf die Windkraft) frühzeitig berücksichtigt oder sogar zum Anlass für eine Initiative zur Änderung einer Landschaftsschutzgebietsverordnung nimmt.¹⁴² Die Errichtung von Windenergieanlagen ist mit den Schutzzwecken einer Landschaftsschutzgebietsverordnung nicht schlechthin unvereinbar.¹⁴³ Ebenfalls ist die zuständige Behörde, sofern keine Rechtspflicht zur Ausweisung eines Schutzgebiets besteht, berechtigt, eine von ihr vorgenommene Schutzgebietsfestsetzung nachträglich aufzuheben oder zu beschränken, sofern sachliche Gründe dies rechtfertigen.¹⁴⁴

Der verfassungsrechtlich gebotene Klimaschutz hat im Naturschutzrecht eine ausdrückliche Ausformung gefunden

- *als in die allgemeine naturschutzrechtliche Abwägung einzustellender Abwägungsgrundsatz von besonderer Bedeutung,*
- *konkretisiert in Bezug auf die besonders bedeutsame Nutzung sich erneuernder Naturgüter,*
- *in Gestalt des Aufbaus einer nachhaltigen Energieversorgung und*
- *auf dem Wege der zunehmenden Nutzung erneuerbarer Energien,*
- *mit Relevanz beispielsweise auch für die Gestaltung, Beschränkung oder Aufhebung von Schutzgebietsverordnungen.*



Verbote und Ausnahmemöglichkeiten zugunsten der Windkraft im Habitatschutzrecht

§§ 33 ff. BNatSchG regeln den Schutz von Natura-2000-Gebieten. Hierbei handelt es sich um Gebiete nach der FFH- oder der Vogelschutzrichtlinie.

Der Habitatschutz besteht in erster Linie in einem Veränderungs- und Störungsverbot (§ 33 Abs. 1 BNatSchG). Über die Veränderung bzw. Störung durch das jeweilige Projekt ist eine naturschutzfachliche Beurteilung anzustellen, bei welcher der Behörde eine Einschätzungsprärogative zukommt.¹⁴⁵ Die natur- und artenschutzrechtlichen Vorschriften der §§ 34 und 44 BNatSchG sind nicht drittschützend; natürliche Personen sind insoweit – anders als Umweltvereinigungen – nicht klagebefugt.¹⁴⁶

Unzulässigkeit eines Projekts bei erheblichen Beeinträchtigungen (§ 34 Abs. 2 BNatSchG)

Gemäß § 34 Abs. 2 BNatSchG¹⁴⁷ ist ein Projekt unzulässig, wenn es zu erheblichen Beeinträchtigungen eines Natura-2000-Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann. Dieses Verbot stellt eine materielle Zulassungsschranke dar,¹⁴⁸ die eine Abwägung beinhaltet.¹⁴⁹

Ob ein Projekt zu einer erheblichen Beeinträchtigung eines FFH- oder Vogelschutzgebietes führen kann, erfordert eine Einzelfallbeurteilung, die von fachlichen Feststellungen und Bewertungen abhängt.¹⁵⁰ Einen absoluten Gebietsschutz gegenüber baulichen Anlagen kennt das Gesetz nicht.

In verfahrenspraktischer Hinsicht betrifft diese Bewertung die Stufen I und (insbesondere) II der FFH-Verträglichkeitsprüfung.¹⁵¹ Dabei kann nach der Rechtsprechung eine nach § 34 Abs. 1 BNatSchG (bereits im Bebauungsplanverfahren) erforderliche FFH-Verträglichkeitsprüfung grundsätzlich auch auf ein nachfolgendes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren verlagert werden. Ihr Unterlassen begründet keinen schweren Nachteil oder sonstige dringende Gründe i.S.d § 47 Abs. 6 VwGO.¹⁵²

Projekt

Als Projekt ist insbesondere die Errichtung von baulichen Anlagen anzusehen.¹⁵³

Erhebliche Beeinträchtigung

Eine erhebliche Beeinträchtigung ist gegeben, wenn das Projekt droht, die für das jeweilige Gebiet festgelegten Erhaltungsziele zu gefährden.¹⁵⁴ Grundsätzlich ist jede Beeinträchtigung erheblich,¹⁵⁵ jedoch gilt nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein Bagatellvorbehalt.¹⁵⁶

Unverträglichkeit

Nach dem Wortlaut des § 34 Abs. 2 BNatSchG ist ein Projekt bereits dann unverträglich, wenn es zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen **kann**. Dies ist der Fall, wenn anhand objektiver Umstände eine derartige Beeinträchtigung nicht ausgeschlossen werden kann.¹⁵⁷ Die Behörde darf mithin ein Projekt nur dann zulassen, wenn sie Gewissheit darüber hat, dass dieses sich nicht nachteilig auf das Gebiet als solches auswirkt. Diese Gewissheit liegt nur dann vor, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass solche Auswirkungen nicht auftreten werden.¹⁵⁸ Das gemeinschaftsrechtliche Vorsorgeprinzip verlangt allerdings nicht, die FFH-Verträglichkeitsprüfung auf ein Nullrisiko auszurichten. Verbleibt kein vernünftiger Zweifel, dass nachteilige Auswirkungen auf das Schutzgebiet vermieden werden, ist das Vorhaben zulässig.¹⁵⁹

Ausnahmen (§ 34 Abs. 3 BNatSchG)

Ausnahmen greifen gemäß § 34 Abs. 3 BNatSchG, soweit das Projekt¹⁶⁰

1. aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist und
2. zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind.

In verfahrenspraktischer Hinsicht ist hier das Ausnahmeverfahren als Stufe III der FFH-Verträglichkeitsprüfung adressiert.¹⁶¹ Dieses Ausnahmeverfahren kann auch vorsorglich durchgeführt werden, sofern die Behörde dann die tatsächlich in Rechnung zu stellenden Beeinträchtigungen im Wege der Wahrunterstellung qualitativ und quantitativ zutreffend zugrunde legt.

Die Vorschriften dieses Ausnahmeverfahrens sind eng auszulegen.¹⁶² Es handelt sich um ein striktes Vermeidungsgebot, das jedoch unter zwei Vorbehalten steht, nämlich zum einen der Zielbestimmungskompetenz des Vorhabenträgers, zum anderen der Grenze der Zumutbarkeit.¹⁶³ Im Rahmen des § 34 Abs. 3 BNatSchG ist folglich eine Abwägung anzustellen.¹⁶⁴ Unbenommen der europarechtlichen Überprägung gilt der Grundsatz, dass eine Abwägung nur dann abwägungsfehlerfrei ist, wenn alle zu berücksichtigenden Belange mit dem ihnen zukommenden Gewicht ermittelt und berücksichtigt wurden.



Nr. 1: Notwendigkeit aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses

Das Tatbestandsmerkmal der Nr. 1 besteht aus drei Elementen: Es müssen Gründe des öffentlichen Interesses vorliegen; diese müssen zwingender Natur sein, und sie müssen (das Bestands- und Kohärenzinteresse des Natura-2000-Rechts) überwiegen.¹⁶⁵

Im Folgenden wird aufgezeigt, entlang welcher Argumentationslinien eine Ausnahmeentscheidung zugunsten einer Windkraftanlage im Einzelfall begründet werden kann. Die Tragfähigkeit einer solchen Begründung bedarf selbstverständlich stets der gründlichen, objektiven und ausgewogenen Prüfung der Umstände des Einzelfalls:

Öffentliche Interessen

Öffentliche Interessen im Sinne der Nr. 1 sind alle Allgemeinbelange einschließlich der wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Anforderungen.¹⁶⁶ Die für das Projekt und die für seine Durchführung sprechenden Gründe müssen Ausdruck eines durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleiteten staatlichen Handelns sein.¹⁶⁷ Hierzu zählen insbesondere, aber nicht nur, Belange der Daseinsvorsorge,¹⁶⁸ darunter die Energieversorgung.¹⁶⁹

Der Auslegungsleitfaden der EU-Kommission nennt als öffentlichen Belang ausdrücklich die „Förderung der allgemeinen Ziele der langfristigen Energiepolitik eines Landes“.¹⁷⁰ Gleiches ergibt sich aus der naturschutzrechtlichen Programmierung in § 1 BNatSchG; dort wird dem Ausbau erneuerbarer Energien explizit ein besonderer Abwägungsrang zuerkannt (siehe Seite 50). Unter Berücksichtigung der EU-primär- und -sekundärrechtlichen Regelungen (siehe Seite 32) sind Maßnahmen gegen den globalen Klimawandel, insbesondere der Ausbau regenerativer Energieerzeugung, von legitimen und gewichtigen öffentlichen Interessen getragen,¹⁷¹ denen wegen ihrer Langfristigkeit besondere Bedeutung zukommt.¹⁷²

Die Windkraft ist bislang ein starker Träger des Energieumbaus im Sektor der Stromerzeugung gewesen und hat einen wichtigen Beitrag geliefert, die dort vorhandenen Planungen und Selbstverpflichtungen zu erfüllen. Bei der aktuellen Bewertung ist zu bedenken, dass die jüngste Klimaschutzgesetzgebung die CO₂-Reduktionspflichten konkretisiert und verbindlich ausgestaltet. In den Planungen auf Bundes- und Landesebene kommt der Windkraft weiter eine entscheidende Rolle zu. Jedoch hat der Ausbau stark nachgelassen, so dass aktuell nahezu eine Stagnation zu verzeichnen ist.

Dass der Projektträger ein Privater ist und dass mit dem Projekt zugleich auch private Interessen verfolgt werden – etwa die Gewinnerzielung – ist unschädlich.¹⁷³

Bei Bestandsanlagen ist auch das Bestandsinteresse zu berücksichtigen.¹⁷⁴ Im entschiedenen Fall einer Flächennutzungsplanung hatte eine Stadt unerwünschte (unter Ersetzung des ihrerseits rechtswidrig verweigerten Einvernehmens genehmigte) Windenergieanlagen „weggeplant“ (gleichsam als Sanktion für die Durchsetzung des Baurechts gegen den Willen der Stadt); dabei beanstandete das OVG Münster die Übergewichtung des – nicht förmlich unter Schutz gestellten – Landschaftsbilds außerhalb eines Landschaftsschutzgebiets und die gleichzeitige Untergewichtung des vorhandenen Bestandsinteresses etc.¹⁷⁵

Zwingende Gründe

Dass diese Gründe zwingend sind, erfordert nicht das Vorliegen von Sachzwängen, denen niemand ausweichen kann; auch muss keine Enteignung gerechtfertigt sein;¹⁷⁶ es muss lediglich ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln vorliegen.¹⁷⁷ Die Vorhabenziele müssen **ihrer Art nach** berücksichtigungs- und tragfähig sein;¹⁷⁸ in einem weiteren Schritt muss ihre **Gewichtung** festgestellt werden. Dass die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung vernünftig und von Verantwortungsbewusstsein getragen sind, steht außer Zweifel (Seite 15).

Überwiegendes öffentliches Interesse

Da das öffentliche Interesse auch das Bestands- und Kohärenzinteresse des Natura-2000-Rechts überwiegen muss, ist darüber hinaus eine Abwägung dieses Interesses mit der Beeinträchtigung des betroffenen Gebiets erforderlich.¹⁷⁹ Für die Abwägung gelten nicht die Regeln der aus dem deutschen Planungsrecht bekannten planerischen Abwägung. Sondern das nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL strikt zu beachtende Vermeidungsgebot darf nur beiseitegeschoben werden, soweit dies mit der Konzeption größtmöglicher Schonung der durch die FFH-RL geschützten Rechtsgüter vereinbar ist.¹⁸⁰ Die Abwägung, die unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls und der ihn prägenden Besonderheiten auf eine Feststellung der Vorrangrelation gerichtet ist,¹⁸¹ ist gerichtlich vollständig überprüfbar.¹⁸²

Die öffentlichen Belange müssen zunächst aufgrund der Gegebenheiten des Einzelfalls nachvollziehbar bewertet und mit den Belangen des Habitatschutzes abgewogen werden.¹⁸³ Diese Abwägung setzt die ordnungsgemäße Ermittlung der Belange voraus.¹⁸⁴ Würde man die Förderung erneuerbarer Energien außer Betracht lassen oder zu gering gewichten, so wäre dies ebenso fehlerhaft wie die Fehlermittlung oder -gewichtung der Belange des Habitatschutzes.

In der Abwägung hat kein solcher Belang aus sich heraus überwiegendes Gewicht.¹⁸⁵ Dies gilt auch für die Errichtung von Windkraftanlagen, da das Verhältnis gegenwärtiger ökologischer Erhaltungsziele zu klimaschutzbezogenen Fernzielen vom Gesetzgeber nicht pauschal aufgelöst wurde.¹⁸⁶ Die für das Projekt streiten-



den öffentlichen Belange setzen sich durch, wenn ihnen in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls der Vorrang vor den betroffenen Integritätsinteressen des Naturschutzes zukommt.¹⁸⁷

Als überwiegend können nicht nur ökologische Belange anerkannt werden, sondern es kommen jegliche öffentliche Interessen in Betracht. Ausdrücklich anerkannt hat die Rechtsprechung auch das Interesse an der Gewährleistung der Energieversorgung, das ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges darstelle; dies sei unabhängig davon zu bejahen, ob durch den Verzicht auf das konkrete Projekt eine unzumutbare Versorgungslücke entstehen würde.¹⁸⁸ Aspekte, die einzelnen Belangen zusätzliches Gewicht verleihen können, sind etwa auch die Dringlichkeit; politische Direktiven sind zu berücksichtigen, haben jedoch ein geringeres Gewicht als im Falle ihrer gesetzlichen Ausgestaltung; gegebenenfalls vorhandene Prognoseunsicherheiten sind zu berücksichtigen.¹⁸⁹

Die Rechtsprechung hat in der Windkraft vielfach gewichtige öffentliche Interessen erkannt:

- Nach einem Urteil des *VGH Mannheim* handelt es sich bei dem öffentlichen Interesse, das mit der Errichtung von Windenergieanlagen verfolgt wird, grundsätzlich um ein in die Abwägung mit hohem Gewicht einzustellendes, qualifiziertes Interesse.¹⁹⁰

- Das *OVG Koblenz*¹⁹¹ hat zutreffend ausgeführt, dass die Bundesrepublik – insbesondere nach dem Atom- und dem inzwischen beschlossenen Kohleausstieg – auf erneuerbare Energie zur Versorgung der Bevölkerung mit Strom angewiesen ist. Dies geschehe auch durch Gewinnung von Energie aus der Wind- und Wasserkraft. Auch die Energiepolitik der EU verfolge als Ziel, das Funktionieren des Energiemarktes sicherzustellen, die Energieversorgungssicherheit zu gewährleisten und die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen zu fördern, da die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beitrage.¹⁹²
- Es liegt zwischenzeitlich eine vielfältige Rechtsprechung dahingehend vor, dass das allgemeine Interesse am Ausbau regenerativer Energien ein besonderes öffentliches Interesse im Sinne von § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG darstellt – auch wenn dieses keinen allgemeinen Vorrang vor dem Landschaftsschutz begründet.¹⁹³
- Zuletzt hat das *OVG Münster* insoweit ausdrücklich festgestellt, dass die Erreichung der Ausbauziele für die erneuerbaren Energien, wie sie sich unter anderem aus dem EEG ergeben, die Errichtung einer Vielzahl weiterer Windenergieanlagen erfordert.¹⁹⁴ Es hat erwogen, ob sich aus den Bestimmungen des EEG (grundsätzlich) ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit der Errichtung und Inbetriebnahme einer einzelnen Windenergieanlage ableitet, hat dies aber im Ergebnis offen gelassen.¹⁹⁵ Jedenfalls seien unter den gegebenen Umständen partielle Befreiungen von den Verboten einer Landschaftsschutzgebietsverordnung zulässig.¹⁹⁶

Insgesamt sind folglich in der Rechtsprechung der Klimaschutz und die regenerative Energieerzeugung grundsätzlich als gewichtige Abwägungsbelange durchgedrungen. Ob diesen im konkreten Fall ausnahmsweise ein überwiegendes Gewicht zukommt, so dass sie eine Ausnahme von den habitatschutzrechtlichen Verboten begründen, ist eine Einzelfallentscheidung.

Nr. 2: Keine zumutbaren Alternativen

Des Weiteren dürfen gemäß § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG zumutbare Alternativen, um den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sein.¹⁹⁷

Dies beinhaltet drei Prüfschritte: Zunächst sind Alternativen zu ermitteln, mit denen das Projektziel erreicht werden kann; sodann ist zu prüfen, ob diese (vorhandenen) Alternativen weniger beeinträchtigend für das Natura-2000-Schutzkonzept sind als das eigentlich verfolgte Projekt; drittens ist die so gefundene Vorzugsva-



riante darauf zu überprüfen, ob sie nicht aus naturschutzexternen Gründen unzumutbar ist.¹⁹⁸ Nur wenn eine Alternative alle drei Schritte erfolgreich absolviert, kann sie der Ausnahme-Zulassung des ursprünglich beantragten Projekts entgegengehalten werden.¹⁹⁹

Eine Alternative ist vorhanden, wenn sich die vom Vorhabenträger verfolgten Ziele (gegebenenfalls auch ein Bündel von Zielen²⁰⁰), die von zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses getragen sind (Seite 55),²⁰¹ naturverträglicher erreichen lassen.

Die Nullvariante zählt nicht zu den in Betracht kommenden Alternativen.²⁰² Auch wenn eine Variante auf ein anderes Projekt hinausläuft, kann von einer Alternative nicht mehr gesprochen werden.²⁰³ Dem Projektträger kann auch keine Veränderung seines Vorhabens abverlangt werden, mit der sich die von ihm zulässigerweise verfolgten Ziele nicht verwirklichen lassen.²⁰⁴ Eine Standortalternative kann auch mangels Verfügbarkeit von Grundstücken²⁰⁵, wirtschaftlicher Realisierbarkeit²⁰⁶ oder naturschutzrechtlich nicht günstiger gestalteter Problemlagen²⁰⁷ ungeeignet sein.

Überdies steht die Alternativlösung unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit.²⁰⁸ Auch im Anwendungsbereich des strikten Vermeidungsgebots dürfen niemandem unverhältnismäßige Opfer abverlangt werden.²⁰⁹ In die Verhältnismäßigkeitsabwägung sind auch andere öffentliche Belange einzustellen, darunter auch solche der öffentlichen Daseinsvorsorge.²¹⁰

Kohärenzsicherungsmaßnahmen (Abs. 5)

Gemäß § 34 Abs. 5 BNatSchG sind, sofern ein Projekt über die Ausnahmeklauseln des Abs. 3 oder 4 zugelassen werden soll, die zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes Natura 2000 notwendigen Maßnahmen (sogenannte Kohärenzsicherungsmaßnahmen) vorzusehen. Die zuständige Behörde hat dann die Kommission über die getroffenen Maßnahmen zu unterrichten.²¹¹

i Projekte, die Natura 2000-Gebiete (FFH- oder Vogelschutzgebiete) erheblich beeinträchtigen, sind unzulässig. Das Gesetz sieht unter bestimmten Voraussetzungen (Notwendigkeit aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses) Ausnahmemöglichkeiten von dieser strengen Verbotsregelung vor. Die – grundsätzlich restriktive – Rechtsprechung hat die Windkraft grundsätzlich als Belang anerkannt, der im Einzelfall eine solche Ausnahme begründen kann.

Strengere Anforderungen bei möglicher Betroffenheit prioritärer Lebensraumtypen oder Arten

Im Fall der Betroffenheit prioritärer Lebensraumtypen oder Arten ist die Ausnahme-Abwägung nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 FFH-RL durch den Abs. 4 des § 34 BNatSchG weiter eingeschränkt.

Mögliche Betroffenheit prioritärer Lebensraumtypen oder Arten

Erforderlich ist hier die mögliche Betroffenheit (und nicht bloß die Existenz²¹²) prioritärer Lebensraumtypen oder Arten; diese Lebensraumtypen oder Arten²¹³ sind nicht zu verwechseln mit den besonders, streng oder (einfach) geschützten Arten nach dem Artenschutzrecht bzw. den Lebensräumen nach FFH-/Vogelschutzrecht oder den sonstigen Vorschriften des Gebietsschutzes.

Abweichungsbefugnis

Ist die mögliche Betroffenheit gegeben, so können gemäß § 34 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG im Rahmen der Ausnahmeklausel des § 34 Abs. 3 BNatSchG unter das Tatbestandsmerkmal der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses zunächst nur solche subsumiert werden, die im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden.

Was unter den maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt zu verstehen ist, ist noch nicht höchstrichterlich geklärt; möglicherweise sind diese nicht im Sinne einer ökologischen Sinnhaftigkeit oder der Verfolgung des Umweltschutzes durch das Vorhaben zu verstehen, was die hier vorliegenden Belange des Klimaschutzes einschließen würde, sondern es könnte auf konkret positive Auswirkungen des Vorhabens z.B. auf Lebensräume oder Ähnliches ankommen.²¹⁴

Sollen sonstige – nicht benannte – Gründe im Sinne des Abs. 3 Nr. 1 (das heißt die allgemeinen Gründe einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art²¹⁵) berücksichtigt werden, so ist laut Satz 2 zuvor über das BMU eine Stellungnahme der Kommission einzuholen.

Auch solche unbenannten Gründe (wie die auf Seite 54 zu Abs. 3 Nr. 1 genannten Gründe der Energieversorgung, des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung) können mithin die ökologischen Erhaltungsziele des Natura-2000-Regimes überwinden.²¹⁶ Auch in Fällen, in denen eine Beeinträchtigung der prioritären Lebensraumtypen oder Arten nicht mit Gewissheit ausgeschlossen werden



kann, fordert das Verhältnismäßigkeitsprinzip nur, dass dem Schutz dieser Lebensraumtypen oder Arten ein besonderer Stellenwert zuzumessen ist.²¹⁷ Dies bedarf einer Einzelfallabwägung unter gesteigerten Anforderungen.

Die Behörde genügt den verfahrensrechtlichen Anforderungen, wenn sie die *Kommission* einschaltet und sich bei ihrer Entscheidung mit deren Argumentation inhaltlich auseinandersetzt; an die Stellungnahme gebunden ist sie nicht.²¹⁸ Holt sie eine Stellungnahme nicht ein, ist dies grundsätzlich in einem ergänzenden Verfahren nachholbar.²¹⁹

Exkurs: Windkraft im Wald

Bis vor wenigen Jahren war in der Rechtsprechung bis hin zum *BVerwG* etabliert, dass zusammenhängende Waldflächen für eine Windenergienutzung nicht in Betracht kämen;²²⁰ eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Windes erschien in Waldbereichen ausgeschlossen. Dies ist nach der neueren Rechtsprechung indes nicht (mehr) der Fall.²²¹ Die technische Entwicklung hat inzwischen vielmehr die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen in Wäldern grundsätzlich möglich gemacht. In der Rechtsprechung des *OVG Münster* hat sich zwischenzeitlich verfestigt, dass Waldflächen grundsätzlich keine harten Tabuzonen (mehr) sind.²²²

Harte Tabuzonen bedürfen mithin der eigenständigen Begründung anhand der dafür bestehenden Kriterien. Es müssen demzufolge der Errichtung von Windenergieanlagen in den Waldgebieten auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstehen. Dazu ist eine entsprechende Prognose anzustellen, die ihrerseits einer ausreichenden und hinreichend dokumentierten Grundlage bedarf. Das *OVG Lüneburg* hat sich dazu der landesrechtlichen Maßstäbe einer allfälligen Waldumwandlungsgenehmigung bedient. Dabei genügt es nicht, dass die Errichtung von baulichen Anlagen im Wald „von der Waldbehörde sehr oft als problematisch, wenn nicht sogar unmöglich gewertet würde und Waldumwandlungsgenehmigungen weitestgehend ausgeschlossen seien“; dies umso weniger, wenn dem für die Einstufung zuständigen Gremium keine entsprechende Erkenntnisse für sämtliche betroffenen Bereiche vorlagen (und dokumentiert waren), die dieses für die Inanspruchnahme seines Beurteilungsspielraums und seiner Typisierungsbefugnis zugunsten der Einstufung des Waldes als „harte“ Tabuzone hätte ausüben können.²²³

Der nordrhein-westfälische Windkraft-Erlass trifft nunmehr entsprechende Regelungen.²²⁴ Windkraft im Wald ist demnach nicht (mehr) tabuisiert, sondern in der Planung wie auch im Einzelfall anhand der forstrechtlichen Maßstäbe zu beurteilen. Gemäß Ziel 7.3-1 „Walderhaltung und Waldinanspruchnahme“ des geänderten LEP²²⁵ dürfen Waldbereiche für entgegenstehende Maßnahmen ausnahmsweise

nur dann in Anspruch genommen werden, wenn für die angestrebten Nutzungen ein Bedarf nachgewiesen ist, dieser nicht außerhalb von Waldbereichen realisierbar ist und die Waldumwandlung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird.²²⁶

Im Einzelfall ist nach dem Windkraft-Erlass eine forstbehördliche Waldumwandlungsgenehmigung nach § 9 Abs. 1 BWaldG i.V.m. § 39 LFoG in der BImSchG-Genehmigung zu konzentrieren.²²⁷ Eine Waldumwandlungsgenehmigung kann in aller Regel erteilt werden, wenn es sich um Standorte in strukturarmen Nadelwaldbeständen handelt oder auf Waldflächen, die aktuell aufgrund von abiotischen oder biotischen Faktoren wie Sturm, Eiswurf oder Eisbruch oder Insektenfraß ohne Bestockung sind.

So ist die Situation des Waldes ambivalent: Einerseits befindet sich der Wald in NRW in Folge von Orkanen, Dürre und Borkenkäferbefall 2018 im schlechtesten Zustand seit Beginn der Untersuchungen vor 35 Jahren;²²⁸ zudem steht er seinerseits vor der Herausforderung, die Auswirkungen des Klimawandels abzufangen bzw. zu bewältigen.²²⁹ Andererseits bietet die Windkraft eine zusätzliche und durchaus gesuchte Einnahmequelle²³⁰ und bietet forstrechtlich auf den vorstehend beschriebenen Flächen eine Möglichkeit, einen Beitrag zur Energiewende zu leisten.²³¹

Nach dem habitatschutzrechtlichen Verbotstatbestand des § 34 Abs. 2 BNatSchG ist ein Projekt unzulässig, wenn es ein Natura 2000-Gebiet (das heißt FFH- oder Vogelschutzgebiet) erheblich beeinträchtigt.

Aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses können – gegebenenfalls prophylaktisch – Ausnahmen gemacht werden. Zu diesen Ausnahmegründen zählen anerkanntermaßen die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung. Diese müssen im Einzelfall ein gegenüber den Natura 2000-Belangen überwiegendes Gewicht haben, um eine Ausnahme zu rechtfertigen.

Die Nordrhein-westfälische Erlasslage regelt die Voraussetzungen, unter denen speziell Windkraft im Wald zulässig ist.



Verbote und Ausnahmemöglichkeiten zugunsten der Windkraft im Artenschutzrecht

Auch die Artenschutzvorschriften haben für die Zulassung von Windenergieanlagen im Einzelfall kritische Bedeutung. Die artenschutzrechtliche Vorschrift des § 44 BNatSchG ist freilich nicht drittschützend; natürliche Personen sind insoweit – anders als Umweltvereinigungen – nicht klagebefugt.²³²

Auch hier gilt, dass eine (bereits im Bebauungsplanverfahren) erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung auch noch im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren durchgeführt werden kann. Ihr Unterlassen begründet mithin keinen schweren Nachteil im Sinne des § 47 Abs. 6 VwGO. Ein solcher ergibt sich, wie das OVG Münster befunden hat, auch nicht aus dem Gedanken, es drohe eine Verwirklichung von Zugriffstatbeständen des § 44 BNatSchG; denn zum Betrieb der Windenergieanlagen ist noch eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erforderlich, vor deren Erteilung die zuständige Genehmigungsbehörde eine solche umfassende Umweltverträglichkeitsprüfung durchführt. Grundsätzlich sind die Verbotstatbestände auf eine Verwirklichungshandlung bezogen und haben daher für die Bauleitplanung nur mittelbare Bedeutung. Es bedarf im Aufstellungsverfahren lediglich einer Abschätzung durch den Plangeber, ob der Verwirklichung der Planung artenschutzrechtliche Verbotstatbestände als unüberwindbare Vollzugshindernisse entgegenstehen werden.²³³

Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG)

In puncto Artenschutz ist insbesondere das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG²³⁴ zu beachten.



Signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos

Dieses greift bei signifikanter Erhöhung des Tötungsrisikos²³⁵ für Individuen der geschützten Arten²³⁶ durch eine Anlage.²³⁷ Das BVerwG hatte den Grundsatz entwickelt, dass der artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungstatbestand dann nicht erfüllt ist, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht, mithin unterhalb der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit dem Vorhaben im Naturraum immer verbunden ist.²³⁸ Damit sollte sichergestellt werden, dass das Tötungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis für Vorhaben wie Straßen, Windenergieanlagen oder Hochspannungsleitungen wurde; ein Nullrisiko war mithin nicht zu fordern.²³⁹

Mittlerweile hat der Gesetzgeber diesen Signifikanzansatz²⁴⁰ in die Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG²⁴¹ aufgenommen.

Bei der Einschätzung der Risikoerhöhung sind auch Risikovermeidungs- und -minderungsmaßnahmen zu berücksichtigen,²⁴² etwa die Abschaltung der Anlage zum Fledermausschutz.²⁴³ Indes erlaubt die aufgrund eines Bestandwindparks gegebene Vorbelastung keine umso größere Gefährdung.²⁴⁴

Naturschutzfachliche Einschätzung mit Beurteilungsspielraum

Auf den Stufen I und (insbesondere) II der Artenschutzprüfung²⁴⁵ ist eine naturschutzfachliche Einschätzung vorzunehmen, bei welcher der Behörde ein Beurteilungsspielraum zukommt.²⁴⁶ Das BVerwG hat dies ausführlich begründet.²⁴⁷ Die gerichtliche Kontrolle ist demnach darauf beschränkt zu überprüfen, ob die Behörde von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist,



ob sie die Grenzen der Einschätzungsprärogative eingehalten hat, ob allgemeine Bewertungsgrundsätze missachtet worden oder sonst sachfremde Erwägungen für die Entscheidung bestimmend geworden sind.²⁴⁸ Nach der Rechtsprechung des *OVG Münster* stellt ein Monitoring kein zulässiges Mittel dar, um Ermittlungsdefizite und Bewertungsmängel zu kompensieren.²⁴⁹

Diese Maßstäbe gelten nicht nur in inhaltlicher Hinsicht, sondern schlagen sich auch auf die Entscheidungsbegründung nieder: Die Behörde muss demnach ihre Entscheidung so begründen, dass die (dergestalt konturierte) verwaltungsgerichtliche Überprüfung ermöglicht wird. Dazu gehört auch, dass die Behörde die tatsächlichen und rechtlichen Beurteilungsmaßstäbe erkennen lässt, die sie ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat.²⁵⁰

Nun kann sich der Beurteilungsspielraum sowohl auf die Bestandserfassung als auch auf die Risikobewertung beziehen. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* ist indes für eine Einschätzungsprärogative kein Raum, soweit sich eine bestimmte Methode oder ein Maßstab durchgesetzt hat und gegenteilige Meinungen nicht mehr als vertretbar angesehen werden können. Das bedeutet, dass die Behörde stets den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft – gegebenenfalls durch Einholung fachgutachtlicher Stellungnahmen – ermitteln und berücksichtigen muss, was wiederum der gerichtlichen Überprüfung unterliegt.²⁵¹

In Bezug auf Einzelfragen der naturschutzfachlichen Bewertung liegt eine umfangreiche Kasuistik vor; folgende Beispiele mögen den durchaus disparaten Umgang der Rechtsprechung mit dem Beurteilungsspielraum illustrieren:

- Es wird etwa von der Rechtsprechung des *OVG Münster* eine Raumnutzungsanalyse gefordert, um das Kollisionsrisiko abzuschätzen.²⁵²
- Ein allgemeiner Grundsatz, dass eine ausreichende Bestandserfassung von Brutvögeln ausschließlich durch eine flächendeckende Revierkartierung stattfinden kann, ist nach dem *OVG Lüneburg* nicht anzuerkennen.²⁵³ Diese stelle eine der komplexesten und aufwändigsten Erfassungsmethoden dar und ziele darauf, die vollständigsten und genauesten Daten über die avifaunistische Ausstattung eines Landschaftsraums zu liefern, die nur mit einem entsprechend hohen Erfassungs- und Auswertungsaufwand erzielt werden können. Ein solch lückenloses Arteninventar aufzustellen, sei im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung aber nicht gefordert.

Ausgestaltung durch behördliche Erlasse und Leitlinien

In der behördlichen Praxis wird der für die naturschutzfachliche Einschätzung bestehende Beurteilungsspielraum durch ministerielle Erlasse und Leitlinien ausgestaltet.²⁵⁴

Die einzelnen Leitfäden sind inhaltlich vielgestaltig und uneinheitlich; es spiegeln sich darin nicht nur unterschiedliche Interessenlagen und politische Wertungen, sondern es liegen unterschiedliche fachliche Ansätze, Konzepte und Detaillierungsgrade vor, die sich in unterschiedlichen Regelungen niederschlagen. Auch wird ihnen nicht nur bereits im Ausgangspunkt von behördlicher Seite (verbindlicher Erlass vs. – zunächst einmal – unverbindlicher Leitfaden), sondern auch von Gerichten durchaus unterschiedliche und streitige Verbindlichkeit beigemessen.²⁵⁵

Vorgaben der Rechtsprechung zur Handhabung der Leitfäden

Angesichts dessen ist es kontrovers zu beurteilen, wie bis ins Detail hinein strikt das OVG Münster Leitfäden – hier: den Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“ vom 10.11.2017 – der gerichtlichen Kontrolle zugrunde legt:²⁵⁶

- Setzt die Behörde bei der Genehmigung von Windenergieanlagen Maßnahmen zum Schutz von Vögeln in geringerem Umfang fest als solche, die in dem Leitfaden empfohlen werden, muss sie plausibel erläutern, aus welchen Gründen die von ihr vorgesehenen Schutzmaßnahmen nach ihrer Einschätzung ausreichen, damit das Tötungsrisiko im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch den Betrieb der Windenergieanlagen nicht signifikant erhöht wird.
- Wenn ein Genehmigungsbescheid für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen vorsieht, dass für Vögel, die vertikale Strukturen meiden, alternative Rastflächen angelegt werden müssen, muss die Behörde nachvollziehbar begründen, warum diese Flächen nach Größe, Lage und Art naturschutzfachlich geeignet sind, eine erhebliche Störung der Vögel im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG durch die Windenergieanlagen auszuschließen.
- Sieht der Leitfaden 2017 bei der Grünlandmahd ab dem Tag des Mahdbeginns und an den drei darauffolgenden Tagen sowie bei der Ernte auf Ackerflächen ab dem Tag des Erntebeginns bis zum Ende der Stoppelbrache eine Abschaltung jeweils in einem Umkreis von mindestens 100 m um die Anlage vor, so genügt bei einem Rotorradius von 46 m die Festsetzung des doppelten Rotorradius nicht, und es muss sich anhand einer Karte feststellen lassen, ob alle Acker- und Grünlandflächen im 100-m-Umkreis um die jeweilige Anlage erfasst sind. Ebenso-



nig genügt es, wenn eine Abschaltung „bis zum Ende der Stoppelbrache“ erfolgt, wenn die insoweit (Anhang 6 Nr. 2 des Leitfadens 2017) empfohlene konkrete Muster-Nebenbestimmung anders formuliert („bis zwei Tage nach Umbruch der Stoppelbrache“) und folglich für die Grünlandmahd entgegen den Empfehlungen des Leitfadens 2017 auch nicht hinreichend deutlich vorgegeben ist, dass die Anlagen auch an den drei auf den Mahdbeginn folgenden Tagen (also an insgesamt vier Tagen) abgeschaltet werden.

- Wenn von der Vorgabe aus Nr. 8 Punkt 2 a III des Leitfadens 2017 abgesehen wird, demzufolge die Ernte oder Mahd im Windpark möglichst später beginnen sollte als in der Umgebung und die Flächen im Windpark gleichzeitig bearbeitet werden sollen, muss die Behörde angeben, aus welchen Gründen sie es für die angefochtene Genehmigung nicht für erforderlich hält, diese „Soll-Vorgabe“ zu übernehmen.

Die eingangs formulierte Beobachtung, dass das Gericht den Leitfaden überaus detailorientiert und strikt angewandt hat, vermag seine Entscheidung freilich nur zum Teil zu erklären. Mindestens ebenso belangreich ist, dass das Gericht vielmehr das Fehlen fachlicher Begründungen für die Abweichungen beanstandet. Einerseits legt also das Gericht seiner Entscheidung eine doch sehr minutiöse Anwendung des Leitfadens zugrunde (92 m sind nicht 100 m; 3 Tage sind nicht 4 Tage). Andererseits vermisst es die nach der Rechtsprechung ohnehin notwendigen fachlichen Begründungen für die (so ermittelten) Abweichungen der Behörde von den Festlegungen des Leitfadens. Diese Gerichtsentscheidung nimmt folglich den Behörden keine Entscheidungsspielräume, sondern definiert im ersten Schritt den Leitfaden als strikt zu verstehenden fachlichen Maßstab, von dem abzuweichen der Behörde nur unter der üblichen, fachlichen Begründungslast zugestanden wird.

Bedürfnis nach Rechts- und Planungssicherheit

Nimmt man diese „kaum mehr überschaubare Zahl von Fachkonventionen, Leitfäden, Arbeitshilfen, Handreichungen, Merkblättern, Auslegungshinweisen etc.“ zur Kenntnis, nimmt es nicht wunder, dass in der Breite der Ruf nach Standardisierung laut geworden ist, um die Vorschriften besser handhabbar zu machen und um ein Mindestmaß an Planungs- und Rechtssicherheit sowie einheitlicher Rechtsanwendung zu ermöglichen. Zuletzt hat *Dolde* dies ausführlich dargelegt und die Dringlichkeit anschaulich begründet.²⁵⁷ Die Vielzahl und Brisanz offener methodischer und fachlicher Fragen in der Praxis habe „zum Teil verheerende Wirkung“,²⁵⁸ es herrsche „objektives Chaos beim Artenschutz“ aufgrund der unterschiedlichsten Geltung und unterschiedlichsten Güte²⁵⁹ der verschiedenen Papiere.²⁶⁰

Ein zweites Problem ist nicht von der Hand zu weisen: Problematisch und rechtsstaatlich bedenklich ist, dass sich Fachkonventionen nicht auf fachliche Aussagen

beschränken, sondern auf Verhältnismäßigkeitserwägungen ausgreifen; diese unterliegen aber rechtlichen Maßstäben und damit der Kontrolle der Behörden und der Gerichte. Solche Fachkonventionen führen deutlich zu dem Missstand, dass im grundrechtsrelevanten Bereich nicht nur privates Fachwissen, sondern auch private normative Bewertungen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen erhalten.²⁶¹ Diesen fehlt jedoch die für eine Normsetzung notwendige demokratische und durch entsprechende Verfahren begründete Legitimation. In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass die Rechtsprechung langjährigen ehrenamtlichen Mitarbeitern der Naturschutzverbände einen Sachverstand in ähnlicher Weise wie Naturschutzbehörden zuschreibt, die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege in das Verfahren einzubringen und als Verwaltungshelfer angesehen zu werden.²⁶²

Urteil des BVerfG zur Notwendigkeit gesetzgeberischer Konkretisierung

Eben hierzu liegt nunmehr eine höchst kritische Rechtsprechung des BVerfG vor:²⁶³ Im Ausgangspunkt ist es demnach zwar zunächst zu respektieren, wenn die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis stößt. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zwingt das Gericht dann nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der jeweiligen fachlichen Thematik zugrunde zu legen. Sofern keine allgemein anerkannte fachliche Meinung existiert, braucht das Gericht nicht mehr als eine Überprüfung der Vertretbarkeit der behördlichen Annahmen zu leisten. Eine eigenständige fachliche Einschätzung seitens des Gerichts ist nicht geschuldet. Die besagte Vertretbarkeitsprüfung bezieht sich darauf, ob die von der Behörde verwendeten fachlichen Maßstäbe und Methoden vertretbar sind und ob die Behörde im Ergebnis zu einer plausiblen Einschätzung der fachlichen Tatbestandsmerkmale einer Norm gelangt ist.²⁶⁴ Hat die Behörde allerdings eine nach aktuellem Erkenntnisstand nicht mehr vertretbare Methode entscheidungstragend zugrunde gelegt, ist diese Entscheidung ohne weiteres rechtswidrig, ohne dass es auf die besagten fachlichen Grenzen der Erkenntnis ankäme.

Allerdings hat das BVerfG sodann verfassungsrechtliche Zweifel an dieser Rechtslage angemeldet. Sind – wie hier – grundrechtsrelevante Bereiche betroffen, so darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht – jedenfalls nicht auf Dauer und nicht ohne weitere Maßgaben – Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.²⁶⁵ Der Gesetzgeber mag also nur kurzfristig darauf vertrauen, dass sich fachliche Wissenslücken durch Erkenntnisfortschritte in Fachkreisen und Wissenschaft schließen. Erweist sich diese Erwartung aber im Zeitverlauf als unberechtigt, bedarf es „auf längere



Sicht“ zumindest einer untergesetzlichen Maßstabsbildung.²⁶⁶ Das geeignete Mittel zur untergesetzlichen Konkretisierung und zur Schaffung von Rechtssicherheit dürften normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften auf der Grundlage von § 54 Abs. 9 BNatSchG sein.²⁶⁷ Konkrete zeitliche Grenzen für diese gibt das BVerfG allerdings nicht vor.²⁶⁸

Die Folgen dieser Rechtsprechung für die Zukunft sind einstweilen noch ungewiss. Sollte der Gesetzgeber die geforderte Konkretisierung nicht vornehmen, kann dies wohl nicht zur Unanwendbarkeit der naturschutzrechtlichen Normen zum FFH-Recht und zum besonderen Artenschutz führen, weil dies den unionsrechtlichen Vorgaben von Art. 3 ff. bzw. Art. 12 ff. der FFH-Richtlinie widerspräche.²⁶⁹

i Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot greift bereits bei signifikanter Erhöhung des Tötungsrisikos streng geschützter Arten (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG); ob dieser Tatbestand im Einzelfall durch eine Windkraftanlage ausgelöst wird, bedarf der naturschutzfachlichen Beurteilung.

Die bei der Anwendung des Tötungsverbots relevanten Beurteilungsspielräume wurden bundesweit durch sehr verschiedenartige fachliche Leitfäden ausgestaltet, die auf Seiten der Gerichte zu einer ihrerseits vielgestaltigen Kasuistik geführt haben.

Das OVG Münster hat kürzlich deutlich gemacht:

- Der Leitfaden 2017 ist im Ausgangspunkt minutiös zu beachten.
- Abweichungen sind möglich, aber fachlich begründungsbedürftig – diese Begründungspflicht ist auf Behördenseite ernst zu nehmen, sonst führen auch (vermeintlich) kleinere Abweichungen zur Kassation der Behördenentscheidung.

Unterdessen hat das BVerfG eine gesetzgeberische Maßstabbildung angemahnt: Die verfassungsrechtlich hinnehmbaren Grenzen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielräume würden überschritten, so dass auf Dauer eine – gesetzliche oder untergesetzliche – Regelung der fachlichen Maßstäbe notwendig sei.

Ausnahmebefugnisse (§ 45 Abs. 7 BNatSchG)

Ausnahmen (auch von den Verboten der Vogelschutz-RL²⁷⁰) können (Ermessen²⁷¹) gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG insbesondere zugelassen werden „im Interesse [...] der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ (Nr. 4) sowie „aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses (Nr. 5).“²⁷² Weitere Voraussetzung ist dann gemäß Satz 2 dieser Vorschrift, dass zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert.²⁷³

Hiermit ist die Stufe III (Ausnahmeverfahren) der Artenschutzprüfung adressiert.²⁷⁴ Auch dieses Ausnahmeverfahren kann rein vorsorglich durchgeführt werden.²⁷⁵ Eine zugunsten des Betriebs einer Windenergieanlage „hilfsweise“ erteilte artenschutzrechtliche Ausnahme ist nach der Rechtsprechung des OVG Lüneburg jedoch nicht hinreichend bestimmt, wenn ihr nicht zu entnehmen ist, für welchen Fall sie „hilfsweise“ erteilt wird und in welcher Größenordnung sie Tötungen zulässt.²⁷⁶

Die Zulassungsbehörde hat im Rahmen der Ausnahmeentscheidung eine Abwägung durchzuführen. Wie beim Habitatschutz, muss die Behörde auch bei Ausnahmen vom Artenschutz zur Vermeidung von Abwägungsfehlern alle zu berücksichtigenden Belange mit dem ihnen zukommenden Gewicht ermitteln und berücksichtigen.²⁷⁷

Im Folgenden wird aufgezeigt, entlang welcher Argumentationslinien eine Ausnahmeentscheidung zugunsten einer Windkraftanlage im Einzelfall begründet werden kann. Die Tragfähigkeit einer solchen Begründung bedarf selbstverständlich auch im Artenschutzrecht stets der gründlichen, objektiven und ausgewogenen Prüfung der Umstände des Einzelfalls:

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Für die dahin gehend anzustellende Abwägung ist auf die zu § 34 Abs. 3 BNatSchG entwickelten Gesichtspunkte zu verweisen.²⁷⁸ Zu den gegebenenfalls überwiegenden öffentlichen Interessen zählt mithin auch der Klimaschutz.²⁷⁹ Konkret zu § 45 BNatSchG wird in der Gesetzesbegründung 2017 etwa der Ausbau erneuerbarer Energien genannt, der auch zugunsten eines privatnützigen Vorhabens die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung rechtfertige.²⁸⁰

Alternativenprüfung

Die Alternativenbetrachtung erfolgt nach den auf Seite 57 zu § 34 Abs. 3 BNatSchG vorgestellten Maßstäben²⁸¹ und ist damit sorgfältig einzelfallbezogen vorzunehmen. Für die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung gelten im Ansatz vergleichbare Grundsätze wie im Rahmen der gebietsschutzrechtlichen Beurteilung nach § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG. Zwar darf die Alternative nicht auf ein anderes Projekt hinauslaufen. Bei der Frage, wann ein anderes Projekt vorliegt, sind aber auch innerhalb der Alternativenprüfung allein die zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses maßgeblich, die für das Vorhaben sprechen.²⁸²

Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen einer Art

Die Beurteilung der weiteren Anforderung, ob sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art verschlechtert,²⁸³ bedarf der fachlichen Beurteilung im Einzelfall; hier bestehen einerseits unter Umständen detaillierte fachliche Vorgaben; andererseits kommt der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu.²⁸⁴ Kompensatorische Maßnahmen sind zu berücksichtigen.



Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot gleicht unter den hier maßgeblichen Gesichtspunkten strukturell den Habitatschutzvorschriften:

Tatbestandsseitig bestehen fachliche Vorgaben, hinsichtlich derer der Behörde ein Beurteilungsspielraum zusteht; auch hier bestehen fachliche Leitlinien der Exekutive, deren gewissenhafte Anwendung (bzw. im Falle von Abweichungen: entsprechend gewissenhafte Begründung) vom OVG Münster eingefordert wird. Allerdings hat das BVerfG im Blick auf die Grundrechtsrelevanz der entsprechenden Zulassungsentscheidungen eine rechtsstaatlichen Grundsätzen genügende (unter)gesetzliche Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe angemahnt.

Ausnahmen vom Tötungsverbot sind – vorbehaltlich der Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung wie beim Habitatschutz – im Kern dann zulässig, wenn

- zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses vorliegen (zu denen die Energieversorgung und der Klimaschutz zählen können) und
- eine im Einzelfall anzustellende Alternativenprüfung überwunden wird.

Auch diesbezüglich ist in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass die regenerative Energieerzeugung einen Belang darstellt, der bei gegebenen Umständen des Einzelfalls die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung rechtfertigen kann.

Zusätzlich ist der Populationsschutz zu beachten, für dessen fachliche Bewertung gleichfalls ein behördlicher Beurteilungsspielraum vorliegt.

Befreiungsmöglichkeit

Vonden naturschutzrechtlichen Verboten können (Ermessen) gemäß § 67 BNatSchG²⁸⁵ Befreiungen gewährt werden, wenn dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig (nicht: zwingend) ist (Abwägung²⁸⁶). Es handelt sich um eine Ausgestaltung des allgemeinen verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots,²⁸⁷ das verfassungsrelevante Konfliktlagen in Ansehung von Besonderheiten des Einzelfalls auflösen soll.²⁸⁸ Für erforderlich gehalten wird eine atypische Sondersituation, die vom Normgeber nicht bedacht wurde²⁸⁹ bzw. ein „besonders gelagerter Einzelfall“.²⁹⁰ Es handelt sich hier also nicht um einen regelmäßig gangbaren Weg, sondern es ist das Vorliegen eines besonders gelagerten Einzelfalls zu prüfen.

Diese Befreiungsmöglichkeit ist nicht nur in Zulassungsentscheidungen von Einzelvorhaben relevant, sondern sie gilt auch für die Planung. Bei der Einstufung als harter Tabubereich bedarf es nach der Rechtsprechung des OVG Münster beispielsweise nicht nur der konkreten Betrachtung der einzelnen potenziellen Standorte, sondern es muss – im zuständigen Organ, hier dem Rat – auch eine konkrete Überprüfung einer potenziellen Befreiungslage im Sinne des § 67 BNatSchG für jedes

Naturschutzgebiet auf Basis entsprechender Informationen und unter Beteiligung der zuständigen Fachbehörde stattfinden und aktenkundig gemacht werden. Dies setzt nicht voraus, dass der potenzielle Vorhabenträger die Möglichkeit einer solchen Befreiungslage nachweisen oder aufzeigen müsste.²⁹¹

§ 67 Abs. 1 BNatSchG

§ 67 Abs. 1 BNatSchG lässt eine Befreiung von Geboten und Verboten des BNatSchG zu, aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses (Nr. 1) oder im Falle einer unzumutbaren Belastung und sofern die Abweichung mit den Belangen des BNatSchG vereinbar ist (Nr. 2). Die Tatbestandsvoraussetzungen ähneln damit sehr stark den habitat- und artenschutzrechtlichen Ausnahmenvorschriften.

Überwiegende Gründe für eine Befreiung liegen dann vor, wenn die Gründe des Gemeinwohls im Einzelfall so gewichtig sind, dass sie sich gegenüber den mit den naturschutzrechtlichen Ge- oder Verboten verfolgten Belangen durchsetzen.²⁹² Dabei ist es unschädlich, wenn die Maßnahme von einem privaten Investor durchgeführt wird.²⁹³

Eine Befreiung setzt eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall voraus, bei der zu prüfen ist, ob die Gründe des Allgemeinwohls so gewichtig sind, dass sie sich gegenüber den Belangen des Landschaftsschutzes durchsetzen. Das allgemeine Interesse am Ausbau regenerativer Energien stellt ein besonderes öffentliches Interesse im Sinne von § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG dar;²⁹⁴ der *VGH Mannheim* hat ein „in die Abwägung mit hohem Gewicht einzustellendes qualifiziertes Interesse“ aus dem Kyoto-Protokoll gefolgert (gleiches gilt nunmehr unter der Ära des Paris-Protokolls, siehe Seite 15) sowie ergänzend auf die Privilegierung von Windenergieanlagen in § 35 BauGB, die RL 2001/77/EG sowie das EEG Bezug genommen.²⁹⁵

Die Windenergie kann sich mithin in besonders gelagerten Einzelfällen gegenüber den Belangen des Landschaftsschutzes durchsetzen, wenn die Landschaft am vorgesehenen Standort weniger schutzwürdig, die Beeinträchtigung geringfügig ist und das durch die Landschaftsschutzverordnung unter besonderen Schutz gestellte Ziel der dauerhaften Sicherung der Vielfalt, Eigenart und Schönheit wie des Erholungswerts der Landschaft nicht beeinträchtigt wird.²⁹⁶ Es ist nicht erforderlich, dass im Landschaftsplan eine entsprechende Ausnahme vorgesehen ist.²⁹⁷

Sind überwiegende Gemeinwohlbelange gegeben, so müssen diese die Befreiung auch „erfordern“; dies setzt voraus, dass es zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses vernünftigerweise geboten ist, mithilfe der Befreiung das Vorhaben an der vorgesehenen Stelle zu verwirklichen.²⁹⁸ Die Rechtsprechung fordert hier zum einen den so nicht vorausgesehenen und deshalb atypischen, singulären Fall; eine Einzelfall-Zulassung pauschal als unmöglich zu deklarieren,²⁹⁹ wäre freilich von



vornherein offensichtlich rechtswidrig, denn es handelt sich um eine einzelfallbezogene Abwägungsentscheidung.³⁰⁰

Diesbezüglich hat das OVG Münster vielmehr ausdrücklich konstatiert, dass die Erreichung der Ausbauziele für die erneuerbaren Energien, wie sie sich unter anderem aus dem EEG ergeben, die Errichtung einer Vielzahl weiterer Windenergieanlagen erfordert, so dass auch Standorte in Landschaftsschutzgebieten nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden können.³⁰¹ Vielmehr dürften in Ansehung der Weiträumigkeit vieler Landschaftsschutzgebiete in Nordrhein-Westfalen im Einzelfall auch solche Anlagenstandorte erforderlich und gegebenenfalls geeignet sein.³⁰² Das Gericht hat erwogen, ob aus den Bestimmungen des EEG (grundsätzlich) ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit der Errichtung und Inbetriebnahme einer einzelnen Windenergieanlage abzuleiten ist, hat dies aber letztlich offen gelassen.³⁰³ Jedenfalls partielle, den Charakter des Schutzgebiets oder dessen besondere Schutzzwecke nicht in Frage stellende Einschränkungen des Landschaftsschutzes seien gerechtfertigt, wenn die Errichtung der Windenergieanlagen mangels vorzugswürdiger Alternativstandorte vernünftigerweise geboten sei.³⁰⁴

§ 67 Abs. 2 BNatSchG

Was die Verbote nach §§ 33 Abs. 1 Satz 1 (Habitatschutz, siehe Seite 52) und 44 BNatSchG (Artenschutz, siehe Seite 62) betrifft, so ist die Befreiungs-Möglichkeit auf Fälle beschränkt, in denen eine „unzumutbare Belastung“ besteht – was klassischerweise auf Grundrechtseingriffe des Projektträgers beschränkt wird,³⁰⁵ aber nunmehr über das dort verkörperte Verhältnismäßigkeitsprinzip einer gesamthaften Abwägung (unter Einschluss des Belangs des Klimaschutzes) zugänglich sein dürfte.

Teilweise wird vertreten, dass die Befreiungsmöglichkeit nach § 67 BNatSchG nicht zur Verfügung steht, wenn die Anforderungen des europäischen Habitatschutzes bzw. Artenschutzes nicht eingehalten werden.³⁰⁶ Dem ist mit der Maßgabe zuzustimmen, dass jedenfalls dann, wenn auch über die Ausnahmegesetze der §§ 34 Abs. 2 oder (für den Artenschutz) 45 Abs. 7 BNatSchG, die ihrerseits Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind, keine ausnahmsweise Zulässigkeit hergestellt werden konnte, für die Anwendung des § 67 BNatSchG kaum noch Raum sein dürfte.

i Eine Befreiung von naturschutzrechtlichen Verboten kommt in besonders gelagerten Einzelfällen in Betracht. Auch wenn die Rechtsprechung unter anderem des OVG Münster die Erreichung der Ausbauziele für die erneuerbaren Energien, wie sie sich unter anderem aus dem EEG ergeben, die die Errichtung einer Vielzahl weiterer Windenergieanlagen erfordert, als ein besonderes öffentliches Interesse anerkannt hat mit der Folge, dass auch Standorte in Landschaftsschutzgebieten nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden können, ist die Befreiung nach § 67 BNatSchG kein regelmäßig gangbarer Weg, sondern bedarf der sorgfältigen Begründung der Atypik des Einzelfalls.



Zusammenfassende Darstellung der Grundsätze und aktuellen Entwicklungen zur Windkraft im Naturschutzrecht

Zusammenfassend sollen zunächst ausgewählte Einfallstore oder Scharniernormen aufgezeigt werden, welche die Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes und der Energiewende im Naturschutzrecht dem Grunde nach ermöglichen (Seite 73). Sodann werden die wesentlichen rechtlichen Entwicklungslinien der vergangenen Jahre (namentlich seit 2012) nachgezeichnet (Seite 74).

Grundsätzliche Möglichkeiten der Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes im Rahmen des Naturschutzrechts

Die nachfolgende Tabelle zeigt auf, inwieweit die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung in den naturschutzrechtlichen Rechtsnormen Niederschlag finden. Dies betrifft zum einen die programmatische Verankerung in den Ziel- und Grundsatznormen (§ 1 BNatSchG), zum anderen maßgeblich die Ausnahmetatbestände des Habitat- und Artenschutzrechts (§§ 34 Abs. 3, 45 Abs. 7 BNatSchG) und die Befreiungsmöglichkeit des § 67 BNatSchG, die unter anderem zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses zur Geltung bringen – hier sind die Energieversorgung und der Klimaschutz berücksichtigungsfähig und -pflichtig.



Rechtsnorm (BNatSchG)	Tatbestandsmerkmal	Zu berücksichtigender Belang
§ 1 Abs. 1: Zielvorgabe	„Nachhaltigkeit“	Nachhaltigkeit; Art. 20a GG Langfristig verfügbare Um- weltgüter – Vermeidung Klimawandel
§ 1 Abs. 3 Nr. 4 1. Hs.: Zielvorgabe	„Klimaschutz“	Klimaschutz als abwägungs- relevantes Prinzip
§ 1 Abs. 3 Nr. 4 3. Hs.: Zielvorgabe	„nachhaltige Energieversor- gung insbesondere durchzu- nehmende Nutzung erneuer- barer Energien“	Förderung und Wachstum re- generativer Energieerzeugung
§ 34 Abs. 2: Habitatschutz	„erhebliche Beeinträchtigung“	Beurteilungsspielraum
§ 34 Abs. 3: Ausnahmen	„zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“	Daseinsvorsorge, Energie- versorgung, Klimaschutz, erneuerbare Energien; Dring- lichkeit, Strukturwandel; Ver- hältnismäßigkeit mit Abwä- gungsspielraum
§ 44 Abs. 1 Nr. 1: Artenschutz	Tötungsverbot	Beurteilungsspielraum Risikomanagement
§ 45 Abs. 7: Ausnahmen	„zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“	s.o. zu § 34 Abs. 3
§ 67 Abs. 1: Befreiung	„überwiegendes öffentliches Interesse“	vgl. o. zu § 34 Abs. 3
§ 67 Abs. 2: Befreiung	„unzumutbare Belastung“	Verhältnismäßigkeit

Wesentliche (naturschutz-)rechtliche Entwicklungslinien der jüngeren Vergangenheit

Auch das Naturschutzrecht ist in den vergangenen Jahren von einer überaus komplexen Einzelfallrechtsprechung gekennzeichnet.

Allgemeine Entwicklungslinien der Rechtsprechung

Die naturschutzrechtliche Rechtsprechung ist nahezu unüberschaubar. Für die Zwecke dieses Gutachtens seien zwei Bereiche hervorgehoben:

- Im Naturschutzrecht liegt ein Fokus auf den behördlichen Beurteilungsspielräumen, hier insbesondere im Artenschutz nach § 44 BNatSchG. Während die Rechtsprechung bundesweit betrachtet höchst heterogen ist, kann für das OVG Münster konstatiert werden, dass es in außerordentlich detailgetreuer Manier fachliche Leitfäden – hier: den Leitfaden 2017 „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“ – der gerichtlichen Kontrolle zugrunde legt; die Entscheidung unterstreicht: Abweichungen hiervon bedürfen nach der hergebrachten Rechtsprechung der fachlichen Begründung.³⁰⁷
- Eine zweite belangreiche Thematik sind die Verbandsklagerechte in Verbindung mit den verfahrensbezogenen FFH- bzw. UVP-Pflichten. Es ist konstatiert worden, dass damit privilegierte Kläger die Möglichkeit hätten, durch bloße Klageerhebung den Erfolg oder Misserfolg von Projekten zu steuern.³⁰⁸ Besonders unheilvoll und rechtsstaatlich bedenklich wirkt sich dieser Umstand in Kombination mit dem erstgenannten Punkt der minutiösen Bindung an – nicht gesetzgeberisch legitimierten, sondern vielfach aus privater Hand stammenden – Leitfäden, Studien und Untersuchungen aus.

Diese Umstände haben letztlich zur aufsehenerregenden Entscheidung des BVerfG zum untergesetzlichen Regelungsbedarf beigetragen (siehe Seite 67).

Rechtsprechung zur Windenergie

Eine ganze Reihe jüngerer Gerichtsurteile bestätigt die etablierte Rechtsprechung, dass es sich bei dem öffentlichen Interesse, das mit der Errichtung von Windenergieanlagen verfolgt wird, grundsätzlich um ein in die Abwägung mit hohem Gewicht einzustellendes, qualifiziertes Interesse handelt.³⁰⁹ Es liegt zwischenzeitlich vielfältige Rechtsprechung dahingehend vor, dass das allgemeine Interesse am Ausbau regenerativer Energien ein besonderes öffentliches Interesse bildet – auch wenn dieses keinen allgemeinen Vorrang vor dem Landschaftsschutz begründet.³¹⁰ Bemerkenswert ist die ausdrückliche Aussage des OVG Münster, dass die Erreichung der Ausbauziele für die erneuerbaren Energien, wie sie sich unter anderem aus dem EEG ergeben, die Errichtung einer Vielzahl weiterer Windenergieanlagen erfordert, so dass unter den gegebenen Umständen partielle Befreiungen von den Verboten einer Landschaftsschutzgebietsverordnung zulässig seien.³¹¹ Bei der Festlegung von Windvorrangzonen im Flächennutzungsplan dürfen die Belange von Natur- und Landschaftsschutzgebieten nicht überbewertet werden, etwa indem diese als harte Tabu-Kriterien angesetzt werden.³¹²



(Unter-)gesetzlicher Regelungsbedarf

Eben hierzu liegt nunmehr eine höchst kritische Rechtsprechung des BVerfG vor:³¹³ Der Gesetzgeber dürfe in diesen grundrechtsrelevanten Bereichen der Verwaltung und den Gerichten nicht auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, sondern er müsse auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.³¹⁴ Zu erwarten sind normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften.³¹⁵ Konkrete zeitliche Grenzen für diese gibt das BVerfG allerdings nicht vor.³¹⁶ Die Folgen dieser Rechtsprechung für die Zukunft sind einstweilen noch ungewiss.³¹⁷

Insbesondere: Windkraft im Wald

Nach der neueren Rechtsprechung ist Windkraft im Wald nicht mehr von einem Tabu belegt, Waldflächen sind grundsätzlich keine harten Tabuzonen (mehr).³¹⁸ Der nordrhein-westfälische Windkraft-Erlass trifft nunmehr entsprechende Regelungen,³¹⁹ auch wenn der LEP diesbezüglich verschärft wurde. Windkraft im Wald ist demnach anhand der forstrechtlichen Maßstäbe zu beurteilen; eine Waldumwandlungsgenehmigung kann in aller Regel erteilt werden, wenn es sich um Standorte in strukturalmen Nadelwaldbeständen handelt oder auf Waldflächen, die aktuell aufgrund von abiotischen oder biotischen Faktoren ohne Bestockung sind.

Handlungsmöglichkeiten im Konfliktfeld von Windkraft und Naturschutz

Dieses Gutachten legt den Schwerpunkt auf Zulassungsentscheidungen über Windkraftanlagen; daneben sind auch planerische Entscheidungen relevant. Was die Zulassungsentscheidungen betrifft, sind neben den verbotsbegründenden habitat- und artenschutzrechtlichen Belangen im Rahmen entsprechender Ausnahmebestimmungen auch die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung von großer Bedeutung.

Die zuständigen Behörden haben folglich nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Verpflichtung, diese Belange ordnungsgemäß zu ermitteln und zu gewichten. Dies wird sich in entsprechenden Zulassungsentscheidungen und der Ausgestaltung von Nebenbestimmungen niederschlagen. Dabei ist im Naturschutzrecht der sorgfältige Umgang mit den behördlichen Leitfäden von großer Bedeutung, um gerichtsfeste Entscheidungen zu erwirken. Die Ausnutzung von Handlungsspielräumen bedarf der sorgfältigen Begründung.

Fazit



Die Windkraft ist bislang ein starker Träger des Energieumbaus im Sektor der Stromerzeugung gewesen und hat einen wichtigen Beitrag geliefert, die sich auf diesen Sektor beziehenden Planungen und Selbstverpflichtungen zu erfüllen. Die aktuelle Klimaschutzgesetzgebung hat nunmehr die CO₂-Reduktionspflichten konkretisiert und verbindlich ausgestaltet. In den Planungen auf Bundes- und Landesebene kommt der Windkraft weiter eine entscheidende Rolle zu, die auch in der Rechtsprechung anerkannt ist. Jedoch hat der Ausbau stark nachgelassen, so dass aktuell nahezu eine Stagnation zu verzeichnen ist.

Die Windkraft ist in puncto Akzeptanz seitens der Bevölkerung umstritten; sie ist auch – und darauf liegt der Fokus dieses Gutachtens – naturschutzrechtlich konfliktträchtig. Die grundsätzlich strikten habitat- und artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote kennen jeweils Ausnahme- und Verhältnismäßigkeitsklauseln, die eine Einzelfallabwägung ermöglichen.

In diese Abwägung sind die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung mit hohem Gewicht einzustellen; die Rechtsprechung hat dies in verschiedenen Entscheidungen abgebildet. Nach neueren Entscheidungen sind beispielsweise weder Naturschutzgebiete noch der Wald tabu. Entsprechende Zulassungen bedürfen jedoch der sorgfältigen Prüfung und Abwägung des Einzelfalls.

In der behördlichen Praxis spielen dabei zur Ausfüllung der vorhandenen Beurteilungsspielräume fachliche Leitfäden eine große Rolle. Hier hat die Rechtsprechung des OVG Münster aufgezeigt, dass bereits geringfügige Abweichungen von den Empfehlungen eines Leitfadens der fachlichen Begründung bedürfen. Andererseits ist nach einer aktuellen BVerfG-Entscheidung der Gesetzgeber aufgefordert, beizeiten (unter-)gesetzliche Maßstabsetzung etwa durch eine TA Artenschutz/Wind zu betreiben.

In atypischen Einzelfällen kommt schließlich eine Befreiung von naturschutzrechtlichen Verboten nach § 67 BNatSchG in Betracht.



Anmerkungen und Quellen

- 133** BT-Drs. 19/12129, S. 9 (zu Frage 28)
- 134** *Agora Energiewende*, Die Energiewende im Stromsektor: Stand der Dinge 2019, S. 3+67
- 135** Eine erhebliche Rolle spielen bspw. UVP-rechtliche Fragen, dazu zuletzt OVG Münster, Beschl. v. 27.11.2018 - 8 B 1170/17, UPR 2019, 349; OVG Lüneburg, NuR 2018, 871; OVG Münster, Beschl. v. 19.10.2017 - 8 B 1113/17, NuR 2018, 66; OVG Münster, Beschl. v. 4.10.201 - 8 B 976/17; zur Eingriffsregelung zuletzt ausf. *Fülbier*, NuR 2017, 804
- 136** Weitere – naturschutz-, forst-, bau-, planungs- und sonstige materiell-rechtliche – Vorgaben bleiben hier ebenso außer Betracht wie die einzelnen Zulassungsregimes, insbesondere das des Immissionsschutzrechts
- 137** Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2542, zul. geä. durch G v. 13.5.2019, BGBl. I, S. 706
- 138** Gesetz zum Schutz der Natur in Nordrhein-Westfalen (Landesnaturschutzgesetz – LNatSchG NRW) v. 21.7.2000, zul. geä. durch G v. 26.3.2019, GV. NRW. S. 193
- 139** *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 1 BNatSchG, Rn. 84; Gärditz, DVBl. 2010, 214 (216 m.w.Nachw.)
- 140** Vgl. zum Zusammenhang zwischen Biodiversität und Klimaschutz BMU, Nationale Strategie zur biologischen Vielfalt, Kabinettsbeschluss v. 7.11.2007, 4. Aufl. 2015, S. 55 f
- 141** Gärditz, DVBl. 2010, 214 (216); *Gellermann*, NVwZ 2002, 1025 (1027); krit. *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 1 BNatSchG, Rn. 85
- 142** OVG Münster, Beschl. v. 27.11.2018 - 8 B 1170/17, UPR 2019, 349, Rn. 40 m.w.Nachw
- 143** OVG Münster, Beschl. v. 27.11.2018 - 8 B 1170/17, UPR 2019, 349, Rn. 42 m.w.Nachw
- 144** OVG Münster, Beschl. v. 27.11.2018 - 8 B 1170/17, UPR 2019, 349, Rn. 45 m.w.Nachw
- 145** BVerwGE 130, 299, Rn. 242 ff.; *Gassner/Heugel*, Das neue Naturschutzrecht, Rn. 497
- 146** OVG Münster, Beschl. v. 19.10.2017 - 8 B 1113/17, NuR 2018, 66, Rn. 11
- 147** Vgl. dazu §§ 52+53 LNatSchG NRW
- 148** S. nur *Halama*, NVwZ 2001, 506 (510)
- 149** Ausf. *Hösch*, UPR 2010, 7 (12)
- 150** BVerwG, NuR 2012, 188; BVerwGE 130, 299, Rn. 69; BVerwGE 128, 1, Rn. 43; vgl. im Einzelnen *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 8 ff.; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, § 34 BNatSchG, Rn. 21 ff.; *Weidemann/Krappel*, DÖV 2011, 19 (25)
- 151** Verwaltungsvorschrift zur Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 92/43/EWG (FFH-RL) und 2009/147/EG (V-RL) zum Habitatschutz (VV-Habitatschutz), RdErl. d. MKUNLV NRW v. 6.6.2016, - III 4 - 616.06.01.18, Ziff. 4.4.1.2
- 152** OVG Münster, Beschl. v. 9.5.2016 - 2 B 999/15.NE, NuR 2016, 508, Rn. 24
- 153** OVG Münster, NWVBl. 2012, 181, Rn. 558; Windkraftanlagen stellen ein solches Projekt dar, s. nur *Scheidler*, DVBl. 2012, 216, 218 m.w.Nachw.; *Weidemann/Krappel*, DÖV 2011, 19 (25); *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 2

- 154** OVG Münster, NWVBl. 2012, 181, Rn. 561 m.w.Nachw.; OVG Münster, NWVBl 2011, 591, Rn. 40
- 155** OVG Münster, NWVBl. 2012, 181, Rn. 568 m.w.Nachw.; OVG Münster, NWVBl 2011, 591, Rn. 40
- 156** BVerwG, NVwZ 2010, 319, Rn. 8; BVerwGE 130, 299, Rn. 124
- 157** OVG Münster, NuR 2011, 59, Rn. 128; OVG Münster, NWVBl. 2012, 181, Rn. 651
- 158** BVerwG, NuR 2012, 188; OVG Münster, NWVBl. 2012, 181, Rn. 662; OVG Münster, NuR 2008, 49, Rn. 77 ff.; OVG Münster, NuR 2008, 872, Rn. 129 ff.; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, § 34 BNatSchG, Rn. 20 m.w.Nachw
- 159** BVerwGE 128, 1, Rn. 60; OVG Münster, NuR 2011, 59, Rn. 135; OVG Münster, NWVBl. 2012, 181, Rn. 658 ff.; Brinktrine, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 13
- 160** Vgl. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL
- 161** VV-Habitatschutz, 4.4.1.2
- 162** EuGH, NuR 2007, 30; Brinktrine, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 16; Schumacher/Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 34, Rn. 81
- 163** Hösch, UPR 2010, 7, 14; vgl. BVerwG, UPR 2002, 448
- 164** BVerwGE 134, 166, Rn. 14; Ewer, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 34, Rn. 49; Ramsauer, NuR 2000, 601
- 165** Brinktrine, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 19; m Einzelnen dazu Hösch, UPR 2010, 7
- 166** BVerwGE 134, 166, Rn. 13; Ewer, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 34, Rn. 48; Kerkmann, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, § 8, Rn. 210; s. die Beispiele bei Schumacher/Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 34, Rn. 86; EU-Kommission, Natura 2000-Gebietsmanagement, S. 49
- 167** BVerwGE 110, 302; Brinktrine, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 18
- 168** Hösch, UPR 2010, 7 (9)
- 169** OVG Berlin-Brandenburg, ZUR 2008, 34, Rn. 41; zur überragenden Bedeutung der Energieversorgung BVerfGE 134, 242, Rn. 286
- 170** EU-Kommission, Auslegungsleitfaden zu Art. 6 Abs. 4 der Habitatrichtlinie 92/43 EWG, Januar 2007, S. 9 f. http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_de.pdf; s. auch EU-Kommission, Natura 2000 – Gebietsmanagement, Die Vorgaben des Art. 6 der Habitatrichtlinie 92/43/EWG, 2000, S. 46 ff., http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision_of_art6_de.pdf; dazu Hösch, UPR 2010, 7 (8); Kerkmann, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, § 8, Rn. 212
- 171** Vgl. ausf. Attendorn, NVwZ 2012, 1569; Gärditz, DVBl. 2010, 214 (217)
- 172** Dazu Ewer, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 34, Rn. 51; vgl. Kerkmann, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, § 8, Rn. 215



- 173** BVerwG, NVwZ 2007, 1074, Rn. 54; Kerkmann, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, § 8, Rn. 211; Halama, NVwZ 2001, 506, 511; Hösch, UPR 2010, 7 (9); dazu auch Ramsauer/Bieback, NVwZ 2002, 277 (280 f.)
- 174** OVG Münster, DVBl 2018, 950
- 175** OVG Münster, DVBl 2018, 950; vgl. OVG Münster, NWVBl. 2017, 473 (477)
- 176** Dazu auch BVerwG, NuR 2010, 339
- 177** BVerwGE 110, 302; BVerwGE 120, 1, Rn. 43; BVerwGE 130, 299, Rn. 153; BVerwGE 134, 166, Rn. 13; OVG Münster, NWVBl. 2012, 181, Rn. 669 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, ZUR 2008, 34, Rn. 37; zust. Brinktrine, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 19; Ewer, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 34, Rn. 48
- 178** BVerwGE 134, 166, Rn. 14 zum Grundsatz der Planrechtfertigung
- 179** OVG Berlin-Brandenburg, ZUR 2008, 34, Rn. 37
- 180** BVerwGE 116, 254, 263, Rn. 28; BVerwG, NVwZ 2010, 1289, Rn. 9; BVerwGE 134, 166, Rn. 15; OVG Münster, NWVBl. 2012, 181, Rn. 673
- 181** Gellermann, in: Landmann/Rohmer, § 34 BNatSchG, Rn. 34; Hösch, UPR 2010, 7 (10)
- 182** BVerwG, NVwZ 2010, 123; BVerwGE 134, 166, Rn. 13 ff
- 183** BVerwGE 128, 1, Rn. 131; Hösch, UPR 2010, 7 (9)
- 184** Ausf. Hösch, UPR 2010, 7 (10)
- 185** BVerwG, NVwZ 2010, 123, Rn. 15; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, § 34 BNatSchG, Rn. 34
- 186** Gärditz, DVBl. 2010, 214 (217)
- 187** BVerwG, NVwZ 2010, 123; BVerwGE 134, 166, Rn. 13 ff
- 188** OVG Berlin-Brandenburg, ZUR 2008, 34, Rn. 41
- 189** BVerwGE 134, 166, Rn. 17 ff.; BVerwG, NVwZ 2011, 177, Rn. 57 ff.; Hösch, UPR 2010, 7 (11)
- 190** VGH Mannheim, NuR 2006, 785, Rn. 50; verwiesen wird auf das Kyoto-Protokoll, dem mit Vertragsgesetz vom 27.4.2002 zugestimmt wurde, die Privilegierung von Windenergieanlagen in § 35 BauGB, die RL 2001/7 70/EG sowie das EEG
- 191** S. zum Folgenden OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 192** OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 193** OVG Münster, NuR 2018, 274; OVG Münster, Beschl. v. 20.11.2017 - 8 A 2389/14; OVG Koblenz, Beschl. v. 27.4.2017 - 8 B 10738/17, Rn. 8 f.; OVG Lüneburg, NuR 2016, 780, Rn. 38; OVG Münster, Urt. v. 13.12.2007 - 8 A 2810/04, Rn. 207
- 194** OVG Münster, NWVBl 2017, 473
- 195** OVG Münster, NWVBl 2017, 473
- 196** OVG Münster, NWVBl 2017, 473
- 197** Zur Stellung der Alternativenprüfung innerhalb der Prüfung der zwingenden Gründe s. Hösch, UPR 2010, 7 (14 f.); Brinktrine, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 21 ff
- 198** Hösch, UPR 2010, 7 (13)
- 199** Hösch, UPR 2010, 7 (13)
- 200** BVerwGE 116, 254, Rn. 24
- 201** BVerwGE 134, 166, Rn. 33

- 202** BVerwGE 128,1; *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 22; *Hösch*, UPR 2010, 7, 13 m.Nachw
- 203** BVerwGE 120, 1, Rn. 42; BVerwGE 116, 254, Rn. 23; BVerwGE 134, 166, Rn. 33; *Hösch*, UPR 2010, 7 (13 m.Nachw.)
- 204** BVerwG, NVwZ 2010, 123, Rn. 33; *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 22
- 205** *Halama*, NVwZ 2001, 506 (511)
- 206** BVerwGE 116, 254, Rn. 37 ff.; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, § 34 BNatSchG, Rn. 30; *Schink*, DÖV 2002, 45 (55)
- 207** Vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 1289, Rn. 6
- 208** BVerwGE 130, 299, Rn. 240; BVerwG, NVwZ 2011, 177, Rn. 58; *Halama*, NVwZ 2001, 506 (511); *Schink*, DÖV 2002, 45 (55)
- 209** BVerwGE 116, 254, Rn. 37
- 210** *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, § 34 BNatSchG, Rn. 30 m.w.Nachw.
- 211** Dazu BVerwGE 130, 299, Rn. 199 ff.; OVG Lüneburg, NuR 2009, 719, Rn. 124; *Schink*, DÖV 2002, 45 (56)
- 212** BVerwGE 134, 166, Rn. 8 f.; OVG Münster, NuR 2007, 48
- 213** S. die Liste in Anlage 2 der VV-Habitatschutz; es handelt sich um 11 Lebensraumtypen und 3 Arten (Spanische Flagge, Eremit und Steinkrebs)
- 214** Vgl. BVerwGE 128, 1, Rn. 124; gegen dieses Kriterium (im Rahmen der Artenschutzprüfung) bei der Windkraft OVG Magdeburg, Urt. v. 19.1.2012 – 2 L 124/09, Rn. 110
- 215** *Halama*, NVwZ 2001, 506 (512)
- 216** OVG Lüneburg, NuR 2009, 360, Rn. 103; *Hösch*, UPR 2010, 7 (8)
- 217** BVerwGE 130, 299, Rn. 152; BVerwGE 128, 1, Rn. 129; *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG, Rn. 20
- 218** *Halama*, NVwZ 2001, 506 (512)
- 219** BVerwGE 128, 1, Rn. 20; OVG Lüneburg, NuR 2009, 360, Rn. 103
- 220** BVerwGE 117, 287; OVG Münster, Urt. v. 1.7.2013 - 2 D 46/12.NE, Rn. 52
- 221** Vgl. OVG Münster, ZfBR 2016, 52; OVG Münster, DVBL. 2018, 950
- 222** OVG Münster, Urt. v. 17.1.2019 - 2 D 63/17.NE; s. bereits OVG Münster, NuR 2016, 426; vgl. OVG Münster, BauR 2016, 470; OVG Münster, ZfBR 2016, 52; OVG Münster, BauR 2018, 468; OVG Münster, DVBL. 2018, 950; OVG Münster, NWVBL. 2017, 473 (475)
- 223** OVG Lüneburg, NuR 2017, 631; zur Dokumentationspflicht OVG Lüneburg, BauR 2014, 838
- 224** Windkraft-Erlass, Ziff. 8.2.2.4
- 225** Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan v. 12.7.2019, GV. NRW. 2019, S. 441
- 226** S. aber zur Änderung des LEP Seite 31
- 227** OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.8.2013 - 4 ME76/13, Rn. 21
- 228** MULNV NRW, Waldzustandsbericht 2018, S. 6 ff.
https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/Broschueren/waldzustandsbericht_2018_lang.pdf



- 229** MULNV NRW, Landeswaldbericht 2019, S. 79 ff. zu den Auswirkungen des Klimawandels für den Wald
https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/Broschueren/landeswaldbericht_2019.pdf
- 230** MULNV NRW, Landeswaldbericht 2019, S. 57 ff. zur Windkraft als Einnahmequelle,
https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/Broschueren/landeswaldbericht_2019.pdf
- 231** MULNV NRW, Landeswaldbericht 2019, S. 87 f. zur Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Wald
https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/Broschueren/landeswaldbericht_2019.pdf
- 232** OVG Münster, Beschl. v. 19.10.2017 - 8 B 1113/17, NuR 2018, 66, Rn. 11
- 233** OVG Münster, Beschl. v. 9.5.2016 - 2 B 999/15.NE, NuR 2016, 508, Rn. 21
- 234** Vgl. §§ 39 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG
- 235** Zum erhöhten Kollisionsrisiko *Wemdzio*, VR 2011, 330; Schreiber, NuR 2017, 5; ausf. *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316
- 236** Dazu <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/start>
- 237** BVerwGE 130, 299, Rn. 219; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2010, 310; OVG Lüneburg, NuR 2011, 431; OVG Magdeburg, NuR 2012, 196; vgl. BT-Drs. 16/5199, S. 21; 16/12274, S. 70 f.; *Geßner/Genth*, NuR 2012, 161 (162); *Kratsch*, in: *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG, § 44, Rn. 16; *Weidemann/Krappel*, DÖV 2011, 19 (26)
- 238** Zuletzt BVerwG, Beschl. v. 8.3.2018 - 9 B 25.17, Rn. 11; BVerwG, NVwZ 2011, 177, Rn. 45; OVG Magdeburg, NuR 2012, 197 (200); OVG Münster, Urt. v. 30.07.2009 - 8 A 2357/08, Rn. 169 f
- 239** BVerwG, Beschl. v. 8.3.2018 - 9 B 25.17, Rn. 11; OVG Münster, Beschl. v. 27.4.2018 - 8 B 418/18, Rn. 5 f.; OVG Münster, Urt. v. 23.5.2017 - 8 B 1303/16, Rn. 12 f
- 240** Dazu *Bernotat*, ZUR 2018, 594; *Bick/Wulfert*, NVwZ 2017, 346 (347 ff.); *Gläß*, in: *Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, § 44 BNatSchG, Rn. 16a
- 241** Durch das G zur Änderung des BNatSchG v. 15.9.2017, BGBl. I, S. 3434
- 242** *Gläß*, in: *Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, § 44 BNatSchG, Rn. 17; *Köck/Bovet*, ZUR 2018, 579 (583); *Frenz*, NuR 2016, 251 (254); *Fellenberg*, in: *Kerkmann*, Naturschutzrecht in der Praxis, § 7, Rn. 65; BVerwGE 131, 274, Rn. 90 ff.; BVerwG, Beschl. v. 8.3.2018 - 9 B 25.17, Rn. 11
- 243** Dazu OVG Berlin, Beschl. v. 15.3.2012 - 11 S 72.10; s. auch *Bayer*, NuR 2019, 387
- 244** OVG Münster, NWVBl 2019, 334
- 245** S. Verwaltungsvorschrift zur Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 92/43/EWG (FFH-RL) und 2009/147/EG (V-RL) zum Artenschutz bei Planungs- oder Zulassungsverfahren (VV-Artenschutz), Rd.Erl. d. MKULNV NRW v. 6.6.2016 - III 4 - 616.06.01.17, 2.6.2.1; vgl. dazu auch die Verweisung im Windenergie-Erlass, 8.2.2.3.; zu den Windenergieerlassen der Länder s. *Saurer*, NVwZ 2016, 201
- 246** Dazu ausf. *Kahl/Burs*, DVBl. 2016, 1222

- 247** Ausf. BVerwG, NVwZ 2014, 524, Rn. 18 ff
- 248** OVG Münster, Beschl. v. 18.2.2019 - 8 B 973/18; „Vertretbarkeitskontrolle“ OVG Magdeburg, NuR 2012, 197, 200; Weidemann/Krappel, DÖV 2011, 19, 25
- 249** OVG Münster, Urt. v. 18.5.2017 - 8 A 974/15, Rn. 121; zum Monitoring s. Köck/Bovet, ZUR 2018, 579 (584 f.)
- 250** OVG Münster, Beschl. v. 18.2.2019 - 8 B 973/18
- 251** BVerwG, NVwZ 2014, 524, Rn. 18 ff
- 252** OVG Münster, Urt. v. 23.5.2017 - 8 B 1303/16, Rn. 17 zum Erfordernis einer Raumnutzungsanalyse zur Abschätzung des Kollisionsrisikos
- 253** OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 - 12 LB 118/16, BauR 2019, 651, Rn. 218; OVG Münster, Urt. v. 29.3.2017 - 11 D 70/09.AK, Rn. 464 ff
- 254** Neben der o.g. VV Artenschutz s. in NRW insbesondere:
 Leitfaden Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen i.d.F. v. 10.11.2017, eingeführt mit Erlass des MKULNV NRW v. 10.11.2017 – III-4-616.19.02.05; Artenschutz im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, Erlass des MKULNV NRW v. 17.1.2011 – V-2; Artenschutz in der Bauleitplanung und bei der baurechtlichen Zulassung von Vorhaben, Handlungsempfehlung des MWEBWV NRW und des MKULNV NRW v. 22.12.2010; s. auch Leitfaden „Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung in Nordrhein-Westfalen – Bestandserfassung und Monitoring –“ Forschungsprojekt des MKULNV NRW, Az.: III-4 - 615.17.03.13; MKULNV NRW, Vorschriften zum Schutz von Arten und Lebensräumen in NRW, http://www.umwelt.nrw.de/naturschutz/pdf/broschuere_vorschriften_artenschutz.pdf sowie MKULNV NRW, Geschützte Arten in Nordrhein-Westfalen, Vorkommen, Erhaltungszustand, Gefährdungen, Maßnahmen https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/Broschueren/geschuetzte_arten_2016.pdf
- 255** S. z.B. OVG Münster, Beschl. v. 20.8.2018 - 8 A 2523/17, Rn. 7 f. sowie dass., NWVBl 2017, 395, Rn. 25 zum Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“ und zu den Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten von April 2015 („Helgoländer Papier“); zum Helgoländer Papier (kein allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft) s. OVG Lüneburg, ZNER 2017, 70 unter Hinweis auf Schlacke/Schnittker, Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten, 1. Aufl. 2015; dazu sowie zu weiteren Leitfäden auch Frenz, NVwZ 2017, 1579; ders., NuR 2016, 456; Ruß, NuR 2016, 686; dies., NuR 2016, 803; Mayer, NuR 2016, 683; Köck/Bovet, ZUR 2018, 579 (582 ff.)



- 256** OVG Münster, Beschl. v. 6.8.2019 - 8 B 409/18
- 257** Dolde, NVwZ 2019, 1567 (1568 ff.); dort findet sich auch das o.g. Zitat
- 258** Fellenberg, NVwZ 2019, 177 (185)
- 259** Maslaton, NVwZ 2019, 1081 (1082)
- 260** S. für einen Überblick über Fachkonventionen mit kritischer Würdigung bei Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346 (353 ff.); Storost, UPR 2015, 47; s. auch zu den jüngsten prozessrechtlichen Entwicklungen Beckmann, DÖV 2019, 773 (779 f.)
- 261** Dolde, NVwZ 2019, 1567 (1568 ff.)
- 262** BVerwGE 147, 118
- 263** BVerfG, BVerfGE 149, 407 = NVwZ 2019, 52; dazu auch Eichberger, NVwZ 2019, 1560
- 264** So bereits BVerwGE 155, 91, Rn. 128; zum Naturschutzrecht grundlegend BVerwGE 131, 274, Rn. 65
- 265** BVerfGE 149, 407 = NVwZ 2019, 52
- 266** Fellenberg, NVwZ 2019, 177 (185)
- 267** Dolde, NVwZ 2019, 1567 (1568 ff.)
- 268** Fellenberg, NVwZ 2019, 177 (185)
- 269** Dolde, NVwZ 2019, 1567 (1568 ff.)
- 270** Dolde, NVwZ 2008, 121, 125; Gassner/Heugel, Das neue Naturschutzrecht, Rn. 597
- 271** S. nur Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 44 BNatSchG, Rn. 37
- 272** Zu den Kriterien Seite 53 zu § 34 Abs. 3, Kratsch, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 45, Rn. 38; Fellenberg, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, § 7, Rn. 141 f.; zum abweichenden und möglicherweise abschließenden Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 RL 2009/147/EG OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 - 12 LB 118/16, BauR 2019, 651, Rn. 231; ausf. Müller-Mitschke, NuR 2015, 741 (745 ff.)
- 273** Zur EU-Rechtskonformität dieser Regelung BVerwG, NVwZ 2011, 177, Rn. 53
- 274** VV-Artenschutz, 2.6.2.1
- 275** BVerwGE 136, 291, Rn. 111
- 276** OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 - 12 LB 118/16, BauR 2019, 651, Rn. 231; Frenz, NuR 2016, 251
- 277** Wie auf den Seiten Seite 33+35 gezeigt wurde, gilt dieser Maßstab ungeachtet dessen, dass nicht die national-planungsrechtliche Dogmatik gilt, sondern eine europarechtliche Überprägung festzustellen ist
- 278** Vgl. BVerwGE 130, 299, Rn. 263 ff.; BVerwG, NVwZ 2011, 177, Rn. 55; dazu Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346 (350 ff.); zur durch EuGH NuR 2013, 718 induzierten Frage, ob hier im Artenschutzrecht ein strengerer Maßstab anzulegen ist als im Habitatschutzrecht s. Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 45 BNatSchG, Rn. 51 m.w.Nachw
- 279** Ausf. Attendorn, NVwZ 2012, 1569; Grothe/Frey, NuR 2016, 316 (321 f.); Müller-Mitschke, NuR 2015, 741 (745 ff.)
- 280** BT-Drs. 18/11939, S. 17; Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 44 BNatSchG, Rn. 16a; Lütkes, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45, Rn. 45
- 281** BVerwG, NVwZ 2011, 177, Rn. 57; Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346 (350 ff.); Müller-Mitschke, NuR 2015, 741 (746 ff.)

- 282** OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 - 12 LB 118/16, BauR 2019, 651, Rn. 233
- 283** S. BVerwGE 136, 291, Rn. 141 für den Fall eines bereits bestehenden ungünstigen Erhaltungszustands einer Population; Müller-Mitschke, NuR 2015, 741 (748 f.); s. weiter Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 45 BNatSchG, Rn. 55 ff
- 284** BVerwG, NVwZ 2011, 177, Rn. 60
- 285** S. dazu § 75 LNatSchG NRW; § 67 BNatSchG gilt auch für Befreiungen von Geboten und Verboten des Naturschutzrechts der Länder
- 286** Fischer-Hüftle, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 67, Rn. 8
- 287** BT-Drs. 16/12274, S. 76 f.; Gassner/Heugel, Das neue Naturschutzrecht, Rn. 653; Fellenberg, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, § 7, Rn. 168
- 288** Teßmer, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 67 BNatSchG, Rn. 1
- 289** Zu § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG a.F. BVerwG, LKV 1999, 26; BVerwG, NVwZ 1993, 583; Teßmer, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 67 BNatSchG, Rn. 4
- 290** OVG Münster, Beschl. v. 27.10.2017 - 8 A 2351/14; Urt. v. 5.9.2017 - 8 A 1125/14
- 291** OVG Münster, Urt. v. 14.3.2019 - 2 D 71/17.NE, BauR 2019, 1418
- 292** BVerwG, NuR 2003, 351, Rn. 6; vgl. BVerwGE 130, 299, Rn. 250 f.; Teßmer, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 67 BNatSchG, Rn. 8
- 293** Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 67, Rn. 9
- 294** OVG Münster, NuR 2018, 274
- 295** VGH Mannheim, NuR 2006, 785, Rn. 50; andererseits lasse sich aus den genannten Regelwerken ein konkreter Standortbezug nicht ableiten
- 296** OVG Münster, NuR 2018, 274; OVG Münster, Beschl. v. 20.11.2017 - 8 A 2389/14; OVG Koblenz, Beschl. v. 27.4.2017 - 8 B 10738/17, Rn. 8 f.; OVG Lüneburg, NuR 2016, 780, Rn. 38; OVG Münster, Urt. v. 13.12.2007 - 8 A 2810/04, Rn. 207
- 297** OVG Münster, Beschl. v. 27.10.2017 - 8 A 2351/14
- 298** Vgl. BVerwG, BauR 2004, 1124; VGH Mannheim, NuR 2006, 785, Rn. 48; Teßmer, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 67 BNatSchG, Rn. 9
- 299** So aber Scheidler, DVBl. 2012, 216 (219)
- 300** BVerwG, UPR 1998, 382; VGH Mannheim, NuR 2006, 785, Rn. 46; Gassner/Heugel, Das neue Naturschutzrecht, Rn. 655; Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 67, Rn. 7
- 301** OVG Münster, NWVBl 2017, 473
- 302** Vgl. auch Nr. 8.2.2.5 des Windenergie-Erlasses
- 303** OVG Münster, NWVBl 2017, 473
- 304** OVG Münster, NWVBl 2017, 473
- 305** Die öffentlichen Interessen finden sich in den einzelnen Ausnahmetatbeständen der jeweils einschlägigen Verbotsparagrafen; dazu Fischer-Hüftle, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 67, Rn. 12; gegen Unzumutbarkeit in einem Einzelfall OVG Magdeburg, NuR 2012, 197, Rn. 91 (insoweit nicht abgedruckt)
- 306** OVG Münster, NWVBl 2011, 591, Rn. 19.67; Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 45 BNatSchG, Rn. 35; differenziert Teßmer, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 67 BNatSchG, Rn. 14 f
- 307** OVG Münster, Beschl. v. 6.8.2019 - 8 B 409/18

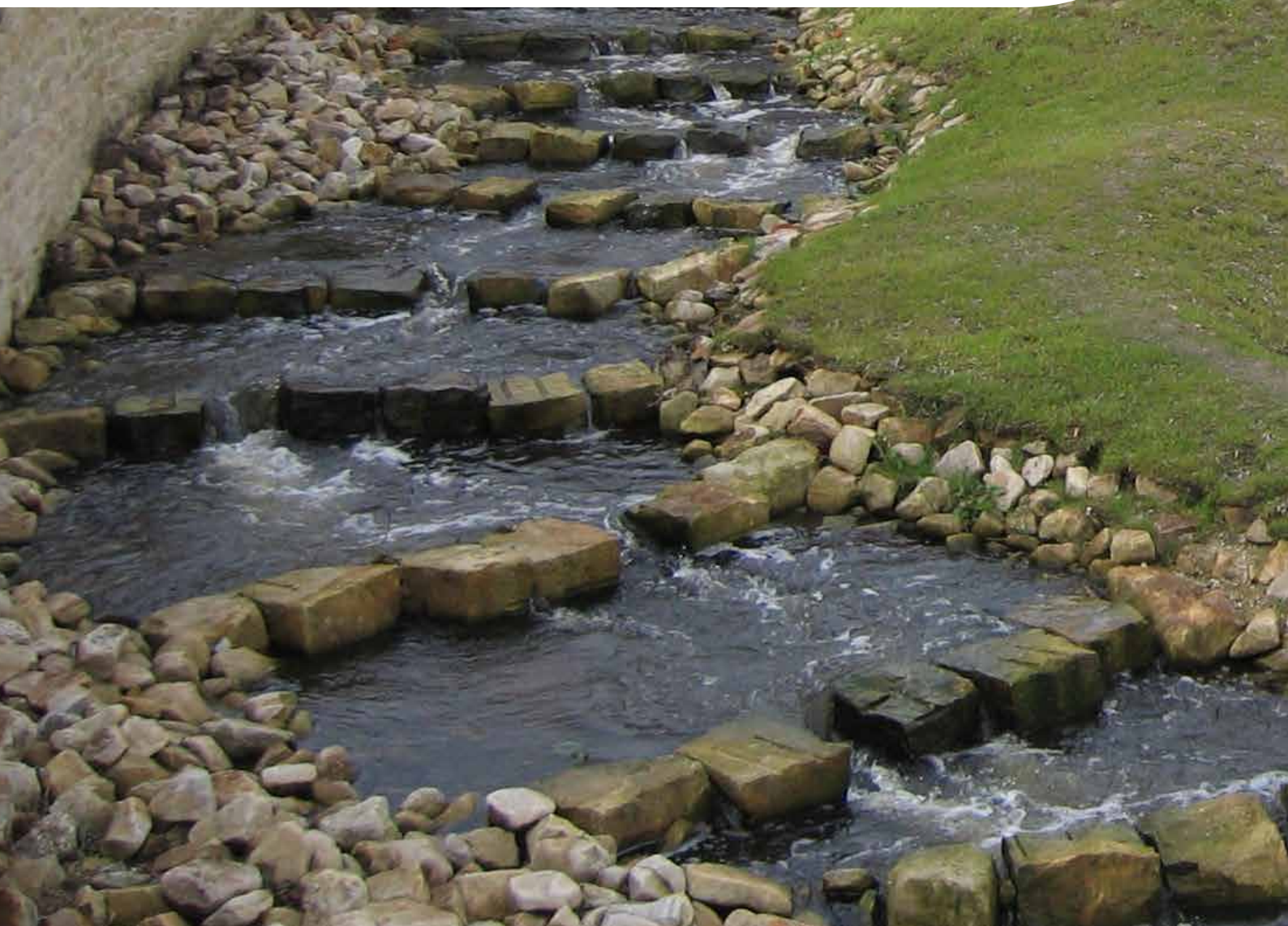


- 308** *Durner*, NuR 2019, 1 (8) m.w.Nachw. auch zur „prophetischen“ Kritik von *Salzwedel* zur Entwertung der Rechtssicherheit infolge der zu ambitionierten gesetzlichen Leitbilder sowie des fehlenden Muts der Behörden zur Ausnutzung verbleibender Spielräume
- 309** *VGH Mannheim*, NuR 2006, 785, Rn. 50; verwiesen wird auf das Kyoto-Protokoll, dem mit Vertragsgesetz vom 27.4.2002 zugestimmt wurde, die Privilegierung von Windenergieanlagen in § 35 BauGB, die RL 2001/7 70/EG sowie das EEG
- 310** *OVG Münster*, NuR 2018, 274; *OVG Münster*, Beschl. v. 20.11.2017 - 8 A 2389/14; *OVG Koblenz*, Beschl. v. 27.4.2017 - 8 B 10738/17, Rn. 8 f.; *OVG Lüneburg*, NuR 2016, 780, Rn. 38; *OVG Münster*, Urt. v. 13.12.2007 - 8 A 2810/04, Rn. 207
- 311** *OVG Münster*, NWVBl 2017, 473
- 312** S. die Berichterstattung in *Westfalenpost* v. 21.1.2020, <https://www.wp.de/staedte/altkreis-brilon/ovg-muenster-hebelt-briloner-windkraftplanung-aus-id228196591.html>; die Urteilsgründe oder eine Pressemeldung des OVG liegen noch nicht vor
- 313** *BVerfG*, BVerfGE 149, 407 = NVwZ 2019, 52; dazu auch *Eichberger*, NVwZ 2019, 1560
- 314** *BVerfG*, BVerfGE 149, 407 = NVwZ 2019, 52
- 315** *Dolde*, NVwZ 2019, 1567 (1568 ff.)
- 316** *Fellenberg*, NVwZ 2019, 177 (185)
- 317** *Dolde*, NVwZ 2019, 1567 (1568 ff.)
- 318** *OVG Münster*, Urt. v. 17.1.2019 - 2 D 63/17.NE; s. bereits *OVG Münster*, NuR 2016, 426; vgl. *OVG Münster*, BauR 2016, 470; *OVG Münster*, ZfBR 2016, 52; *OVG Münster*, BauR 2018, 468; *OVG Münster*, DVBl. 2018, 950; *OVG Münster*, NWVBl. 2017, 473, 475
- 319** *Windkraft-Erlass*, Ziff. 8.2.2.4

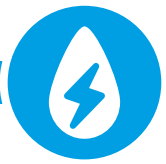




Handlungsmöglichkeiten und -pflichten bei der Wasserkraft im Konflikt mit der Gewässerökologie







Wasserkraftanlagen bedürfen der wasserrechtlichen Zulassung,³²⁰ deren Regelungsrahmen im WHG³²¹ bzw. LWG NRW³²² niedergelegt ist.³²³

Im Fall der Neuerrichtung benötigen sie eine Planfeststellung bzw. Plangenehmigung nach § 68 WHG; im Falle des „Repowering“³²⁴ genügt häufig eine wasserrechtliche Erlaubnis nach §§ 8, 9 WHG.³²⁵ Zudem ermächtigen §§ 20 Abs. 2 Satz 3, 13 Abs. 2 WHG zu nachträglichen Auflagen im Falle von Altrechten.

Es ist zu prüfen, inwieweit die Belange des Klimaschutzes in diese Entscheidungen einfließen können.

Die Wasserbehörden haben bei ihren Entscheidungen grundsätzlich gemäß § 6 WHG ihr Bewirtschaftungsermessen auszuüben (Seite 90).³²⁶ Für Wasserkraft-Sachverhalte wurden einzelne spezielle Bestimmungen geschaffen (Seite 96). Die Bewirtschaftungsgrundsätze sind bei der Ausübung des Bewirtschaftungsermessens zu beachten,³²⁷ erfordern jedoch Verhältnismäßigkeits- und Ausnahmeabwägungen (Seite 100).

Klimaschutz als Ziel und Abwägungsbelang im Wasserrecht

Der Gesetzgeber hat die Belange des Klimaschutzes zunächst in die allgemeine Zwecksetzung des WHG (§ 1) sowie das Bewirtschaftungsermessen (§ 6) aufgenommen.

Klimaschutz und regenerative Energieerzeugung im Rahmen der Zwecksetzung des WHG (§ 1 WHG)

Schon die bei der Ermessensausübung gemäß § 40 VwVfG zu berücksichtigende, allgemeine Zwecksetzung des Gesetzes geht dahin, durch eine **nachhaltige** Gewässerbewirtschaftung die Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts, als Lebensgrundlage des Menschen, als Lebensraum für Tiere und Pflanzen sowie **als nutzbares Gut** zu schützen (§ 1 WHG, Hervorhebung nur hier). Diese Schutzziele sind mit- und gegeneinander abzuwägen und auszugleichen.³²⁸

Dabei geht es nicht allein um ökologische Belange, sondern die geordnete Wasserwirtschaft ist nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sowohl für die Bevölkerung als auch für die Gesamtwirtschaft lebensnotwendig.³²⁹ Wie das BVerfG ausdrücklich formuliert hat, ist das Wasser „eine der wichtigsten Grundlagen allen menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens“. Es begründet dies sowohl öko-

logisch als auch ökonomisch: „Es wird nicht nur als Trink- und Brauchwasser, sondern auch als Produktionsmittel in Industrie und Handwerk benötigt.“³³⁰

Neben den ökologischen Belangen nennt § 1 WHG dementsprechend als Gesetzeszweck auch den Schutz der Inanspruchnahme der Gewässer **als nutzbares Gut**; hierzu zählt auch die zivilisatorische Inanspruchnahme etwa zur Energieerzeugung.³³¹

Die Wasserkraftnutzung leistet auch einen Beitrag zur **Nachhaltigkeit**, indem sie zum Klimaschutz beiträgt, der seinerseits als ein Gut des Wohls der Allgemeinheit bei jeder Bewirtschaftungsentscheidung zu berücksichtigen ist. Die Auslegung der hier begegnenden unbestimmten Rechtsbegriffe hat im Lichte der unionsrechtlichen und der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 20a GG zu erfolgen (siehe im Einzelnen Seite 32).

Klimaschutz und regenerative Energieerzeugung im Bewirtschaftungsermessen (§ 6 WHG)

§ 6 Abs. 1 WHG weist eine multifinale Normprogrammierung auf. Eine grundsätzliche Priorität für den einen oder anderen der in § 6 aufgelisteten Allgemeinwohlbelange kann es dabei nicht geben, auch nicht für die gewässerökologischen Belange, sondern sie müssen zueinander in Beziehung gesetzt werden.³³² In diesem Sinne sind die Wasserkraft sowie der durch sie beförderte Klimaschutz in mehrfacher Hinsicht bei der Ausübung des Bewirtschaftungsermessens nach § 6 WHG zu berücksichtigen.³³³

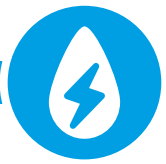
Im Einzelnen:

Abs. 1 Satz 1 Nr. 3: Nutzung der Gewässer zum Wohl der Allgemeinheit und im Interesse Einzelner

Wohl der Allgemeinheit

Die Bewirtschaftungsbehörde hat das Ziel zu verfolgen, dass die Gewässer zum Wohl der Allgemeinheit genutzt werden.³³⁴ Das „Wohl der Allgemeinheit“ ist ein gerichtlich voll überprüfbarer unbestimmter Rechtsbegriff.³³⁵ Dieser Begriff umfasst nicht nur die öffentliche Wasserversorgung, den Wasserhaushalt und sonstige Belange der Wasserwirtschaft, sondern will die Beeinträchtigung des Gemeinwohls „auch in anderer Hinsicht“ einbeziehen.³³⁶ Es handelt sich um die gebündelten Interessen aller Bürger.³³⁷

Schon normsystematisch sind hier die verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie die Klimaschutzgesetzgebung (Seite 28, 29 und 32) in die Ermessensentscheidung einzubeziehen mit der Folge, dass die Anwendung des Wasserrechts



dazu beitragen muss, dass die verbindlichen Ziele der Begrenzung der Erderwärmung und der Reduktion von CO₂-Emissionen zum vorgegebenen Zeitpunkt erreicht werden.

Zu den Belangen des Wohls der Allgemeinheit zählen sodann im Einzelnen auch die Belange der Daseinsvorsorge, darunter auch die Energieerzeugung,³³⁸ und zwar konkret auch die öffentliche Energieversorgung durch Nutzung der Wasserkraft.³³⁹ Die Nutzung der Wasserkraft als erneuerbare Energie ist beispielsweise als überwiegender Grund des Wohls der Allgemeinheit anerkannt, der einer Renaturierung im Sinne des § 6 Abs. 2 WHG entgegenstehen kann.³⁴⁰ § 28 LWG NRW bestimmt ausdrücklich, dass in der Regel überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit im Sinne von § 6 Abs. 2 WHG der Verpflichtung zum Rückbau eines ausgebauten Gewässers in einen naturnahen Zustand entgegenstehen, wenn eine Wasserkraftnutzung vorhanden ist.

Die Rechtsprechung hat zu den von der Behörde zu berücksichtigenden Belangen des Allgemeinwohls auch den Klimaschutz gezählt.³⁴¹ In § 28 Abs. 1 Satz 1+2 LWG NRW findet dies ausdrücklich Niederschlag: Demnach sind bei der Zulassung von Benutzungen und der Gewässerausbau zum Zweck der Energieerzeugung durch Wasserkraft auch die Erfordernisse des Klimaschutzes zu berücksichtigen. Bei der Wasserkraft handelt es sich weitergehend um Stromgewinnung aus erneuerbaren Energien. Es geht damit um den Klimaschutz.

Die Rechtsprechung trägt dem in vielen Entscheidungen Rechnung:

- Die Rechtsprechung hat bereits im Jahr 2005 bejaht, dass der Klimaschutz ein Gut des Wohls der Allgemeinheit ist.³⁴² Hierdurch wird die Position der Wasserkraft im Rahmen der Abwägung mit anderen Belangen der Gewässerbewirtschaftung gestärkt. Wenn ihr auch nicht automatisch ein überwiegendes Gewicht zukommt,³⁴³ so stand doch im konkret entschiedenen Fall die vorhandene Wasserkraftnutzung als überwiegender Grund des Wohls der Allgemeinheit einer nachträglichen Anordnung eines Umgehungsgerinnes entgegen.
- Bei der wasserrechtlichen Beurteilung von Anlagen zur Energiegewinnung aus Wasserkraft ist zu berücksichtigen, dass durch den Einsatz regenerativer Energien dazu beigetragen werden kann, den Schadstoffausstoß durch Energiegewinnung aus sich verbrauchenden Rohstoffen zu reduzieren. Dies ist ein gewichtiger öffentlicher Belang.³⁴⁴
- In einem weiteren Fall bestätigte der *VGH München* das hohe öffentliche Interesse an der Nutzung einer regenerativen Energiequelle. Das einschlägige bayerische Energiekonzept sah den Umbau der Energieversorgung hin zu einem weitgehend

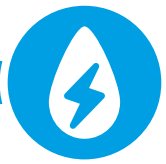
auf erneuerbare Energien gestützten Versorgungssystem ohne Kernenergie vor; hierbei kam der Wasserkraftnutzung wesentliche Bedeutung zu, zumal diese die wichtigste und am stärksten ausgebaute Form der Stromerzeugung aus regenerativen Energiequellen bildete.³⁴⁵

- Das OVG Koblenz³⁴⁶ hat die Rolle erneuerbarer Energie als Ersatz für Strom aus Kohle- oder Atomkraftwerken erkannt, auf den die Bundesrepublik nach dem Atomausstieg angewiesen sei. Die notwendige Versorgung der Bevölkerung mit Strom geschehe auch durch Gewinnung von Energie aus der Wind- und Wasserkraft. Auch die Energiepolitik der EU verfolge als Ziel, das Funktionieren des Energiemarktes sicherzustellen, die Energieversorgungssicherheit zu gewährleisten und die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen zu fördern, da die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt. An der Nutzung erneuerbarer Energien wie der Wasserkraft bestehe mithin ganz allgemein ein gewichtiges öffentliches Interesse, und zwar nicht nur wegen der weitgehend klimaneutralen Erzeugung, sondern wegen der Grundlastfähigkeit, die zur Ablösung namentlich fossiler Energieträger sowie der Atomkraft dringend erforderlich sei.³⁴⁷
- Erst unlängst hat der EuGH auch der „kleinen Wasserkraft“ ein öffentliches Interesse beigemessen, das eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen rechtfertigen kann.³⁴⁸ Notwendig, aber im entschiedenen Fall auch ausreichend, war es, den Nutzen des Vorhabens und die sich daraus ergebende Beeinträchtigung des Zustands des Oberflächenwasserkörpers gegeneinander abzuwägen.³⁴⁹

Nimmt man die Wasserkraft als wichtigen (weil grundlastfähigen) Baustein der Energiewende wahr, so kommt ihr unter der zwischenzeitlichen Konkretisierung und Verbindlichkeit der Klimaschutzgesetzgebung auch eine bedeutsame Rolle bei der weiteren Klimaschutzplanung und dem dazu notwendigen Umbau der Energieversorgung zu. Im Kontrast dazu steht allerdings zu bedenken, dass ihr Ausbau gegenwärtig stagniert (siehe Seite 17). Dies verleiht dem Belang nochmals eine besondere und durchaus dringliche Bedeutung.

Interessen Einzelner

Gleichermaßen schreibt § 6 Abs. 1 Nr. 3 WHG vor, dass auch auf die Interessen Einzelner Rücksicht zu nehmen ist. Dies gilt auch für Wasserkraftbetreiber, die sich auf die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG berufen können.³⁵⁰ Dabei ist die Möglichkeit und das Interesse privater Gewinnerzielung nicht für sich genommen als Ermessensschränke zu betrachten.³⁵¹ Die Gemeinwohlorientierung der Wasserkraftnutzung wird mithin nicht dadurch beschädigt, dass der Anlagenbetreiber Gewinnerzielungsabsichten verfolgt. Solche Vorhaben sind gemeinnützig, da sie aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt sind; sie liegen nicht im alleinigen privaten Interesse eines Unternehmers.³⁵²



Bestandsinteresse

Dies gilt umso mehr, wenn der Inhaber eines Altrechts auf den grundrechtlich geschützten Bestand seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs verweisen kann. In der bundesverfassungsgerichtlichen und bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist klar herausgearbeitet worden, dass alte Wasserrechte den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießen, da sie dem Einzelnen eine Rechtsposition verschaffen, die derjenigen eines Eigentümers entspricht und diese Rechtsposition auf nicht unerheblichen Eigenleistungen beruht, die der Anlagenbetreiber regelmäßig im Vertrauen auf den Bestand der Erlaubnis getätigt hat.³⁵³

Dies schlägt sich in den dann einschlägigen Ermächtigungsnormen des § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG, wie auch den Absätzen 2 der §§ 34 und 35³⁵⁴ nieder: Stets ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein Altrecht betroffen ist. Nachträgliche Eingriffe in Altrechte müssen wirtschaftlich gerechtfertigt und mit der Benutzung vereinbar sein.³⁵⁵ Insoweit hat das OVG Münster entschieden, dass auch innerhalb dieser Zulässigkeitsgrenzen den Inhabern alter Rechte ein stärkerer Schutz gegen Beschränkungen zuzubilligen ist als dem Inhaber einer Bewilligung.³⁵⁶ Ein berechtigtes Interesse an der Gewinnerzielung – nach dem Maßstab der tatsächlichen Rentabilität der konkret betroffenen Anlage³⁵⁷ – ist in die Abwägung einzustellen.³⁵⁸

Abs. 1 Satz 1 Nr. 4: Bestehende oder künftige Nutzungsmöglichkeiten

§ 6 Abs. 1 Nr. 4 WHG schreibt das Bewirtschaftungsziel vor, bestehende oder künftige Nutzungsmöglichkeiten insbesondere für die öffentliche Wasserversorgung zu erhalten oder zu schaffen. Das Bewirtschaftungsziel, bestehende Nutzungsmöglichkeiten der Gewässer zu erhalten, verleiht bestehenden Gewässerbenutzungen keinen Bestandsschutz, sorgt jedoch dafür, dass bestehende Nutzungen und Nutzungspotenziale in die Abwägung einbezogen werden müssen.³⁵⁹

Dieses Bewirtschaftungsziel beschränkt sich dem eindeutigen Wortlaut nach nicht auf die Belange der öffentlichen Wasserversorgung, sondern nimmt jegliche Nutzungsmöglichkeiten des Gewässers in den Blick. Auch die Wasserkraft ist eine legitime und gesellschaftlich unterstützenswerte Nutzung der Gewässer (vgl. § 1 WHG). Dies gilt gerade auch für eine im öffentlichen Interesse liegende Nutzung wie die regenerative Energieerzeugung, die über die Bereitstellung von Energie hinaus auch dem Klimaschutz dient.

Abs. 1 Satz 1 Nr. 5: Vorbeugung gegenüber den möglichen Folgen des Klimawandels

Wenn gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG möglichen Folgen des Klimawandels vorzubeugen ist, so macht dies deutlich, dass Gewässerbewirtschaftungsentscheidungen auch den Belangen des Klimaschutzes zu dienen haben. Diese Belange sind nun-

mehr durch die Klimaschutzgesetzgebung konkretisiert und verbindlich gemacht worden (Unterkapitel auf Seite 26 und 29).

Es ist anerkannt, dass bei der wasserrechtlichen Beurteilung von Anlagen zur Energiegewinnung aus Wasserkraft angemessen zu berücksichtigen ist, dass der Einsatz regenerativer Energien dazu beiträgt, den Schadstoffausstoß bei konventioneller Energiegewinnung zu reduzieren.³⁶⁰

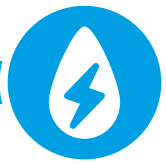
Auch in diesem Rahmen ist das öffentliche Interesse am Bestand von Wasserkraftanlagen zu berücksichtigen.³⁶¹ Jegliche Nutzung der Wasserkraft trägt dazu bei, den möglichen Folgen des Klimawandels vorzubeugen.³⁶² Dies trifft auf jede einzelne Maßnahme zu, wenn auch gegebenenfalls nur im Sinne eines Mosaiksteins. Im Urteil „Schwarze Sulm“ hat der EuGH unlängst befunden, dass auch eine kleine Wasserkraftanlage ein öffentliches Interesse verkörpert, das eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen rechtfertigen kann – wohl wissend, dass die Wasserkraft nur eine neben anderen erneuerbaren Energien ist und die konkrete Anlage lediglich zwei Promille der regionalen und 0,4 Promille der nationalen Erzeugung beisteuerte.³⁶³

Abs. 1 Satz 2: Berücksichtigung der Erfordernisse des Klimaschutzes

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 WHG ist durch die nachhaltige Gewässerbewirtschaftung ein hohes Schutzniveau für die Umwelt insgesamt zu gewährleisten. Dass dabei ausdrücklich die Erfordernisse des Klimaschutzes zu berücksichtigen sind,³⁶⁴ geht nicht auf EU-Recht zurück; diese nationale Spezialität dient konkret der Förderung der Wasserkraftnutzung.³⁶⁵

§ 6 Abs. 1 WHG ist von der Leitlinie der **nachhaltigen** Gewässerbewirtschaftung geprägt. Der Begriff der Nachhaltigkeit ist nur scheinbar eindimensional auf eine zukunftsgerichtete Bewahrung der zu bewirtschaftenden Ressource ausgerichtet. Nach dem Drei-Säulen-Modell der Konferenz von Rio 1992³⁶⁶ verlangt das Leitbild der Nachhaltigkeit eine Abwägung zwischen den jeweils berührten ökologischen, sozialen und ökonomischen Interessen.³⁶⁷ Dies bedingt, dass bei Abwägungsentscheidungen neben den ökologischen Erhaltungs-/Optimierungsinteressen auch der Klimaschutz und die regenerative Energieerzeugung mit allen berührten Interessen einzelfallbezogen in den Blick zu nehmen sind.³⁶⁸ Dies ist durch nachfolgende Resolutionen ausgebaut worden, insbesondere durch „The future we want“³⁶⁹ und die „Agenda 2030“³⁷⁰. In der Agenda 2030 wurden 17 Ziele der Nachhaltigkeit definiert,³⁷¹ unter denen sich auch das des Klimaschutzes befindet. Diese Ziele hat sich auch die Bundesregierung zu eigen gemacht³⁷² und in die Nachhaltigkeitsstrategie aufgenommen.³⁷³

Auch die eigentliche Gewässerbenutzung – hier: durch Wasserkraftwerke, die ein Baustein der Energiewende und damit der Vermeidung eines schädlichen Klimawandels



sind – kann dem Klimaschutz dienen und mithin den Klimawandel beeinflussen. Dabei ist aktuell das faktische und rechtliche Interesse an der Erschließung und Nutzung erneuerbarer Energien deutlich aufgewertet, aber auch durch die Klimaschutzgesetzgebung konkretisiert, verbindlich gemacht und im Rahmen der darauf aufsetzenden Pläne operationalisiert (siehe Unterkapitel auf Seite 26 und 29).

i Bei der Anwendung des § 6 Abs. 1 WHG darf keine Beschränkung auf die wasserwirtschaftlichen oder gar gewässerökologischen Belange vorgenommen werden. Es muss vielmehr nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 WHG zugunsten der Anlage berücksichtigt (und mit den Belangen aus § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 WHG abgewogen) werden, dass

- die Anlage berechtigten Interessen Einzelner dient, die im Einklang mit dem Wohl der Allgemeinheit stehen (Satz 1 Nr. 3 2.Alt.),
- diese bestehende Nutzungsmöglichkeit (und damit verbundene künftige Nutzungsmöglichkeiten) des Gewässers erhaltungswürdig ist/sind (Satz 1 Nr. 4),
- die Anlage schon allein durch die Erzeugung von Energie und namentlich durch die Verwertung der regenerativen Ressource Wasser dem Wohl der Allgemeinheit dient (Satz 1 Nr. 3 1.Alt.),
- die Anlage dadurch einen Beitrag zum Klimaschutz (Satz 1 Nr. 5; Satz 2) leistet und
- die Anlage zur Nachhaltigkeit der Gewässerbewirtschaftung beiträgt (Satz 1), wobei in die Nachhaltigkeitsbetrachtung nicht nur wasserwirtschaftliche/ gewässerökologische Belange einzustellen sind, sondern auch die in der Gewässernutzung zur regenerativen Energieerzeugung verkörpert gesellschaftlichen, ökonomischen und (übergreifend klima-)ökologischen Belange.

Diesen Belangen kommt angesichts der aktuellen Rechts- und Faktenlage, nicht zuletzt in Folge der Klimaschutzgesetzgebung, eine weiter gesteigerte Bedeutung zu.

Spezielle Regelungen für Wasserkraftanlagen

Sowohl im Bundes- als auch im Landesrecht liegen speziell für Wasserkraftanlagen geltende Regelungen vor.

§§ 33 ff. WHG

Eine Reihe von Rechtsnormen betrifft die Energieerzeugung aus Wasserkraft. In diesem Kurzgutachten werden insbesondere die §§ 33-35 WHG beleuchtet.

Mindestwasserführung (§ 33 WHG)

§ 33 WHG bestimmt, dass das Aufstauen eines oberirdischen Gewässers oder das Entnehmen oder Ableiten von Wasser aus einem oberirdischen Gewässer nur zu-

lässig ist, wenn die Abflussmenge erhalten bleibt, die für das Gewässer und andere hiermit verbundene Gewässer erforderlich ist, um den Zielen des § 6 Abs. 1 und der §§ 27 bis 31 zu entsprechen (Mindestwasserführung).

§ 33 WHG stellt keine isolierte Mindestwasserführungspflicht auf, sondern die für die betroffenen Gewässer geltenden Bewirtschaftungsziele sind in ihrer Gesamtheit zu beachten; dies ergibt sich schon aus dem Verweis auf die §§ 27 bis 31.³⁷⁴ Es ist keine „nach oben offene“ oder mit beliebigen Entwicklungszielen verknüpfte Anordnung zulässig, sondern es geht darum, die Konformität mit den Bewirtschaftungszielen der Wasserrahmenrichtlinie sicherzustellen.³⁷⁵

Die Mindestwasserführung ist keine feststehende Größe. Sie ist vielmehr im Einzelfall mit Blick auf die in § 6 Abs. 1 geregelten Bewirtschaftungsgrundsätze und die einschlägigen Bewirtschaftungsziele zu ermitteln. Die konkrete Mindestwasserführung richtet sich mithin nach den hydrologischen Gegebenheiten vor Ort und den ökologischen Erfordernissen im Einzelfall.³⁷⁶

Der ursprüngliche Gesetzentwurf der Bundesregierung forderte – angelehnt an die bestehenden Regelungen zur Mindestwasserführung in den Ländern – allgemein den Erhalt der Abflussmenge, die für die **„ökologische Funktionsfähigkeit“** des Gewässers erforderlich ist.³⁷⁷ Auf Initiative des Bundesrates setzte sich dagegen letztendlich vorliegende, enger an den „Zielsetzungen und Begrifflichkeiten der WRRL“ orientierte Formulierung durch.³⁷⁸

Über §§ 27 ff. WHG kommen auch die Belange des Klimaschutzes und der Energiewende zum Tragen (siehe Seite 100).

Durchgängigkeit (§ 34 WHG)

§ 34 WHG schreibt vor, die Durchgängigkeit zu gewährleisten. Dessen Abs. 1 bestimmt, dass die Errichtung, die wesentliche Änderung und der Betrieb von Stauanlagen nur zugelassen werden dürfen, wenn durch geeignete Einrichtungen und Betriebsweisen die Durchgängigkeit des Gewässers erhalten oder wiederhergestellt wird, soweit dies erforderlich ist, um die Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31 zu erreichen.

Die „Durchgängigkeit“ ist ein auslegungsfähiger und -bedürftiger unbestimmter Rechtsbegriff.³⁷⁹ Auch hier gilt der Maßstab der Bewirtschaftungsziele im Sinne einer „Erforderlichkeit“.³⁸⁰ Dieses Merkmal besagt wiederum, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt.³⁸¹ Über den Verweis auf § 31 greift auch das dort in Abs. 2 geregelte Ausnahmeregime. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen zu § 33 verwiesen werden.



Maßnahmen zum Schutz der Fischpopulation (§ 35 WHG)

§ 35 Abs. 1 WHG bestimmt: „Die Nutzung von Wasserkraft darf nur zugelassen werden, wenn auch geeignete Maßnahmen zum Schutz der Fischpopulation ergriffen werden.“

Für Bestandsanlagen sind gemäß Abs. 2 die erforderlichen Maßnahmen innerhalb angemessener Frist durchzuführen. Gerade bei Anwendung der materiellen Spezialvorschriften der §§ 33-35 WHG auf Bestandsnutzungen ist die Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit in besonderem Maße geboten.³⁸²

Im Rahmen der nach Abs. 1 wie auch Abs. 2 vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsabwägung kommen nicht nur ökologische Aspekte zum Tragen,³⁸³ sondern es sind stets sämtliche betroffene Belange zu berücksichtigen; hier ist dies neben der Gewässerökologie auch der Beitrag zum Klimaschutz, den eine Wasserkraftanlage leisten kann. Die Potenziale der Wasserkraft müssen unter Abwägung der Erfordernisse der nachhaltigen Energiegewinnung und der nachhaltigen Gewässerbewirtschaftung erschlossen werden können.³⁸⁴

Darüber hinaus sind auch die privaten Belange des Betreibers zu berücksichtigen (vgl. § 28 Abs. 3 Satz 2 LWG NRW). Es dürfen beispielsweise auf § 35 WHG gestützt keine Anstrengungen verlangt werden, die mit erheblichem finanziellen Aufwand nur eine geringfügige Verbesserung des Schutzes der betroffenen Fischpopulation bewirken.³⁸⁵



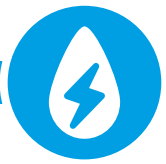
Förderung der Wasserkraft (§ 28 LWG NRW)

§ 28 (vormals 31a) LWG NRW wurde in das nordrhein-westfälische Wassergesetz eingefügt, um die Nutzung der Gewässer für die Wasserkraft zu fördern.

In Abs. 1 wird zunächst festgeschrieben, dass sich die Zulassung von Benutzungen und der Gewässerausbau zum Zweck der Energieerzeugung durch Wasserkraft an den Bewirtschaftungszielen sowie den Vorgaben des Maßnahmenprogramms auszurichten haben (Satz 1).

Satz 2 ergänzt, dass dabei die Erfordernisse des Klimaschutzes und der Gewässerökologie zu berücksichtigen sind, was die ohnehin gegebene verfassungsrechtliche Interessenlage referenziert. Die Erfordernisse des Klimaschutzes sind zwischenzeitlich durch die Klimaschutzgesetzgebung des Landes und des Bundes konkretisiert und (für die jeweilige Regierung) verbindlich gemacht worden. Dies ist bei der Anwendung des LWG zu berücksichtigen.

Abs. 2 bis 3 bilden Privilegierungsnormen für Wasserkraftwerke. Zum einen bestimmt Abs. 2, dass bei vorhandener Wasserkraftnutzung in der Regel überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit der Verpflichtung zum Rückbau eines ausgebauten Gewässers in einen naturnahen Zustand entgegenstehen. Für die Wasserkraftnutzung kann gemäß Abs. 3 Satz 1 eine gehobene Erlaubnis erteilt werden. Satz 2 bestimmt ausdrücklich, dass bei der Befristung der Erlaubnis das Interesse des Betreibers an einer zeitlich angemessenen Nutzung der Wasserkraftanlage zu berücksichtigen ist.



Durch diese nordrhein-westfälischen Regelungen wird mithin die Wasserkraftnutzung in einzelnen begleitenden Aspekten privilegiert, und es wird im Zulassungsrecht auf die Beachtlichkeit der – ohnehin höherrangig geltenden – verfassungsrechtlichen Vorgaben des Klimaschutzes hingewiesen. Diese Privilegierungen sind bei der systematischen Auslegung anderer Vorschriften zu berücksichtigen.

Erlasslage in NRW

Mit primär lediglich binnenrechtlicher Wirkung ist in NRW schließlich ein einschlägiger Erlass³⁸⁶ zu berücksichtigen, der unter anderem Maßnahmen zum Ausgleich von Beeinträchtigungen der Gewässer durch Querbauwerke sowie durch Wasserkraft enthält (Ziff. 3+4 des Erlasses). Bei der Anwendung des Erlasses durch die Vollzugsbehörden ist zu beachten, dass ein Erlass keine vollständige Bindung für den Einzelfall erzeugen darf, da die sich (zu Recht oder zu Unrecht) gebunden führende Behörde ansonsten einen Ermessens- bzw. Abwägungsausfall produzieren würde.³⁸⁷ Im Rahmen ihrer Abwägung muss die Zulassungsbehörde jedenfalls ihrerseits den Einzelfall würdigen und die Klimaschutzbelange mit der ihnen zukommenden Wertigkeit beachten und mit den übrigen Belangen in ein angemessenes Verhältnis setzen.

i Die speziellen Vorschriften für Wasserkraftanlagen in §§ 33-35 WHG sowie § 28 LWG NRW weisen eine mehr oder weniger starke fördernde/privilegierende Grundausrichtung auf. Die in diesen Normen auch enthaltenen, restriktiven Zulassungsvoraussetzungen

- sind mit den Bewirtschaftungszielen verknüpft (dazu sogleich) und
- stehen jeweils unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit.

Daraus folgt, dass neben dem ökologischen Schutzziel auch die privaten Interessen des Betreibers sowie die Belange des Klimaschutzes und der Förderung erneuerbarer Energien – mit dem ihnen zukommenden verfassungsrechtlichen Gewicht – zu berücksichtigen sind.

Bewirtschaftungsgrundsätze und Ausnahmen

Auf der Grundlage der qualitätsbezogenen Regelungen von Art. 4 Abs. 1 WRRL sind für Oberflächengewässer in §§ 27 ff. WHG Bewirtschaftungsgrundsätze enthalten. In Konkretisierung dieser Grundsätze wurde die Oberflächengewässerverordnung (OGewV)³⁸⁸ erlassen. §§ 27 ff. WHG bilden eine Grenze des Bewirtschaftungsermessens, aber verdrängen dieses ebenso wenig wie das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, das mit dem Abweichungs- und Ausnahmeregime in §§ 30 f. WHG näher ausgestaltet ist.³⁸⁹ Auch § 28 LWG NRW fordert bei der Anwendung der Bewirtschaftungsgrundsätze eine Abwägung mit den Erfordernissen des Klimaschutzes und der Gewässerökologie (dazu Seite 99).

Zielvorgaben der Bewirtschaftungsgrundsätze

Die Bewirtschaftungsgrundsätze bestehen im Kern aus einem Verschlechterungsverbot und einem Erhaltungs- und Sanierungsgebot;³⁹⁰ beide gelten gleichermaßen für den ökologischen wie für den chemischen Zustand.

Bewirtschaftungsgrundsätze: Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot

Oberirdische Gewässer sind demnach so zu bewirtschaften, dass erstens eine Verschlechterung ihres ökologischen und ihres chemischen Zustands vermieden wird und zweitens ein guter ökologischer und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden (§ 27 Abs. 1 WHG). Zu dem guten ökologischen Zustand im Sinne von Art. 2 Nr. 21 WRRL zählen auch hydromorphologische Gegebenheiten wie die Durchgängigkeit der Oberflächengewässer³⁹¹ (vgl. speziell § 34 WHG für Wasserkraftanlagen). Weniger strenge Zielvorgaben gelten für künstliche und erheblich veränderte Gewässer; hier haben die Behörden zudem einen deutlich größeren Vollzugsspielraum.³⁹² Wie Art. 4 Abs. 3 lit. a) iii. WRRL und § 28 Nr. 1 lit. d) WHG ausdrücklich bestimmen, kann die bestehende Wasserspeicherung zur Stromerzeugung eine Einstufung des Gewässers als künstlich oder erheblich verändert rechtfertigen.³⁹³

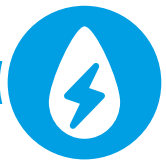
Bewirtschaftungsplan und Maßnahmenprogramm

Einzelheiten ergeben sich je Gewässer und Gewässerabschnitt aus dem Bewirtschaftungsplan³⁹⁴ und dem Maßnahmenprogramm³⁹⁵. Diese Vorgaben sind – unter Beachtung des auf „Abweichungen und Ausnahmen“ auf Seite 103 genannten Ausnahme- und Verhältnismäßigkeitsregimes – für alle behördlichen Entscheidungen verbindlich. Zur Sicherstellung der Bewirtschaftungsziele können Nebenbestimmungen erlassen werden (vgl. §§ 20 Abs. 2 Satz 3, 13 Abs. 2 WHG).

Hinsichtlich der Beurteilung der Beachtung der Bewirtschaftungsgrundsätze hat die zuständige Behörde – nach allerdings nicht einhelliger Auffassung – eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative.³⁹⁶ Da die Bewirtschaftungsziele für Wasserkörper gelten, ist eine abschnittsweise Betrachtung anzustellen, die es beispielsweise zulassen kann, in einem Teil des Gewässerabschnitts eine Verschlechterung zuzulassen, sofern es gleichwohl im zu betrachtenden Gewässerabschnitt insgesamt zu einer Zielerreichung kommt.³⁹⁷

Abwägungspflicht

Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 LWG NRW hat sich die Zulassung von Benutzungen und der Gewässerausbau zum Zweck der Energieerzeugung durch Wasserkraft an den Bewirtschaftungszielen sowie den Vorgaben des Maßnahmenprogramms auszu-



richten (Satz 1). Satz 2 bestimmt des Weiteren, dass dabei die Erfordernisse des Klimaschutzes und der Gewässerökologie zu berücksichtigen sind. Es hat mithin eine Abwägung stattzufinden.

Verfehlung der Bewirtschaftungsziele

Die vorstehenden Ziele wurden EU- und bundesweit zum Zielzeitpunkt großflächig verfehlt. Dies ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitserwägungen (dazu sogleich) zu berücksichtigen.

In Deutschland beträgt die Verfehlung des guten Zustands – bezogen auf die Prognosen für 2015³⁹⁸ – 80 %, ³⁹⁹ bei den Oberflächengewässern beträgt der Zielerreichungsgrad 8 %. ⁴⁰⁰ Auch für den zweiten Bewirtschaftungszeitraum (2015–2021) wird in den Bewirtschaftungsplänen nur eine geringfügige Verbesserung dieser Quote prognostiziert. ⁴⁰¹ Eine normative Regelung, die ihr erklärtes Ziel lediglich zu einem Fünftel oder gar Zehntel erreicht und deswegen notgedrungen das Gros der betroffenen Sachverhalte – gesetzgebungstheoretisch bedenklich – mithilfe von Ausnahmeklauseln ⁴⁰² bewältigen muss, zeugt beredt von einem deutlichen Versagen des Normgebers. ⁴⁰³

Wenn seit 2015 die WRRL „in den Ausnahmemodus schaltet“, ⁴⁰⁴ wird ab diesem Zeitpunkt ein Befund zugrunde gelegt und ein Ziel – oder: Wunsch – verfolgt, der tatsächlich ganz überwiegend Illusion geblieben ist. ⁴⁰⁵ Die Schlussfolgerung, dies sei „ein klarer Rechtsverstoß“ sowohl gegen die WRRL als auch gegen die einschlägigen Umsetzungsbestimmungen des WHG, ⁴⁰⁶ erscheint keineswegs überzeugend. Vielmehr ist offenbar, dass von vornherein unrealistische Ziele gesetzt wurden: das Versprechen des guten ökologischen Zustands war in einer kultivierten und industrialisierten Gesellschaft unerfüllbar. ⁴⁰⁷ Vielmehr wird deshalb großflächig Zuflucht zu nehmen sein zu verminderten Gewässerschutzzielen nach Art. 4 Abs. 5 WRRL. ⁴⁰⁸

Verletzung des Prinzips anthropozentrischen Umweltschutzes

Dieser Befund weist auf ein tieferliegendes Strukturproblem. Erst jetzt, in dem letzten Stadium des Planvollzugs, werden die Wirkungen der WRRL sichtbar. ⁴⁰⁹

In der Literatur ist durch Reinhardt bei der Betrachtung der Umsetzung der WRRL eine gewohnte scharf formulierte „Grundskepsis des europäischen Normgebers der Spezies Mensch gegenüber“ konstatiert worden, die sich beispielsweise darin zeigt, dass durchgängig von anthropogenen „Störungen“ des Wasserhaushalts die Rede ist und der Referenzzustand von menschlich unbeeinflussten Gewässern postuliert wird. Das richtlinienrechtliche Grundverständnis vom Menschen als Störer der Natur bei Umweltgütern, auf deren Nutzung nicht verzichtet werden kann, ist grundrechtlich

nicht tragfähig und mit dem Menschenbild von Art. 1 der GRCh⁴¹⁰ sowie Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag⁴¹¹ unvereinbar.⁴¹² Die Menschenwürde ist als „Hauptgrundrecht“ an den Anfang der Grundrechte gestellt und gilt dem Menschen wegen seines Menschseins mit dem entsprechenden Eigenwert – seiner „inherent dignity“ und Selbstzweckhaftigkeit.⁴¹³ Es besteht ein prinzipieller Unterschied zwischen dem Menschen und seiner (auch belebten) Umwelt.⁴¹⁴ Diese wichtigste normative Entscheidung der GRCh ist maßgeblich für die Auslegung sämtlicher weiterer Rechte und Grundsätze.⁴¹⁵ Die als „tendenziell anthropophob“ beschriebene Gewässerschutzpolitik⁴¹⁶ steht in manifestem Gegensatz zu der anthropozentrischen Ausrichtung des Umweltschutzes im EU-Primärrecht.⁴¹⁷ Diese Erwägungen sind nicht nur bei den übergeordneten Legislativentscheidungen und den weitergehenden Bewirtschaftungsplanungen angemessen zu würdigen, sondern sie müssen auch bei der Anwendung des einzelfallbezogenen Ausnahmeregimes Berücksichtigung finden.

Die Bewirtschaftungsgrundsätze sind in der Konkretisierung, die sie im Bewirtschaftungsplan und Maßnahmenprogramm erfahren haben, grundsätzlich verbindlich ausgestaltet, jedoch mit einer immanenten Abwägungspflicht ausgestattet.

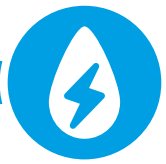
Sofern die Bewirtschaftungsziele im Einzelfall konkret unrealistisch und unausgewogen ausgestaltet wurden, sind diese über das vorhandene Ausnahmeinstrumentarium mit den sozioökonomischen Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Abweichungen und Ausnahmen

Die Erreichung der Bewirtschaftungsziele steht unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, der in §§ 29-31 WHG (nicht abschließend) geregelt ist.⁴¹⁸ Diese Normen gestalten den rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch typisierte Vorentscheidungen aus, um widerstreitende Interessen des Gewässerschutzes und der menschlichen Nutzung des Gewässers miteinander in Einklang zu bringen.⁴¹⁹

Hier soll die Aufmerksamkeit auf **Ausnahmen** liegen: Gemäß § 31 Abs. 2 WHG sind unter Umständen Ausnahmen von den Bewirtschaftungsgeboten anzuerkennen, das heißt eine vollständige Befreiung von diesen⁴²⁰ – beispielsweise eine Befreiung von dem Ziel der Erreichung des guten Zustands in puncto Durchgängigkeit. Diese Ausnahmen gelten (sofern die Voraussetzungen erfüllt sind) von Gesetzes wegen; sie bedürfen keiner separaten behördlichen Zulassung,⁴²¹ sondern sind in diesem Fall von der dafür zuständigen Zulassungsbehörde bei der Erlaubniserteilung bzw. Planfeststellung/-genehmigung zu beachten.⁴²²

Es handelt sich hier nicht um eng auszulegende Ausnahmegründe, sondern um einen gesamthaften Verhältnismäßigkeitsmechanismus. Der *EuGH* hatte zwar zu-



nächst in seinem Weservertiefungsurteil befunden, dass das Verschlechterungsverbot unter keinem Abwägungs-, sondern einem Ausnahmeverbehalt stehe.⁴²³ Sodann hat der *EuGH* jedoch eine Ausnahmeentscheidung zugunsten der Neuerichtung einer kleinen Wasserkraftanlage im Fall „Schwarze Sulm“ (Österreich) gebilligt.⁴²⁴ Nach diesem *EuGH*-Urteil avanciert, wie *Reinhardt* zutreffend formuliert, Art. 4 Abs. 7 WRRL von einer vermeintlich strikt zu handhabenden Ausnahme- zu einer allgemeinen Abwägungsklausel⁴²⁵.

Für eine Ausnahme sind vier kumulative Voraussetzungen zu erfüllen:

Neue Veränderung der physischen Eigenschaften (Nr. 1)

Zu den neuen Veränderungen der physischen Eigenschaften (Nr. 1) zählen insbesondere solche Veränderungen, die mit einer Nutzung der Wasserkraft verbunden sind.⁴²⁶ Das Abstellen auf neue Veränderungen stellt lediglich deklaratorisch klar, dass die Regelung nur solche Veränderungen erfasst, die nach dem Inkrafttreten des 7. WHG-Änderungsgesetzes (25.6.2002) erfolgt sind.⁴²⁷

Wie der *EuGH* entschieden hat, gilt die Ausnahmebestimmung des Art. 4 Abs. 7 Wasserrahmenrichtlinie auch für Altvorhaben. Ein solches könne nicht strengeren Bedingungen unterliegen, als wenn es genehmigt worden wäre, nachdem Art. 4 auf das Vorhaben anwendbar geworden ist. Bei einem solchen Vorhaben könnten die Kriterien und Bedingungen des Art. 4 Abs. 7 WRRL im Wesentlichen entsprechend und gegebenenfalls sinngemäß als Maximalbeschränkungen für das Vorhaben angewandt werden.⁴²⁸

Gründe von übergeordnetem öffentlichem Interesse (Nr. 2, 1. Alt.)

Die doppelte Abwägungsentscheidung nach der Nr. 2 weist zwei Alternativen auf und beruht tatbestandsseitig auf weiten behördlichen Auslegungsspielräumen.⁴²⁹

Nach der 1. Alt. müssen „Gründe von übergeordnetem öffentlichem Interesse“ vorliegen.⁴³⁰

Dass zum einen die Energieerzeugung an sich einen Gemeinwohlbelang darstellt, wurde bereits dargestellt, ebenso dass die dem Klimaschutz dienende Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien einen herausgehobenen Gemeinwohlbezug aufweist. Dies machen die wasserrechtlichen Zielvorgaben deutlich (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3+5, Satz 2 WHG).⁴³¹ § 28 Abs. 1 Satz 2 LGW NRW benennt denn auch neben der Gewässerökologie gleichermaßen den Klimaschutz, der nunmehr durch die Klimaschutzgesetzgebung eine verbindliche Konkretisierung erfahren hat.

Voraussetzung der Ausnahmegvorschrift ist weiter, dass diesen öffentlichen Belangen ein die Belange des Naturhaushalts und des Wasserhaushalts (hier konkret: der Mindestwasserführung in der hier angeordneten Form) überwiegendes Gewicht zukommt. Ausreichend ist im Rahmen des § 31 Abs. 2 WHG ein nicht weiter qualifiziertes Überwiegen öffentlicher Interessen.⁴³² Der *EuGH* lässt ein bloßes, „einfaches“ Überwiegen ausreichen.⁴³³

Wie bereits auf Seite 36 dargelegt, hat die Rechtsprechung dem öffentlichen Belang von Klimaschutz und regenerativen Energien ein hohes Gewicht beigemessen. Der *EuGH* hat in einer Ausnahmeentscheidung dieses Überwiegen zugunsten der Neuerrichtung gerade auch einer **kleinen** Wasserkraftanlage im Fall „Schwarze Sulm“ (Österreich) gebilligt.⁴³⁴ Notwendig, aber im entschiedenen Fall auch ausreichend war es, den Nutzen des Vorhabens und die sich daraus ergebende Beeinträchtigung des Zustands des Oberflächenwasserkörpers gegeneinander abzuwägen.

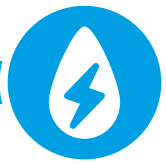
Die hierzu angestellte Abwägung bezog sich auf folgende Aspekte des konkreten Vorhabens:⁴³⁵

- Das Projekt hat eine gute Energiebilanz aufgrund der hohen Fallhöhe auf relativ kurzer Strecke.
- Das Projekt bietet ökonomische Aspekte für die lokale Wirtschaft.
- Das Projekt reduziert das Tempo der Klimaerwärmung durch Substitution von fossiler, CO₂-ausstoßender Stromerzeugung.
- Die nutzbringenden Ziele des Vorhabens können gerade nicht durch andere Mittel, die eine wesentlich bessere Umweltoption darstellen, erreicht werden.
- Es werden praktikable Vorkehrungen getroffen, um die negativen Auswirkungen des streitigen Vorhabens auf den Zustand des betroffenen Wasserkörpers zu mindern, insbesondere durch die Errichtung einer Migrationshilfe.

Wie der *EuGH* entschied, verfiel auch das Argument nicht, dass die Wasserkraft nur eine neben anderen erneuerbaren Energien ist.⁴³⁶ Es handelte sich hier um eine **kleine** Wasserkraftanlage, jedoch respektierte der *EuGH* die Entscheidung, dass auch die Erzeugung von Wasserkraft von lediglich zwei Promille der regionalen und 0,4 Promille der nationalen Erzeugung eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen rechtfertigte.⁴³⁷

Alternativ: Nutzenabwägung (Nr. 2, 2. Alt.)

Bzgl. der Nutzenabwägung steht fest, dass die Wasserkraftnutzung einen wasserrechtlich berücksichtigungspflichtigen Abwägungsbelang von Verfassungsrang darstellt; dessen Gewichtung und Abwägung unter anderem mit den ökologischen Erhaltungszielen muss stets im Einzelfall erfolgen.



Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit (Nr. 3)

Des Weiteren ist eine Subsidiaritätsprüfung vorzunehmen: Die Ziele, die mit der Veränderung des Gewässers erreicht werden sollen, dürfen nicht mit anderen geeigneten Maßnahmen erreicht werden können, die wesentlich geringere nachteilige Umweltauswirkungen haben, technisch durchführbar und nicht mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind (Nr. 3).

In die Prüfung einzubeziehen sind lediglich alternative Gewässerbenutzungen, die einen direkten Sachzusammenhang mit dem beantragten Vorhaben aufweisen. Ohnehin kommen nur solche Maßnahmen in Betracht, die deutliche umweltbezogene Vorteile aufweisen, so dass sich der Verzicht auf die beantragte Gewässerbenutzung wirklich lohnt.⁴³⁸ Des Weiteren darf die Alternative für den Vorhabenträger keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern.

Minimierungsgebot (Nr. 4)

Schließlich gilt ein Minimierungsgebot, das heißt Ausnahmen können nur dann akzeptiert werden, wenn alle praktisch geeigneten Maßnahmen ergriffen werden, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern (Nr. 4). Dies erfordert eine Beurteilung der Umstände des Einzelfalls.

i Die Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 2 WHG stellt eine Verhältnismäßigkeitsklausel dar. Diese ist nach vielfältiger obergerichtlicher Rechtsprechung aufnahmefähig für die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung. Auch bei „kleinen“ Wasserkraftanlagen kommt nach der Rechtsprechung des EuGH im Einzelfall eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen in Betracht.

Zusammenfassende Darstellung der Grundsätze und aktuellen Entwicklungen zur Wasserkraft im Wasserrecht

Zusammenfassend sollen zunächst ausgewählte Einfallstore oder Scharniernormen aufgezeigt werden, die die Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes und der Energiewende im Wasserrecht dem Grunde nach ermöglichen (Seite 107). Sodann werden die wesentlichen rechtlichen Entwicklungslinien der vergangenen Jahre (namentlich seit dem Ausgangsgutachten 2012 nachgezeichnet (Seite 109). Diese werden sodann mit den auf den Seiten 10–46 skizzierten aktuellen Entwicklungen zusammen- und einem Fazit zugeführt (Seite 111).

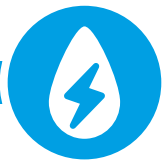
Grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten der Wasserkraft im Rahmen des Wasserrechts

Die wasserrechtlichen Normen sehen in vielfältiger Weise die Berücksichtigung der Klimaschutzbelange und der Notwendigkeit zur Förderung erneuerbarer Energien vor. Die nachfolgende Tabelle zeigt dies auf.⁴³⁹

Die Berücksichtigung dieser Belange des öffentlichen Interesses ist bereits in der Zielbestimmung des Gesetzes (§ 1 WHG) sowie den Regelungen über das Bewirtschaftungsermessen (§ 6 WHG) angelegt. Diese entfalten zunächst einmal bei der Anwendung der speziell für die Wasserkraft geschaffenen Tatbestände (§§ 28 Nr. 1 lit. d), 33, 34 und 35 WHG, 28 LWG NRW) Wirkung, so dass bei jeder Bewirtschaftungsentscheidung der Klimaschutz zu beachten ist.

Die ausgeprägteste Konfliktlinie besteht bei der Anordnung (sei es nachträglich oder im Rahmen eines Zulassungsverfahrens erfolgenden) von ökologisch begründeten Auflagen oder Beschränkungen zur Durchsetzung der Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme nach §§ 27 ff. WHG. Hier kommt zugunsten von Wasserkraftanlagen grundsätzlich – vorbehaltlich der Einzelfallabwägung – eine Ausnahme von den ansonsten strikt geltenden Bewirtschaftungszielen in Betracht (§ 31 Abs. 2 WHG). Bei jeder Ausnahme- und Verhältnismäßigkeitsabwägung sind die Belange von Klimaschutz und regenerativer Energieerzeugung (wie auch die privaten Interessen der Betreiber, und zwar sowohl die Erwerbs- als auch besonders die Bestandsinteressen) zu berücksichtigen; die Klimaschutzgesetzgebung hat diese Ziele konkretisiert und verbindlich gemacht.





Rechtsnorm (WHG)	Tatbestandsmerkmal	Zu berücksichtigender Belang
§ 1: Zielbestimmung	„nutzbares Gut“	Nutzung für Wasserkraft
	„nachhaltige Gewässerbewirtschaftung“	Nachhaltigkeit; Art. 20a GG langfristig verfügbare Umweltgüter – Vermeidung Klimawandel
§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3: Ermessensklausel	„Wohl der Allgemeinheit“	Daseinsvorsorge Öffentliche Energieversorgung Regenerative Energieversorgung zum Klimaschutz
§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5: Ermessensklausel	„Vorbeugung gegenüber den möglichen Folgen des Klimawandels“	auch durch Zulassungsentscheidungen Klimaschutz/Erneuerbare Energien
§ 6 Abs. 1 Satz 2: Ermessensklausel	„nachhaltige Gewässerbewirtschaftung, Erfordernisse des Klimaschutzes“	Klimaschutz Nachhaltigkeit Vermehrte Bereitstellung der Gewässer für die regenerative Energieerzeugung
§ 35: Wasserkraftnutzung	„Schutz der Fischpopulation“ „geeignete Maßnahmen“	Privilegierung Wasserkraft Verhältnismäßigkeit
§ 34: Durchgängigkeit	„Durchgängigkeit“ „erforderlich“	Beurteilungsspielraum Verhältnismäßigkeit
§ 28 LWG NRW: Wasserkraftanlagen	„Erfordernisse des Klimaschutzes“ „Überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit“ „Betreiber-Interesse an zeitlich angemessener Nutzung der Anlage“	Klimaschutz Regenerative Energieversorgung Betreiber-Interesse
§ 28 Nr. 1 lit. d): Gewässerstatus	„Wasserspeicherung zur Stromerzeugung“	Rechtfertigung der Einstufung als erheblich verändertes Gewässer

Rechtsnorm (WHG)	Tatbestandsmerkmal	Zu berücksichtigender Belang
§ 27: Bewirtschaftungsziele	Qualitätsziele	Gewässerabschnittsbezogene Betrachtung Abwägung mit Klimaschutz (LWG) Beurteilungsspielraum
§ 30: Abweichungen	„sozioökonomische Erfordernisse“ „nicht auf andere, verhältnismäßige Weise erfüllbar“	Klimaschutz Verhältnismäßigkeit
§ 31 Abs. 2: Ausnahmen	„Gründe von übergeordnetem öffentlichem Interesse“ Nutzenabwägung Nicht mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden	Energieversorgung Regenerative Energieerzeugung Doppelte Abwägung, Beurteilungsspielraum Verhältnismäßigkeit

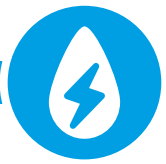
Wesentliche (wasser-)rechtliche Entwicklungslinien der jüngeren Vergangenheit

In der wasserrechtlichen Entwicklung der vergangenen Jahre ist die Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie – genauer: sind Umsetzungs**fragen**, ja: **-probleme** – präponderant. Festzustellen ist eine überaus komplexe Einzelfallrechtsprechung.

Allgemeine Entwicklungslinien in der Rechtsprechung

Im Fokus der Aufmerksamkeit und der Kritik stehen insbesondere zwei Aspekte, nämlich:

- die Rechtsprechung zum Verschlechterungsverbot en gros und en détail (noch nicht in gleichem Maße auch zum Verbesserungsgebot):⁴⁴⁰ die (nicht nur planerische, sondern im Einzelfall) zulassungsbezogene Handhabung des Verschlechterungsverbots und des Verbesserungsgebots durch die Rechtsprechung führe das Wasserrecht an oder sogar über die Grenze der Nichtvollziehbarkeit;⁴⁴¹ durch die europarechtlichen und nationalen fachlichen Vorgaben seien diese Ge- und Verbote „bis zur Steuerungsuntauglichkeit konkretisiert“⁴⁴²;
- die Rechtsprechung zu behördlichen Beurteilungsspielräumen – dort vor allem die Zurückhaltung (anders gewendet: „Beweisphobie“⁴⁴³) der Gerichte, sich bei



der praktischen Ausfüllung behördlicher Beurteilungsspielräume auf die behördlichen Gutachten zurückzuziehen, statt der richterlichen Amtsermittlung gegebenenfalls durch gerichtliche Einholung eines Sachverständigengutachtens Raum zu geben;⁴⁴⁴ es handele sich um „gefährgeneigte Rechtsanwendung“:⁴⁴⁵ in Verbindung mit Verbandsklagebefugnis hätten privilegierte Kläger die faktische Entscheidung darüber, welche Vorhaben noch möglich seien und welche nicht.

Neuere Rechtsprechung zur Wasserkraft

Wie auf den Seiten 36, 92–93 und 105. dargelegt wurde, liegt in Bezug auf die Belange der Wasserkraft vielfältige obergerichtliche Rechtsprechung vor. Etabliert ist, dass es sich bei dem Klimaschutz und der regenerativen Energieerzeugung um gewichtige öffentliche Belange handelt, die in der Lage sind, Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen zu rechtfertigen.⁴⁴⁶ Zu welchem Ergebnis die Abwägung dieses Belangs mit den ökologischen Bestands- und Entwicklungsinteressen führt, ist freilich einzelfallabhängig.

Bemerkenswert ist allerdings insbesondere die Rechtsprechung des *EuGH*. Dessen Urteil in der Sache „Schwarze Sulm“⁴⁴⁷ hat einerseits grundsätzliche dogmatische, zugleich aber auch erhebliche praktische Bedeutung für die Belange der „kleinen Wasserkraft“:

- Dogmatisch ist von weichenstellender Bedeutung, dass § 31 Abs. 2 WHG keine strenge Ausnahmeregelung, sondern eine ganzheitliche Abwägungsnorm bildet, die der Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit dient.
- Davon ausgehend liegt die praktische Bedeutung dieses Urteils für die Wasserkraft darin, dass auch bei einer kleinen Wasserkraftanlage, die lediglich zwei Promille der regionalen und 0,4 Promille der nationalen Erzeugung beisteuert, in Abwägung mit den ökologischen Erhaltungs- und Entwicklungszielen eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen gerechtfertigt sein kann.⁴⁴⁸

Ohne dass dies bislang explizit Eingang in die Rechtsprechung gefunden hätte, ist zwischenzeitlich deutlich geworden, dass die Zielvorgaben des Bewirtschaftungsregimes mitunter unrealistisch und unausgewogen sind. Dies wirft nicht nur übergeordneten Handlungsbedarf für die Legislative und Bewirtschaftungsplanung auf; soweit ein solcher Missstand konkret festzustellen ist, ist dies auch im Rahmen von behördlichen Einzelfallentscheidungen zu berücksichtigen. Hier können über die Instrumente des Ausnahmeregimes die Bewirtschaftungsziele mit den sozioökonomischen Interessen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.

Handlungsmöglichkeiten im Konfliktfeld von Wasserkraft und Gewässerökologie

Dieses Gutachten legt den Schwerpunkt auf Zulassungsentscheidungen über Wasserkraftanlagen. Bei der Anwendung des Bewirtschaftungsregimes sind neben den gewässerökologischen Belangen im Rahmen entsprechender Ausnahmebestimmungen auch die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung von großer Bedeutung.

Die zuständigen Behörden haben folglich nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Verpflichtung, diese Belange ordnungsgemäß zu ermitteln und zu gewichten. Dies wird sich in entsprechenden Zulassungsentscheidungen und der Ausgestaltung von Nebenbestimmungen niederschlagen.

Fazit



Die Wasserkraft ist ein bedeutsamer Bestandteil des Umbaus der Energieversorgung und damit des Klimaschutzes. Sie hat eine wichtige Funktion zur Umsetzung der durch die jüngste Klimaschutzgesetzgebung konkretisierten und verbindlichen Klimaschutzziele und der darauf aufbauenden Klimaschutzplanungen. De facto stagniert allerdings ihr Ausbau, woran die Konflikte mit der Gewässerökologie unter dem Gesichtspunkt der WRRL-Bewirtschaftungsziele ihren Anteil haben.

Diese Konflikte sind über das wasserrechtliche Ausnahmeregime einzelfallbezogen lösbar, indem die für die Wasserkraft streitenden Belange mit den – zum Teil unrealistischen oder unausgewogenen – ökologischen Erhaltungs- und Verbesserungszielen abgewogen werden.

Bei dem Ausnahmeregime handelt es sich nach der *EuGH*-Rechtsprechung nicht um eine strikt auszulegende Ausnahmeklausel, sondern es ist eine gesamthafte Verhältnismäßigkeitsentscheidung zu treffen.

Die Belange des Klimaschutzes, die – wiederum nach der *EuGH*-Rechtsprechung – selbst in kleinen Anlagen verkörpert sind, sind mit hohem Gewicht in die Abwägung einzustellen und können im Einzelfall eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen rechtfertigen.



Anmerkungen und Quellen

- 320** Vgl. dazu „Durchgängigkeit der Gewässer an Querbauwerken und Wasserkraftanlagen“, RdErl. d. MUNLV NRW – IV-2-50 32 67 v. 26.1.2009, MBL. NRW. 2009, S. 105, SMBl. 770, Ziff. 1; ausf. auch *Fröhlich*, ZfW 2005, 133
- 321** Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) v. 31.7.2009, BGBl. I, S. 2585 (Nr. 51); zul. geä. durch G. v. 4.12.2018, BGBl. I, 2254
- 322** Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landeswassergesetz - LWG), GV. NW. 1995, S. 926, zuletzt geändert durch G v. 2.7.2019, GV. NRW. S. 341
- 323** Andere ggf. einschlägige Rechtsvorschriften, insbesondere das Landesfischereirecht sowie die Fischgewässerverordnung, bleiben hier außen vor. Die auch bei wasserrechtlichen Entscheidungen ggf. zu berücksichtigenden naturschutzrechtlichen Bestimmungen sind Gegenstand des Kapitels „Handlungsmöglichkeiten und -pflichten bei der Windkraft im Konflikt mit dem Naturschutz“ (Seite 48)
- 324** Das heißt der Erweiterung eines bestehenden Wasserkraftwerks oder der Aktivierung eines vorhandenen Querbauwerks für die Wasserkraftnutzung
- 325** Zur Neu-Erteilung von Wasserrechten bei Vorhandensein von „Altrechten“ s. *Fröhlich*, ZfW 2005, 133, 142 f
- 326** *Berendes*, WHG, § 6, Rn. 1.2
- 327** *Knopp*, WuA 3/2005, 27
- 328** *Berendes*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, § 1, Rn. 14
- 329** *BVerfGE* 10, 89
- 330** *BVerfGE* 58, 300; dazu *Breuer*, UPR 2004, 201; *Reinhardt*, NuR 2013, 765, 768
- 331** *Berendes*, WHG, § 1, Rn. 6; *Reinhardt*, WHG, § 1, Rn. 9
- 332** *Pape*, in: *Landmann/Rohmer*, § 6 WHG, Rn. 25
- 333** *Schmid*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, § 27, Rn. 105 ff.; *Knopp*, ZUR 2005, 505, 509 f.; *Reinhardt*, NuR 2006, 205, 208; *Hasche*, Das neue Bewirtschaftungsermessen im Wasserrecht, S. 277 ff.; *Attendorn*, UPR 2013, 47 (48); *Schröder*, Genehmigungsverwaltungsrecht, S. 325
- 334** *BVerfGE* 58, 341; *BVerwG*, ZfW 1976, 283
- 335** *BVerwG*, ZfW 2005, 227; *Berendes*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, § 6, Rn. 17 ff
- 336** Str.; so die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 2072, S. 23; dazu *Berendes*, WHG, § 6, Rn. 6; *Berendes*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, § 6, Rn. 17 f.; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 6, Rn. 25 ff.; s. am Beispiel einer Schifffahrtsgenehmigung OVG Münster, Urt. v. 11.9.2008 – 20 A 1231/07, Rn. 30 ff.; vgl. OVG Bautzen, ZUR 2007, 325, Rn. 44
- 337** *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 6, Rn. 26; *BVerwGE* 81, 347; ZfW 2005, 227
- 338** *BVerfGE* 134, 242, Rn. 286; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 31, Rn. 15; *Gärditz*, DVBl. 2010, 214 (218); *Reinhardt*, NuR 2006, 205, 214
- 339** *Berendes*, WHG, § 6, Rn. 14; *Berendes*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, § 6, Rn. 17; *Reinhardt*, NuR 2006, 205 (208 f.)
- 340** *Berendes*, WHG, § 6, Rn. 14; *Schmid*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, § 31, Rn. 34

- 341** OVG Bremen, ZUR 2010, 151, Rn. 100; OVG Bremen, NVwZ-RR 2011, 976 (Ls.), Rn. 37
- 342** VGH München, NuR 2006, 177, Rn. 65; zust. Czychowski/Reinhardt, WHG, § 6, Rn. 45
- 343** VGH München, NuR 2006, 177, Rn. 65; Reinhardt, WHG, § 6, Rn. 45; Berendes, WHG, § 6, Rn. 14; Gellermann, DVBl. 2007, 1517 (1523)
- 344** Zuletzt VGH München, Beschl. v. 5.8.2019 – 8 ZB 18.60, Rn. 24
- 345** S. im Einzelnen dazu VGH München, Beschl. v. 23.2.2016 – 8 CS 15.1096, Rn. 18
- 346** S. zum Folgenden OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 347** OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 – 1 A 11653, Rn. 128 ff
- 348** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 79
- 349** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 74.80; dazu Reinhardt, NVwZ 2016, 1167; Schütte, EuZW 2016, 503
- 350** S. nur Durner, in: Durner, Wasserrechtsfragen der Energiewende, 115, 127 ff. m. w. Nachw.; Breuer, Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna, S. 91 ff.; Pape, in: Landmann/Rohmer, § 6 WHG, Rn. 25
- 351** VGH München, NuR 2005, 185, Rn. 37
- 352** Berendes, WHG, § 68, Rn. 7; Reinhardt, WHG, § 68, Rn. 23
- 353** BVerfGK 17, 88, Rn. 62; BVerwG, NVwZ 2005, 1076, Rn. 20; VGH München, Beschl. v. 19.2.2014 – 8 ZB 12.966, Rn. 11-13; Breuer, Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna, S. 91 ff.; Reinhardt, WHG, § 100, Rn. 80
- 354** VGH München, Beschl. v. 9.1.2018 – 8 ZB 16.2469; vgl. Durner, NuR 2019, 1 (2); „Bestandsbonus“ – so VG Aachen, Urt. v. 15.2.2013 – 7 K 1970/09, Rn. 94; allgemein zu § 100 WHG s. Reinhardt, § 100, Rn. 46.63
- 355** Reinhardt, WHG, § 20, Rn. 78; Pape, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 20, Rn. 95; OVG Münster, ZfW 1975, 113, 115 f
- 356** OVG Münster, ZfW 1975, 113, 115 f
- 357** VG Meiningen, Urt. v. 24.4.2018 – 2 K 407/13, ZfW 2019, 187; Pape, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 13, Rn. 35
- 358** Reinhardt, NWVBl. 2015, 408 (411)
- 359** Schendel, in: Durner, Wasserrechtsfragen der Energiewende, 3, 5; ausf. Attendorn, NVwZ 2012, 1569 (1569 ff.)
- 360** VGH München, NuR 2006, 177; Gärditz, DVBl. 2010, 218; Reinhardt, WHG, § 6, Rn. 45 m.w.N.; vgl. ders., NuR 2006, 205 (208)
- 361** Ausf. Attendorn, UPR 2013, 47, 49
- 362** Vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, § 6, Rn. 45; VGH München, NuR 2006, 177
- 363** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 79
- 364** Berendes, WHG, § 6, Rn. 11
- 365** Berendes, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 6, Rn. 30; s. bereits zu § 1a WHG a.F. Knopp, WuA 3/2005, 27, 28 f.; ausf. Attendorn, UPR 2013, 47 (49)
- 366** Vgl. Reinhardt, WHG, § 6, Rn. 6; ausf. Meßerschmidt, Europäisches Umweltrecht, § 3, Rn. 34 ff
- 367** Dazu Murswiek, NuR 2002, S. 641 ff.; Sieben, NVwZ 2003, S. 1173 ff.; Rehbinder, NVwZ 2002, S. 657 ff.; Bückmann/Lee/Simonis, UPR 2002, S. 170; Frenz, WuV 2010,



S. 74 ff.; *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, § 3, Rn. 39; *Spieth/Ipsen*, Das Ausnahmeregime der Wasserrahmenrichtlinie, in: Köck/Faßbender (Hrsg.), Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland – Erfahrungen und Perspektiven, S. 115 (122 ff.)

368 *Faßbender*, EurUP 2015, 178 (192)

369 UN, Resolution 66/288: The future we want, adopted by the General Assembly on 27.7.2012, S. 37 zum Klimawandel

https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E

370 UN, Resolution der Generalversammlung 70/1: Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, verabschiedet am 25.9.2015, <https://www.un.org/Depts/german/gv-70/band1/ar70001.pdf>

371 UN, Ziele für nachhaltige Entwicklung, Bericht 2016, <https://www.un.org/depts/german/millennium/SDG%20Bericht%202016.pdf>

372 BMZ, Der Zukunftsvertrag für die Welt – Die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, http://www.bmz.de/de/mediathek/publikationen/reihen/infobroschueren_flyer/infobroschueren/Materialie270_zukunftsvertrag.pdf

373 Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Neuauflage 2016, S. 181 ff. zu Ziel 13, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975292/730844/3d30c6c2875a9a08d364620ab7916af6/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-neuauflage-2016-download-bpa-data.pdf?download=1>; Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Änderung 2018, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975292/1559082/a9795692a667605f652981aa9b6cab51/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-aktualisierung-2018-download-bpa-data.pdf?download=1>

374 *Faßbender*, § 33 WHG, Rn. 19 f

375 *Riedel*, in: BeckOK Umweltrecht, WHG § 33, Rn. 7

376 *Faßbender*, § 33 WHG, Rn. 15; vgl. BT-Drs. 16/12275, S. 60; *Riedel*, in: BeckOK Umweltrecht, WHG § 33, Rn. 9

377 BT-Drs 16/12275, S. 13

378 BR-Drs 280/1/09, S. 20; dazu *Riedel*, in: BeckOK Umweltrecht, WHG § 33, Rn. 7a

379 *Berendes*, WHG, § 34, Rn. 3; BVerwGE 121, 72; 131, 274; OVG Bremen, ZUR 2010, 151

380 S. dazu aber § 28 LWG NRW, Seite 99

381 *Schmid*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, § 34, Rn. 33

382 *Fröhlich*, in: *Wellmann/Queitsch/Fröhlich*, WHG, § 33, Rn. 6; vgl. OVG Lüneburg, ZUR 2015, 89; *Durner*, § 34 WHG, Rn. 34 m.w.Nachw.; *Riedel*, in: BeckOK Umweltrecht, WHG § 34, Rn. 25; *Durner*, § 35 WHG, Rn. 26.28; *Riedel*, in: BeckOK Umweltrecht, WHG § 35, Rn. 12a; *Reinhardt*, Gewässerdurchgängigkeit und Schutz der Fischpopulation an Bundeswasserstraßen, UBA-Text 12/2012, S. 41 f

383 *Schmid*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, § 34, Rn. 26; VGH München, NuR 2005, 185, Rn. 32 ff

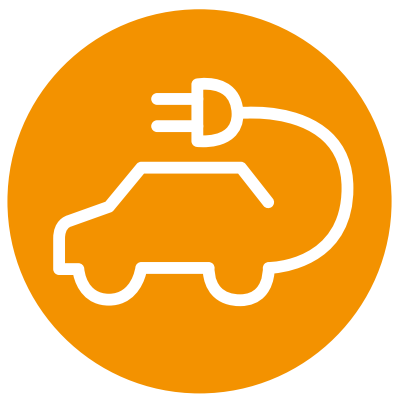
384 *Berendes*, WHG, § 35, Rn. 1

- 385** Reinhardt, NVwZ 2011, 1089 (1092)
- 386** Durchgängigkeit der Gewässer an Querbauwerken und Wasserkraftanlagen, RdErl. d. MUNLV NRW v. 26.1.2009 – IV-2-503267, MBL. NRW. 2009, S. 105, SMBl. NRW. 770
- 387** S. nur OVG Münster, NWVBl. 1992, 249; BVerwG, NVwZ-RR 2008, 711; selbst gesetzliche Regelaussagen müssen im Einzelfall auf Ausnahmen überprüft werden, ansonsten liegt ein Ermessensfehler vor, s. nur BVerwGE 129, 367, Rn. 24
- 388** Verordnung zum Schutz der Oberflächengewässer (Oberflächengewässerverordnung - OGewV) v. 20.7.2011, BGBl. I, S. 1429
- 389** Vgl. Durner, NuR 2019, 1 (4); Reinhardt, NuR 2006, 205 (210)
- 390** Dazu ausf. Gellermann, DVBl. 2007, 1517
- 391** Berendes, WHG, § 27, Rn. 7; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 27, Rn. 9.10; Laskowski, ZNER 2011, 396 (398); Reinhardt, NuR 2006, 205 (209 f.); die Durchgängigkeit ist keine ausnahmslos einzuhaltende Voraussetzung für die Erteilung einer Benutzungsgestattung, sondern nur ein anerkanntes allgemeines Bewirtschaftungsziel, VGH München, NuR 2005, 185, Rn. 32 ff
- 392** Reinhardt, NuR 2006, 205, 211 f.; dazu auch Gellermann, DVBl. 2007, 1517 (1524)
- 393** Czychowski/Reinhardt, WHG, § 28, Rn. 10; Reinhardt, NuR 2006, 205 (211 f.)
- 394** Dazu VG Bremen, Beschl. v. 9.5.2011 – 5 V 1522/10
- 395** Dazu ausf. Knopp, NVwZ 2003, 275; Knopp, WuA 3/2005, 27 (31)
- 396** OVG Bremen, NVwZ-RR 2011, 976 (Ls.), Rn. 45; VGH München, Beschl. v. 23.2.2016 – 8 CS 15.1096, Rn. 36; Beschl. v. 2.5.2011 – 8 ZB 10.2312, Rn. 11; VGH Mannheim, Urte. v. 15.12.2015 – 3 S 2158/14, Rn. 83; zum gerichtlichen Kontrollmaßstab Faßbender, § 33 WHG, Rn. 16; Fröhlich, in Wellmann/Queitsch/Fröhlich, WHG, § 33, Rn. 8; Riedel, in: BeckOK Umweltrecht, WHG § 33, Rn. 9; ähnlich Schütte, EuZW 2016, 503 (504)
- 397** Ausf. Gawel, ET 2011, 57, 60
- 398** Endgültige Zahlen sind noch nicht verfügbar
- 399** Report from the Commission on the Implementation of the WFD River Basin Management Plans, part 8/30: Germany, S. 8; vgl. BT-Drs. 18/7179, S. 2; s. auch Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Ein Blueprint für den Schutz der europäischen Wasserressourcen v. 14.11.2012 COM(2012) 673 final, S. 5; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Wasserrahmenrichtlinie und Hochwasserrichtlinie – Maßnahmen zum Erreichen eines guten Gewässerzustands in der EU und zur Verringerung der Hochwasserrisiken v. 9.3.2015 COM(2015) 120 final, S. 3; BMU/UBA, Die Wasserrahmenrichtlinie – auf dem Weg zu guten Gewässern, Ergebnisse der Bewirtschaftungsplanung 2009 in Deutschland, S. 10 ff.; vgl. BT-Drs. 17/8036, S. 6 f.; BMU/UBA, Die Wasserrahmenrichtlinie – auf dem Weg zu guten Gewässern, Eine Zwischenbilanz zur Umsetzung der Maßnahmenprogramme 2012, S. 11; ausf. SRU, Umweltgutachten 2008 – Umweltschutz im Zeichen des Klimawandels, S. 291 ff. dazu Reese, ZUR 2016, 203, 206; Reinhardt, EurUP 2015, 137 und ders., NuR 2018, 289 (291)



- 400 Reese, NVwZ 2018, 1592 (1596 f.)
- 401 Reese, NVwZ 2018, 1592 (1596 f.)
- 402 Dazu Reinhardt, EurUP 2015, 137: „Fristverlängerungen nach dem Prinzip Hoffnung“
- 403 Reinhardt, NuR 2013, 765 (766); ders., NuR 2018, 289 (291)
- 404 So Reinhardt, NuR 2013, 765 (773)
- 405 Reinhardt, EurUP 2015, 137 (138); ders., NuR 2018, 289 (291)
- 406 Reese, NVwZ 2018, 1592 (1596 f.)
- 407 Durner, NuR 2019, 1 (12)
- 408 Reese, ZUR 2016, 203
- 409 Durner, NuR 2019, 1 (3) bezeichnet die WRRL als seit rund 20 Jahren „tickende Zeitbombe“
- 410 Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2012/C 326/02, ABl. EU C 326 v. 26.10.2012, S. 391
- 411 Vertrag über die Europäische Union i.d.F. aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. EG C 115 v. 9.5.2008, S. 13
- 412 Reinhardt, NuR 2013, 765, 768; ders., EurUP 2015, 137 (144 f.)
- 413 Jarass, GRCh, Art. 1, Rn. 6; Borowsky, GRCh, Art. 1, Rn. 27.34.36; Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV, Art. 2, Rn. 22
- 414 Jarass, GRCh, Art. 1, Rn. 6
- 415 Borowsky, GRCh, Art. 1, Rn. 28; Schwarze, in: Schwarze, EUV, Art. 2, Rn. 1 f.; dazu ausf. Leible/Domröse, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 8
- 416 So pointiert Reinhardt, NuR 2013, 765, 768; ders., EurUP 2015, 137, 144 f
- 417 Ausf. dazu Meßerschmidt, Europäisches Umweltrecht, § 1, Rn. 10
- 418 Czychowski/Reinhardt, WHG, § 30, Rn. 2; a.A. Ginzky, ZUR 2005, 517
- 419 Reinhardt, NuR 2006, 205, 213
- 420 Berendes, WHG, § 31, Rn. 3
- 421 Berendes, WHG, § 30, Rn. 1; 31, Rn. 4
- 422 Vgl. Knopp, WuA 3/2005, 27
- 423 EuGH, Urt. v. 1.7.2015 – Rs. C-461/13, NVwZ 2015, 1041; dazu Franzius, ZUR 2015, 643 (647); Reinhardt, Anm. in NVwZ 2015, 1046 (1047); Durner, Anm. in DVBl. 2015, 1049 (1052 f.)
- 424 EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 74.80; dazu Reinhardt, NVwZ 2016, 1167; Schütte, EuZW 2016, 503
- 425 Reinhardt, NVwZ 2016, 1167 (1168); vgl. Durner, NuR 2019, 1 (10); Reinhardt, NuR 2018, 289 (293)
- 426 Reinhardt, NuR 2006, 205 (213)
- 427 Durner, § 31 WHG, Rn. 31; Reinhardt, WHG, § 31, Rn. 14; anders (1.3.2010) Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31, Rn. 23; Schütte/Warnke/Wittrock, ZUR 2016, 215 (216)
- 428 EuGH, Urt. v. 11.9.2012 – Rs. C-43/10, NVwZ-RR 2013, 18, Rn. 64 f
- 429 Berendes, WHG, § 31, Rn. 4
- 430 Ausf. Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31, Rn. 30 ff

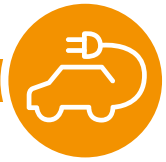
- 431** Berendes, WHG, § 6, Rn. 14; Berendes, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 6, Rn. 17; Reinhardt, NuR 2006, 205 (208 f.)
- 432** Durner, § 31 WHG, Rn. 35; Ginzky, in: BeckOK Umweltrecht, WHG § 31, Rn. 10
- 433** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 79; Urt. v. 11.9.2012 – Rs. C-43/10, NVwZ-RR 2013, 18, Rn. 67; Franzius, ZUR 2015, 643, 650; Schütte/Warnke/Wittrock, ZUR 2016, 215 (217)
- 434** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 74.80; dazu Reinhardt, NVwZ 2016, 1167; Schütte, EuZW 2016, 503
- 435** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 77
- 436** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 82
- 437** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 79
- 438** Insoweit zutreffend Gellermann, DVBl. 2007, 1517, 1522 f
- 439** Der Vollständigkeit halber wurden in der Tabelle auch die Beurteilungsspielräume aufgeführt, die der Behörde bei der Entscheidung über Gewässerbenutzungen bzw. -ausbaumaßnahmen zustehen
- 440** Aussagekräftige Zusammenfassung bei Durner, NuR 2019, 1; kritisch zu der „Schieflage“ zwischen wasserrechtlichem Zulassungs- und dem sich mitunter als „show stopper“ erweisenden Naturschutzrecht, Breuer, NVwZ-Beil. 2018, 3 (8)
- 441** Durner, NuR 2019, 1 (8 f.)
- 442** Reinhardt, NuR 2018, 289 (292)
- 443** So ausdrücklich Breuer, NVwZ-Beil. 2018, 3 (9)
- 444** Breuer, NVwZ-Beil. 2018, 3 (9)
- 445** Durner, NuR 2019, 1 (8) m. w. Nachw. auch zur „prophetischen“ Kritik von Salzwedel zur Entwertung der Rechtssicherheit infolge der zu ambitionierten gesetzlichen Leitbilder sowie des fehlenden Muts der Behörden zur Ausnutzung verbleibender Spielräume
- 446** Zuletzt VGH München, Beschl. v. 5.8.2019 – 8 ZB 18.60, Rn. 24
- 447** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 74.80; dazu Reinhardt, NVwZ 2016, 1167; Schütte, EuZW 2016, 503
- 448** EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – Rs. C-346/14, Rn. 79



Handlungsmöglichkeiten zugunsten der emissions- armen Mobilität







Als drittes Handlungsfeld⁴⁴⁹ soll die emissionsarme Mobilität behandelt werden. Hier liegt der Fokus abweichend von den Handlungsfeldern der Wasserkraft und der Windkraft: Es geht anders als bei jenen Bereichen weniger um rechtliche Konfliktfelder (etwa mit der Ökologie, dem Naturschutz) als um eine rechtliche Einbettung (hier: in die Luftreinhaltung); zudem geht es weniger um die Auslotung rechtlicher Abwägungsstrukturen als um ein Aufzeigen ergänzender oder optimierter Aktionsmöglichkeiten in bestehenden Zuständigkeiten.

Zunächst soll dazu die Bedeutung der emissionsarmen Mobilität für die Energiewende aufgezeigt werden (Seite 120). Sodann folgt eine Einordnung in das Regime der Luftreinhaltung (Seite 129). Schließlich werden behördliche Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt (Seite 132).

Emissionsarme Mobilität und Energiewende

Die Verkehrswende beschreibt die weitgehende Dekarbonisierung des Verkehrssektors und ist für das Erreichen der nationalen und internationalen Klimaschutzziele unabdingbar.⁴⁵⁰

Bedeutung der Verkehrswende für die Energiewende

Nach der Energiewirtschaft ist der Verkehrssektor der zweitgrößte Produzent von Treibhausgasen und zugleich größter Energieverbraucher.⁴⁵¹ Die Energiewende ist folglich nur mit der Verkehrswende möglich.⁴⁵² Dabei gibt es erhebliche Unterschiede zwischen Metropolen/Ballungsräumen und ländlichen Regionen, die als Flächenregionen und gegebenenfalls Mittelgebirgsregionen komplexere und schwierigere Herausforderungen für die Verkehrswende aufwerfen:



„Dabei besteht für mich das größte gesellschaftliche Spannungsfeld zwischen Stadt und Land, weil der ländliche Raum sehr viel mehr dazu beiträgt, die Veränderungen sozusagen zu ertragen, und der städtische Raum sehr viel schneller die Veränderungen für sich nutzen kann, weil die Infrastrukturen in den Städten besser sind. Man kann zum Beispiel auf individuelle Mobilität in einer Stadt sehr viel einfacher als auf dem Land verzichten.“⁴⁵³

Die (kommunale) Verkehrswende lässt sich in mehrere Bausteine gliedern⁴⁵⁴:

- Fußverkehr
- Radverkehr
- öffentlicher Nahverkehr
- E-Mobilität

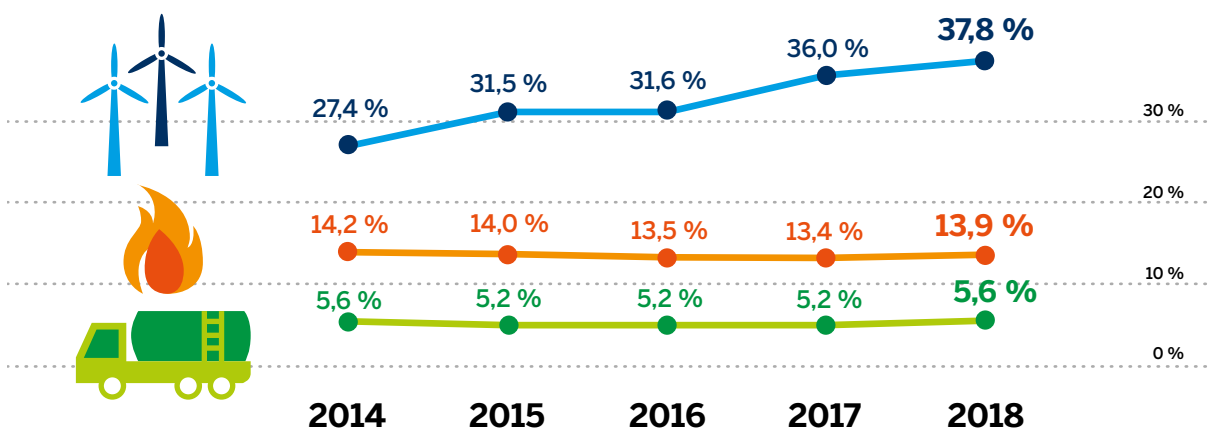
Über die kommunale Dimension hinausreichend wäre zusätzlich der Schienenverkehr (Personen und Güter) zu nennen.

Die E-Mobilität ist mithin eine Komponente der Verkehrswende; ihre Förderung und ihr Ausbau ist ein notwendiger Beitrag zur Verkehrswende und damit zur Energiewende. Im Folgenden wird innerhalb der Bausteine der Verkehrswende der Fokus auf die E-Mobilität gelegt.

Stand der Energiewende im Verkehrsbereich

Allerdings hat die Energiewendepolitik im Verkehrsbereich im Vergleich zu anderen Sektoren (Energieindustrie, Landwirtschaft, Haushalte, verarbeitendes Gewerbe) bislang relativ wenig Wirkung erzeugt.

Die nachfolgende Grafik zeigt, dass der Anteil erneuerbarer Energien im Sektor Verkehr im Vergleich mit den Sektoren Strom und Wärme gering ausgeprägt ist und seit 2014 auf diesem niedrigen Niveau stagniert.

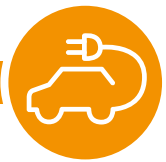


Anteil erneuerbarer Energien in den Sektoren Strom, Wärme und Verkehr

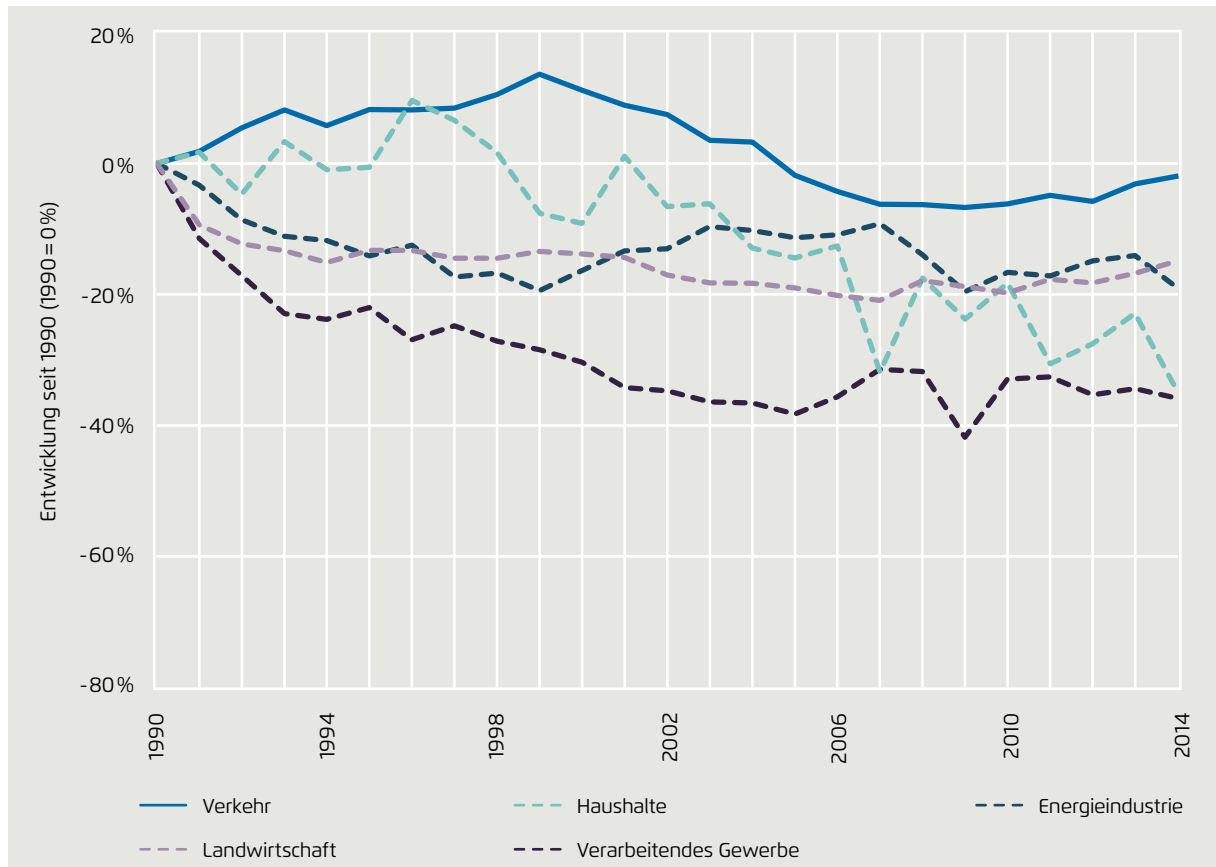
Quelle: Umweltbundesamt auf Basis Arbeitsgruppe Erneuerbare Energien Statistik (AGEE-Stat)

Wie der nachfolgenden Abbildung⁴⁵⁵ auf Seite 122 zu entnehmen ist, haben sich die Treibhausgasemissionen im Verkehrssektor im Vergleich zu 1990 relativ nicht verändert, während die Energieindustrie und die Landwirtschaft eine Reduktion um ca. 20 %, die Haushalte sowie das verarbeitende Gewerbe sogar um ca. 35 % vorweisen können.

Dies erklärt sich dadurch, dass die Effizienz der Fahrzeuge zwar zugenommen hat, die Effizienzgewinne jedoch durch die stetig steigende Verkehrsleistung kompensiert worden sind.⁴⁵⁶ Der Energieverbrauch des Verkehrs in Deutschland hat sich seit 1960 mehr als verdreifacht. Der spezifische Endenergieverbrauch im Verkehrs-



sektor (gemessen in Personen- und Tonnenkilometern) ist zwar seit 2005 um rund 10 % gesunken. Die stark zunehmende Verkehrsleistung führte zuletzt jedoch zu einem leichten Anstieg des absoluten Endenergieverbrauchs.⁴⁵⁷

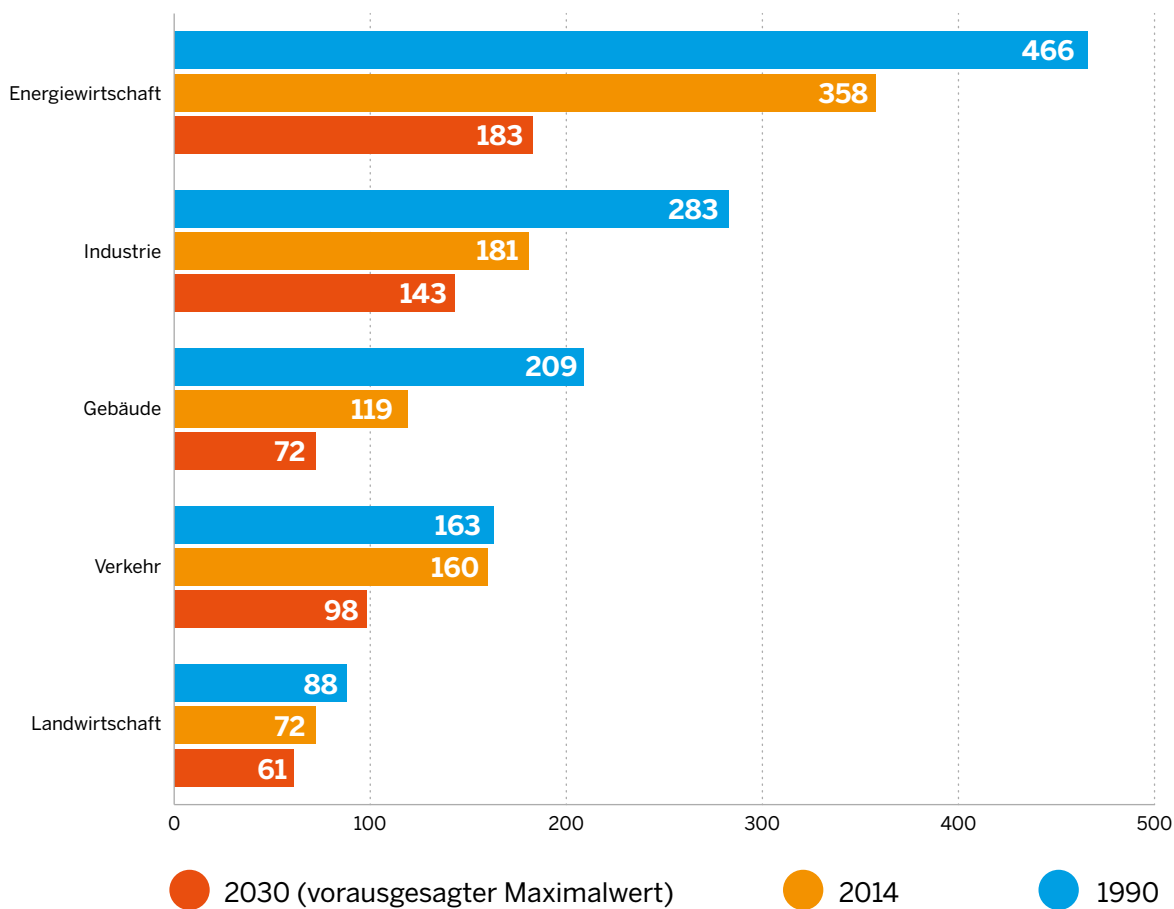


Relative Entwicklung der Treibhausgasemissionen seit 1990 nach Kategorien

Quelle: Agora Verkehrswende

Zielvorgaben für die Verkehrswende

Der Klimaschutzplan 2015 bestimmt, dass die Emissionen im Verkehrssektor bis zum Jahr 2030 im Vergleich zum Basisjahr 1990 um 40 bis 42 % reduziert sein sollen.⁴⁵⁸ Aus jetziger Sicht erscheint die Zielerreichung unwahrscheinlich.⁴⁵⁹ Die Bundesregierung hat sich in ihrem Energiekonzept das Ziel gesetzt, den Endenergieverbrauch des Verkehrs bis zum Jahr 2050 um 40 % gegenüber 2005 zu senken.⁴⁶⁰ Bereits im Jahr 2020 soll der Verbrauch um 10 % unter dem Wert aus 2005 liegen.⁴⁶¹ Das Zwischenziel, bis 2030 den Energieverbrauch des Verkehrs um 15-20 % zu senken, formulierte die Bundesregierung in der 2016 überarbeiteten Nachhaltigkeitsstrategie.⁴⁶² Letztlich gilt als Ziel für die Energiewende, dass das Verkehrssystem in Deutschland bis 2050 nahezu treibhausgasneutral ist.⁴⁶³ Diese Ziele machen deutlich, dass die Energiewende nicht ohne die Verkehrswende möglich ist.⁴⁶⁴



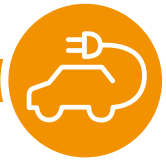
Die Sektorziele im Klimaschutzplan 2050. Dargestellt sind die Sektorziele 2030 aus dem Klimaschutzplan 2050 (in Millionen Tonnen CO₂-Äquivalenten)

Quelle: Bundesumweltministerium (2017)

Da die Elektrofahrzeuge dabei eine zentrale Rolle spielen,⁴⁶⁵ lautet das Ziel der Bundesregierung, eine Million Elektrofahrzeuge bis 2022 in Deutschland zu etablieren. Bis 2030 sollen es sieben bis zehn Millionen sein.⁴⁶⁶ Aus politischer Sicht ist es auch ein Ziel, dass Deutschland und Europa selbst die Fertigungstechnik und -standorte für Batteriezellen aufweisen.⁴⁶⁷ Das Land NRW will nach dem Masterplan E-Mobilität⁴⁶⁸ eine Vorreiterrolle für E-Mobilität übernehmen.

Als „weiches“ Ziel für die klimaneutralen Energiequellen gilt das Gebot der Sparsamkeit: Es ist der Energieverbrauch insgesamt möglichst zu senken, und die den regenerativen Energiequellen innewohnenden Konflikte sind möglichst zu vermeiden. Dies ist auch bei der Strategie zur Verkehrswende zu bedenken. Nicht der reine Wechsel der Antriebstechnologie sollte im Fokus stehen, sondern es sollten zwei Ziele angestrebt werden:

- zum einen die Senkung des Energieverbrauchs,
- zum anderen die Abdeckung des verbleibenden Energiebedarfs mit klimaneutraler Energie.⁴⁶⁹



Die Senkung des Energieverbrauchs ist ein wesentliches Ziel der Verkehrswende. Diese Senkung soll allerdings nicht mit Einschränkungen bei der Mobilität erkauft werden.⁴⁷⁰ Der E-Mobilität kommt im Rahmen der Verkehrswende eine wesentliche Rolle zu.

Instrumente der Verkehrswende, insbesondere Vernetzung

Um die Mobilitätswende ins Werk zu setzen, werden folgende Instrumente ins Auge gefasst:⁴⁷¹

- die Vermeidung unnötiger Fahrten;
- die Verlagerung von Verkehr mit dem privaten Pkw zum Fuß- und Radverkehr;
- der Ausbau des ÖPNV;
- die Förderung kollaborativer Mobilität;
- Konzepte zum emissionsarmen Warentransport und zur -auslieferung.

Durch die Verhaltensänderungen jedes Einzelnen, Verkehrsvermeidungsstrategien durch Mobilitätsallianzen sowie die Vernetzung unterschiedlicher Verkehrsmöglichkeiten allein wird die im Klimaschutzplan 2050 geplante Dekarbonisierung des Verkehrs nicht erreicht werden können. Grund dafür ist, dass der Verkehr auch in Zukunft über motorisierte Fahrzeuge abgewickelt werden wird.⁴⁷²

Mit neuen technologischen Entwicklungen lassen sich die Verkehrsangebote erweitern und vor allem unterschiedliche Verkehrsträger vernetzen. Die Verkehrsteilnehmer können ihre eigene Mobilität damit effektiver planen und gestalten. Beispiele solcher gemeinschaftlichen und damit energieeffizient genutzten Verkehrsmittel sind Bike- und Car-Sharing-Angebote.⁴⁷³

Politische Rahmenbedingungen und die technischen Möglichkeiten, wie Informations- und Kommunikationstechnologien zu fördern, sind dafür Voraussetzung. Durch die neuen technologischen Möglichkeiten wird der Politik die Möglichkeit gegeben, den Energieverbrauch des nationalen Verkehrs zu vermindern.⁴⁷⁴

Die beschriebene Vernetzung durch digitale Technologien ermöglicht es, die Potenziale der Verkehrsteilnehmer stärker als bisher zu nutzen.⁴⁷⁵

i Der Verkehrssektor verursacht erhebliche CO₂-Emissionen und hat einen entsprechenden Beitrag zur Erreichung der Reduktionsziele zu leisten. Folglich ist die Verkehrswende eine wichtige Gelingensbedingung der Energiewende. In der Realisierung hinkt der Verkehrssektor jedoch weiter hinter den übrigen Sektoren her.

E-Mobilität

Im Weiteren soll der Fokus auf die E-Mobilität gelegt werden.

Technische Ausführungen der E-Mobilität

Zu den Elektrofahrzeugen werden alle Fahrzeuge gezählt, die ganz oder teilweise elektrisch angetrieben werden. Dies umfasst zum einen reine elektrische Fahrzeuge mit Batterie und zum anderen auf Wasserstoffbasis betriebene Fahrzeuge:

- Erstere benötigen eine längerwierige Betankung über eine Stromsäule und werden 2020 prognostisch eine Reichweite von ca. 400 km aufweisen.⁴⁷⁶
- Bei auf Wasserstoffbasis betriebenen Fahrzeugen wird in einer Brennstoffzelle Strom erzeugt, mit dem sodann der Elektromotor im Fahrzeug angetrieben wird. Dies bietet die Vorteile einer schnelleren Betankung und einer größeren Reichweite von bereits jetzt ca. 500 km.⁴⁷⁷

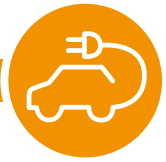
Schließlich zählen auch Mischformen, die sogenannten Hybridfahrzeuge, dazu. Diese verfügen über einen Elektro- und einen Verbrennungsmotor. Wird der vorhandene Akku über einen Stecker geladen, spricht man von Plug-in-Hybriden. Der Plug-in-Hybrid fährt zunächst elektrisch, bevor der Verbrenner eingesetzt wird.⁴⁷⁸ Optional können Elektrofahrzeuge mit sogenannten Range Extendern ausgestattet werden, deren Funktion der eines Hybridfahrzeugs ähnelt und die Reichweite des Elektrofahrzeugs verlängert.

Neben den E-Autos haben auch Elektrokleinstfahrzeuge eine Rolle in der Verkehrswende (sogenannte „Mikromobilität“), die insbesondere für den ländlichen Raum wirksam werden kann, etwa wenn es darum geht, die „letzte/erste Meile“ des Arbeitswegs von/zu den Anschlussstellen des ÖPNV zu überbrücken.

Der Nutzen der E-Mobilität – und ihre Grenzen

Die Wirkkraft der Vernetzung hängt allerdings davon ab, dass sie für effizientes Fahren bzw. eine effiziente Energiebereitstellung eingesetzt wird. Effizienz bedeutet in diesem Rahmen, dass sowohl die bei der Produktion eingesetzte Energie, als auch die für die spätere Fortbewegung verbrauchte Energie klimaneutral ist. Eine Voraussetzung einer in sich stimmigen Energiewende ist also auch an dieser Stelle, dass die Energieerzeugung in stärkerem Maße auf erneuerbare Energiequellen zugreift.

Dies ist auch für Elektrofahrzeuge relevant: Obwohl diese emissionsfrei fahren, sind sie nicht CO₂-neutral, solange die Stromerzeugung nicht vollständig regenerativ erfolgt.⁴⁷⁹ Ein Elektrofahrzeug verursacht zwar während des Fahrens kein CO₂. Indes ist für eine korrekte Bewertung nicht nur die Strombereitstellung für das Fah-



ren selbst in den Blick zu nehmen, sondern es sind auch die Emissionsquellen des Stroms für die Fahrzeugherstellung und Produktion der Batterie einzubeziehen. Ein in 2025 zugelassenes Elektrofahrzeug wird bei der Betrachtung des gesamten Lebensweges zwar ca. 32 % weniger CO₂-Emissionen verursachen als ein modernes Diesel-Kfz (und sogar 40 % weniger als ein benzinbetriebenes Fahrzeug), es wird aber keine emissionsneutrale Gesamtbilanz im Sinne einer 100 %-Einsparung aufweisen. Eine Verbesserung kann nur dann erzielt werden, wenn die Verwendung regenerativen Stroms bei der Produktion verpflichtend ist. Andernfalls kann die Nutzung der Elektrofahrzeuge sogar kontraproduktiv wirken.⁴⁸⁰ Auch bei den mit Wasserstoff angetriebenen Elektrofahrzeuge muss daher sichergestellt werden, dass die für die Herstellung, die Lagerung und den Transport von Wasserstoff verwendete Energie regenerativ ist.

Stand der E-Mobilität

Seit Juli 2016 werden in der Bundesrepublik Elektrofahrzeuge über eine Bundesförderung⁴⁸¹ staatlich subventioniert. Diese Subvention betrug für reine Elektrofahrzeuge 4.000 Euro und 3.000 Euro für Plug-in-Hybride.⁴⁸² Aktuell wurde die Förderstruktur verändert und die Fördersätze wurden effektiv etwa verdoppelt.⁴⁸³ Mit der Erhöhung des Bundes-Umweltbonus fällt die Landesförderung für die Anschaffung von Elektro-Pkw in Unternehmen weg. Die Förderung für Elektronutzfahrzeuge ab 2,3 Tonnen in Höhe von 8.000 Euro als Landesförderung wird jedoch fortgeführt.⁴⁸⁴ Der Aufbau der Infrastruktur wird durch Förderungen unterstützt, die in NRW 50 % der Ausgaben, bis zu 1.000 Euro je Ladepunkt betragen.⁴⁸⁵

Dies hat sich in den Zulassungszahlen niedergeschlagen:

- So fuhren auf den deutschen Straßen im Jahr 2016, bevor die Förderungen eingeführt wurden, knapp 25.000 reine Elektrofahrzeuge (zu den Hybridfahrzeugen siehe nächster Punkt). Demgegenüber waren es im Jahr 2018 ca. 36.000, am 1.1.2019 rund 83.200 und bis zum November 2019 wurden weitere 53.000 Neuanmeldungen erfasst. Die Neuzulassungen haben sich insgesamt gegenüber 2015 nahezu verdreifacht.⁴⁸⁶
- In 2018 wurden zudem insgesamt mehr als 130.000 Personenkraftwagen mit Hybridantrieb neu zugelassen. Hybridfahrzeuge sind damit die häufigste Alternative zu den konventionellen Kraftstoffarten Benzin und Diesel.⁴⁸⁷ Damit stieg die Zahl der reinen Elektrofahrzeuge zum 1.1.2019 um 54 % im Vergleich zum Vorjahr, die Zahl der Plug-in-Hybride sogar um 100 %.⁴⁸⁸
- Die Ladeinfrastruktur kann im November 2019 rund 16.700 Ladestationen für Elektrofahrzeuge vorweisen gegenüber noch 11.600 im Vorjahresquartal.⁴⁸⁹



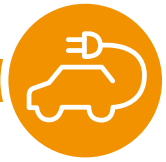
- Die elektronisch angetriebenen City-Tretroller, die sogenannten „E-Scooter“, dürfen seit dem 15.6.2019 legal auf öffentlichen Straßen und Wegen gefahren werden.

Wie auf Seite 123 erwähnt, sind die Ausbauziele jedoch noch in weiter Ferne: Bis 2022 sollen eine Million Elektrofahrzeuge zugelassen sein, bis 2030 sollen es sieben bis zehn Millionen sein.⁴⁹⁰

Hemmnisse und Perspektiven der E-Mobilität

Es ist von großer Bedeutung, den Anteil emissionsarmer Fahrzeuge zu steigern. Zur Elektrifizierung des Verkehrs wird ein auf Elektrizität basierendes Mobilitätssystem benötigt, das unter anderem auf der kohlenstoffarmen Stromerzeugung und z.B. Wasserstoff als Energieträger basiert.⁴⁹¹

Bislang sind die hohen Anschaffungskosten, die vergleichsweise geringe Reichweite und die nicht flächendeckenden Lademöglichkeiten die größten Hindernisse für die potenziellen Käufer und Nutzer. Insbesondere für den Erfolg der Brennstoffzellenfahrzeuge sind die Anschaffungskosten zu hoch und das Netz an Wasserstofftankstellen nicht ausreichend ausgebaut. Die Anzahl der Wasserstofftankstellen beispielsweise lag im Januar 2019 bei nur 60.⁴⁹²



Die Reichweiteproblematik in Verbindung mit der zu schwachen Ladeinfrastruktur ist auch für Elektrofahrzeuge nach wie vor ein Wachstumshemmnis.⁴⁹³

Andererseits ist der Veränderungswille der bundesdeutschen Haushalte an der Energieversorgung groß. Das KfW-Energiewendebarmeter 2019 zeigt, dass sich viele Haushalte bereits heute an der Energiewende beteiligen und damit einen Beitrag zum Klimaschutz leisten. Ebenso offenbart die Studie jedoch eine Kluft zwischen (Veränderungs-)Wunsch und Wirklichkeit.⁴⁹⁴ Die Ergebnisse des KfW-Energiewendebarmeters lassen darauf schließen, dass das Thema E-Mobilität in den nächsten Jahren an Fahrt gewinnen wird. Auf die Frage, wann sie ihrer Meinung nach im Alltag ein Elektrofahrzeug fahren werden, antworteten die Haushalte wie folgt:

- Rund 26 % der befragten Haushalte antworteten, dass dies spätestens in zehn Jahren der Fall sein wird.
- Fast 40 % erwarten die eigene Nutzung in den nächsten 15 Jahren.
- Rund 40 % gaben an, dass dies nie der Fall sein wird – oder nur, wenn es keine anderen Autos mehr gibt.⁴⁹⁵

So wird denn auch davon ausgegangen, dass sich der Unterschied zu den Verbrennungsmotoren relativieren wird, da der technologische Fortschritt die Batterie- und damit Anschaffungspreise senken und die Kosten für Verbrennungsmotoren aufgrund der wachsenden Anforderungen an die Abgasnachbehandlung steigen werden.⁴⁹⁶ Neben den zu erwartenden technologischen Entwicklungen sind gesetzliche Rahmenbedingungen für einen langfristigen Umstieg auf Elektrofahrzeuge nötig. Investitionssicherheit für die Ladeinfrastruktur für Investoren sollte geschaffen werden. Aus diesem Grund sollte der Aufbau von Wasserstofftankstellen bei der jetzigen Förderung der E-Mobilität gleichermaßen beachtet werden, um eine alternative, immer bedeutsamere Technologie parallel zu fördern.

i Die Verkehrswende bildet quantitativ einen bedeutsamen Sektor der Energiewende; hier sind indes bislang die geringsten Erfolge aller Sektoren vorzuweisen, da technologisch erreichte Einsparungen an anderer Stelle konterkariert werden. Zudem ist für die Wirksamkeit dieser Komponente notwendig, dass ausreichend regenerative Energieerzeugung erfolgt.

Die Verkehrswende bildet eine höchst komplexe Aufgabe, da die Mobilität weitgehend umgestellt, insbesondere eine wirksame Vernetzung erreicht werden muss. Der ländlichere Raum wirft hier schwierigere und komplexere Probleme auf als die Ballungsräume. Die Elektrifizierung des Verkehrs ist eine wichtige Komponente, die mit ambitionierten Wachstumszielen hinterlegt ist.

Herausforderungen bilden hier insbesondere die Anschaffungskosten sowie die Reichweiten im Kontext mit der ausbaubedürftigen Ladeinfrastruktur.

Emissionsarme Mobilität und Luftreinhaltung

Eine gewisse Bedeutung kommt der E-Mobilität im Kontext der Luftreinhaltung zu. Hier hat gemäß §§ 1 Abs. 1, 4 i.Vm. Nr. 10.6 des Anhangs II der ZustVU NRW die Bezirksregierung Arnsberg eine Zuständigkeit,⁴⁹⁷ die sie unter Hinzuziehung des LANUV sowie der betroffenen Kommune wahrnimmt.

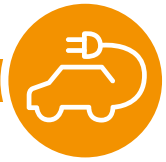
Luftreinhaltepläne

Luftreinhaltepläne sind nach § 47 Abs. 1 BImSchG⁴⁹⁸ zu erstellen, wenn die in der 39. BImSchV⁴⁹⁹ festgelegten Immissionsgrenzwerte in bestimmten Gebieten überschritten sind. Besteht die Gefahr, dass die in der 39. BImSchV festgelegten Alarmschwellen überschritten werden, hat die zuständige Behörde einen Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen aufzustellen. Dies gilt ebenso für die Gefahr der Überschreitung von Immissionsgrenzwerten oder Zielwerten.

In den Luftreinhalteplänen werden Maßnahmen zur Minderung der Luftschadstoffbelastung festgelegt. Die Pläne sind fortzuschreiben, solange die Maßnahmen nicht zur Einhaltung der Luftqualitätswerte führen.

Maßnahmen im Bereich Verkehr/Mobilität sind beispielsweise⁵⁰⁰

- Umweltzonen
- Öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV) und Taxen: Einsatz besonders schadstoffarmer Fahrzeuge durch Neuanschaffung und Nachrüstung (Diesel EURO VI, Elektrofahrzeuge, Wasserstofffahrzeuge)
- Durchfahrtsverbote für Lkw
- Optimierung und verkehrsabhängige Steuerung der Lichtzeichenanlagen zur Verflüssigung des Straßenverkehrs
- Einführung bzw. Optimierung von Routenkonzepten für den Lkw-Verkehr zu den Gewerbe- und Industriegebieten, bessere Beschilderung
- Neubeschaffung bzw. Nachrüstung von Fahrzeugen für die öffentliche Hand und ihre Töchter nur mit abgasarmer Technik sowie Umstellung auf E-Mobilität
- Mobilitätsmanagement
- Verbesserung und Elektrifizierung der Citylogistik
- Förderung und Verbesserung des ÖPNV durch Nutzungsanreize (Ticketvergünstigungen, Taktverdichtung, Barrierefreiheit)
- Ausbau der Fahrrad- und Fußgängerinfrastruktur
- Straßenum- und -ausbau, Umgehungsstraßen
- Intermodale Verknüpfung (z.B. zwischen ÖPNV, Fahrrad, E-Scooter, Car-Sharing)
- Privilegierung alternativer Verkehrsträger wie ÖPNV, Fahrrad, E-Mobilität (z.B. Einrichtung von Umweltpunkten, Parkprivilegien etc.)
- Parkraummanagement und -bewirtschaftung (z.B. Ausweitung von Anwohnerparkzonen, Preisgestaltung)
- Pflötnung des motorisierten Verkehrs in hochbelasteten Bereichen



(Diesel-)Fahrverbote und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Als Maßnahmen der Luftreinhalteplanung stehen insbesondere die weitreichenden (Diesel-)Fahrverbote in der Diskussion.

Das BVerwG hat im ersten Schritt aus den EU-rechtlichen Vorgaben die Pflicht abgeleitet, Verkehrsverbote zu verhängen, wenn dies die einzige geeignete Maßnahme zur schnellstmöglichen⁵⁰¹ Reduzierung der NO₂-Grenzwerte⁵⁰² ist.⁵⁰³ Dieses kann sich (wie im Fall Düsseldorf) auf bestimmte Straßen/-abschnitte und bestimmte Fahrzeuge, oder auch (wie in Stuttgart) auf Fahrzeuge je nach Abgasnorm bei zonalen Verkehrsverboten beziehen.⁵⁰⁴

Solche Maßnahmen sind allerdings entsprechend dem Verursacheranteil und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festzulegen. Das erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch diese herbeigeführten Belastungen. Auch nach den EU-rechtlichen Vorgaben ist ein Ausgleich zwischen dem Ziel der Verringerung der Gefahren der Verschmutzung und den verschiedenen betroffenen öffentlichen und privaten Interessen herbeizuführen.⁵⁰⁵

Nach der aktuellen Rechtsprechung des OVG Münster ist es - auch soweit ein Verkehrsverbot für eine schnellstmögliche Grenzwerteinhaltung geeignet und erforderlich ist - nicht ausgeschlossen, ganz oder teilweise, vorübergehend oder dauerhaft von seiner Anordnung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) abzusehen. Dies bedarf aber der Rechtfertigung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls.⁵⁰⁶ Auch über den gesetzlichen Rahmen des BImSchG hinaus ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellen; es dürfen also Verkehrsverbote selbst dann, wenn mit ihnen die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte für Stickstoffdioxid zu einem früheren Zeitpunkt erreicht werden könnte, nicht unbezogen angeordnet werden. Stattdessen muss – „was zwangsläufig die Effizienz der Verkehrsverbote schwächt“ – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden.⁵⁰⁷

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung kann sich auf Alternativen beziehen wie die phasenweise Einführung zonaler oder streckenbezogener Verkehrsverbote, Gewährung von Ausnahmen und Übergangsfristen mit Blick auf Nachrüstungen, einem Übergangszeitraum zur Anpassung an die neuen Gegebenheiten, einer Bereitstellung alternativer Verkehrswege oder von Verkehrsmitteln zur Wahrung besonders gewichtiger wirtschaftlicher oder infrastruktureller Belange etc.⁵⁰⁸ Die unmittelbare Einführung von streckenbezogenen oder zonalen Verkehrsverboten für Fahrzeuge bestimmter Emissionsklassen konnte in den vor dem OVG Münster abgeschlossenen Verfahren für die von der DUH beklagten NRW-Städte abgewendet werden.

E-Mobilität und Luftreinhaltepläne

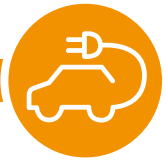
Eine politische Zielsetzung ist die möglichste Vermeidung von Fahrverboten.⁵⁰⁹ Da reine Elektrofahrzeuge lokal emissionsfrei sind, sind Maßnahmen zum stärkeren Einsatz von Elektrofahrzeugen durchaus Gegenstand von Luftreinhalteplänen.⁵¹⁰ Im Rahmen der Vorbereitung des „Sofortprogramms Saubere Luft 2017-2020“ wurden sie von den beteiligten Kommunen benannt, allerdings in der Regel dergestalt, dass kommunale Fahrzeuge und Busse elektrifiziert würden.⁵¹¹

Ebenfalls kommen Maßnahmen nach dem Sonderförderbereich „Emissionsfreie Innenstadt“ des Projektauftrags „Kommunaler Klimaschutz.NRW“ in Betracht, etwa zur Elektrifizierung des ÖPNV zur Verbesserung der Fuß- und Radverkehre oder der Umstellung von Car-Sharing-Flotten auf Elektrofahrzeuge; auch wurde bereits auf die Umrüstung der Fahrzeuge von Kurier- und Paket-Dienstleistern, die die Stadt beliefern, verwiesen.⁵¹²

Allerdings wäre ein pauschaler Verweis auf die E-Mobilität problematisch, da die „schnellstmögliche“ Grenzwerteinhaltung geschuldet ist. Auch soweit Maßnahmen auf die Umsetzung oder Mitwirkung durch Dritte, insbesondere die Verkehrsteilnehmer, angewiesen sind, sich also gegebenenfalls auf eine Anreizfunktion beschränken, wird ihre Wirksamkeit vor Gericht gegebenenfalls als ungewiss angesehen. Da viele dieser Maßnahmen ein geändertes Verkehrsverhalten sowie einen vorangegangenen gesellschaftlichen Umdenkprozess voraussetzen, der Jahre oder sogar Jahrzehnte in Anspruch nehmen wird, sind sie zwar nachhaltig, aber eher mittel- oder langfristig als kurzfristig ausgerichtet.⁵¹³ Ihnen kommt infolgedessen nach der Rechtsprechung des VG Gelsenkirchen in der Prognosesituation ein vor dem Hintergrund der normativen zeitlichen Vorgaben kaum messbares bzw. prognostizierbares Reduktionspotenzial bezüglich der Stickstoffdioxidbelastung zu.⁵¹⁴

Emissionsarme Mobilität ist ein wichtiger Baustein der nachhaltigen Luftreinhalteplanung, und zwar nicht nur für die kommunalen Fahrzeuge sowie die des ÖPNV, sondern auch für die Bevölkerung.

Sollen solche Maßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüber einem zu erwägenden Fahrverbot in die Waagschale geworfen werden, ist allerdings die restriktive Rechtsprechung zu berücksichtigen.



Handlungsmöglichkeiten der Bezirksregierung Arnsberg

Aktivitäten zur Förderung der E-Mobilität

Die Bezirksregierung Arnsberg begleitet die landespolitischen Aktivitäten der E-Mobilität der Dachmarke „ElektroMobilität NRW“⁵¹⁵ bei der Umsetzung. Das Förderprogramm *progres.nrw* wird seit Jahren landesweit von der Abteilung 6, Dezernat 64 mit dem Ziel abgewickelt, verschiedene Techniken zur Nutzung unerschöpflicher Energiequellen und der rationalen Energieverwendung zu beschleunigen. Damit soll ein Beitrag zur Reduktion der CO₂-Emissionen geleistet werden.

Ein Teil dieses Programms ist der Programmbereich Emissionsarme Mobilität.⁵¹⁶ Das Förderprogramm richtet sich an Privatpersonen, Unternehmen und kommunale Antragsteller. Der Schwerpunkt der Richtlinie liegt auf der Förderung von Elektrofahrzeugen und der notwendigen Ladeinfrastruktur, um den Markthochlauf der E-Mobilität voranzutreiben. Auch Umsatzberatungen und -konzepte, Elektro-Lastenräder, Konzepte, Studien und Analysen werden bereits gefördert.⁵¹⁷ Ziel ist es, „durch eine veränderte Mobilität die Erreichung der Klimaschutzziele im Verkehrssektor zu unterstützen und die Lebensqualität in den Städten zu verbessern.“⁵¹⁸

Die Nachfrage nach Ladepunkten für den privaten und öffentlichen Raum stieg seit Beginn der Förderungen kontinuierlich an. Für die Zuwendung ist vorausgesetzt, dass der für den Ladevorgang erforderliche Strom entweder aus erneuerbaren Energien oder aus vor Ort eigenerzeugtem regenerativen Strom stammt. Dies ist erforderlich, da die Gewährung nichtregenerativer Stromquellen dem Klimaschutzziel entgegenwirkt.⁵¹⁹

Mögliche Handlungsansätze in Bezug auf die Förderung der E-Mobilität

Auf wesentliche Faktoren der Verkehrswende hat die Bezirksregierung Arnsberg keinen Einfluss. Beispielsweise wird gefordert, die Bestimmungen des Straßenrechts und des Personenbeförderungsgesetzes so zu ändern, dass die Städte einen größeren Handlungsspielraum bei der Erprobung und Ausübung von flexiblen Nutzungen haben. Bisher aufwendige Widmungsänderungen können innovative Entwicklungen verlangsamen.⁵²⁰

In folgender Hinsicht scheinen jedoch erwägenswerte Ansätze vorhanden zu sein, um im Einflussbereich der Bezirksregierung Arnsberg die Verkehrswende voranzubringen.

Effizienzsteigerung der Förderverfahren

Es sind bei der Antragstellung und Bearbeitung der Förderung aus dem progres-Programm bereits Elemente des E-Government eingeführt worden. Es wäre zu prüfen, inwieweit die Digitalisierung und Automatisierung hier noch weitere Potenziale bietet.

Zu eruieren wäre auch, inwieweit eine Zusammenführung der progres-Programmbereiche „Markteinführung“ und „Emissionsarme Mobilität“ zu Effizienzsteigerungen führen könnte.

Vermarktung

Trotz des erkennbaren Erfolgs des Förderprogramms ist zu erwägen, inwieweit zusätzliche Bewerbung, Öffentlichkeitsarbeit etc., gegebenenfalls in Verbindung mit der Energieagentur oder anderen Akteuren, die Marktdurchdringung, Visibilität oder Akzeptanz steigern könnte.

Dies gilt insbesondere in Anbetracht der Wasserstofftechnologie; um das Potenzial der Wasserstoffautos langfristig nutzen zu können, wird hier ein flächendeckendes Netz an Wasserstofftankstellen benötigt. Freilich ist die progres-Förderung hier nur eine Stellschraube neben anderen für diese Technologie wesentlicheren Faktoren.

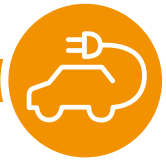
Änderungen im Bestand der Förderrichtlinie

Um die Effektivität der aktuellen monetären Förderungen zu erhöhen, könnte auch bei dem Fördergegenstand des Lastenfahrrads darauf geachtet werden, dass ein Grünstromvertrag für die Ladung der Batterie vorhanden ist. Das entspricht ebenfalls den Voraussetzungen für die Ladesäulen der Elektrofahrzeuge im Förderprogramm ElektroMobilitätNRW.

Erweiterung der Fördertatbestände

Es kann erwogen werden, die Produktion durch regenerative Energien als weiteren Fördertatbestand bzw. Fördervoraussetzung (gegebenenfalls für eine höhere Förderung) zu ergänzen. Dies wirft freilich Fragen der Konturierung und Prüfung dieses Tatbestands auf.

In Anbetracht der aktuellen Entwicklung kann weitergehend über Fördertatbestände zur Elektrifizierung von Fahrrädern oder Tretrollern nachgedacht werden. Auch hier wäre – wiederum durch die Gestaltung der entsprechenden Voraussetzungen – sicherzustellen, dass die Förderung wirklich klimateffizient ist. Ein interessantes Feld



könnte beispielsweise die Kombination des ÖPNV mit E-Bikes/-Rollern („Mikromobilität“) zur Änderung des Mobilitätsverhaltens insbesondere im ländlichen Raum sein.

Vorschläge zur Änderung oder Erweiterung der bestehenden Förderrichtlinien wären vom MWIDE als Richtliniengeber umzusetzen. Derzeit gibt es dort Überlegungen, dass Ladepunkte, die (zumindest teilweise) über einen stationären Batteriespeicher mit regenerativem Strom versorgt werden, einen zusätzlichen Bonus erhalten. Außerdem plant die Landesregierung eine Erweiterung der Förderung in Bezug auf die Nutzung intelligenter Ladeinfrastruktur.⁵²¹

Technikoffener Ausbau

Im Sinne eines allgemeinen Hinweises sei angemerkt, dass es aufgrund der prognostischen, technologischen, aber auch ökonomischen und politischen Unsicherheiten ratsam ist, alternative Technologien nicht auszuschließen und eine Technologieoffenheit zu praktizieren. Zielführend dürfte es sein, Akteursallianzen zwischen Politik, Verwaltung, Privatwirtschaft und den Bürgerinnen und Bürgern zu bilden. Inwieweit dies in Fördertatbestände umgemünzt oder aber informell durch die Bezirksregierung Arnsberg begleitet oder moderiert werden könnte, bleibt zu erwägen.

Fazit



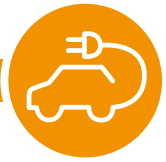
Die Energiewende wird nur gelingen, wenn die Verkehrswende stattfindet. Die dazu erforderliche Mobilitätswende bildet eine höchst komplexe Aufgabe. Der Verkehrssektor hinkt bei der Erreichung der CO₂-Reduktionsziele jedoch hinter den übrigen Sektoren her.

Die E-Mobilität ist – trotz zurückhaltender Rechtsprechung – ein zweckmäßiger Baustein der nachhaltigen Luftreinhalteplanung, und zwar nicht nur für die kommunalen Fahrzeuge sowie die des ÖPNV, sondern auch für die Bevölkerung.

Die Elektrifizierung des Verkehrs ist eine wichtige Komponente der Verkehrswende, die mit ambitionierten Wachstumszielen hinterlegt ist. Herausforderungen einer stärkeren Elektrifizierung bilden insbesondere die Anschaffungskosten sowie die Reichweiten im Kontext mit der ausbaubedürftigen Ladeinfrastruktur.

Hier hat die Bezirksregierung Arnsberg als Bewilligungsbehörde des progressiven Förderprogramms Einwirkungsmöglichkeiten. Perspektivisch wäre insbesondere zu erwägen, ob

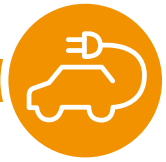
- Fördertatbestände ergänzt oder
- „im Bestand“ Effizienz- und Vermarktungsreserven gehoben werden können.



Anmerkungen und Quellen

- 449** Frau *Madita Fokken*, Studentin an der *HSPV NRW* und Inspektoranwärterin bei der Bezirksregierung Arnsberg, ist herzlich zu danken für hilfreiche Vorarbeiten zu diesem Kapitel
- 450** *Bundesregierung*, Klimaschutzplan 2050, Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, S. 50
https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf
- 451** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern - 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 7.
- 452** Dazu *Ludwigs/Huller*, RdE 2017, 497
- 453** Bundeskanzlerin *Angela Merkel*, Weltwirtschaftsforum Davos am 23.1.2020
- 454** *Heinrich-Böll-Stiftung*, Kommunale Verkehrswende
<https://www.boell.de/de/kommunale-verkehrswende>
- 455** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 7
- 456** *KfW Research*, KfW-Energiewendebarmeter 2019, S. 1,
<https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-KfW-Energiewendebarmeter/KfW-Energiewendebarmeter-2019.pdf>
- 457** *Bundesregierung*, Klimaschutzplan 2050, Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, S. 50,
https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf
- 458** *Bundesregierung*, Klimaschutzplan 2050, Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, S. 49 ff.
https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf
- 459** *Agora Energiewende*, Die Energiewende im Stromsektor: Stand der Dinge 2019, S. 66
- 460** *BMU*, Energiekonzept v. 28.9.2010, S. 5
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/energiekonzept-2010.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- 461** *UBA*, Indikator: Energieverbrauch des Verkehrs,
<https://www.umweltbundesamt.de/indikator-energieverbrauch-des-verkehrs#textpart-1>
- 462** *Bundesregierung*, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Neuauflage 2016, S. 164 ff. zu Ziel 11
<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975292/730844/3d30c6c2875a9a08d364620ab7916af6/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-neuauflage-2016-download-bpa-data.pdf?download=1>
- 463** Vgl. *BMU*, Klimaschutzprogramm 2050, S. 50
- 464** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 7

- 465** S. bereits *Bundesregierung*, Nationaler Entwicklungsplan Elektromobilität der Bundesregierung, 2009, S. 6 ff., <https://www.bmu.de/download/nationaler-entwicklungsplan-elektromobilitaet-der-bundesregierung/>
- 466** *Bundesregierung*, Elektromobilität weiter vorantreiben <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/saubere-luft/elektromobilitaet-weiter-vorantreiben-1530062>
- 467** *Bundesregierung*, Elektromobilität weiter vorantreiben <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/saubere-luft/elektromobilitaet-weiter-vorantreiben-1530062>
- 468** *ElektroMobilitätNRW*, Masterplan Elektromobilität NRW 2014 https://www.elektromobilitaet.nrw/fileadmin/Daten/Download_Dokumente/Broschüren_Flyer/Masterplan_Elektromobilitaet_NRW_2014.pdf
- 469** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 10
- 470** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 12
- 471** Vgl. *Bundesregierung*, Klimaschutzplan 2050, Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, S. 53 ff. https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf
- 472** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 19
- 473** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 11
- 474** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 9
- 475** Zu den damit, insbesondere den innovativen Mobilitätsangeboten, verbundenen Rechtsfragen s. nur *Zeil/Prinz zur Lippe*, *GewArch* 2017, 405
- 476** *Statista*, Durchschnittliche Reichweite aller verkauften Elektroautos in den Jahren 2011- 2020 (in Kilometern) <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/443614/umfrage/prognose-zur-reichweite-von-elektroautos/>
- 477** <https://www.tagesspiegel.de/mobil/alternative-antriebe/autos-mit-brennstoffzelle-mehr-nachteile-als-vorteile-noch/11030028.html>
- 478** *ElektroMobilitätNRW*, Wie funktioniert ein E-Auto? <https://www.elektromobilitaet.nrw/infos/e-auto>
- 479** *Agora Verkehrswende*, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S.11 f
- 480** *BMU*, Wie umweltfreundlich sind Elektroautos?, S. 7
- 481** https://www.bafa.de/DE/Energie/Energieeffizienz/Elektromobilitaet/Foerderprogramm_im_Ueberblick/foerderprogramm_im_ueberblick.html



- 482** https://www.bafa.de/DE/Energie/Energieeffizienz/Elektromobilitaet/elektromobilitaet_node.html
- 483** https://www.bafa.de/DE/Energie/Energieeffizienz/Elektromobilitaet/Foerderprogramm_im_Ueberblick/foerderprogramm_im_ueberblick.html
- 484** Gemeinsame Pressemitteilung MWIDE und ElektroMobilitätNRW vom 19.2.2020
- 485** https://www.elektromobilitaet.nrw/fileadmin/Daten/Download_Dokumente/Foederungen/Handzettel_NRW-Foerderprogramm_Privatnutzer.pdf
- 486** Statista, Anzahl von Elektroautos in Deutschland von 2003 bis 2019
<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/244000/umfrage/neuzulassungen-von-elektroautos-in-deutschland>
- 487** Statista, Anzahl von Elektroautos in Deutschland von 2003 bis 2019
<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/244000/umfrage/neuzulassungen-von-elektroautos-in-deutschland/>
- 488** KfW Research, KfW-Energiewendebarmeter 2019, S. 2
<https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-KfW-Energiewendebarmeter/KfW-Energiewendebarmeter-2019.pdf>
- 489** Statista, Anzahl der Ladestation für Elektrofahrzeuge in Deutschland im Zeitraum 1. Quartal 2018 bis 3. Quartal 2019 (Stand: 1.11.2019, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/460234/umfrage/ladestationen-fuer-elektroautos-in-deutschland-monatlich/>)
- 490** Vgl. Bundesregierung, Elektromobilität weiter vorantreiben
<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/saubere-luft/elektromobilitaet-weiter-vorantreiben-1530062>
- 491** Agora Verkehrswende, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 9; Heinrich-Böll-Stiftung/VCD, Mobilitätsatlas 2019, S. 16 ff.; 18 ff
- 492** Statista, Anzahl der Wasserstofftankstellen in Deutschland in den Jahren 2017 und 2019, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/820836/umfrage/anzahl-der-wasserstofftankstellen-in-deutschland>
- 493** Interessant sind insoweit Ansätze wie das Akkutauchangebot des chinesischen Startups Nio oder das Wechselakku-Konzept des norwegischen Startups Fresco Motors. Letzteres bietet einen modularen „Notfallakku“, mit dem noch einige Zusatzkilometer gefahren werden können. Nio konnte seit Dezember 2017 3.400 Fahrzeuge mit der Akkutauch-Technologie verkaufen; 18 der nötigen Anlagen zum Tausch des Akkus sind bereits gebaut
- 494** KfW Research, KfW-Energiewendebarmeter 2019, S. 2
<https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-KfW-Energiewendebarmeter/KfW-Energiewendebarmeter-2019.pdf>
- 495** KfW Research, KfW-Energiewendebarmeter 2019, S. 8
<https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-KfW-Energiewendebarmeter/KfW-Energiewendebarmeter-2019.pdf>
- 496** Agora Verkehrswende, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 19

- 497** OVG Münster, Beschl. v. 6.12.2018 – 8 D 62/18, Rn. 7
- 498** Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG) v. 17.5.2013, BGBl. I, S. 1274, zul. geä. durch G v. 8.4.2019, BGBl. I, S. 432
- 499** Neununddreißigste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen - 39. BImSchV) v. 2.8.2010, BGBl. I, S. 1065, zul. geä. durch VO v. 18.7.2018, BGBl. I, S. 1222
- 500** MUNLV NRW, Minderungsmaßnahmen in Luftreinhalteplänen
<https://www.umwelt.nrw.de/umwelt/umwelt-und-gesundheit/luft/luftreinhalteplanung/minderungsmaßnahmen-in-luftreinhalteplänen/>
- 501** Dazu BT-Drs. 19/6900, S. 2+3
- 502** Zur zwischenzeitlichen Änderung des BImSchG BT-Drs. 19/13698, S. 3 sowie BT-Drs. 19/10918, S. 2; zur Auslegung der Gesetzesänderung ausf. OVG Münster, Urt. v. 31.7.2019 – 8 A 2851/18, Rn. 286 ff
- 503** BVerwG, NVwZ 2018, 883 (Stuttgart); *dass.*, NVwZ 2018, 890 (Düsseldorf)
- 504** BVerwG, NVwZ 2018, 883; *dass.*, NVwZ 2018, 890; dazu Giesberts, NVwZ 2018, 1276 (1276); s. auch Hofmann, NVwZ 2018, 928
- 505** Giesberts, NVwZ 2018, 1276 (1278)
- 506** OVG Münster, Urt. v. 31.7.2019 – 8 A 2851/18, Rn. 220 ff
- 507** OVG Münster, Urt. v. 31.7.2019 – 8 A 2851/18, Rn. 220 ff. mit Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 27.2.2018 – 7 C 30.17, Rn. 41 ff
- 508** OVG Münster, Urt. v. 31.7.2019 – 8 A 2851/18
- 509** BT-Drs. 19/6900
- 510** BT-Drs. 19/7546, S. 1
- 511** BT-Drs. 19/5237, S. 18; dazu auch BT-Drs. 19/7546, S. 3
- 512** VG Aachen, Urt. v. 8.6.2018 – 6 K 2211/15, Rn. 67 ff
- 513** VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15.11.2018 – 8 K 5068/15, Rn. 197
- 514** VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15.11.2018 – 8 K 5068/15, Rn. 378
- 515** <https://www.elektromobilitaet.nrw>
- 516** MWIDE, Richtlinie über die Gewährleistung von Zuwendungen aus progres.nrw - Programmbereich Emissionsarme Mobilität v. 1.2.2019,
https://www.bezreg-arnsberg.nrw.de/themen/p/progres_nrw_emissionsarme_mobilitaet/foerdergrundlagen/Richtlinie-Emissionsarme-Mobilitaet.pdf
- 517** MWIDE, Richtlinie über die Gewährleistung von Zuwendungen aus progres.nrw - Programmbereich Emissionsarme Mobilität v. 1.2.2019, Ziff. 2
- 518** MWIDE, Richtlinie über die Gewährleistung von Zuwendungen aus progres.nrw - Programmbereich Emissionsarme Mobilität v. 1.2.2019, Ziff. 1
- 519** MWIDE, Richtlinie über die Gewährleistung von Zuwendungen aus progres.nrw - Programmbereich Emissionsarme Mobilität v. 1.2.2019, Ziff. 6.2.4
- 520** Agora Verkehrswende, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern – 12 Thesen zur Verkehrswende, S. 14
- 521** Gemeinsame Pressemitteilung MWIDE und ElektroMobilitätNRW vom 19.2.2020

Fazit des Gutachtens

Die Windkraft und die Wasserkraft sind wichtige Bestandteile der Energiewende. Ihr Ausbau ist zur Reduzierung der CO₂-Reduktionen essentiell und angesichts der absehbaren Verfehlung der Klimaziele dringlich; der Ausbau stagniert jedoch. Dies ist auf verschiedene Faktoren, unter anderem auf Genehmigungshindernisse sowie umweltrechtliche Restriktionen, zurückzuführen.

Das Naturschutzrecht und das Wasserrecht bilden insoweit ein strenges Regime mit einschlägigen Verbotstatbeständen bzw. im Ausgangspunkt strikter Zielvorgaben. In beiden Regimes sind jedoch Ausnahme- und Verhältnismäßigkeitstatbestände vorhanden, in die die Belange des Klimaschutzes und der regenerativen Energieerzeugung einzustellen sind.

Diese Belange haben nach den EU- und national-rechtlichen Wertungen ein hohes Gewicht. Die europäische und die nationale Rechtsprechung hat dies sowohl im Naturschutz- als auch im Wasserrecht bereits mehrfach entschieden und die einzelfallbezogene Inanspruchnahme der Ausnahmeklauseln für Wind- und Wasserkraftanlagen gebilligt.

Eine Gelingensbedingung der Energiewende ist die Verkehrswende. Der Verkehrssektor hinkt bei der Erreichung der CO₂-Reduktionsziele jedoch hinter den übrigen Sektoren zurück.

Die E-Mobilität ist – trotz zurückhaltender Rechtsprechung – ein zweckmäßiger Baustein der nachhaltigen Luftreinhalteplanung.

Im Rahmen der Zuständigkeit können bei der E-Mobilität in Bezug auf die Förderung ergänzende Fördertatbestände sowie Optimierungen im Bestand erwogen werden.





Literaturverzeichnis

Albrecht, Umweltqualitätsziele im Gewässerschutzrecht, 2007

Altenschmidt, Die Versorgungssicherheit im Lichte des Verfassungsrechts, NVwZ 2015, S. 559

Attendorn, Berücksichtigung der Belange der Energiewende bei der Anwendung des Wasserrechts, UPR 2013, S. 47

Attendorn, Die Belange des Klimaschutzes nach Fukushima und der Energiewende, NVwZ 2012, S. 1569

Bayer, Fledermausschutz im Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen – Maßnahmen und nachträgliche Änderungen nach Erteilung der Genehmigung, NuR 2019, S. 387

Beckmann, Gerichtliche Vollprüfung und zeitgerechter Rechtsschutz, DÖV 2019, S. 773

Beckmann/Durner/Mann/Röckinghausen (Hrsg.), Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Band 2, Stand: 90. EL, 2019

Berendes, WHG, Kommentar, 2. Aufl., 2018

Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, Kommentar, 2. Aufl. 2018

Bernotat, Naturschutzfachliche Bewertung eingriffsbedingter Individuenverluste – Hinweise zur Operationalisierung des Signifikanzansatzes im Rahmen des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots, ZUR 2018, S. 594

Bick/Wulfert, Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 346

Breuer, Gerichtliche Kontrolle der Weser- und Elbvertiefung – eine Zwischenbilanz, NVwZ-Beil. 2018, S. 3

Breuer, Öffentliche Bewirtschaftung der Gewässer als Aufgabe und Rechtsproblem, UPR 2004, S. 201

Breuer, Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna, 2006

Bückmann/Lee/Simonis, Das Nachhaltigkeitsgebot der Agenda 21 und seine Umsetzung in das Umwelt- und Planungsrecht, UPR 2002, S. 168

Büdenbender, Die Rechtsstellung der Individuen in der Elektrizitätswirtschaft nach der Energiewende 2011, DÖV 2017, S. 712

Büdenbender, Rechtliche Bilanz der Energiewende 2011 im Hinblick auf den Ausstieg aus der Kernenergie, DVBl. 2017, S. 1449

Burgi, Nach dem Atomausstiegsurteil des BVerfG: Veränderte Maßstäbe für Gesetzgebung und Verwaltungsvollzug im Atomrecht? NVwZ 2019, S. 585

- Chatzinerantzis/Appel**, Haftung für den Klimawandel, NJW 2019, S. 881
- Cremer**, Verfassungskräftiger Klimaschutz nach Maßgabe völkerrechtlich verbindlicher Verpflichtungen und Ziele, ZUR 2019, S. 278
- Czychowski/Reinhardt**, WHG, Kommentar, 12. Aufl., 2019
- Dallhammer/Fritzschn**, Verschlechterungsverbot – Aktuelle Herausforderungen an die Wasserwirtschaftsverwaltung, ZUR 2016, S. 340
- Degen**, Ladeinfrastruktur für Elektromobilität, NJW-Spezial 2018, S. 748
- de Witt/Kause**, Das EuGH-Urteil zur WRRL – Ein Wegweiser für die Vorhabenzulassung, NuR 2015, S. 749
- Dieckmann**, Die planerischen Instrumente der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL): Maßnahmenprogramm und Bewirtschaftungsplan, EurUP 2008, S. 2
- Diekmann**, Windkraftanlagen und ihre Befeuernng – Neues für die Verwaltungspraxis, UPR 2019, S. 438
- Dolde**, Artenschutz in der Planung, NVwZ 2008, S. 121
- Dolde**, Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative – Normkonkretisierung tut not! NVwZ 2019, S. 1567
- Durner**, Das „Verschlechterungsverbot“ und das „Verbesserungsverbot“ im Wasserwirtschaftsrecht, NuR 2019, S. 1
- Durner**, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung an Bundeswasserstraßen, in: Durner (Hrsg.), Wasserrechtsfragen der Energiewende, S. 115
- Durner (Hrsg.)**, Wasserrechtsfragen der Energiewende, 2013
- Eichberger**, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Energiewende, RdE 2018, S. 453
- Eichberger**, Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, S. 1560
- Ekardt**, Das Paris-Abkommen zum globalen Klimaschutz – Chancen und Friktionen – auf dem Weg zu einer substanziellen EU-Vorreiterrolle?, NVwZ 2016, S. 355
- Ekardt**, Menschenrechte und Umweltschutz – deutsche und internationale Debatte im Vergleich, ZUR 2015, S. 579
- Faßbender**, Die Umweltziele der Wasserrahmenrichtlinie, EurUP 2015, S. 178
- Faßbender**, Maßnahmenprogramme: Bindungswirkung und Rechtsschutz, in: Köck/Faßbender (Hrsg.): Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland – Erfahrungen und Perspektiven, S. 129
- Fellenberg**, Artenschutz, in: **Kerkmann (Hrsg.)**, Naturschutzrecht in der Praxis, S. 305
- Fellenberg**, Kumulation, Kontrolldichte und Kohärenzsicherung – aktuelle Streitfragen im Habitatschutzrecht, NVwZ 2019, S. 177



- Franzius**, „Die Mutter aller Wasserrechtsfälle“, ZUR 2015, S. 643
- Frenz**, Energiewende zwischen Beihilfenverbot und Artenschutz, NVwZ 2017, S. 1579
- Frenz**, Vogeltodvermeidung bei Windrädern, NuR 2016, S. 456
- Frenz**, Windkraft vs. Artenschutz und Eigentümerbelange, NuR 2016, S. 251
- Frenz**, Umwelt- und Tierschutzklausel im AEUV, NuR 2011, S. 103
- Frenz**, Umwelt- und Klimaschutz in der Wirtschaftskrise, WuV 2010, S. 74
- Fröhlich**, Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna, ZfW 2005, S. 134
- Fülbier**, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, S. 804
- Füßer/Lau**, Wasserrechtliches Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot nach dem Urteil des EuGH zur Weservertiefung, NuR 2015, S. 589
- Gärditz**, Der Völker- und europarechtliche Rahmen der Energiewende, RdE 2018, S. 457
- Gärditz**, Ökologische Binnenkonflikte im Klimaschutzrecht, DVBl. 2010, S. 214
- Gärditz**, Schwerpunktbereich – Einführung in das Klimaschutzrecht, JuS 2008, S. 324
- Gassner**, Rechtskonkretisierung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG, NuR 2011, S. 320
- Gassner/Heugel**, Das neue Naturschutzrecht, 2010
- Gawel**, Die Wasserkraft zwischen Gewässerschutz und Energiewende, ET 8/2011, S. 57
- Gellermann**, Gewässerausbau im Lichte des neuen wasserwirtschaftlichen Ordnungsrahmens, DVBl. 2007, S. 1517
- Giesberts**, „Diesel-Verkehrsverbote“ ausnahmsweise möglich, NVwZ 2018, S. 1276
- Giesberts/Reinhardt (Hrsg.)**, BeckOK Umweltrecht, Edition 53, Stand: 1.7.2019
- Ginzky**, Ausnahmen zu den Bewirtschaftungszielen im Wasserrecht, ZUR 2005, S. 515
- Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)**, Das Recht der Europäischen Union, 68. EL 2019
- Groß**, Die Bedeutung des Umweltstaatsprinzips für die Nutzung erneuerbarer Energien, NVwZ 2011, S. 129
- Grothe/Frey**, Die Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, NuR 2016, S. 316
- Halama**, Die FFH-Richtlinie – unmittelbare Auswirkungen auf das Planungs- und Zulassungsrecht, NVwZ 2001, S. 506
- Harendt/Mayer**, Rechtsrahmen und Vorschläge zur Änderung für Ladeinfrastruktur im Neubau und Bestand, KommJur 2016, S. 161
- Hasche**, Das neue Bewirtschaftungsermessen im Wasserrecht, 2005

Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2008

Hofmann, Luftreinhalteplanung und ihre Umsetzung, NVwZ 2018, S. 928

Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016

Jarass, Der neue Grundsatz des Umweltschutzes im primären EU-Recht, ZUR 2011, S. 563

Jarass, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte, NVwZ 2012, S. 457

Kahl/Burs, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht (Teil 1), DVBl. 2016, S. 1157

Kahl/Burs, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht (Teil 2), DVBl. 2016, S. 1222

Kerkmann (Hrsg.), Naturschutzrecht in der Praxis, 2. Aufl., 2010

Kerkmann, Natura 2000, in: **Kerkmann (Hrsg.)**, Naturschutzrecht in der Praxis, S. 403

Kloepfer, Verfassungsrecht I, 2011

Knobelspies/Kaufmann, Wasserkraft – die erneuerbare Energie der Zukunft?, ZNER 2013, S. 250

Knopp, Ausnahmen von den Umweltzielen des Art. 4 WRRL und ihre Bedeutung beim wasserrechtlichen Vollzug in Deutschland, Wasser und Abfall 3/2005, S. 27

Knopp, Die Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie auf dem weiteren Weg des wasserrechtlichen Vollzugs in Deutschland, ZUR 2005, S. 505

Koch, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, in: **Kerkmann (Hrsg.)**, Naturschutzrecht in der Praxis, S. 119

Koch, Umweltrecht, 5. Aufl. 2018

Köck, Die Implementation der EG-Wasserrahmenrichtlinie – eine Zwischenbilanz mit Blick auf die bevorstehende Verabschiedung von Maßnahmenprogrammen und Bewirtschaftungsplänen, ZUR 2009, S. 227

Köck/Bovet, Die Anwendung des Artenschutzrechts bei der Zulassung von Erneuerbare-Energien-Projekten, ZUR 2018, S. 579

Köck/Faßbender (Hrsg.), Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland – Erfahrungen und Perspektiven, 2011

Laskowski, Wasserkraft im Energiekonzept der Bundesregierung nach dem Atomausstieg – zwischen Klima- und Gewässerschutz, ZNER 2011, S. 396

Longo, Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe, 2010

Ludwigs/Huller, Energierechtliche Implikationen der Förderung von Elektromobilität als Baustein der Energiewende, RdE 2017, S. 497



Lütkes/Ewer, BNatSchG, Kommentar, 2. Aufl., 2018

Maslaton, Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Klimaschutz und Artenschutz durch eine TA Artenschutz/Wind?, NVwZ 2019, S. 1081

Maslaton/Hauk, Das Elektromobilitätsgesetz (EmoG) – „Das wird schon klappen“, NVwZ 2015, S. 555

Mayer, Aktuelle Rechtsentwicklung in Bezug auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot, NuR 2016, S. 683

Mayer/Warnecke, Rechtsfragen individueller Elektromobilität im Straßenverkehr, KommJur 2013, S. 47

Maunz/Dürig, Grundgesetz, Losebl., 87. Aufl. 2019

Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017

Mekhafia, Möglichkeiten und Grenzen von Technology-Forcing zur Förderung der Elektromobilität, DÖV 2018, S. 936

Meßerschmidt, Europäisches Umweltrecht, 2011

Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019

Müller-Mitschke, Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot für windenergieempfindliche Vogelarten bei Windenergieanlagen, NuR 2015, S. 741

Murswiek, „Nachhaltigkeit“ – Probleme der rechtlichen Umsetzung eines umweltpolitischen Leitbildes, NuR 2002, S. 641

Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 8. Aufl. 2018

Ramsauer, Die Ausnahmeregelung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, NuR 2000, S. 601

Ramsauer/Bieback, Planfeststellung von privatrechtlichen Vorhaben, NVwZ 2002, S. 277

Reese, Die Wasserrahmenrichtlinie in der Umsetzungskrise – Fortbestehende Umsetzungsdefizite und rechtlicher Handlungsbedarf zur ökologischen Gewässerentwicklung, NVwZ 2018, S. 1592

Reese, Voraussetzungen für verminderte Gewässerschutzziele nach Art. 4 Abs. 5 WRRL, ZUR 2016, S. 203

Rehbinder, Das deutsche Umweltrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit, NVwZ 2002, S. 657

Reinhardt, Die gesetzliche Förderung kleiner Wasserkraftanlagen und der Gewässerschutz – Zum Schutz der Umwelt vor dem Umweltschutz, NuR 2006, S. 205

Reinhardt, Entwicklungslinien und Perspektiven des Wasserrechts, EurUP 2015, S. 137

Reinhardt, Inventur der Wasserrahmenrichtlinie, NuR 2013, S. 765

Reinhardt, Neue wasserrechtliche Anforderungen an die Modernisierung von Wasserkraftanlagen, NVwZ 2011, S. 1089

- Reinhardt**, Reform der Wasserrahmenrichtlinie NuR 2018, S. 289
- Reinhardt**, Vertrauensschutz und Gewässerschutz bei der Wasserkraftnutzung auf der Grundlage alter Rechte und alter Befugnisse, NWVBl. 2015, S. 408
- Rieger**, Prüfungs- und Entscheidungsräume bei der Zulassung von Gewässerbenutzungen nach dem neuen Wasserhaushaltsgesetz, SächsVBl. 2010, S. 205
- Riesenhuber**, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015
- Ruß**, Das Neue Helgoländer Papier – ein weiterer Fachbeitrag, NuR 2016, 803
- Sachs (Hrsg.)**, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018
- Salje**, Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017, Kommentar, 8. Aufl. 2017
- Salzwedel**, Beurteilungsspielraum und Ermessen bei der Entscheidung über Bewilligungen und Erlaubnisse, RdWW 15 (1967), S. 35
- Salzwedel**, Zur begrenzten Steuerungswirkung ökologisch geprägter Rechtsbegriffe (ER-WRRl Anhang V) im Wasserrecht, in: Umweltrecht und Umweltwissenschaft, FS Rehbinder, 2007, S. 521
- Saurer**, Rechtswirkungen der Windenergieerlasse der deutschen Bundesländer, NVwZ 2016, S. 201
- Saurer**, Klimaschutz global, europäisch, national – Was ist rechtlich verbindlich?, NVwZ 2017, S. 1574
- Saurer**, Verfahrensregeln im internationalen Klimaschutzrecht, NuR 2019, S. 145
- Schäfer**, Luftreinhalteplanung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgebots – Rechtliche Zulässigkeit der notwendigen Maßnahmen, insbesondere von Dieselfahrverboten, DVBl. 2019, S. 473
- Scheidler**, Windräder in Natura 2000-Gebieten?, DVBl. 2012, S. 216
- Scheier**, Artenschutz im Rahmen von wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren, UPR 2012, S. 138
- Schendel**, Wasserwirtschaftlicher Reformbedarf im Zeichen der Energiewende, in: Durner (Hrsg.), Wasserrechtsfragen der Energiewende, S. 3
- Schink**, Die Verträglichkeitsprüfung nach der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie der EG, DÖV 2002, S. 45
- Scholtka/Martin**, Das Winterpaket der Europäischen Kommission – „Saubere Energie für alle Europäer“, ER 2017, S. 183
- Schreiber**, Populationsbiologische und naturschutzfachliche Überlegungen zum gesetzlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, NuR 2017, S. 5
- Schröder**, Genehmigungsverwaltungsrecht, 2016
- Schütte/Warnke/Wittrock**, Die Ausnahme vom Verschlechterungsverbot: rechtliche und praktische Lösungsvorschläge, ZUR 2016, S. 215



- Schumacher/Fischer-Hüftle**, BNatSchG, Kommentar, 3. Aufl., 2019
- Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.)**, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019
- Sieben**, Was bedeutet Nachhaltigkeit als Rechtsbegriff?, NVwZ 2003, S. 1173
- Sodan/Ziekow**, VwGO, Kommentar, 8. Aufl. 2018
- Sofiotis**, Das Prinzip der ökologischen Generationengerechtigkeit aus Art. 20a GG in der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG, VR 2012, S. 91
- Spieth/Ipsen**, Das Ausnahmeregime der Wasserrahmenrichtlinie, in: Köck/Faßbender (Hrsg.), Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland – Erfahrungen und Perspektiven, S. 115
- Spieth/Ipsen**, Die Wasserrahmenrichtlinie als neues Damoklesschwert für Genehmigungsprojekte?, NVwZ 2013, S. 391
- Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.)**, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018
- Storost**, Erforderlichkeit von Fachkonventionen für die arten- und gebietsschutzrechtliche Prüfung aus verwaltungsrichterlicher Sicht, UPR 2015, S. 47
- Uechtritz/Couziniet**, Das Einvernehmenserfordernis bei der Aufstellung und Fortschreibung von Luftreinhalteplänen, NVwZ 2019, S. 985
- von Mangoldt/Klein/Starck**, Kommentar zum GG, Band 2, 7. Aufl., 2018
- von Münch/Kunig**, GG, Kommentar, Band 1, 6. Aufl., 2012
- Wahlhäuser**, Öffentlich zugängliche Ladepunkte für Elektromobile unter dem Blickwinkel des Bauplanungsrechts, UPR 2019, S. 321
- Weidemann/Krappel**, Rechtsfragen der Zulassung von Windkraftanlagen im Spannungsfeld zwischen Umwelt- und Klimaschutz, DÖV 2011, S. 19
- Wellmann/Queitsch/Fröhlich**, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2010
- Wemdzio**, Das erhöhte Kollisionsrisiko im Spannungsverhältnis Windenergieanlagen und Naturschutz – unter besonderer Berücksichtigung der Rotmilan-thematik, VR 2011, S. 331
- Wolff/Bachof/Stober/Kluth**, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., 2017
- Zeil/Prinz zur Lippe**, Der rechtliche Rahmen für innovative Mobilitätsangebote, GewArch 2017, S. 405

