

26. Bad Iburger Gespräche

„Europäisiertes Umweltrecht in den Kommunen“

11. November 2015

Inhalt

Vorwort.....	3
Tagungsprogramm.....	5
Umweltrecht in Niedersachsens Kommunen	6
DR. JOACHIM SCHWIND	
Diskussionsbericht (1. Teil).....	28
ASS. IUR. ROBERT NOTBOHM	
Der Hochwasserschutz in der kommunalen Bauleitplanung.....	31
PROFESSOR DR. WOLFGANG KÖCK	
Diskussionsbericht (2. Teil).....	53
ASS. IUR. ROBERT NOTBOHM	
Energieleitungsbau	
REFERENT DR. KLAUS RITGEN	56
Diskussionsbericht (3. Teil).....	93
ASS. IUR. JÖRN SIMME	
Windkraft und Artenschutz	
PROFESSOR DR. MARTIN GELLERMANN	97
Diskussionsbericht (4. Teil).....	116
ASS. IUR. GERRIT RÜWE	
Streitgespräch: Neuer Druck beim FFH-Gebietsschutz?	119
ASS. IUR. ELISABETH SPIECKER GEN. DÖHMANN	
<u>TEILNEHMER:</u>	
DR. WINFRIED WILKENS; DIPL.-ING. HARALD MEY; DR. MATTHIAS SCHREIBER	
Teilnehmerverzeichnis.....	125

Vorwort

Die Bad Iburger Gespräche 2015 fanden zu einer Zeit statt, in der die Flüchtlingsfrage alles andere überlagerte. Man konnte sich also fragen, ob man über Umweltschutz sprechen kann, über geschützte Arten, über Hochwasserschutzflächen und Energieleitungsbau, wenn Tag für Tag Tausende Flüchtlinge über die Grenzen kommen, wenn die Kommunen unter den Lasten der Aufnahme ächzen, die durch kurzfristige Amtshilfeersuchen noch vergrößert werden, wenn die große Politik eher ratlos scheint und die ehrenamtlichen Helfer am Rande ihrer Kräfte.

Wir haben die Frage bejaht. Die Bedeutung der derzeit und auf lange Zeit die Verwaltungen und Ehrenamtlichen in Kommunen und Land herausfordernden Aufgaben wird nicht geschmälert, wenn auch die Aufgaben der ‚alten Welt‘ behandelt werden. Es wird zu Prioritätenverschiebungen kommen, auch die Tagung war davon berührt, aber es bleiben auch die Aufgaben jener ‚alten Welt‘ relevant.

Das Thema „Europäisiertes Umweltrecht in den Kommunen“ ist ein Großthema, mit einem Tagungstag sicher nicht abzuhandeln. Die Tagung hat eine Auswahl vorgenommen, andere ebenfalls aktuell bedeutsame Themen für die Kommunen betreffen etwa das Abfallrecht, das jetzt Kreislaufwirtschaftsrecht heißt und sich mit Wertstoffen beschäftigt; oder das Wasserrecht mit seinen Anforderungen an Gewässerqualität, Stichwort nur: die niedersächsische Grundwasserproblematik; die Bemühungen um bessere Luftqualität und Reduzierung von immer drängender werdenden Lärmbelastungen und andere Felder mehr.

Doch egal wohin man schaut, eines ist sicher: Die Bedeutung umweltrechtlicher Themen für die Kommunen ist groß, zumal in einem Bundesland mit zweistufigem Verwaltungsaufbau, das den Vollzug des Umweltrechts sehr weitgehend in kommunale Hände gelegt hat. Die Lasten, welche die Umsetzung des Umweltrechts mit sich bringen, werden vielleicht manchmal stärker empfunden als die Chancen. Die starke Europäisierung hat zu Rege-

lungen geführt, die auf deutsche Besonderheiten und Befindlichkeiten wenig Rücksicht nehmen. Mit der Europäischen Kommission ist zudem ein Akteur im Spiel, der, zusammen mit engagierten Bürgern, die Verwaltungen unter Druck setzen kann; ein Druck, der nicht mehr, wie vielleicht früher, durch informale Lösungen, durch Verhandlungen mit dem Land oder auch einmal dem Bund, gemildert werden kann. In manchen Bereichen, so mag es scheinen, haben Kommunen bald mehr mit der EU zu tun, als mit dem Bund. Je nach Perspektive mag man diese Entwicklung bedauern oder begrüßen. Die Bewegung, die aufgrund europäischer ‚Einmischung‘ oder vielleicht besser europäischer ‚Mit-Mischens‘ in manche Felder des Umweltschutzes gekommen ist, scheint mir insgesamt positiv – bei aller möglichen Kritik im Detail.

Den Referenten und Diskussionsteilnehmern verdanken wir eine lebhaftere Tagung, die erneut wissenschaftliche Fragen mit kommunaler Praxis verbinden konnte. Ohne die intensive Rückmeldung von Vollzugs- und Gestaltungserfahrungen aus der Praxis droht rechtliche Forschungs- und Gestaltungsarbeit defizitär zu werden. Die Foren für solchen Austausch sind angewiesen auf die Unterstützung aus der Praxis. Dass wir diese im Rahmen der Bad Iburger Gespräche erneut erfahren durften, freut uns sehr. Ein besonderer Dank geht insofern an den Landkreis Osnabrück.

Den Referenten und den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften danke ich schließlich dafür, dass wir die Tagung durch schriftliche Beiträge oder die Wiedergabe von Präsentationen dokumentieren und der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen können.

Prof. Dr. Pascale Cancik
Direktorin des IKV
Kontakt: ls-cancik@uos.de

Tagungsprogramm

- 10.00 Uhr** **Eröffnung des Symposiums**
Professorin Dr. Pascale Cancik, Universität Osnabrück
- 10.15 Uhr** **Umweltrecht in Niedersachsens Kommunen**
Referent: Dr. Joachim Schwind,
Niedersächsischer Landkreistag
- 11.00 Uhr** **Der Hochwasserschutz in der kommunalen Bauleitplanung**
Referent: Professor Dr. Wolfgang Köck,
Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung, Leipzig,
Leiter des Departments Umwelt- und Planungsrecht
- Diskussion**
Leitung: Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia),
Universität Osnabrück
- 12.00 Uhr** **Energieleitungsbau**
Referent: Referent Dr. Klaus Ritgen,
Deutscher Landkreistag
- Diskussion**
Leitung: Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia),
Universität Osnabrück
- 13:00 - 14:30 Uhr** **Mittagspause**
- 14:30 Uhr** **Windkraft und Artenschutz**
Referent: Professor Dr. Martin Gellermann,
Rechtsanwalt, apl. Professor an der Universität Osnabrück
- Diskussion**
Leitung: Professorin Dr. Pascale Cancik,
Universität Osnabrück
- 15.30 Uhr** **Kaffee und feedback**
- 16.00 Uhr** **Streitgespräch: Neuer Druck beim FFH-Gebietsschutz?**
Teilnehmer: Dr. Winfried Wilkens,
Kreisrat beim Landkreis Osnabrück;
Dipl.-Ing. Harald Mey,
Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und
Klimaschutz;
Dr. Matthias Schreiber,
stellvertretender Vorsitzender des Umweltforums Osnabrü-
cker Land
- Diskussion**
Leitung: Professorin Dr. Pascale Cancik,
Universität Osnabrück
- 17.00 Uhr** **Schlusswort**
Professorin Dr. Pascale Cancik, Universität Osnabrück

Umweltrecht in Niedersachsens Kommunen

Dr. Joachim Schwind

I. Umweltverwaltung in Niedersachsen

Die Umweltverwaltung im flächenmäßig zweitgrößten Land der Bundesrepublik Deutschland stellt eine Herausforderung dar: Niedersachsen ist nicht nur subjektiv schön. Seine ökologische Vielfalt, sein Natur- und Artenreichtum, aber auch die daraus erwachsenden ganz unterschiedlichen Herausforderungen für behördlichen Umweltschutz in der Fläche lassen sich daran ablesen, dass in Niedersachsen allein neun naturräumliche Regionen mit ganz unterschiedlichen Profilen bestehen.¹ Seit der Abschaffung der Bezirksregierungen zum 01.01.2005² ist auch die Umweltverwaltung in Niedersachsen im Grundsatz zweistufig organisiert: Neben dem Niedersächsischen Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz als oberster Landesbehörde nehmen die Landkreise und die Region Hannover sowie die kreisfreien Städte die Aufgaben als untere Umweltbehörden wahr und tragen einen Großteil der Verantwortung für die Umsetzung des Umweltrechts vor Ort.³ Sie sind im übertragenen Wirkungskreis i. S. d. § 4 NKomVG z.B. untere Abfall-, Immissionsschutz-, Wasser-, Deich-, Naturschutz-, Bodenschutz- und Chemikalienbehörden; im eigenen Wirkungskreis ist die Kreisebene Träger der Regionalplanung und Aufgabenträger im Abfallrecht. Aus dem Zuständigkeitsbereich des Sozialministeriums ist zudem der Tätigkeitsbereich der Unteren Bauaufsichtsbehörden, aus dem Bereich des Landwirtschaftsministeriums die Bereiche der Unteren Wald- und Jagdbehörde sowie der gesamte Bereich der Landes- und Raumplanung stark umweltaffin. Daneben besteht in Niedersachsen seit 2005 der Niedersächsische Landesbetrieb für Wasserwirtschaft, Küsten- und Naturschutz (NLWKN), der die landesweiten Aufgaben in diesem Bereich bündelt und mit seiner Direktion und elf Be-

¹ Niedersächsische Nordseeküste und Marschen; Ostfriesisch-Oldenburgische Geest; Stader Geest; Ems-Hunte-Geest und Dümmer-Geestniederung; Lüneburger Heide und Wendland; Weser-Aller-Flachland; Börden; Weser- und Weser-Leinebergland; Harz. Zum Teil sind ferner Unterregionen gebildet worden. Näher zum Ganzen v. *Dra-chenfels*, Überarbeitung der Naturräumlichen Regionen Niedersachsens, Inform. d. Naturschutz Niedersachs. 2010, S. 249 ff.

² Aktueller Überblick zur Verwaltungsorganisation bei *Mehde*, in: Hartmann/Mann/Mehde (Hrsg.), Landesrecht Niedersachsen, 2015, § 2 Rn. 12, 26 ff.

³ Siehe zu abweichenden Zuständigkeiten, insbesondere auch der großen selbständigen Städte i. S. d. § 14 Abs. 5 NKomVG z.B. § 127 Abs. 2 NWG oder § 6 NAbfG.

triebsstellen an fünfzehn Standorten in der Fläche vertreten ist. Das Zusammenwirken der kommunalen Ebene im zweistufigen Verwaltungsaufbau mit dem landesweit tätigen Landesbetrieb als Fachbehörde hat seinerzeit abstrakte Sorgen und Ängste hervorgerufen, die sich in der Praxis der letzten Jahre allesamt nicht bewahrheitet haben: Die tägliche Zusammenarbeit bei komplexen Fragestellungen funktioniert, die Schnittstellen bei gemeinsamen Aufgaben wie dem Hochwasserschutz sind sauber definiert, die Grundlagenarbeiten und die fachliche Beratung und Expertise werden von den Kommunen geschätzt. Die Behörden stehen in keinem Über- und Unterordnungsverhältnis, sondern als Partner nebeneinander und eng zusammen.⁴ Wenn es seit 2007 bei schwierigen umweltrechtlichen Themen ernsthafte herausfordernde Situationen für die Umweltverwaltung in Niedersachsen gegeben hat, handelte es sich im Schwerpunkt immer um Ressourcenprobleme, aber nicht um grundlegende Organisationsübel. Insofern ist im Umweltbereich das gemeinsame Wirken eines Landesbetriebs und der kommunalen Ebene im zweistufigen Verwaltungsaufbau seit über zehn Jahren gut gelungen (wie bspw. auch im Bereich des Niedersächsischen Landesgesundheitsamtes oder der Gewerbeaufsichtsämter), ohne dass es des Status einer Mittelbehörde mit Fachaufsicht und Weisungsrechten bedarf. Doppelstrukturen und Reibungsverluste, wie sie im gesundheitlichen Verbraucherschutz in Niedersachsen derzeit bei der kommunalen Ebene mit den Veterinärämtern und dem Landesamt für Verbraucherschutz (LAVES) zu beobachten sind, liegen nicht an der Grundordnung des Systems Zweistufigkeit/landesweite Landesoberbehörde, sondern an übertriebenem Ehrgeiz und falscher Aufgabenzuordnung: Die Ansiedlung der in der Fläche wahrzunehmenden Aufgabe der Umsetzung der Antibiotika-Minimierung in der Tierhaltung,⁵ mit Kontakt zu über landwirtschaftlichen 25.000 Betrieben bei einer Landesbehörde und nicht bei den kommunalen Veterinärämtern, war eine politische Fehlentscheidung der amtierenden Landesregierung, der der Innenminister zu Recht im Kabinett seine Stimme versagt hat.⁶ Wenn nun hier fehlende Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung, unklare Zuständigkeiten und nachlassende Effi-

⁴ Bemerkenswert – insb. angesichts der fehlenden Vorarbeiten des Landes – allerdings die selbstsichere Kommunikation des NLWKN in diesem Zusammenhang, s. NLWKN-Jahresbericht 2014, S. 23.

⁵ §§ 58a des Arzneimittelgesetzes des Bundes; die Zuständigkeit für Niedersachsen findet sich in § 6d Nr. 1 der Verordnung über Zuständigkeiten auf verschiedenen Gebieten der Gefahrenabwehr (ZustVO-SOG) vom 18.10.1994, geändert durch VO vom 23.02.2015 (Nds. GVBl. S. 16).

⁶ Anders hat sich das Land seinerzeit bei der durchaus parallel zu sehenden Frage der Zuständigkeiten nach dem Verbraucherinformationsgesetz entschieden, s. *Schwind*, NdsVBl. 2008, 343, 344 f.

zienz in der behördenübergreifenden Zusammenarbeit diagnostiziert werden, ist nicht der zweistufige Verwaltungsaufbau Ursache.

II. Umweltrecht im Mehrebenensystem

Schon früh hat die Europäische Union erkannt, dass umweltrechtliche Regelungen in einem gemeinsamen Binnenmarkt ein gewisses Maß an Einheitlichkeit haben müssen, will man nicht Wettbewerbsverzerrungen Tür und Tor öffnen. Das Primärrecht des Titels XX des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – die Art. 191 bis 193 – ist mit drei Artikeln sehr übersichtlich. Durch die stark final geprägten Kompetenznorm des Art. 192 Abs. 1 AEUV ergibt sich aber eine faktisch umfassende Gesetzgebungskompetenz der Union für den Erhalt und den Schutz der Umwelt sowie die Verbesserung der Umweltqualität, den Schutz der menschlichen Gesundheit, die umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen, internationale Maßnahmen in diesem Bereich und den Klimawandel.⁷ Insofern ist das Hineinwirken der europäischen Ebene in das deutsche Recht weder auf legislativer Ebene noch in administrativer Hinsicht besonders; die niedersächsischen Kommunen sind in jeder Hinsicht Teil der europäischen Umweltverwaltung im Mehrebenensystem.⁸ Insofern bestehen bei wichtigen Themen wie dem Masterplan Ems oder der Gülleproblematik auch direkte Kontakte zur Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission, fast noch selbstverständlicher als zum Bundesumweltministerium. Als untere Vollzugsebene im europäischen Mehrebenensystem ist die Rechtsanwendung im Umweltrecht natürlich immer dann besonders anspruchsvoll, wenn Regelungen des Bundes- oder Landesrechts z.B. wegen verspäteter Richtlinienumsetzung nicht mehr dem geltenden Recht entsprechen. Auch die Schärfeverluste des Dienstwegs nach dem bekannten Muster der „stillen Post“ von der Kommune bis zur Kommission bspw. im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren sind an anderer Stelle hinreichend beschrieben.⁹ Alles in allem sind das aber kei-

⁷ Art. 192 Abs. 1 AEUV mit Verweis auf Art. 191, dort insbesondere Absatz 1. Die Ausnahmen des Art. 192 Abs. 2 AEUV (Steuerrecht, Raumordnung, mengenmäßige Wasserbewirtschaftung, Bodennutzung mit Ausnahme Abfallwirtschaft, Energiewirtschaft) schränken nicht die Kompetenz der EU ein, sondern erfordern Einstimmigkeit. Näher *Nowak*, NuR 2015, 375 ff.; *Schwind*, Neues Umweltrecht in Niedersachsen, 2010, S. 7 ff.

⁸ Zur Konzeption des Mehrebenensystems allgemein *Schwind*, Zukunftsgestaltende Elemente im deutschen und europäischen Staats- und Verwaltungsrecht, 2008, S. 74 ff.; *ders.*, in: Jickeli/Schliesky (Hrsg.), Aufgaben des modernen Staates in Europa, 2008, S. 55 ff.

⁹ *Schwind*, in: Schliesky/Ernst/Schultz (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen, FS Edzard Schmidt-Jortzig, 2011, S. 133 ff.

ne Phänomene, die das Europarecht schwieriger machen würden als den Umgang mit dem nationalen Recht: Seit der Föderalismusreform II im Jahr 2006 sind im nationalen Recht weite Teile des Umweltrechts zwar der konkurrierenden Gesetzgebung zugeordnet, die Länder können aber im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege (ohne die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes und des Meeresnaturschutzes), bei der Bodenverteilung, Raumordnung und im Bereich des Wasserhaushalts (ohne stoff- oder anlagenbezogene Regelungen) Abweichungen vornehmen.¹⁰ Nach dem Scheitern des Umweltgesetzbuches (UGB) mit der industriepolitisch gewünschten integrierten Vorhabengenehmigung zur Verklammerung von Immissionschutz-, Wasser- und Abfallrecht Anfang 2009 hat der Bund dann die wesentlichen Regelungen des UGB-Entwurfs in ein neues Bundesnaturschutzgesetz¹¹ und ein neues Wasserhaushaltsgesetz (WHG)¹² übernommen. Der niedersächsische Landtag hat danach das Niedersächsische Ausführungsgesetz zum Bundesnaturschutzgesetz (NAGB-NatSchG¹³) und das Niedersächsische Wassergesetz novelliert und dabei auch an einigen Stellen von seiner Abweichungskompetenz Gebrauch gemacht, etwa bei den Begriffen der Gewässerunterhaltung, dem Gewässerrandstreifen und bei anderen Themen.¹⁴ Insofern ist die Rechtsanwendung auch im deutschen Mehrebenensystem für die Behörden nicht ganz banal, weil der Stereo-Blick des Anwenders auf das Bundes- und das Landesrecht hier mit dem ungewohnten Blickwinkel erfolgen muss, dass landesrechtliche Regelungen Vorrang vor Bundesrecht haben. Die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen aber, dass auch diese Rechtsanwendung trotz mancher Befürchtungen reibungslos funktioniert; derzeit deutet sich unter veränderten politischen Mehrheiten im Wasserrecht beim Gewässerrandstreifen an Gewässern dritter Ordnung und bei weiteren Themen ein behutsames Abschmelzen der seinerzeitigen niedersächsischen Sonderregelungen wieder hin zum Bundesrecht an. Insgesamt ist aber nach drei Jahren festzustellen, dass das neue Umweltrecht des Jahres 2012 in Niedersachsen den Vollzug nicht vor

¹⁰ Siehe Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 bis 5 GG sowie für einen Überblick *Schwind*, Neues Umweltrecht in Niedersachsen, 2010, S. 9 ff.; *Petschulat*, NuR 2015, 386 ff.

¹¹ Vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542).

¹² Vom 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585).

¹³ Die Gesetzesbezeichnung ist zu sperrig. Es sollte wieder Niedersächsisches Naturschutzgesetz (NNatG) heißen.

¹⁴ Zur Neuregelung des Wasserrechts in Niedersachsen *Schwind*, Nds. VBl. 2010, 345 ff.

unlösbare Aufgaben gestellt hat. Mit dem Europarecht leben die Kommunen schon länger ganz selbstverständlich; mal mit mehr, mal mit weniger Bauchschmerzen.¹⁵

III. Aktuelle Themen kommunalen Umweltrechts

Umweltrecht in Niedersachsens Kommunen findet ganz vielfältig statt. So ist heute kommunale Bauleitplanung nicht denkbar ohne gründliche Beachtung des Umweltrechts in der Bauleitplanung;¹⁶ bei allen kommunalen Einrichtungen und Leistungen der Daseinsvorsorge vom Gebäudemanagement bis hin zur Abfallwirtschaft spielen Umwelt- und Klimaaspekte eine große Rolle. Als kurzer Überblick sei eine Reihe von aktuellen Themen genannt, die derzeit die kommunale Ebene in Niedersachsen im Bereich des Umweltrechts beschäftigen.

1. Wasserrecht

a) Vorbeugender Hochwasserschutz: Festsetzung von Überschwemmungsgebieten

Insbesondere nach dem schweren Elbehochwasser 2002 ist bereits im Jahre 2004 auf Bundesebene die flächendeckende Festsetzung von Überschwemmungsgebieten als gesetzgeberisches Ziel verankert worden. Das WHG 2010 hat diesen Ansatz auch mit festen Terminen unterlegt: Nach § 76 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 1 WHG waren innerhalb der Risikogebiete oder der nach § 73 Abs. 5 Abs. 2 Nr. 1 WHG zugeordneten Gebiete mindestens die Gebiete, in denen ein Hochwasserereignis statistisch einmal in hundert Jahren zu erwarten ist (sog. HQ100-Gebiete), bis spätestens zum 22.12.2013 als Überschwemmungsgebiete förmlich durch Rechtsverordnung festzusetzen. Die Folgen einer solchen Festsetzung regelt § 78 WHG in einem strengen Regime: § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 9 WHG untersagt direkt bundesrechtlich z.B. die Ausweisung neuer Baugebiete, die Errichtung baulicher Anlagen, die mehr als kurzfristige Ablagerung von Gegenständen, die Umwandlung von Grün- in Ackerland und viele andere potentielle Nutzungen der Fläche. Insbesondere für Ausnahmen vom Verbot neuer Baugebiete oder zur

¹⁵ Kritische Beispiele bei *Schwind*, NdsVBl. 2009, 277 ff.

¹⁶ Siehe insbesondere § 1a BauGB und dazu *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 1a Rn. 1 ff.; *Schrödter*, in: *ders.* (Hrsg.), BauGB, 8. Aufl. 2015, Rn. 1 ff.

Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen stellt das Gesetz ein strenges Regime auf: Für die Ausweisung neuer Baugebiete müssen die neun Bedingungen des § 78 Abs. 2 Nr. 1 bis 9 WHG allesamt erfüllt sein – ein Rechtsregime, das weder bei betroffenen Grundeigentümern noch entwicklungsfreudigen Bürgermeistern und Räten auf besonderen Applaus stößt. Trotz des sich seinerzeit abzeichnenden erheblichen Konfliktpotentials liegt die Zuständigkeit für die Festsetzung der Überschwemmungsgebiete seit der Auflösung der Bezirksregierungen bei den unteren Wasserbehörden der niedersächsischen Landkreise und kreisfreien Städten.¹⁷ Da es sich in anderen Bundesländern um eine staatliche Aufgabe handelt, ist diese Aufgabenzuordnung auf die kommunale Ebene gerade auch zu Beginn kritisch beäugt worden: Verordnungssetzung auf kommunaler Ebene bedeutet zwangsläufig, die zum Teil massiven Einschränkungen insbesondere bei den Grundstückswerten auch politisch zu vermitteln. Mittlerweile ist die große Zahl der über 600 Verordnungsverfahren auf kommunaler Ebene weitgehend abgeschlossen. Die kommunale Zuständigkeit hat zu teilweise intensiven Diskussion mit Grundeigentümern und Landwirtschaft in den Fachausschüssen und Kreistagen geführt, sie hat aber durch die Ortskenntnis der unteren Wasserbehörden die Genauigkeit der Festlegungen verbessert und die Akzeptanz für den vorbeugenden Hochwasserschutz vor Ort wesentlich erhöht.

b) Vorbeugender Gewässerschutz: Nitrat-/Gülleproblematik

Die möglicherweise größte Herausforderung im aktuellen Umweltrecht in Niedersachsen dürfte nicht im Rückbau der Atomkraftwerke,¹⁸ sondern im vorbeugenden Gewässerschutz im Bereich der Sicherung der langfristigen Grundwasserqualität in Niedersachsen liegen. Die Thematik ist seit vielen Jahren bekannt. Die dort in der Praxis entstehenden Rechtsfragen sind überaus komplex, weil Europa-, Bundes- und Landesrecht und dort jeweils das Bau-, Wasser-, Immissionsschutz-, Abfall-, Dünge- und ggf.

¹⁷ Daneben sind auch die großen selbständigen Städte untere Wasserbehörde, siehe § 127 Abs. 2 NWG. Die Schnittstelle zum NLWK, der nach § 115 Abs. 5 NWG für die vorläufige Sicherung der Gebiete sowie die Erstellung der Arbeitskarten zuständig ist, ist nach intensiven Diskussionen durch den Runderlass des MU vom 11.09.2008 „Empfehlungen zur Feststellung und Festsetzung von Überschwemmungsgebieten“ (Nds. MBl. S. 1059 ff.) praxistauglich erfolgt. Der Erlass ist zwischenzeitlich außer Kraft, siehe Nds. MBl. 2013, 927 ff., 929.

¹⁸ Siehe dazu z.B. LT-Drs. 17/2155.

Veterinärrecht ineinander wirken.¹⁹ Die Thematik ist fachlich anspruchsvoll, weil Belastungen des Grundwassers erst langfristig sichtbar werden („Grundwasser hat ein langes Gedächtnis“) und Verursacher von Belastungen sowohl abstrakt als auch konkret schwierig festzustellen sind. Eine pauschale Verunglimpfung der Landwirtschaft wird weder denjenigen Großteil der Landwirtschaft, die die Regelungen einhält, weiter ermutigen, noch diejenigen, die große Güllemengen dahin bewegen, wo sie nicht hingehören, davon abhalten. Zuständig für die düngerechtliche Überwachung ist in Niedersachsen die Landwirtschaftskammer. Wer durch die entsprechenden Regionen mit dem Auto fährt, dem fallen öfter Tankklaster von sog. „Güllebörsen“ auf.²⁰ Sie können ein hervorragendes Instrument des überbetrieblichen Nährstoffausgleichs sein, aber auch bei Nichteinhaltung der bestehenden Regelungen die Problematik drastisch verschärfen. Sinnvoll ist es, am Ursprung möglicher Nitratbelastungen durch die Tierhaltung anzusetzen: § 41 Abs. 2 NBauO regelt, dass bei baulichen Anlagen die einwandfreie Beseitigung der Abwässer und die ordnungsgemäße Entsorgung der Abfälle dauernd gesichert sein muss. Satz 2 ergänzt: „Das gilt auch für den Verbleib von Exkrementen und Urin, jeweils auch mit Einstreu, aus der Haltung von Nutztieren sowie für Gärreste.“ Über diese Norm besteht also die grundsätzliche Möglichkeit für die Baubehörde, bei Nichteinhaltung baurechtlich die weitere Nutzung von Ställen zu untersagen. Die Vorschrift ist in der letzten Novelle der NBauO allerdings für Ställe bis zu 1600 m² Größe in der Anwendung eingeschränkt worden.²¹ Für ein entsprechendes bauordnungsrechtliches Vorgehen braucht die Baubehörde aber nicht nur belastbare Informationen der Düngbehörde: Nach dem Standpunkt des Sozialministeriums als Oberster Bauaufsichtsbehörde ist eine dauerhafte Kontrolle für schon errichtete Ställe zumindest schwierig. Trotz zahlreicher jahrzehntelanger Gespräche und Überlegungen der besonders betroffenen Landkreise im engen Dialog mit der Landwirtschaftskammer und den drei zuständigen Fachministerien sind die bisherigen Maßnahmen aus Sicht des Niedersächsischen Landkreistages insgesamt nicht ausreichend: Durch eine auf Bundesebene hart errungene Öffnungsklausel im Düngegesetz ermöglicht die Niedersächsische Verordnung über

¹⁹ Siehe allein zur Illustration der rechtlichen Problematiken bei der Verwertung von Gärresten *Späth/Zachmann*, VR 2014, 406 ff.

²⁰ Google liefert unter dem Stichwort „Güllebörse“ 5720 Treffer.

²¹ Diese Gebäude werden derzeit durch § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 NBauO nicht als Sonderbauten definiert; eine Änderung ist im Rahmen der anstehenden Novelle der NBauO beabsichtigt.

Meldepflichten in Bezug auf Wirtschaftsdünger²² aus dem Jahre 2012 zwar eine gewisse Überwachung, hat aber noch zu viele Lücken. Der nach jahrelanger Vorarbeit am 24.04. diesen Jahres veröffentlichte gemeinsame Runderlass von Landwirtschafts-, Sozial- und Umweltministerium mit dem ambitionierten Titel „Verbesserung der düngerechtlichen Überwachung durch Zusammenarbeit zwischen Genehmigungsbehörden und Düngbehörde“²³ klingt zwar gut, gilt aber im Kern nur für neue Stallbauten (!), setzt auf nur einseitige Informationsströme von den Baubehörden zu den Düngehörden und nicht auf systematisches Datenmanagement und baut hinsichtlich des Datenabgleichs zwischen den Agrarförderdaten und dem Meldeprogramm für Wirtschaftsdünger allein auf die Freiwilligkeit der Landwirtschaft.²⁴ Nach Ansicht der kommunalen Praxis besteht auf diesem Handlungsfeld erheblicher und unmittelbarer Handlungsbedarf durch das Land, hier im Interesse der künftigen Gewässergüte schnell ein der aktuellen Problemlage entsprechendes, für den Vollzug und die Landwirtschaft praktikables Regelungsregime zu schaffen.

2. Abfallrecht

Das kommunale Abfallrecht ist in den letzten Jahren auf Bundesebene stets und auf Landesebene bis zum Regierungswechsel 2013 Gegenstand lebhafter rechtspolitischer Diskussionen gewesen. Dabei wird nie der Umstand thematisiert, ob die Entsorgung des Hausmülls durch die kommunale Ebene in Deutschland funktioniert – das steht außer Frage und bedarf auch keiner starren 30-km-Vorgabe für DK-I-Deponien im aktuellen Entwurf des Niedersächsischen Landesraumordnungsprogramms. Leidenschaftlich umstritten ist jedoch, welche Teile des Abfalls aus privaten Haushaltungen der kommunalen Ebene originär zuzuordnen sind und welche Rolle dabei der Privatwirtschaft zukommt. Stichworte sind hier „Kampf um das Altpapier“ (derzeit nicht so aktuell), „Kampf um Altkleider“ (derzeit sehr aktuell, insbesondere auch im Zusammenhang mit Containerstandorten und Rücknahmesystemen) und „Kampf um die stoffgleichen Nichtverpackungen/Wertstoffgesetz“ (derzeit aktuell im Vorfeld des Gesetzgebungsver-

²² Vom 01.06.2012 (Nds. GVBl. S. 166).

²³ Nds. MBl. 2015, S. 443 ff.

²⁴ Anlage 7 des Runderlasses führt im Fettdruck aus: „Mir/Uns ist bekannt, dass diese Einwilligung ohne Nachteile verweigert oder mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden kann.“ Als Folge wird angekündigt, dass anderweitige Nachweise über die Fläche erbracht werden müssen.

fahrens). Rechtlich geht es um die Ausgestaltung der Überlassungspflichten nach § 17 Abs. 1 Satz 1 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG). Diese Grundnorm für die Abfallentsorgung aus Privathaushalten²⁵ legt fest, dass Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushalten verpflichtet sind, diese Abfälle dem jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung auf den von ihnen im Rahmen ihrer privaten Lebensführung genutzten Grundstücken nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen. Nach Ansicht der Landkreise und kreisfreien Städte in Niedersachsen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger²⁶ eine sehr zweckmäßige und politisch richtige Norm – wenn sie denn an dieser Stelle zu Ende wäre. Denn dann würden die Kommunen den gesamten Hausmüll entsorgen, die Erlöse aus der Verwertung marktgängiger Abfallfraktionen mit dem Gesamtaufwand insbesondere beim Restmüll verrechnen und das Finanzierungsdelta nach den Maßstäben des Niedersächsischen Kommunalabgabengesetzes (NKAG) als Gebühren festsetzen oder als Entgelte bei den Gebührenzahlern erheben. Über- und Unterdeckungen sind übrigens stets in einem Zeitraum von drei Jahren auszugleichen.²⁷ Leider hat § 17 KrWG außer seinem Absatz 1 Satz 1 noch einen zweiten Absatz, der vier mögliche Durchbrechungen der Andienungspflicht in Richtung des Entsorgungsträgers (also der Kommunen) enthält und dazu führen kann, dass in der Verwertung lukrative Teile des Abfallstoffstroms den Kommunen und damit der örtlichen Gemeinschaft der Abfallgebührenzahler entzogen und steigende Gebühren verursacht werden können. Historisierend hat der mit Wägelchen von Haus zu Haus ziehende Schrottsammler („Lumpen, Eisen, Knochen und Papier – ausgefallene Zähne sammeln wir“)²⁸ gewisse romantische Anklänge, für Hausmüll hat sich das Konzept ordnungspolitisch allerdings ganz weitgehend erledigt, weil es bei größeren Mengen lediglich Erlöse privatisiert, die der Allgemeinheit der Gebührenzahler zustehen („Rosinenpickerei“). Im Jahr 2008 kam es zu einem sprunghaften Anstieg der Altpapierpreise am Weltmarkt und damit auch zum vermehrten Aufstellen blauer Altpapiertonnen und anderer Sammelaktivitäten durch private gewerbliche Sammler. Das Bundesverwaltungsgericht entschied dann am 18.06.2009 die

²⁵ Näher dazu *Schwind*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfallbeseitigung des Bundes, der Länder und der Europäischen Union (Loseblatt, Stand: EL 2/2015), § 17 KrWG Rn. 1.

²⁶ Die landesrechtliche Bestimmung ergibt sich aus § 6 NAbfG.

²⁷ Siehe näher § 5 Abs. 2 NKAG.

²⁸ Vgl. *Schwind*, DVBl. 2009, 1246, 1247.

jahrelang untergerichtlich heftig umstrittene Frage der Zulässigkeit gewerblicher Sammler nach dem damaligen § 13 KrW-/AbfG überraschend und grundsätzlich zu Gunsten der Kommunen, weil die (vom BVerwG neu kreierte) „Tätigkeit nach Art eines Entsorgungsträgers“ als ausnahmslos unzulässig eingestuft wurde.²⁹ Behauptete europarechtliche Bedenken und massiver Druck der Entsorgungswirtschaft führten dazu, dass der Bundesgesetzgeber nach intensiven Auseinandersetzungen bis hin zum Vermittlungsausschuss im neuen § 17 Abs. 3 KrWG zum 01.06.2012 ein komplexes Abwägungsmodell zur Konkretisierung der Ausnahmen nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 normiert hat, das Durchbrechungen der Überlassungspflicht durch gemeinnützige Sammlungen leichter und durch gewerbliche Sammlungen dann zulässt, wenn überwiegende öffentliche Interessen der Sammlung nicht entgegenstehen.³⁰ Durch ein neues Anzeigeverfahren für Sammlungen in § 18 KrWG wurde auch dieser Bereich zu Recht erstmals formal einer Regelung zugeführt,³¹ was im Bereich der Frage der zuständigen Behörde für Sammlungsanzeigen und -untersagungen Änderungsbedarf im Niedersächsischen Landesrecht ausgelöst hat, den die Landesregierung sachgerecht gelöst hat.³²

Inzwischen hat sich der Bereich der gewerblichen Sammlungen im Altpapierbereich beruhigt. Jedoch sind zwei aktuelle Bedrohungen des kommunalen Stoffstroms auszumachen, die die noch nicht erwähnten Ausnahmen des § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 KrWG betreffen: Nach der Nr. 1 sind Ausnahmen im Bereich einer Rechtsverordnung nach § 25 KrWG bei Rücknahme- oder Rückgabepflichten möglich. Praktisch bedeutsam ist hier vor allem die derzeitige Verpackungsverordnung³³ und ihre geplante Ablösung durch ein Wertstoffgesetz. Nach kommunaler Auffassung bedarf es keiner Verpa-

²⁹ BVerwG, Urt. v. 18.06.2009, BVerwGE 134, 154 ff.; zust. Anm. bei *Schwind*, DVBl. 2009, 1246 f., weitere Hintergründe und Literaturnachweise (auch zu den zahlreichen kritischen Stimmen) bei *Schwind*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, *Recht der Abfallbeseitigung des Bundes, der Länder und der Europäischen Union* (Loseblatt, Stand: EL 2/2015), § 17 KrWG Rn. 23 ff.

³⁰ Einzelheiten bei *Schwind*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, *Recht der Abfallbeseitigung des Bundes, der Länder und der Europäischen Union* (Loseblatt, Stand: EL 2/2015), § 17 KrWG Rn. 145 ff.

³¹ *Schwind*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, *Recht der Abfallbeseitigung des Bundes, der Länder und der Europäischen Union* (Loseblatt, Stand: EL 2/2015), § 18 KrWG Rn. 1 ff.

³² In Fortsetzung der bundesrechtlichen Diskussion um die sog. „neutrale Stelle“ und entsprechender Rechtsprechung des OVG Lüneburg (Urt. v. 21.03.2013, NdsVBl. 2013, 218; dazu Anmerkung *Schwind*, Nds. VBl. 2013, 221 ff.) hat der Landesgesetzgeber § 42 Abs. 4 NAbfG durch Gesetz vom 31.10.2013 (Nds. GVBl. S. 254) neu gefasst: Eine Zuständigkeitsverlagerung auf das Umweltministerium als Oberste Abfallbehörde besteht demnach nur noch, wenn eine Körperschaft als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger Antragstellerin oder Adressatin eines Verwaltungsaktes in einem Verwaltungsverfahren ist, für das sie als untere Abfallbehörde zuständig wäre.

³³ Verpackungsverordnung vom 21.08.1998 (BGBl. I S. 2379), zul. geänd. durch VO vom 17.07.2014 (BGBl. I S. 1061).

ckungsverordnung mehr, die einen Teil des Hausmülls über komplizierte Mechanismen wie die Dualen Systeme direkt der Privatwirtschaft zuordnet und ein Parallelregime bei der Entsorgung von Hausmüll etabliert hat. Das Bundesumweltministerium will dieses Regime nach den nun veröffentlichten Eckpunkten für ein Wertstoffgesetz mit viel zu vielen Transaktionskosten und Reibungsverlusten nicht nur beibehalten, sondern die sog. stoffgleichen Nichtverpackungen (also insbesondere den Plastikmüll, der nicht Verpackung ist) dem kommunalen Zugriff entziehen. Auch wenn die Menge in kg/Jahr überschaubar ist, so steht dahinter das Signal einer weiteren Privatisierung potentiell lukrativer Stoffströme zu Lasten der Allgemeinheit.

Auch die freiwilligen Produktrücknahmen nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. § 26 KrWG sind in letzter Zeit problematisch geworden, insbesondere im Altkleiderbereich. Hier hat ein Bundesland in einem (noch nicht bestandskräftigen) Freistellungsbescheid für die Modekette H&M dieser gestattet, in ihren Filialen nicht nur eigene Altkleider, sondern Altkleider aller Arten und Sorten gegen einen Einkaufsrabatt zurückzunehmen. Dieses auf den ersten Blick sympathische Instrument der Kundenbindung und Kreislaufwirtschaft wird spätestens dann problematisch, wenn auch Vollsortimenter in den Innenstädten entsprechende Anträge stellen würde. Der Bereich der Kaffeekapseln deutet sich ebenfalls an, problematisch zu werden. Das VG Würzburg hat in einer sorgfältigen Entscheidung vom 10.02.2015³⁴ zu den Adler-Modemärkten verdeutlicht, dass hier gesetzgeberischer Änderungsbedarf besteht, weil sonst eine Durchlöcherung der kommunalen Andienungspflichten beim Hausmüll und gravierende Verwerfungen in der Systematik der gewerblichen Sammlung drohen, die zu Lasten der ökologischen Abfallentsorgung und der Gebührenzahler gehen werden.

3. Natur- und Artenschutzrecht

a) Sicherung der Natura 2000-Schutzgebietskulisse

Im Naturschutzrecht liegt eine große Herausforderung der niedersächsischen Umweltverwaltung derzeit in der rechtsförmlichen Umsetzung der Natura 2000-Schutzgebietskulisse. Diese Aufgabe ist im Jahr 2008 vom Land auf die kommunale

³⁴ VG Würzburg, Urt. v. 10.02.2015 – W 4 K 13.1015, BeckRS 2015, Nr. 44333.

Ebene übergegangen, mit einem sehr unterschiedlichen Sachstand der Bearbeitungen durch die früher zuständige Landesverwaltung. Ende 2013 sind die entsprechenden europarechtlichen Fristen für die rechtsförmliche Sicherung der seinerzeit gemeldeten Schutzgebietskulisse durch hoheitlichen Schutz verstrichen. In vielen Fällen fehlen noch förmliche Schutzgebietsfestlegungen.³⁵ Dies ist auch dem Umstand geschuldet gewesen, dass in vorherigen Wahlperioden das Umweltministerium das Instrument des Vertragsnaturschutzes als vorrangiges bzw. alleiniges Sicherungsmittel empfohlen hat, was heute nach der EuGH-Rechtsprechung keinesfalls ausreichend ist.³⁶ Vor dem Hintergrund eines anstehenden Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission gegen Deutschland und entsprechender unmissverständlicher Aufforderungen der Generaldirektion Umwelt gegenüber Niedersachsen haben der Niedersächsische Landkreistag als kommunaler Spitzenverband der 37 niedersächsischen Landkreise und der Region Hannover und das Niedersächsische Umweltministerium am 31.07.2014 eine Zielvereinbarung unterzeichnet, die zum Inhalt hat, für die niedersächsischen FFH-Gebiete die Sicherungsverfahren bis zum Jahr 2018 und die von der EU geforderte Maßnahmenplanung bis zum Jahr 2020 fertigzustellen. Dazu haben sich beide Partner zu enger Zusammenarbeit und stärkerer gegenseitiger Unterstützung sowie einem Monitoring und verschiedenen Konfliktlösungsmechanismen verpflichtet.³⁷ Diese Zielvereinbarung war auch für einen kommunalen Spitzenverband wegen der darin liegenden Selbstverpflichtung der Mitglieder des Spitzenverbandes nicht ohne verbandspolitische Brisanz, hat in vielen Landkreisen zu einer revidierten Arbeitsplanung und zum Teil neuen Stellen in den Naturschutzbehörden geführt und ist bei einer Aufgabe des übertragenen Wirkungskreises wohl eher ungewöhnlich. Die enge politische Begleitung dieses Themas zeigt aber auch, wie sehr kommunaler Naturschutz davon abhängt, dass die landesweiten Vorarbeiten erledigt sind: Nach der Zielvereinbarung hatte das Umweltministerium angestrebt, die landesweiten Erlasse zu Schutzgebietsfestsetzungen im Wald bis Jahresende 2014 zu veröffentlichen.³⁸ Mitte Oktober 2015 sind die Erlasse immer noch nicht veröffentlicht, für die Herbstsitzungen der kommunalen Gremien müssen nun ggf. Verordnungsent-

³⁵ Siehe zum Sachstand im August 2014 LT-Drs. 17/1896.

³⁶ Vgl. *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt Stand 76. EL Mai 2015, § 32 BNatSchG, Rn. 9 f. sowie die Antwort des Niedersächsischen Umweltministeriums in der LT-Drs. 17/1896.

³⁷ Siehe zu den Einzelheiten den Text der Zielvereinbarung, abgedruckt in den NLT-Informationen 5/2014, 132 ff.

³⁸ Ziffer 3 Satz 2 der Vereinbarung.

würfe zurückgestellt und können nicht beschlossen werden.³⁹ Für die förmliche Sicherung der Natura-2000-Gebietskulisse geht wertvolle Zeit verloren.

b) Windenergieerlass

Der im Koalitionsvertrag angekündigte Windenergieerlass des Landes Niedersachsen und seine Irrungen und Wirrungen wären einen eigenen Vortrag wert. Selten hat es so viele Hoffnungen einer gesellschaftlichen Gruppe (wie hier der Windenergiebranche) gegeben, die auf einem einfachen Erlass des Landes ruhten. Sogar Postkarten mit dem Slogan „Windenergieerlass sofort!“ wurden gedruckt. Nach unzähligen Dialog- und Arbeitsgruppensitzungen und kaum erfassbaren tausenden Stunden ministeriellen und parlamentarischen Wirkens wird der Erlass im Wesentlichen eine Fülle von bereits bestehenden rechtlichen Regelungen so zusammenfassen, dass zum Thema Windenergie in Niedersachsen eine umfangreiche Einstiegslektüre besteht. Die kommunale Ebene hat diesen Erlass so weder gewünscht noch braucht sie ihn. Wie groß die materiellen Änderungen für den Vollzug sind, wird sich zeigen. Ein Hauptkritikpunkt der Kommunen sind die (zwar unverbindlichen) landkreisscharfen Zielvorgaben für eine bestimmte Prozentfläche des Kreisgebietes, die als Vorranggebiet für Windenergie bereitgestellt werden sollen. Da die Regionalplanung und die Bauleitplanung Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Landkreise und Gemeinden sind, könnten entsprechende Festlegungen nur durch die Raumordnung rechtlich verbindlich geschehen (was richtigerweise nicht beabsichtigt ist). Die Zahlen würden auch handwerklich kaum einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung standhalten, weil sie rein mathematisch errechnet wurden. Von welcher Anlagenleistung und anderen Annahmen das Umweltministerium bei seinem Szenario für das Jahr 2050 ausgeht, wird nicht beantwortet. Zahlreiche interessante rechtliche Vorstellungen der beteiligten Ministerien zum Beispiel zum nicht notwendigen Beseitigen von Fundamentresten im Außenbereich im ersten Erlassentwurf wurden auf Grund des Anhörungsverfahrens geändert. Als Hauptstreitpunkt kristallisiert sich die im Dialogforum unzureichend diskutierte Absicht des Landes heraus, den unteren Naturschutzbehörden nach jahrzehntelangem Schweigen des Ministeriums nunmehr verbindliche Vorgaben für die Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsrege-

³⁹ Siehe Ziffer 3 Satz 4 Halbs. 2 der Vereinbarung.

lung bei Windenergieanlagen vorzugeben. Die diesbezüglich seit Jahren bestehende, unverbindliche, aber mehrfach vom OVG akzeptierte⁴⁰ und praktikable Arbeitshilfe des Niedersächsischen Landkreistages⁴¹ soll damit überflüssig gemacht werden. Dabei hat das Umweltministerium bis heute nicht die Frage beantwortet, ob für die Bemessung des Ersatzgeldes in Niedersachsen § 6 Abs. 1 Satz 1 NAGBNatSchG mit dem Verweis auf die (konkreten) Investitionskosten den richtigen Ansatzpunkt für die Bemessung der Höhe der Ersatzgeldzahlungen liefert. Eine neue, vorgeblich einfachere Methodik des Landes bringt auf jeden Fall zunächst Rechtsunsicherheit mit sich, weil die bestehende Systematik für alle mastenartige Eingriffe in das Landschaftsbild aufgegeben wird. Ob es zum im ersten Entwurf enthaltenen massiven Rückgang der Höhe der Ersatzgeldzahlungen – die allein für den Naturschutz zu verwenden sind – kommen wird, bleibt abzuwarten. In jedem Fall wird die jahrzehntelange Ermessensfreiheit der Naturschutzbehörde bei der Konkretisierung der gesetzlichen Regelungen vollständig beseitigt.

c) **Der Wolf in Niedersachsen**

Im Bereich des Artenschutzrechts überlagert die Rückkehr des Wolfs nach Niedersachsen derzeit alle anderen Projekte. Die Erfahrung hat gezeigt, dass gerade bei so öffentlichkeitswirksamen und zu Recht auch mit Befürchtungen verbundenen Themen eine gut abgestimmte und an den Fakten orientierte Kommunikation aller beteiligten Behörden wichtig ist, um keine zusätzlichen Irrationalitäten in der Debatte zu befördern. Neben den zentralen Anlaufstellen des Landes sind die ehrenamtlichen Wolfsberaterinnen und Wolfsberater in Niedersachsen, zum Teil Mitarbeiter der kommunalen Naturschutzbehörden, wichtige und seriöse Ansprechpartner und an der Schnittstelle zwischen behördlichem und privatem Artenschutz tätig. Im Frühjahr 2015 hat sich nach einer Vielzahl von behaupteten und tatsächlichen Vorfällen mit Wolfsrissen usw. gezeigt, dass auch die schnelle behördliche Klärung von Wolfsverdachtsfällen und die zügige Bearbeitung der Entschädigungsanträge von Schafhaltern maßgeblich zum Gelingen eines artenschutzrechtlichen Projekts beitragen können.

⁴⁰ NdsOVG, Urt. v. 16.12.2009, NdsVBl. 2010, 158 ff. = NordÖR 2010, 128; zuletzt etwa VG Lüneburg, Urt. v. 07.05.2015 – 2 A 147/12, BeckRS 2015, Nr. 47494.

⁴¹ Niedersächsischer Landkreistag: „Naturschutz und Windenergie: Hinweise zur Berücksichtigung des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei Standortplanung und Zulassung von Windenergieanlagen“ (5. Aufl., Stand: Oktober 2014), elektronisch abrufbar über www.nlt.de => *Arbeitshilfen*.

4. Lärmaktionsplanung

Nach § 47d des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sind in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben Lärmaktionspläne aufzustellen; je nach Belastungssituation gelten hierzu unterschiedliche Fristen. Hintergrund ist die Umgebungslärm-Richtlinie der EU aus dem Jahr 2002.⁴² Diese Aufgabe war in der Vergangenheit aus verschiedenen Gründen schwierig; jahrelang klagten die Gemeinden etwa darüber, dass Daten zu Bahnstrecken und anderen überörtlichen Belastungen ihnen nicht zugänglich seien.⁴³ Offensichtlich sind dem Umweltministerium nunmehr die fachlichen Probleme bekannt geworden: Im Entwurf einer Änderungsverordnung zur entsprechenden Zuständigkeitsverordnung hat das Ministerium ohne vorherige Erörterung vorgesehen, die Zuständigkeit von den Gemeinden auf die Landkreise zu übertragen.⁴⁴ Gegen diese Entkoppelung der Lärmaktionsplanung von der kommunalen Bauleitplanung haben sich die drei kommunalen Spitzenverbände in Niedersachsen einhellig ausgesprochen.⁴⁵ Jahrelange fachliche Probleme auf allen Ebenen können nur durch klare fachliche Aussagen und ggf. fachliche Hilfestellungen des Landes, nicht aber durch überfallartige Zuständigkeitsverschiebungen auf kommunaler Ebene beseitigt werden.

5. Niedersächsisches Klimaschutzgesetz

Mit Spannung erwartet die kommunale Ebene auch das im Koalitionsvertrag angekündigte Niedersächsische Klimaschutzgesetz. Angesichts des Dilemmas der fehlenden Zuständigkeiten des Landes für viele zentrale Handlungsfelder der Klimapolitik und der globalen Wirkzusammenhänge kein leichtes Feld für einen Landesgesetzgeber, zumal das zuständige Ressort den Klimaschutz im Namen trägt. Lokale Maßnahmen für den Klimaschutz gibt es Unzählige. Viele Räte und Kreistage würden gern ihre öffentlichen Gebäude schnell auf den bestmöglichen energetischen Standard bringen, wenn die investiven Mittel in den Kommunalhaushalten vorhanden wären. Am guten Willen vor

⁴² RL 2002/49/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25.06.2002 über die Bewertung und Bekämpfung von Umgebungslärm, ABl. EG L 189/12 ff. vom 18.07.2002.

⁴³ Siehe umfassend zur Thematik in Niedersachsen *Cancik*, Nds. VBl. 2013, 329 ff.

⁴⁴ Entwurf des Umweltministeriums vom 16.06.2015 zur Änderung von Ziffer 8.1.1.14 der Anlage zu Art. 1 der Verordnung über Zuständigkeiten auf den Gebieten des Arbeitsschutz-, Immissionsschutz-, Sprengstoff-, Gentechnik- und Strahlenschutzrechts sowie in anderen Rechtsgebieten vom 27.10.2009, Nds. GVBl. S. 374.

⁴⁵ Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände vom 23.07.2015 (n.v.).

Ort mangelt es also nicht. Wenn der Gesetzgeber in Richtung verpflichtender Maßnahmen für die öffentliche (kommunale) Hand denkt, droht nicht nur die Konnexitätsdiskussion nach Art. 57 NV (insb. um den Begriff der öffentlichen Aufgabe), sondern zunächst tatsächlich eine (hier sog.) „Fördermittelfalle“: Die meisten Klimaförderprogramme der EU oder des Bundes gelten nur für zusätzliche, d.h. nicht ohnehin zwingende Maßnahmen der Energieeinsparung bei Gebäuden usw. Damit will der Fördermittelgeber natürlich verhindern, dass er allein die Einhaltung geltenden Rechts finanziert. Würde das Land nun für öffentliche Gebäude in Niedersachsen einen höheren Standard oder Sanierungsziele vorgeben, würde es sich sodann um rechtliche Verpflichtungen handeln. Der Zugriff auf Fördermittel des Bundes oder der EU wäre in Niedersachsen massiv erschwert. Insofern sind die Handlungsmöglichkeiten des Landes in der Tat übersichtlich. Das Land Nordrhein-Westfalen ist wohl auch deshalb mit seinem Klimaschutzgesetz von 2013 den Weg einer (nur) zielorientierten Vorgehensweise mit einem landesweiten Reduktionsziel und der Verpflichtung der öffentlichen Stellen (nur) zur Vorlage von Klimaschutzkonzepten usw. gegangen.⁴⁶

6. „Das Tagesgeschäft“

Dieses Kaleidoskop aktueller Themen des kommunalen Umweltrechts ließe sich um zahlreiche aktuelle Themen erweitern und fortführen. Vieles Wichtige fehlt noch, etwa die Herausforderung des Flächenverbrauchs, der Altlastenbereich mit der aktuellen Thematik der Öl- und Bohrschlammgruben oder die Ausübung des Bewirtschaftungsermessens der unteren Wasserbehörde bei der Genehmigung von Wasserentnahmen oder der Stand der Ausweisung von Trinkwasserschutzgebieten.⁴⁷ Nur als Merkposten sei daher erwähnt: Neben den hier angesprochenen auch in die Landes- und Bundespolitik hereinragenden Themen gibt es auch noch das Tagesgeschäft der Umweltbehörden auf kommunaler Ebene: Hier wird weitgehend geräuschlos und in kollegialer Zusammenarbeit mit den Landesbehörden in vielen tausend Verwaltungsvorgängen die Genehmigungs- und Überwachungstätigkeit vor Ort so erledigt, wie es modernes Umweltrecht in einem großen Flächenbundesland erfordert.

⁴⁶ Klimaschutzgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29.01.2013, GV NRW S. 33.

⁴⁷ Siehe zu Wasser- und Heilquellenschutzgebieten §§ 51 bis 53 WHG und § 92 NWG sowie für einen Überblick *Schwind*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, Vorb. zu §§ 51 bis 53 WHG.

IV. Was kommunales Umweltrecht kann

Die aktuellen Herausforderungen des kommunalen Umweltrechts in Niedersachsen sind damit skizziert. Was kann Umweltrecht gerade auf kommunaler Ebene leisten und warum?

1. Einbindung des Ehrenamtes

Was unterscheidet die kommunale Umweltverwaltung von der staatlichen? An erster Stelle die Einbindung des Ehrenamtes in die Verwaltung durch die direkt gewählten ehrenamtlichen Abgeordneten als Mitglieder des Hauptorgans Vertretung⁴⁸ und ihrer Ausschüsse. Auch wenn es sich bei der kommunalen Abgeordnetentätigkeit bekanntermaßen um Mitwirkung an der Verwaltung und nicht um Legislativtätigkeit handelt, so ist die demokratische Rückkopplung bei abstrakt-genereller Außenrechtssetzung wie bei Satzungs- und Verordnungsbeschlüssen doch fundamental anders als bei staatlicher Verwaltung. Bebauungsplanbeschlüsse auf gemeindlicher Ebene und der Erlass der Verordnungen im Umweltbereich wie z.B. der Überschwemmungs- oder Naturschutzgebiets-Verordnungen sind zu Recht durch § 58 Abs. 1 Nr. 5 NKomVG zwingend der Vertretung zugeordnet. Die endgültige Entscheidung über sehr komplexe und fachlich anspruchsvolle Ermessensentscheidungen im flächenbezogenen Umweltschutz liegt also beim Umweltschutz auf kommunaler Ebene in ehrenamtlicher Hand. Damit muss Verständnis und Akzeptanz z.B. für europarechtliche Vorgaben, aber auch für fachliches Vorgehen z.B. bei der Lärmaktionsplanung oder der Unterschutzstellung von Natur und Landschaft im Kontext von Natura 2000 hergestellt werden. In Zeiten von Flächenknappheit, nachvollziehbaren Existenzängsten der Landwirtschaft und gut organisierten Bürgerinitiativen auf allen Seiten und mit allen Positionen keine leichte Aufgabe für Ehrenamt und Verwaltung der Kommunen, beide mit unterschiedlichen Verantwortlichkeiten im Dialog mit den Betroffenen. Die Beanspruchung des kommunalen Ehrenamtes in diesem Bereich ist erheblich, weil die genannten Themen fachlich und rechtlich komplex sind. Die Kolleginnen und Kollegen der jeweiligen Kommune sind in Vorbereitung und Vermittlung der Beschlussvorlagen voll gefordert, weil zu Recht die

⁴⁸ § 45 Abs. 1 Satz 1 und 2 NKomVG.

Zwangsläufigkeit der Beschlussvorlagen vom Ehrenamt hinterfragt wird. Was gewinnt man im Gegensatz zu staatlichen Verordnungen durch ein Landesamt oder einen Landesbetrieb durch kommunale Zuständigkeiten? Für das Umweltrecht unglaublich Wertvolles: Akzeptanz entsteht nicht nur durch transparente Verfahren vor Ort, sondern Akzeptanz entsteht auch durch Entscheidungen direkt gewählter Ratsmitglieder und Kreistagsabgeordneter, die in täglicher Rückkopplung mit den betroffenen Bürgern stehen und die die Betroffenen kennen – vor und nach dem Beschluss. Regionalplanung, Landschaftsrahmenplanung, Überschwemmungsgebiets- und Naturschutz nicht aus Brüssel, nicht aus Hannover und nicht aus dem ehemaligen Landtagsgebäude in Oldenburg, sondern aus dem eigenen Rats- oder Kreistagssaal: Das macht selbst bei stark von höherrangigem Recht determinierten (eigentlichen) Ermessensentscheidungen einen Unterschied, weil Akzeptanz vor Ort und nicht nur Rechtsbefolgung schon vor dem Normsetzungsbeschluss erreicht werden muss. Weil Umweltrecht nicht nur gesetzt, sondern eben auch operativ umgesetzt, befolgt und gelebt werden muss, ist das ein großer Gewinn.

2. Menschen- und Praxisnähe

Umwelt- und Klimaschutzpolitik lebt vom Mitmachen der Bürgerinnen und Bürger. Die Deutschen sind Mülltrennweltmeister. Nicht weil sie wissen, dass in § 19 Abs. 1 Satz 1 KrWG ein behördliches Betretens- und Nachschaurecht zur Überwachung des Getrennthaltens von Abfällen durch die Abfallbehörde normiert ist oder die kommunalen Satzungen entsprechende Ordnungswidrigkeitentatbestände enthalten, sondern weil die Deutschen unter ihrer eigenen Spüle „ökologische Überzeugungstäter“ sind. Die gesamte Klimaschutzpolitik hat fast ausschließlich mit persönlicher Verhaltensänderung zu tun: Beim Kauf regionaler Produkte, beim Autokauf und persönlichem Verkehrsträgermix, bei der Urlaubswahl und bei der Gebäudedämmung usw. In der Demokratie lebt Umweltschutz daher sehr viel mehr vom guten Beispiel als vom Zwang. Die kommunalen Abfallberater in Kindergarten und Schule, die lokalen Agenda-21-Gruppen, die Umweltämter und Klimamanager vor Ort, die Aktion 50/50 (Schulklasse und Schulträger teilen sich die Energieeinsparungen durch geändertes Nutzungsverhalten), die Energieberatung einkommensschwacher Haushalte, die vielen guten Beispiele der Niedersächsischen Wettbewerbe um die jeweilige Klimakommune sind Leuchttürme für die

überall zu findende menschnahe Vorbildfunktion der Kommunen. Das inzwischen flächendeckende Angebot an Energie- und Klimaagenturen in Niedersachsen hat nicht das Land aufgebaut, es hat es nicht einmal strukturell gefördert. Den Aufbau hat allein die kommunale Ebene geleistet, unterstützt z.B. durch das Projekt „Klimawandel und Kommune“ mit den großzügigen Partnern der kommunalen Familie. Ein ordnungsrechtlicher Gedanke zur Ergänzung: Zu dieser Menschennähe der Kommunen gehört es auch, illegale Abfallablagerungen im Wald oder Versuche, das alte Auto auf Kosten der Allgemeinheit zu entsorgen, durch Ordnungswidrigkeitenverfahren und im Wege der Verwaltungsvollstreckung zu verhindern.⁴⁹ Dazu ist Präsenz vor Ort und Praxisnähe in jeder Hinsicht unverzichtbar.

3. Kommunales Umweltrecht im Netzwerk der Zivilgesellschaft

Nach § 34 NAGBNatSchG kann die Naturschutzbehörde Beauftragte für Naturschutz und Landschaftspflege bestellen, die nicht Bedienstete der bestellenden Behörde sein dürfen. Sie sind weisungsfrei und ehrenamtlich für jeweils 5 Jahre tätig, sollen die Behörde beraten und das allgemeine Verständnis für den Naturschutz fördern.⁵⁰ Viele Kreistage haben solche Beauftragte bestellt, viele Landkreise unterhalten Naturschutzstiftungen vor Ort, um den Natur- und Landschaftsschutz zu verbessern und Vorhabenträger bei Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren durch Ersatzflächenbereitstellung und Maßnahmenumsetzung zu entlasten.⁵¹ Flächenerwerb, -tausch oder Verpachtung im Sinne einer modernen, kompensationsorientierten Ökokontenbewirtschaftung geschehen oftmals unter enger Einbindung, Abstimmung und Verzahnung mit den örtlichen Umweltverbänden, die vielfach auch Antragsteller und Träger von Maßnahmen sind. Die Abstimmung vieler umweltrechtlich relevanter Vorhaben und Maßnahmen der kommunalen Umweltbehörde geschieht oftmals unabhängig von rechtlichen Regelungen in engem Dialog vor Ort mit den Umweltverbänden und anderen lokal Aktiven. Konflikte bleiben nicht aus, weil die Kommune oftmals zwischen Vorhaben-

⁴⁹ Zur Notwendigkeit eines auch ordnungsrechtlichen Ansatzes *Schwind*, in: Lange (Hrsg.), GAP-Reform und ländlicher Raum – (Wie) kann die "Zweite Säule" zur nachhaltigen Entwicklung beitragen?, Loccumer Protokoll 06/13, S. 165, 172.

⁵⁰ Näher § 34 NAGBNatSchG.

⁵¹ Siehe z.B. die Naturschutzstiftung des Landkreises Grafschaft Bentheim mit Informationen unter www.naturschutzstiftung.de.

träger auf der einen und Projektgegnern auf der anderen Seite steht – die Genehmigung von Windkraftanlagen ist dafür ein Musterfall.⁵² In der täglichen Praxis der Umweltverwaltung in Gemeinden und Landkreisen braucht die hauptamtliche kommunale Umweltverwaltung vielfach die Ortskenntnis, das fachliche Wissen, das ehrenamtliche Engagement und auch die Unbequemheit der an Natur und Landschaft in ihrer Heimat interessierten Menschen. Ihre Einbindung in ein effizientes und an der Verbesserung der Ökologie vor Ort interessiertes Netzwerk, die Finanzierung lokaler Umweltbildung und von Maßnahmen kann nur durch die Kommune in ihrer „örtlichen Heimatfunktion“ gelingen. Wer einmal ein Gewässerrenaturierungsprojekt gesehen hat, das ein Landkreis als Naturschutz- und Wasserbehörde, die örtlichen Umweltverbände und die Jugendfeuerwehr gemeinsam mit viel Eigenarbeit angepackt haben, dem wird deutlich, wie viel an qualitativer Umweltverbesserung im Netzwerk mit der Zivilgesellschaft vor Ort erreicht werden kann.⁵³

4. Die Kommune als Einheitsverwaltung

Anknüpfend an die einleitenden Bemerkungen zur Umweltverwaltungsorganisation in Niedersachsen ein verwaltungsorganisatorisches Argument zum Schluss: Ein großer Vorteil für ein Querschnittsthema wie „Umwelt“ ist die Ansiedlung der Zuständigkeiten in einer Einheitsverwaltung. Da Umweltrecht ohne Flächenbezug nicht denkbar ist, ist die kommunale Bauleitplanung in Ausformung der verfassungsrechtlichen Zuständigkeit der gemeindlichen Ebene (Art. 28 Abs. 2 GG, § 1 Abs. 1, 3 BauGB) gewissermaßen Ausgangspunkt für das Umweltrecht vor Ort. Viele medienübergreifende Fragestellungen eines Vorhabens werden dann auf Ebene der Landkreise, kreisfreien Städte und der Region Hannover gebündelt: Bei Windenergie- oder größeren Stallanlagen ist die Kreisebene als Träger der Regionalplanung, als Kommunalaufsicht über die Bauleitplanung und F-Plan-Genehmigungsbehörde, als Immissionsschutz-, Bau-, Abfall-, Natur-, Bodenschutz-, Wirtschaftsförderungs- und Veterinärbehörde (um nur die wichtigsten zu nennen) in vielen Teilaspekten zur rechtlichen und tatsächlichen Beurteilung des Vorhabens vor der Genehmigung zur Überwachung im laufenden Betrieb sowie bei Rück-

⁵² Siehe oben unter III.3 b).

⁵³ Als Beispiel sei das Gewinner-Projekt des Wettbewerbs „Niedersächsische Bachperle 2012“ genannt, das neue Bachbett der Billerbeck in der Gemeinde Melbeck, Landkreis Lüneburg.

bau gefordert. Die Forderung „one face to the customer“ oder nach einem "one-shop-stop" wird also auch ohne EU-Dienstleistungsrichtlinie problemlos erfüllt. Die unterschiedlichen Bewertungen der Fachleute der verschiedenen Ämter fließen so innerhalb eines Hauses zusammen; es folgt abschließend eine einheitliche Bewertung und Beurteilung eines Vorhabens aus einem Guss. Die Befürchtung, dass Umweltaspekte dabei leichter vernachlässigt werden als andere Belange, dürfte angesichts der direkten Verantwortlichkeit der Hauptverwaltungsbeamten, der dichten rechtlichen Vorgaben, der Kontrolle durch Kommunalpolitik, Öffentlichkeit, Bürgerinitiativen, Vorhabengegner, Fachaufsicht und dem fachlichen Selbstbewusstsein der Kolleginnen und Kollegen nicht strukturell relevant sein.

Die Einheitsverwaltung ist für das Genehmigungsverfahren zudem zumeist ein Zeitvorteil. Ortsnähe kann aber auch Qualitätsvorteil im Genehmigungsverfahren sein. In der laufenden Überwachung wird das verwaltungsinterne Netzwerk einer gut funktionierenden Kommunalverwaltung zum entscheidenden Vorteil, weil bei Problemen sofort bau-, boden-, gewässer- und naturschutzrechtlicher Sachverstand vor Ort ist und hausintern Hinweise auf Probleme in der Regel unkomplizierter weitergegeben werden als bei behördenübergreifender Zusammenarbeit.

V. Fazit: Was kommunales Umweltrecht braucht

Eine gute Umweltverwaltung kostet zunächst einmal Geld. Dass hier Wünsche der kommunalen Ebene an das Land bestehen, die Finanzierung von Aufgaben bei Standardausweitungen auch dann ehrlich anzugehen, wenn diese von der kommunalen Ebene erledigt werden, dürfte nachvollziehbar sein. Eine Einnahmequelle wie die Wasserentnahmegebühr, die der Landtag auf Vorschlag der Landesregierung zum 01.01.2015 kurzfristig zur Einnahmeerzielung einfach so anheben kann, fehlt der kommunalen Ebene – unter einer Novelle des Nds. Wassergesetzes hatten sich alle Beteiligten eigentlich etwas anderes vorgestellt. Auch die seit Jahren bestehende strukturelle Unterfinanzierung wichtiger anderer von der kommunalen Ebene durchzuführender Aufgaben wie aktuell der Flüchtlingsunterbringung führen zu schwierigen Ressourcenabwägungen in den Räten und Kreistagen. Darüber hinaus hat die intensive Aufgabendiskussion zwischen Landesregierung und Kommunen in Umsetzung von Ziffer 1 des sog. Zukunftsvertrages aus dem Jahr 2009 seinerzeit gezeigt, dass bei der Zuordnung der Zuständig-

keiten in Niedersachsen zwar einige punktuelle Abrundungswünsche der kommunalen Ebene bestehen, im Großen und Ganzen aber sich die Aufbauorganisation und Zuständigkeitsverteilung bewährt hat. Aktuelle Entwicklungen insbesondere im Naturschutz zeigen, dass für viele wichtige Themen vor Ort immer noch Vorarbeiten des Landes fehlen, etwa bei der landesweiten Biotopkartierung oder bei der Natura 2000-Sicherung. In einigen komplexen Fällen wünschen sich die kommunalen Behörden bei spezialisierten Fachfragen und -verfahren auch ausreichend Beratungskapazitäten der Landesbehörden, damit auf Fachfragen und auch Anfragen an das für die Fachaufsicht zuständige Ministerium schnell gemeinsam Antworten gefunden werden können. Diese Ressourcenprobleme auf allen Ebenen und die hier skizzierten aktuellen Herausforderungen sollen aber nicht verdecken, dass Niedersachsen im Ergebnis durch das Engagement Vieler eine Umweltverwaltung hat, die nicht nur der subjektiven Schönheit des Landes entspricht, sondern die auch in Zusammenwirken mit vielen Bürgerinnen und Bürgern die ökologische Vielfalt des Landes und seiner naturräumlichen Regionen für nachfolgende Generationen wirksam bewahren und schützen kann.

Diskussionsbericht (1. Teil)

Dr. Joachim Schwind: Umweltrecht in Niedersachsens Kommunen

Von Ass. iur. Robert Notbohm

Die Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Dr. Schwind befasste sich insbesondere mit Chancen und Risiken der Kommunalisierung des Vollzugs des Umweltrechts im Gefolge der Abschaffung der Bezirksregierungen. Prof. Dr. Erdmann wies darauf hin, dass die Kommunen Großprojekte ohne Hilfe aus der Privatwirtschaft kaum noch schultern könnten. So habe der Jade-Weser-Port nur durch die Unterstützung u.a. des anwesenden Rechtsanwaltes Prof. Dr. Gellermann realisiert werden können. Er warf die Frage auf, wie die Kommunen die Umsetzung des Umweltrechts vor dem Hintergrund des Wegfalls der Bezirksregierungen bewältigen sollten. Da es im Vollzug des Umweltrechts eine Vielzahl komplexer Probleme gebe, drohe eine Überforderung der Kommunen.

Dr. Schwind entgegnete, dass es sich bei dem Jade-Weser-Port um ein sehr großes Projekt gehandelt habe, das Kommunen in Niedersachsen nicht jeden Tag zu stemmen hätten. Im Übrigen seien Bezirksregierungen nicht notwendig. Viel entscheidender sei der Dialog mit dem zuständigen Ministerium als Aufsichtsinstanz. Es wäre wünschenswert, wenn es im niedersächsischen Umweltministerium Verwaltungskraft gebe, die nur für Anfragen der Kommunalbehörden bezüglich umweltrechtlicher Sachverhalte zuständig sei. In erster Linie handele es sich im Vollzug des Umweltrechts auf kommunaler Ebene um Managementprobleme. Eine effiziente Unterstützung durch eine gute Fachaufsicht könne an dieser Stelle vieles verbessern.

Herr Koppmeyer lenkte die Diskussion auf die Frage, durch welche Art von Schutzgebiet eine sachgerechte Sicherung von FFH-Gebieten gewährleistet werden könne. Es stünden als Sicherungsformen ja insbesondere Natur- und Landschaftsschutzgebiete zur Verfügung.

Dr. Schwind erwiderte, man müsse sich das einschlägige Gebiet jeweils vorurteilsfrei anschauen. Der Unterschied von Naturschutz- gegenüber Landschaftsschutzgebieten liege vor allem darin, dass sie enger umgrenzt seien und strengere Auflagen enthielten. Eine einzelfallabhängige Betrachtung sei als der richtige Weg anzusehen. Auf diese Weise könne auch dem Unionsrecht hinreichend Rechnung getragen werden.

Prof. Dr. Cancik begrüßte das von Herrn Dr. Schwind gehaltene Plädoyer für die kommunale Ebene. Die Nähe der Behörden zum örtlichen Sachverhalt könne sicherlich förderlich sein. Wenn es jedoch um das Thema der Aufsicht gehe, müsse mehr Wert auf Distanz gelegt werden. Nur wenn die Aufsichtsbehörde gegenüber der Kommune eine kritische Distanz wahre, könne die Aufsichtsfunktion unvoreingenommen ausgeführt werden. Dieses liege letztlich auch im Interesse der beaufsichtigten Kommune.

Der Vortragende wandte ein, dass sich hinter der Frage, ob nun Nähe oder Distanz zwischen den Kommunen und den Aufsichtsbehörden effektiver sei, eine lange Diskussion verberge. Letztendlich komme es jedoch auf eine sachgerechte Lösung vor Ort an. Transparenz nehme heute einen viel größeren Stellenwert als etwa in der preußischen Verwaltung vergangener Zeit ein. Bei nahezu jedem Vorhaben bildeten sich Bürgerinitiativen. Ausschlaggebend sei schließlich eine gute Fachaufsicht, die viele Schwierigkeiten bewältigen könne. Ein weiteres Problem stelle vor dem Hintergrund wachsender Aufgaben der Personalmangel der Kommunen dar.

Prof. Dr. Gellermann vertrat die Ansicht, dass die aus den unionsrechtlichen Regelungen resultierenden Probleme umso mehr abgeschwächt bzw. nicht mehr angemessen gewürdigt würden, je näher eine Kommune an den Betroffenen sei. In diesem Zusammenhang nannte er die Schutzgebietsflächen. Bezüglich dieser Schutzgebietsflächen gebe es in NRW sowie in einigen anderen Bundesländern gesetzliche Mindeststandards, während das in Niedersachsen nicht der Fall sei. Diese Mindeststandards müssten nach EU-Recht jedoch unabhängig von der Frage, welche Schutzkategorie vorliege, gewährleistet sein. Eine solche Aufgabe könne besser von einer staatlichen Mittelinstanz wie den Bezirksregierungen in NRW erledigt werden.

Dr. Schwind wies darauf hin, dass das EU-Recht auch in Niedersachsen gelte. Die Kommunen nähmen den Vollzug des Umweltrechts als eine Aufgabe des übertragenden Wirkungskreises wahr und könnten daher stets vom Land kontrolliert werden. Manche wünschten sich zwar gesetzliche Mindeststandards, aber eine ordnungsgemäße Einhaltung der Vorgaben der Schutzgebiete sei auch ohne diese möglich.

Der Hochwasserschutz in der kommunalen Bauleitplanung

Professor Dr. Wolfgang Köck

Folie 1



Grimma (Sachsen)
Mulde-Hochwasser
2013

Der Hochwasserschutz in der kommunalen Bauleitplanung

Vortrag im Rahmen der 26. Bad Iburger Gespräche
„Europäisiertes Umweltrecht in den Kommunen“
11. November 2015, Osnabrück

Prof. Dr. Wolfgang Köck



SEITE 1

Folie 2

Hochwasserschutzbelange in der Bauleitplanung

- Überblick -

- I. Einführung
- II. Vorgaben des Hochwasserschutzrechts für die Bauleitplanung
- III. Vorgaben raumplanerischer Hochwasservorsorge für die Bauleitplanung
- IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang, insbesondere Überplanung sog. Risikogebiete
- V. Haftung für fehlerhafte Bauleitplanung
- VI. Der Hochwasserschutz in der Baugenehmigung gem. § 34 BauGB
- VII. Fazit



SEITE 2

I. Einführung

- **Hochwasserschutz in der kommunalen Bauleitplanung: Bezug zum Generalthema der Tagung**
- **Der Bezug des Hochwasserschutzrechts zum Umweltrecht**
- **Hochwasserschutz** ist nicht nur eine **Aufgabe der Gefahrenabwehr** für Leben, Gesundheit und Eigentum, sondern auch eine **Aufgabe des Umweltschutzes**, weil die Realisierung von Hochwassergefahren meist zu Umweltschäden, insbesondere zu Beeinträchtigungen der Gewässerqualität, führt und geeignet ist, langjährige Bemühungen für das Erreichen europäisch vorgeschriebener Gewässerqualitätsziele zunichte zu machen
→ Integration des Hochwasserschutzes in die Flussgebietsbewirtschaftung (EG-Hochwasser-Richtlinie)
- „Hochwasser haben das Potenzial, zu Todesfällen, zur Umsiedlung von Personen und zu Umweltschäden zu führen, die wirtschaftliche Entwicklung ernsthaft zu gefährden und wirtschaftliche Tätigkeiten in der Gemeinschaft zu behindern.“ (Erwägungsgründe Ziff. 1 Hochwasser-Richtlinie 2007/60/EG)


HELMHOLTZ
ZENTRUM FÜR
UMWELTFORSCHUNG
UFZ

SEITE 3

I. Einführung

- **Hochwasserschutz in der kommunalen Bauleitplanung: Bezug zum Generalthema der Tagung (II)**
- **Europäisierung des Hochwasserschutzrechts**

RL 2007/60/EG über die Bewertung und das Management von Hochwasserrisiken

- Ermittlung von Hochwasserrisiken .
- Bestimmung von Hochwasser-Risikogebieten
- Information über Hochwasserrisiken durch Gefahren- und Risikokarten für Risikogebiete
- Konzeption des Hochwasserschutzes für Risikogebiete durch Managementpläne auf der Ebene von Flusseinzugsgebieten bis 22.12.2015
- Identifizierung von Maßnahmen zur Minderung des Hochwasserrisikos in Koordination mit Flussgebietsbewirtschaftung

Auswirkungen auf die kommunale Bauleitplanung

- Pflicht zur Verarbeitung der Wissensbeiträge
- Pflicht zur Berücksichtigung der Managementpläne
- Weitere Bindungen durch nationales Recht jenseits europarechtlich geforderter Maßnahmen
→ eigener nationaler Weg der Instrumentierung des HochwasserR.


HELMHOLTZ
ZENTRUM FÜR
UMWELTFORSCHUNG
UFZ

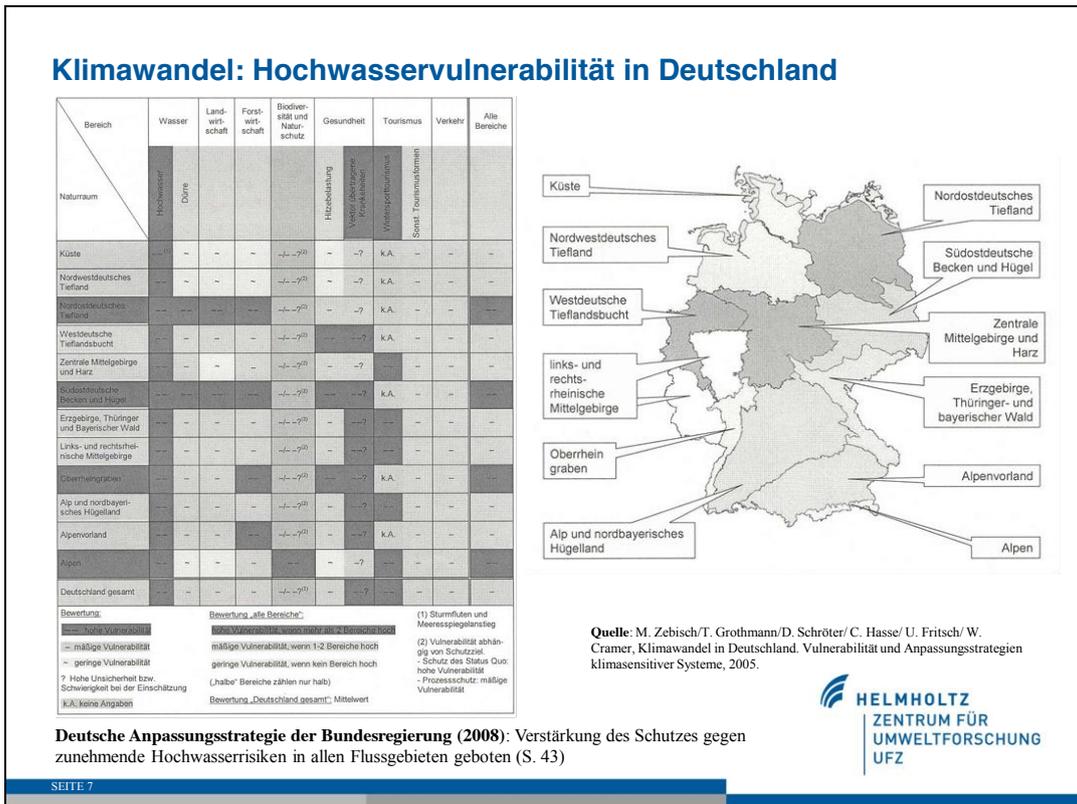
SEITE 4

Flood Protection in Germany The Main Legal Acts

	EU-FloodD	Federal WaterAct	Länder Waterlaw	Other
Risk Assessment	Risk Assessment; Risk Areas; Risk and Hazard Maps		Implementation provisions	
Dykes & Dams	-	-	-	Länder Dyke Law Fiscal provisions
Building Restrictions	-	For Areas > HQ 100	-	-
Flood plains	-	Bans for devised areas		
Spatial Runoff	-	-	Saxony: flood prevention areas	
Flood proof construction	-	-	-	Industrial safety Law for ind. plants
Insurance	-	-	-	-
Internal Integration	Flood Risk Management Plans		Oranisational and implement laws	
External Integration	With water management planning according o WFD		Implementing provisiions	Spatial & urban planning law:
Transboundary coord.	Coordination on river basin level			Interstate river basin agreements

SEITE 5





I. Einführung

- **Rechtlicher Bedeutungsgewinn des Hochwasserschutzes für die Bauleitplanung** (→ Reaktion auf Hochwasserereignisse 2002)
- **Seit 2005:**
 - Belange des Hochwasserschutzes sind in die Abwägungsdirektiven des § 1 VI BauGB aufgenommen worden (Nr. 12)
 - Pflicht zu nachrichtlichen Übernahmen und Vermerken von Fachplanungen zum Hochwasserschutz in F- Pläne und B-Pläne (§§ 5 IVa und 9 VIa BauGB)
 - Zwingende hochwasserrechtliche Vorgaben für die Bauleitplanung: grundsätzliches Verbot der Ausweisung von neuen Baugebieten in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten (§ 32 b WHG-alt; heute: § 78 WHG)
 - Erhaltung von Überschwemmungsgebieten in ihrer Funktion als Rückhalteflächen als Optimierungsgebot (§ 31 b VI WHG-alt; § 77)
- **seit 2011:**
 - Aufnahme der Aufgabe der Anpassung an den Klimawandel in die Planungsleitlinien des § 1 V und in die Grundsätze des § 1a V BauGB (Hochwasserrisikovorkehrung als Element der Anpassung)

HELMHOLTZ ZENTRUM FÜR UMWELTFORSCHUNG UFZ

SEITE 8

I. Einleitung

Wesentliche Fragen, denen sich der Vortrag widmen will

- Welche Beschränkungen der Bauleitplanung ergeben sich aus dem Hochwasserrecht?
- Welche Beschränkungen der Bauleitplanung ergeben sich aus dem hochwasserschutzbezogenen Landesplanungsrecht?
- Welche Pflichten treffen die Kommunen bei der Bauleitplanung im Hinblick auf Hochwasserrisiken?
- Haftet die planende Gemeinde für Überschwemmungsschäden infolge fehlerhafter Bauleitplanung?
- Welchen Einfluss haben die Gemeinden auf Baugenehmigungen gem. § 34 BauGB in Überschwemmungs- und Risikogebieten?

II. Vorgaben des Hochwasserschutzrechts für die Bauleitplanung

II. Vorgaben des Hochwasserschutzes für die Bauleitplanung

- Verbot der Ausweisung von neuen Baugebieten in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (Ü-Gebiete)
- Bodenrechtliche Regelung (Art. 74 I Nr. 18 GG) im WHG
- zwingende Vorgabe für die Bauleitplanung, nicht durch Abwägung überwindbar

- gilt nicht nur für festgesetzte Ü-Gebiete, sondern auch für vorläufig gesicherte Gebiete (§ 78 VI WHG)
 - Festsetzung erfordert bestimmte Rechtsform: Rechtsverordnung
 - Vorläufige Sicherung setzt räumliche Identifizierung und öffentliche Bekanntmachung voraus (Allgemeinverfügung)
 - Überleitungsvorschrift für vor dem 1. März 2010 festgesetzte, als festgesetzt geltende und vorläufig gesicherte Ü-Gebiete (§ 106 III WHG)

- vom Verbot erfasst sind auch Satzungen gem. § 34 IV BauGB

Wasserhaushaltsgesetz (WHG)

§ 78 Besondere Schutzvorschriften für festgesetzte Überschwemmungsgebiete

- (1) In festgesetzten Überschwemmungsgebieten ist untersagt:
1. die Ausweisung von neuen Baugebieten in Bauleitplänen oder sonstigen Satzungen nach dem Baugesetzbuch, ausgenommen Bauleitpläne für Häfen und Werften,
 2. (...)

§ 76 Überschwemmungsgebiete an oberirdischen Gewässern

(1) Überschwemmungsgebiete sind Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern und sonstige Gebiete, die bei Hochwasser eines oberirdischen Gewässers überschwemmt oder durchflossen oder die für Hochwasserentlastung oder Rückhaltung beansprucht werden. Dies gilt nicht für Gebiete, die überwiegend von den Gezeiten beeinflusst sind, soweit durch Landesrecht nichts anderes bestimmt ist.

(2) Die Landesregierung setzt durch Rechtsverordnung

1. innerhalb der Risikogebiete oder der nach § 73 Absatz 5 Satz 2 Nummer 1 zugeordneten Gebiete mindestens die Gebiete, in denen ein Hochwasserereignis statistisch einmal in 100 Jahren zu erwarten ist, und
2. die zur Hochwasserentlastung und Rückhaltung beanspruchten Gebiete als Überschwemmungsgebiete fest. Gebiete nach Satz 1 Nummer 1 sind bis zum 22. Dezember 2013 festzusetzen. Die Festsetzungen sind an neue Erkenntnisse anzupassen. Die Landesregierung kann die Ermächtigung nach Satz 1 durch Rechtsverordnung auf andere Landesbehörden übertragen.

(3) Noch nicht nach Absatz 2 festgesetzte Überschwemmungsgebiete sind zu ermitteln, in Kartenform darzustellen und vorläufig zu sichern.



II. Vorgaben des Hochwasserschutzes für die Bauleitplanung

Begriff Überschwemmungsgebiet

- Überschwemmungsgebiete sind Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern und sonstige Gebiete, die bei Hochwasser eines oberirdischen Gewässers überschwemmt oder durchflossen oder die für die Hochwasserentlastung der Rückhaltung beansprucht werden (§ 76 I WHG)
 - Flächen, die durch Deiche vor Hochwasser geschützt sind, gehören bundesrechtl. nicht zu den Ü-Gebieten (BVerwG, Urt. v. 15.12. 2006, 7 C 1/06)
 - auch bebaute Bereiche können Ü-Gebiet sein (BVerwG, Urt. v. 22.7.2004)

Festzusetzen sind auf Landesebene:

- mindestens die Gebiete, in denen ein Hochwasserereignis statistisch einmal in 100 Jahren zu erwarten ist (HQ-100) (§ 76 II Nr. 1 WHG)
- darüber hinaus die Gebiete, die zur Hochwasserentlastung und Rückhaltung beansprucht werden (setzt Retentionsraumkonzept voraus: Hochwasser-Risikomanagementpläne)



II. Vorgaben des Hochwasserschutzrechts für die Bauleitplanung

Was sind „neue Baugebiete“ im Sinne von § 78 I Nr. 1 WHG?

- BVerwG, Urt. v. 3.6. 2014 (4 CN 6/12)
 § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG erfasst nur solche Flächen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten, die erstmalig einer Bebauung zugeführt werden sollen. Bloße Umplanungen, etwa die Änderung der Gebietsart eines bereits bestehenden Baugebiets, fallen nicht hierunter. In diesem Fall sind die Belange des Hochwasserschutzes im Rahmen der bauleitplanerischen Abwägung (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 und 12, Abs. 7, § 2 Abs. 3 BauGB) sowie der für die Vorhabenzulassung erforderlichen hochwasserschutzrechtlichen Abweichungsentscheidungen (§ 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 WHG) zu berücksichtigen. (amtlicher Leitsatz)

Fall betraf Umplanung eines bisherigen Allgemeinen Wohngebiets in ein Mischgebiet

BVerwG macht über den konkreten Fall hinaus deutlich, dass auch die Überplanung faktischer Baugebiete, d.h. die Überplanung bebauter Innenbereichslagen, nicht vom Ausweisungsverbot erfasst ist (so auch schon OVG Bautzen, Urt. v. 9.1. 2014, 1 C 4/13)

Ausweisung eines Sportplatzes mit Vereinsheim kein „Baugebiet“: so VGH Mannheim, Urt. v. 29.7.2014, 3 S 2278/12

- **Bewertung:** Gerichte interpretieren den Begriff des (neuen) Baugebiets eng. Enge Auslegung erweitert den Anwendungsbereich der Abwägung. Enge Auslegung mindert den Druck auf das Ausnahmeregime; Ausnahmevoraussetzungen des § 78 II WHG werden nur in sehr seltenen Fällen erfüllt sein.



SEITE 13

II. Vorgaben des Hochwasserschutzrechts für die Bauleitplanung

Möglichkeit der Bauleitplanung im Ü-Gebiet als Ausnahme unter strengen Voraussetzungen

- Ausnahmevorschriften sind eng auszulegen
- Ausnahmevoraussetzungen müssen kumulativ vorliegen
- Die Gemeinde trägt die Ermittlungs- und Darlegungslast
- Über die Ausnahmevoraussetzungen entscheidet nicht die Gemeinde, sondern die nach Landesrecht zuständige Behörde (in der Sache: Rechtsakt der Kommunalaufsicht)
- auch bei Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen besteht grundsätzlich Ermessen
- Betroffene Gemeinde kann die Rechtmäßigkeit der Behördenentscheidung gerichtlich nachprüfen lassen (Verpflichtungsklage)
 → auch Nachbarklage möglich (str.)

§ 78 Abs. 2 WHG

(2) Die zuständige Behörde kann abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 die Ausweisung neuer Baugebiete ausnahmsweise zulassen, wenn

1. keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können,
2. das neu auszuweisende Gebiet unmittelbar an ein bestehendes Baugebiet angrenzt,
3. eine Gefährdung von Leben oder erhebliche Gesundheits- oder Sachschäden nicht zu erwarten sind,
4. der Hochwasserabfluss und die Höhe des Wasserstandes nicht nachteilig beeinflusst werden,
5. die Hochwasserrückhaltung nicht beeinträchtigt und der Verlust von verloren gehendem Rückhalteraum umfang-, funktions- und zeitgleich ausgeglichen wird,
6. der bestehende Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt wird,
7. keine nachteiligen Auswirkungen auf Oberlieger und Unterlieger zu erwarten sind,
8. die Belange der Hochwasservorsorge beachtet sind und
9. die Bauvorhaben so errichtet werden, dass bei dem Bemessungshochwasser, das der Festsetzung des Überschwemmungsgebietes zugrunde liegt, keine baulichen Schäden zu erwarten sind.



SEITE 14

II. Vorgaben des Hochwasserschutzrechts für die Bauleitplanung

§ 78 II WHG: Ausnahmevoraussetzungen (Auswahl)

- Grundsätzliches: Möglichkeit der Ausnahme dient dazu, die Vereinbarkeit mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie im Einzelfall herzustellen (Art. 28 II GG)
 - wichtig für Ermessensbetätigung bei Vorliegen der tatbestandlichen Ausnahmevoraussetzungen (Reinhardt; Hünnekens)
- Nr. 1: „keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung“
 - kommt nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht, in denen beispielsweise (nahezu) das gesamte Gemeindegebiet innerhalb eines Überschwemmungsgebiets liegt oder aber etwa aus topographischen Gründen eine Gemeindeentwicklung nur dort in Betracht kommt (OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.3. 2014, 1 MN 7/14)
 - Voraussetzung ist nicht schon dann erfüllt, wenn sich ein bestimmtes Vorhaben sonst nicht realisieren ließe (OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.3. 2014, 1 MN 7/14)

II. Vorgaben des Hochwasserschutzrechts für die Bauleitplanung

§ 78 II WHG: Ausnahmevoraussetzungen (Auswahl)

- **Nrn. 3-7:** erfordern von der planungswilligen Gemeinde umfangreiche hochwasserfachliche Ermittlungsarbeit auf der Basis konkreter hochwasserfachplanerischer Wissensgrundlagen (Gefahrenkarten, Risikokarten, Risikogebiete, Hochwasserrisikomanagementpläne)
- **Nr. 5:** umfang-, funktions- und zeitgleicher vollständiger Ausgleich der durch die Realisierung des beabsichtigten Bauleitplans voraussichtlich verloren gehenden Rückhaltekapazität (Kompensationsmaßnahmenbevorratung zulässig)
- **Nr. 6:** bestehendes Hochwasserschutzniveau darf sich durch die Bauleitplanung nicht verschlechtern
- **Nr. 7:** es dürfen keine Nachteile für andere Grundstücke entstehen
- **Nr. 8:** Baugebiet muss so geplant werden, dass es mit Blick auf die baugebietbezogene Hochwasservorsorge den Maßstäben des Gebotes gerechter Abwägung genügt

II. Vorgaben des Hochwasserschutzrechts für die Bauleitplanung

Zwischenfazit

- Hochwasserschutz wirkt nicht mehr nur als Abwägungsbelang auf die Bauleitplanung ein, sondern setzt auch zwingende Vorgaben, indem festgesetzte bzw. vorläufig gesicherte Überschwemmungsgebiete nicht baulich überplant werden dürfen
- Verbot erfasst allerdings nur „neue Baugebiete“; Rspr. legt diesen Begriff eng aus und nimmt damit insbesondere Druck von den Ausnahmevorschriften, die nur sehr selten erfüllt sein dürften
- **Bauliche Überplanung ist somit auch in Ü-Gebieten weiterhin möglich, soweit keine neuen Gebiete in Anspruch genommen werden („Innenbereichslagen“); allerdings setzen die korrekte Abarbeitung der Hochwasserschutzbelange der B-Planung enge Grenzen (fachgutachterliche Abarbeitung notwendig!)**
- Ausweisung von Überschwemmungsgebieten erfolgt auf Landesebene; durch (abweichungsfestes) Bundesrecht wird vorgeschrieben, dass für die Ausweisung mindestens ein Bemessungshochwasser von HQ-100 zugrunde zu legen ist; darüber hinaus sind auch Ü-Gebiete auszuweisen, die für die Wasserrückhaltung benötigt werden

III. Vorgaben raumplanerischer Hochwasservorsorge für die Bauleitplanung

III. Vorgaben raumplanerischer Hochwasservorsorge für die Bauleitplanung

- Durch Regional- und Landespläne können **Freiräume zur Gewährleistung des vorbeugenden Hochwasserschutzes** festgelegt werden (§ 8 V Nr. 2 d ROG; § 2 II Nr. 6 ROG) und insbesondere über die Ziele der Raumordnung (Bezeichnung von Vorranggebieten für die Hochwasservorsorge) kann die Bauleitplanung gesteuert werden (§ 1 IV BauGB)
- Da Wissensgenerierung und Wissensverarbeitung fachplanerisch organisiert sind (Hochwasser-Risikomanagementpläne, § 75 WHG), sind eigenständige Beiträge der räumlichen Gesamtplanung wohl nicht zu erwarten
- Überörtliche Raumplanung kann aber die **Fachplanung des Hochwasserschutzes durch die Instrumente der Raumplanung unterstützen**, soweit in dem jeweiligen Bundesland die Festsetzung von Ü-Gebieten nur auf den Mindestschutz bezogen ist (HQ 100) und die **Hochwasserrisikomanagementplanung** weitere Sicherungen vorsieht

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang, insbesondere Überplanung sog. Risikogebiete

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Gesetzliche Anforderungen an die Bauleitplanung

Materiellrechtliche Anforderungen

- **Erforderlichkeit der Planung:** Planrechtfertigung (§ 1 III BauGB)
- **Anpassung an Ziele der Raumordnung** (§ 1 IV ROG)
- Beachtung des **Entwicklungsgebots** (§ 8 II 1 BauGB)
- **Beachtung der Vorgaben für die Planinhalte** (§§ 5, 9 BauGB)
z.B.: §§ 5 IVa und 9 VIa BauGB
- **Beachtung sonstigen strikten Rechts** (sog. „Planungsleitsätze“)
→ hier: Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete in Überschwemmungsgebieten (§ 78 I Nr. 1 WHG)
- **Beachtung des Abwägungsgebotes** (§ 1 VII BauGB)
 - Belange und sog. „Optimierungsgebote“ (besondere Abwägungsdirektiven, hier insbesondere: § 77 WHG)
 - **Hochwasserschutzbelange** (§ 1 VI Nr. 12 BauGB)
 - allgemeine Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und die **Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung** (§ 1 VI Nr. 1)
 - **Umweltbelange**, hier insbesondere **Auswirkungen auf Wasser** (§ 1 VI Nr. 7a BauGB)



HELMHOLTZ
ZENTRUM FÜR
UMWELTFORSCHUNG
UFZ

SEITE 21

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

§ 1 VI Nr. 1 BauGB: allgemeine Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung

- Belang erstreckt sich auch auf Überschwemmungsrisiken und war bis 2005 wichtigster rechtlicher Ansatzpunkt zur planerischen Bewältigung von Überschwemmungsgefahren
- **BVerwG, Urt. v. 21.3. 2002, 4 CN 14/00: Überschwemmungsgefahr durch abfließendes Niederschlagswasser:** „Der Planung muss eine Erschließungskonzeption zugrunde liegen, nach der das im Plangebiet (Vorhabengebiet) anfallende Niederschlagswasser so beseitigt werden kann, dass Gesundheit und Eigentum der Planbetroffenen diesseits und jenseits der Plangrenzen keinen Schaden nehmen.
Überschwemmungen und Wasserschäden als Folge der Planverwirklichung müssen die Nachbarn des Plangebiets ebenso wenig hinnehmen wie die Bewohner des Plangebiets selbst.
Dem Plan adäquat-kausal zuzurechnen sind auch Überflutungsgefahren, die dadurch ausgelöst werden, dass das auf den bebauten und befestigten Flächen des Plangebiets niedergehende Regenwasser über einen öffentlichen Kanal abgeführt wird, dessen Kapazität bereits vor Anschluss des Plangebiets durch andere Regenwasserzuflüsse erschöpft oder gar überschritten war.
Planbedingte Missstände, die den Grad der Eigentumsverletzung erreichen und einer Rechtfertigung vor Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GG nicht standhalten, setzen der bauleitplanerischen Gestaltungsfreiheit äußerste (strikte), mit einer "gerechten Abwägung" nicht überwindbare Grenzen.“
- Belang ist nicht deckungsgleich mit Hochwasserbelange
→ siehe Hochwasserbegriff (§ 72 WHG)



HELMHOLTZ
ZENTRUM FÜR
UMWELTFORSCHUNG
UFZ

SEITE 22

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Was sind Hochwasserschutzbelange gem. § 1 VI Nr. 12 BauGB?

Begriff des Hochwassers (§ 72 WHG)

„Hochwasser ist eine zeitlich beschränkte Überschwemmung von normalerweise nicht mit Wasser bedecktem Land, insbesondere durch oberirdische Gewässer oder durch in Küstengebieten eindringendes Meerwasser. Davon ausgenommen sind Überschwemmungen aus Abwasseranlagen.“

- Rückhalt von Hochwasser
- Gewährleistung eines schadlosen Wasserabflusses
- Vorbeugung vor Hochwasserschäden
(Battis, in: B/K/L, zu § 1 BauGB, Rn. 86)
- Weitere Ausdifferenzierungen der Hochwasserschutzbelange finden sich in § 78 II Nrn. 1-9 WHG (Faßbender/Gläß, NVwZ 2011, 1094; Schrödter, zu § 1 BauGB, Rn. 498)

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Zum Aspekt des Rückhalts von Hochwasser

- Hat die Planung Auswirkungen auf das auf die jeweilige Flussgebietseinheit bezogene Retentionsraumkonzept?
→ ergibt sich aus Risikomanagementplan
- Hat die Planung Auswirkungen auf die Retentionskapazität, jenseits fixierter Konzepte?
→ wird z.B. der Fließquerschnitt verengt?
- Bei Überplanung bebauter Bereiche in Ü-Gebieten: wird den Anforderungen des § 77 WHG Genüge getan?
- Ggf.: wird für funktionellen Ausgleich der Retentionskapazität in der Planung Sorge getragen?

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Zum Aspekt der Gewährleistung eines schadlosen Wasserabflusses

- Auswirkungen der Planung auf Leben, Gesundheit und Eigentum der Planbetroffenen außerhalb des Plangebiets (relevante Gefahrerhöhung durch den Plan, z.B. durch veränderten Abfluss des Wassers) und innerhalb des Plangebiets (Überschneidung zu § 1 VI Nr. 1 BauGB)
→ Wertung des BVerwG, Urt. v. 21.3. 2002 gilt auch hier!
→ Verschlechtert sich der Hochwasserschutz durch die Planung?
(BVerwG, Urt. v. 3.6.2014, 4 CN 6/12)

Zum Aspekt der Vorbeugung vor Hochwasserschäden:

- Schutzvorkehrungen für die planerisch vorgesehenen baulichen Anlagen durch Festsetzungen im B-Plan (dazu: BVerwG, Urt. v. 3.6.2014, 4 CN 6/12)
- Hochwasservorsorge, z.B. Informationsvorsorge
- Auswirkungen auf den bestehenden Hochwasserschutz



IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

- **Unter welchen Voraussetzungen muss ein Belang in die Abwägung eingestellt werden?**
- **BVerwG:**
„Abwägungsbeachtlichkeit beschränkt sich auf solche Betroffenheiten, die erstens mehr als geringfügig, zweitens in ihrem Eintritt zumindest wahrscheinlich und drittens – dies vor allem – für die planende Stelle bei der Entscheidung über den Plan als abwägungsbeachtlich erkennbar ist“

- **Konsequenzen für die Einstellung des Hochwasserschutzbelangs**

Hochwasserbelang ist jedenfalls immer dann abwägungsbeachtlich

- wenn das Plangebiet in einem **Überschwemmungsgebiet** belegen ist, und
- wenn ein geplantes Baugebiet in einem **Risikogebiet** (§ 73 I WHG) belegen ist
(zB Schrödter, zu § 1 BauGB, Rn. 498)

- Hochwasserbelang kann auch außerhalb von Risikogebieten beachtlich sein, wenn Realisierung der Planung voraussichtl. zur Neubestimmung des Hochwasserrisikos führen wird



IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Soweit ein Überschwemmungsgebiet überplant werden soll:

- **Anwendungsbereich:** beabsichtigte Planung betrifft kein „neues Baugebiet“ im Sinne von § 78 I Nr. 1 WHG (Überplanung des Innenbereichs)
- Gesetz verlangt, dass der Raum in seiner Funktion als Rückhaltefläche zu erhalten ist (§ 77 S. 1 WHG)
 - gilt für alle Überschwemmungsgebiete und nicht nur für solche, die ausdrücklich nur deshalb ausgewiesen worden sind, weil sie für die Rückhaltung beansprucht werden (BVerwG, Urt. v.22.7.2004, 7 CN 1/04)
- Überplanung setzt voraus, dass überwiegende Gründe des Allgemeinwohls entgegenstehen und notwendige Ausgleichsmaßnahmen getroffen werden (§ 77 S. 2 WHG)
 - Gewichtungsvorgabe für die planerische Abwägung (OVG Lüneburg, Urt. v. 23.4.2008, 1 KN 113/06)

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Soweit ein Überschwemmungsgebiet überplant werden soll:

- **Überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit**
 - überwiegende Gründe des Gemeinwohls sprechen nicht schon dann für die Planung, wenn Verlust an Rückhaltefläche ausgeglichen wird
 - Rechtsprechung verlangt ein deutliches Überwiegen der Gründe, die für die Überplanung sprechen gegenüber jenen, die für die Bestandserhaltung sprechen (OVG Lüneburg, Urt. 23.4.2008, 1 KN 113/06)
 - dringender Wohnbedarf kann Überplanung rechtfertigen, sofern Alternativen nicht verfügbar (BayVGH, Urt. v. 30.7. 2007, 15 N 06.741)
- Verlust von Rückhaltefläche ist funktionell auszugleichen: nicht durch Abwägung überwindbar
- Insgesamt: Orientierung an Voraussetzungen des § 78 III WHG, da es in der Sache um Bebauung des Innenbereichs geht (wegen der Konsequenzen des § 1 III BauGB)

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Soweit das Plangebiet in einem Risikogebiet belegen ist:

- Sorgfältige Ermittlung der Hochwasserschutzbelange
- Abwägende Berücksichtigung der Belange: Anforderungen des § 78 II WHG als Orientierung für Grenzen des Planungsermessens
- Auswirkungen der Planung auf Risikomanagementplan berücksichtigen
→ Risikomanagementplan ist nicht rechtsverbindlich für die Gemeinde in Ausübung ihrer Selbstverwaltungstätigkeit, beinhaltet aber eine Konkretisierung der Hochwasserschutzanforderungen, die nicht ignoriert werden dürfen
- **Was sind Risikogebiete?**
- Gebiete mit signifikantem Hochwasserrisiko nach Maßgabe der Risikobewertung der für die Hochwasserrisikomanagementplanung zuständigen Behörde (§ 73 I WHG)
→ Hochwasserrisiko: Kombination der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Hochwasserereignisses mit den möglichen nachteiligen Hochwasserfolgen für die menschliche Gesundheit, die Umwelt, (...) (§ 73 II 1 WHG)
- Frist für die Risikobewertung und die Identifizierung von Risikogebieten: 22.12. 2011 (§ 73 V WHG)
- für die Risikogebiete sind Gefahren- und Risikokarten durch die zuständigen Behörden zu erstellen (Frist: 22.12. 2013) sowie Risikomanagementpläne zu erarbeiten (Frist: 22.12. 2015) (§§ 74, 75 WHG)



SEITE 29

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Verfahrenselemente der Bauleitplanung, die zur Generierung der nötigen Informationen über potenzielle Hochwasserbetroffenheit zur Verfügung stehen

- **Behördenbeteiligung** und Beteiligung der Träger öffentlicher Belange (TöB) (§ 4 I und II BauGB)
→ über diesen Beteiligungsschritt werden die für den Hochwasserschutz zuständigen Stellen einbezogen
- **Öffentlichkeitsbeteiligung**, zweistufig (§ 3 I und II BauGB)
- **Umweltprüfung und Umweltbericht** (§ 2 IV BauGB)



SEITE 30

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Umsetzung der Hochwasserschutzbelange in Bauleitplänen

- **F-Plan:**
- Darstellung der Flächen, die im Interesse des Hochwasserschutzes und der Regelung des Wasserabflusses freizuhalten sind (§ 5 II Nr. 7 BauGB)
- Darstellungen für Aufschüttungen → Deiche (§ 5 II Nr. 8 BauGB)
- Kennzeichnung gem. § 5 III Nr. 1 BauGB: Flächen, bei deren Bebauung besondere bauliche Sicherungsmaßnahmen gegen Naturgewalten erforderlich sind
- Nachrichtliche Übernahme von festgesetzten Ü-Gebieten und Vermerke über vorläufig gesicherte Ü-Gebiete und über Risikogebiete (§ 5 IVa BauGB)
→ grundsätzlich müssen diese Qualifizierungen von der planenden Gemeinde übernommen bzw. vermerkt werden, damit der F-Plan seine Funktion, die beabsichtigte Bodennutzung darzustellen, erreichen kann

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Umsetzung der Hochwasserschutzbelange in Bauleitplänen

- **B-Plan:**
- Festsetzung über Art und Maß der baulichen Nutzung, sowie über die Bauweise (§ 9 I Nrn. 1 und 2 BauGB)
→ Anforderungen an hochwassersicheres Bauen
- Festsetzungen für Hochwasserschutzanlagen und für die Regelung des Wasserabflusses (§ 9 I Nr. 16 BauGB)
→ auch separater B-Plan für Retentionsraumfestsetzungen möglich
- Nachrichtliche Übernahme von festgesetzten Ü-Gebieten und Vermerke über vorläufig gesicherte Ü-Gebiete und über Risikogebiete (§ 5 IVa BauGB)
→ grundsätzlich müssen diese Qualifizierungen von der planenden Gemeinde übernommen bzw. vermerkt werden, damit der F-Plan seine Funktion, die beabsichtigte Bodennutzung darzustellen, erreichen kann

IV. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang

Zwischenfazit

- Die planende Gemeinde muss sich immer dann vertieft mit Hochwasserschutzbelangen auseinandersetzen, wenn Risikogebiete betroffen sind; Hochwasserbelange haben darüber hinaus ein erhöhtes normatives Gewicht, wenn Ü-Gebiet überplant wird
- Die Überplanung von Überschwemmungsgebieten (Innenbereichslagen) steht unter erweitertem Rechtfertigungsvorbehalt (überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit) und hat sich an den Vorgaben des § 78 III WHG zu orientieren, wird daher nur in seltenen Fällen dem Abwägungsgebot bzw. dem Gebot der Erforderlichkeit des B-Planes genügen
- Die Ausweisung von Baugebieten in Risikogebieten ist möglich; die planende Gemeinde muss aber für einen schadlosen Wasserabfluss Sorge tragen und hat sich auch im Übrigen inhaltlich an den Vorgaben des § 78 II WHG zu orientieren.

V. Haftung für fehlerhafte Bauleitplanung

V. Haftung für fehlerhafte Bauleitplanung

Hochwasserschutz bezogene Amtspflichten der Gemeinde bei der Bauleitplanung

- Aus dem Gebot gerechter Abwägung ergeben sich mit Blick auf die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung sowie mit Blick auf die Belange des Hochwasserschutzes drittschützende Amtspflichten für die Bauleitplanung
- Bauplanungsrechtliches Abwägungsgebot vermittelt den Anwohnern in der Umgebung des Plangebiets einen eigentumsrechtlichen Drittschutz, soweit die planbedingten Beeinträchtigungen (Nachteile, Gefahren) in einem adäquat-kausalen Zusammenhang mit der Planung stehen und nicht von geringfügiger Art sind (BVerwG, Urt. v. 21.3.2002: zu Überschwemmungsschäden aus Niederschlagswasser infolge eines vorhabenbezogenen B-Plans)
- Fall ist auf Hochwasserschäden übertragbar
zur Drittgerichtetheit der Hochwasserbelange auch: OVG Koblenz, Urt. v. 2.3.2010

V. Haftung für fehlerhafte Bauleitplanung

- Bisher keine einschlägige Rechtsprechung zur Amtshaftung wegen fehlerhafter Verarbeitung von Hochwasseraspekten bei der Bauleitplanung (jenseits der Niederschlagswasserproblematik)
- Auffassung in der Literatur: überplant eine Gemeinde ein Überschwemmungsgebiet, so verletzt sie ihre Amtspflichten, wenn der hochwasserschutzrechtliche Mindeststandard des § 78 II WHG nicht eingehalten ist (Stürer/Garbrock DVBl. 2014, 1399)
- Amtshaftung setzt RW und Verschulden voraus:

VI. Der Hochwasserschutz in der Baugenehmigung gem. § 34 BauGB

Handlungsmöglichkeiten der Kommune

VI. Der Hochwasserschutz in der Baugenehmigung gem. § 34 BauGB

§ 78 Abs. 3 WHG

Die zuständige Behörde kann abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 die Errichtung oder Erweiterung einer baulichen Anlage genehmigen, wenn im Einzelfall das Vorhaben

1. die Hochwasserrückhaltung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und der Verlust von verloren gehendem Rückhalteraum zeitgleich ausgeglichen wird,
 2. den Wasserstand und den Abfluss bei Hochwasser nicht nachteilig verändert,
 3. den bestehenden Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt und
 4. hochwasserangepasst ausgeführt wird
- oder wenn die nachteiligen Auswirkungen durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können. Bei der Festsetzung nach § 76 Absatz 2 kann die Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen auch allgemein zugelassen werden, wenn sie
1. in gemäß Absatz 2 neu ausgewiesenen Gebieten nach § 30 des Baugesetzbuchs den Vorgaben des Bebauungsplans entsprechen oder
 2. ihrer Bauart nach so beschaffen sind, dass die Einhaltung der Voraussetzungen des Satzes 1 gewährleistet ist.

VI. Der Hochwasserschutz in der Baugenehmigung gem. § 34 BauGB

- Für Baugenehmigungen in Überschwemmungsgebieten gelten zusätzlich die Ausnahmeanforderungen des § 78 III WHG; auch bei Vorliegen der tatbestandlichen Ausnahmeveraussetzungen besteht Ermessen
- Bauantragsteller muss das Vorliegen der Ausnahmeveraussetzungen durch Unterlageneinreichung nachweisen
- Rechtsprechung geht bereits bei einem Rückhalteraumverlust von 70 m² von wesentlicher Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung aus (OVG Münster, Ur. v. 30.10. 2009)
- § 78 III WHG gilt für Innenbereichs- und Außenbereichsgenehmigungen in Überschwemmungsgebieten

VI. Der Hochwasserschutz in der Baugenehmigung gem. § 34 BauGB

- **Relevanz:** für die Innenentwicklung von Gemeinden ist § 34 BauGB von überragender Bedeutung.
- Gemeinde macht nur sehr selten von ihren Möglichkeiten der Überplanung von Innenbereichslagen Gebrauch und verzichtet dadurch auf Steuerungsmöglichkeiten
- Auch Einvernehmenserteilungsrecht der Gemeinden kein adäquater Steuerungsersatz, da Einvernehmenserteilung rechtlich gebunden (§ 36 Abs. 2 BauGB)
- Bisher kaum gerichtliche Entscheidungen zu § 78 Abs. 3 BauGB, was angesichts der Relevanz der § 34-Baugenehmigungen gegenüber planerisch begründeten Baugenehmigungen überraschend ist
- **Vermutung:** mangelnde Transparenz, fehlende Öffentlichkeitsbeteiligung und Unsicherheiten des Drittschutzes bei der Hochwasservorsorge führen dazu, dass die Baugenehmigungspraxis mit Blick auf die Hochwasservorsorge kaum die Gerichte erreicht

VII. Fazit



Grimma
Juni 2013

VII. Fazit

- Der Hochwasserschutz stellt zunehmende Anforderungen an die planende Gemeinde – nicht nur in Überschwemmungsgebieten, sondern auch in Risikogebieten
- Die europarechtlich vorgeschriebene Hochwasserschutz-Fachplanung, die auf Flussgebietseinheiten bezogen ist, stellt wichtige fachliche Grundlagen für die Verarbeitung der Hochwasserbelange durch die kommunale Bauleitplanung zur Verfügung, bezieht aber den wichtigen Bereich der Überschwemmungsrisiken durch Abwasseranlagen infolge von Starkregenereignissen nicht mit ein
→ dies bleibt in der alleinigen Ermittlungsverantwortung der Kommunen und der für die Abwasserentsorgung zuständigen Institutionen
- Die Instrumentierung zur Durchsetzung der Hochwasserfachplanung beruht nicht auf europarechtlichen Vorgaben, sondern auf eine Neukonzeption des Hochwasserschutzes in Deutschland als Reaktion auf erfahrene Hochwasserkatastrophen

VII. Fazit

- Das grundsätzliche Planungs- und Bauverbot in Überschwemmungsgebieten schränkt die Kommunen in ihrer Planungsfreiheit ein, ist aber notwendig, um Hochwasserschäden effektiv vorzubeugen. Die durch den Gesetzgeber eingeräumten Ausnahmemöglichkeiten sind sehr voraussetzungsvoll. Die Anerkennung eines Drittschutzes im Hochwasserrecht kann helfen, den Ausnahmebereich klein zu halten.
- Hochwasserschutz bedarf eines flusseinzugsgebietsbezogenen Gesamtkonzept und ist umso wirkungsvoller, je weniger die Konzeption durch Entscheidungsrechte einzelner in Frage gestellt werden kann.
- Ob angesichts der Herausforderungen des Klimawandels dauerhaft auf eine Pflichtversicherung für Elementarschäden in Risikogebieten verzichtet werden kann, ist zweifelhaft.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Grimma, Muldehochwasser August 2002



Grimma: Muldehochwasser
Juni 2013

Diskussionsbericht (2. Teil)

Prof. Dr. Wolfgang Köck: Der Hochwasserschutz in der kommunalen Bauleitplanung

Von Ass. iur. Robert Notbohm

Im Zentrum der Diskussion standen die Effektivität bisheriger Hochwasserschutzmaßnahmen in Sachsen sowie die Auslegung von § 78 WHG, insbesondere mit Blick auf die ausnahmsweise zulässige Überplanung von Hochwasserschutzgebieten.

Als erster Redner erhob Prof. Dr. Gellermann Widerspruch gegen die Aussage, dass Sachsen als Beispiel für die Entwicklung eines wirksamen Hochwasserschutzes angesehen werden könne. In Niedersachsen und in anderen Bundesländern seien in den letzten Jahren Retentionsvorhaben umgesetzt worden, während es Sachsen bevorzugt habe, Beton in die Polder zu gießen. Zudem habe Sachsen es bislang versäumt, die erforderliche Aufforstung voranzutreiben. Weiterhin wies er darauf hin, dass in der Raumordnungsplanung der Länder der Hochwasserschutz als Ziel festgeschrieben werden könne. Wenn der Hochwasserschutz als ein solches Ziel verankert werde, müsse die Bauleitplanung dieses berücksichtigen und dürfe keine den Hochwasserschutz verhindernde Planung vornehmen. Überdies warf Prof. Dr. Gellermann die Frage nach dem Rechtsschutz bzw. Drittschutz der Bürger gegen entsprechende Planungen auf.

Prof. Dr. Köck entgegnete, dass Sachsen zunächst eine Deichrückverlegung beabsichtigt habe, aber letztlich kaum Retentionsraum geschaffen worden sei. Es werde in Sachsen allerdings nicht nur auf Betonpolder zurückgegriffen, sondern auch Braunkohleseen würden zur Aufnahme von Wasser genutzt. Sachsen habe zudem Hochwasserentstehungsgebiete ausgewiesen. Zwar sei tatsächlich noch nicht viel Aufforstung in Sachsen betrieben worden, aber man müsse auch bedenken, dass das letzte Hochwasser noch nicht so lange zurückliege.

Die Raumplanung sei im Hochwasserschutz insbesondere nachvollziehend wichtig. Es komme in erster Linie auf die Effektivität der eingesetzten Instrumente an. Die Ansicht,

dass bei der Ausweisung von Hochwasserschutzgebieten keine Ausnahmemöglichkeiten zur anderweitigen Planung bestehen sollten, könne er nicht unterstützen. Es sei immer eine Abwägung im Einzelfall erforderlich. Es bestünden auch Zweifel, ob die Abschaffung von Ausnahmen vor dem Hintergrund des § 78 Abs. 2 WHG letztverbindlich festgeschrieben werden könne.

Der Rechtsschutz habe im Vortrag keine Rolle gespielt. Es müsse diesbezüglich jedoch beachtet werden, dass die Genehmigungspflicht für Bauleitpläne abgeschafft worden sei. Selbst wenn im Rahmen eines Bauleitplans ein Hochwasserrisikogebiet überplant werde, schaue sich niemand mehr den entsprechenden Bauleitplan an. Auch die Fachaufsicht übe in diesem Fall keine Kontrollfunktion aus, obgleich solch eine Kontrolle wichtig wäre. Die Inanspruchnahme von Rechtsschutz durch Dritte könne eine Möglichkeit darstellen, um hier eine Kontrolle zu gewährleisten.

Herr Böhm stellte die Frage, ob der Begriff „neues Baugebiet“ i.S.v. § 78 WHG nur die in einem Bebauungsplan festgesetzten Gebiete erfasse. Zudem erkundigte er sich danach, wie streng § 78 WHG auszulegen sei.

Prof. Dr. Köck führte aus, dass die Norm des § 78 WHG einen strengen Bewertungsmaßstab anlege. Solange es zumutbare Planungsalternativen für die Kommune gebe, werde keine Ausnahme nach § 78 Abs. 2 WHG zugelassen. § 78 WHG sei damit hinsichtlich der Zulassung von Ausnahmen nicht nur strenger als die Rechtsprechung, sondern auch strenger als die Vorgaben bei FFH-Gebieten.

Es gehe darum, ob eine Kommune überhaupt noch Entwicklungsmöglichkeiten habe. Eine Weiterentwicklung könne dann entweder nach Innen oder durch eine Überplanung von Überschwemmungsgebieten erfolgen. Wenn die Gemeinde nur noch die Möglichkeit habe, in ein Überschwemmungsgebiet zu gehen, sei nach § 78 Abs. 2 WHG die erste Schwelle überschritten. Allerdings müssten auch noch weitere Voraussetzungen erfüllt werden.

Der Begriff des „neuen Baugebiets“ beziehe sich sowohl auf Bebauungs- als auch auf Flächennutzungspläne. Ein Flächennutzungsplan könne nicht abschließend sein. Es bedürfe immer einer Konkretisierung durch einen Bebauungsplan.

Energieleitungsbau

Referent Dr. Klaus Ritgen*

Die durch die Energiewende bedingte Notwendigkeit, das deutsche Energienetz auszubauen bzw. zu ertüchtigen, ist fraglos eine der größten infrastrukturellen Herausforderungen der Gegenwart. Der Erfolg der Energiewende hängt entscheidend auch davon ab, dass es gelingt, den Netzausbau so voran zu bringen, dass er mit dem Tempo des dezentralen Ausbaus vor allem der erneuerbaren Energien Schritt halten kann.¹

Der Energieleitungsbau, namentlich der Ausbau des Übertragungsnetzes wird dabei vielfach aus einer Perspektive in den Blick genommen, die das gesamte Bundesgebiet umfasst. Das ist angesichts der volkswirtschaftlichen Bedeutung einer sicheren und zuverlässigen Energieversorgung und der Tatsache, dass die Trassen des Übertragungsnetzes in der Regel wesentliche Teile Deutschlands queren und nicht an Ländergrenzen halt machen, nachvollziehbar. Dieser bundesweiten Perspektive entspricht es auch, dass mit der Bundesnetzagentur (BNetzA) eine Behörde des Bundes für die Planung und Zulassung eines wesentlichen Teils der länderübergreifenden Ausbauprojekte zuständig ist.

Bei dieser Fokussierung auf die Projekte von bundesweiter Bedeutung leicht aus den Augen gerät allerdings, dass nicht nur das Übertragungsnetz – also die Höchstspannungsleitungen –, sondern auch die Verteilernetze ausgebaut und ertüchtigt werden müssen. Insoweit handelt es sich in der Regel um Projekte, die nur auf regionaler oder sogar nur auf lokaler Ebene Wahrnehmung entfalten. In der Summe geht es aber um

* Verf. ist Referent beim Deutschen Landkreistag, Berlin. Der Beitrag stellt die erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung des Vortrags anlässlich der Bad Iburger Gespräche vom 11.11.2015 dar.

¹ Diese Zusammenhänge sind bereits vielfach beschrieben worden und müssen hier nicht mehr im Einzelnen dargestellt werden. Vgl. etwa *Ritgen*, Bürgerbeteiligung bei Netzinfrastrukturmaßnahmen auf kommunaler Ebene, in: *Kommunaler Umweltschutz*, UTR Bd. 128 (2015), S. 109 (122 ff.); *Calliess/Dross*, JZ 2012, S. 1002 ff.

einen Ausbau- bzw. Ertüchtigungsbedarf, der denjenigen auf der Ebene des Übertragungsnetzes wohl sogar noch übersteigen dürfte.²

Der Ausbau der Verteilernetze, mehr noch aber der Ausbau des Übertragungsnetzes kann im Widerspruch zu den konzeptionellen Vorstellungen der Landkreise, Städte und Gemeinden für die Entwicklung ihrer jeweiligen Räume stehen. Insbesondere für den Ausbau des Übertragungsnetzes gilt, was für viele große Infrastrukturprojekte zutrifft: Solchen Projekten kommt eine überregionale oder sogar bundesweite Bedeutung zu, sie haben für die Gesamtwirtschaft und für viele Einzelne eine positive Wirkung. Für die von dem Infrastrukturausbau unmittelbar Betroffenen – also die Anwohner und die Kommunen – überwiegen dagegen jedenfalls auf den ersten Blick die Nachteile.

So ist auch für die Übertragungsnetze weithin akzeptiert, dass sie für den Umbau des Systems der Energieversorgung, wie er mit der sog. „Energiewende“ angestrebt wird, unverzichtbar sind. Das ändert aber nichts daran, dass die Errichtung neuer Freileitungen, im Falle der Übertragungsnetze aber auch die Verlegung von Erdkabeln mit erheblichen Eingriffen in das Landschaftsbild und die Umwelt einhergeht, dass die Grundstücke im Einzugsbereich solcher Anlagen an Wert verlieren, dass das Zusammenwachsen von Ortsteilen erschwert werden kann, dass die Attraktivität einer Region – etwa für den Tourismus – leidet und vieles mehr.

Vor diesem Hintergrund soll der Netzausbau im Folgenden einmal nicht aus der bundesweiten, sondern aus einer kommunalen Perspektive betrachtet werden. Eine solche Perspektive einzunehmen liegt gerade hier in Osnabrück nahe, gehört doch das Osnabrücker Land zu denjenigen Gebieten Deutschlands, die vom Netzausbau besonders intensiv betroffen sind: Den Landkreis Osnabrück berühren bzw. durchqueren die EnLAG-Vorhaben Nr. 2 (Ganderkesee – Wehrendorf), Nr. 16 (Wehrendorf – Gütersloh) und Nr. 18 (Lüstringen – Westerkappeln) sowie das BBPIG-Vorhaben Nr. 6 (Conneforde – Westerkappeln).

² Vgl. *Pielow*, Stromverteilernetze in Zeiten der Energiewende – Technische Herausforderungen und rechtlicher Handlungsbedarf, in: *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2014*, S. 21 (31 ff.).

Konkret soll es darum gehen aufzuzeigen, ob und in welcher Weise die Kommunen im Zusammenhang des Energieleitungsbaus mit Kompetenzen ausgestattet sind, sei es, dass sie selbst für die Planung oder Zulassung von Energieleitungen zuständig sind, sei es, dass sie im Hinblick auf die Planung oder Zulassung von Energieleitungen durch andere Behörden über Beteiligungs- oder sonstige Ingerenzrechte verfügen. Ein zweiter Schwerpunkt des Beitrags liegt auf der Frage, ob und wie kommunale Belange, und zwar insbesondere solche, die ihren Ausdruck bereits in konkreten Planungsentscheidungen der Kommunen gefunden haben, bei höherstufigen Planungs- und Zulassungsprozessen des Energieleitungsbaus zu berücksichtigen sind.

Für beide Themenkomplexe kommt es entscheidend darauf an, welche Art von Energieleitung in Rede steht. Insoweit gelten nämlich sehr unterschiedliche Planungs- und Zulassungsregime, die deshalb in einem ersten Schritt näher dargestellt werden sollen.³

I. Energieleitungsbau in Deutschland – die verschiedenen Planungs- und Zulassungsregime im Überblick

Energieleitungen sind Teil eines komplexen technischen Systems und – neben den Anlagen zur Energieerzeugung – von entscheidender Bedeutung für die Zuverlässigkeit der Energieversorgung. Sie beanspruchen Raum und rufen räumliche Wirkung hervor. Ihre Errichtung führt zu Konflikten mit Belangen des Umwelt-, Landschafts- und Naturschutzes, kann Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entwicklung einer Region sowie die Rechte Privater haben und in die Planungshoheit der Kommunen eingreifen. Vor diesem Hintergrund versteht es sich von selbst, dass Leitungsvorhaben nicht nur ordnungs- und/oder umweltrechtlichen Zulassungsentscheidungen unterliegen, sondern in aller Regel auch Gegenstand staatlicher Planung sind.⁴ Ein einheitliches Planungs- und Zulassungsregime für den Energieleitungsbau gibt es im nationalen Recht freilich nicht. Es existiert vielmehr eine Vielzahl von Regelungen, was nicht zuletzt dem Umstand

³ Die folgenden Ausführungen müssen sich auf die Errichtung von Leitungen, die dem Transport von Elektrizität an Land dienen, beschränken. Die für Gasleitungen geltenden Regelungen werden also nicht behandelt. Ausklammert bleibt auch der Bau von Energieleitungen zur offshore-Anbindung von Windkraftanlagen auf See. Zur offshore-Anbindung etwa *Kment*, Netzintegration erneuerbarer Energien als Baustein der Energiewende, in: Brinktrine/Ludwigs/Seidel (Hrsg.), *Energieumweltrecht in Zeiten von Europäisierung und Energiewende*, 2014, S. 43 (55 f.).

⁴ *Hermes*, Planung von Erzeugungsanlagen und Transportnetzen, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 4. Auflage 2013, § 7 Rn. 1 ff.

geschuldet ist, dass die geschilderten Wirkungen nicht für alle Energieleitungen kennzeichnend sind bzw. nicht bei allen Energieleitungen in gleicher Intensität eintreten.

Gliedert man die einschlägigen Bestimmungen in thematischer Hinsicht, kann unterschieden werden zwischen der Ebene der fachlichen Bedarfsplanung, der Ebene der gesamtträumlichen Planung, die der Identifizierung möglicher Trassenverläufe dient, sowie der Ebene der vorhabenbezogenen Fachplanung, in der durch einen Planfeststellungsbeschluss nicht nur die Entscheidung über den konkreten Standort einer Leitung, sondern auch ihre anlagenbezogene Zulassung fällt. Nur für kleinere Vorhaben ist eine Fachplanung nicht vorgesehen.⁵

(Mit-)entscheidend für die Frage, welche Regelungen auf der jeweiligen Stufe für die Planung und die Zulassung von Energieleitungen Anwendung finden, ist ferner die Zuordnung der in Rede stehenden Leitung zu einer der vier Spannungsebenen:

Die Höchstspannungsleitungen (380 bzw. 220 kV) bilden das Übertragungsnetz. Sie dienen dem weiträumigen Transport von Energie, basieren entweder auf der Dreh- oder auf der Gleichstromtechnologie und werden bislang vor allem als Freileitungen realisiert, und zwar auf Gittermasten, die üblicherweise eine Höhe von bis zu etwa 60 Metern, in Ausnahmefällen aber auch bis zu 200 Metern haben. Die Breite einer Freileitungstrasse beläuft sich auf 40 bis 70 Meter.⁶ Mit dem sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Bestimmungen des Rechts des Energieleitungsbaus soll der bislang sowohl für die Dreh- wie für die Gleichstromtechnologie geltende Vorrang des Freileitungsbaus allerdings auf den Bereich der Hochspannungs-Drehstrom-Übertragung (HDÜ) beschränkt werden, während für die Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragung (HGÜ) künftig der Erdverkabelung der Vorrang eingeräumt werden soll.⁷ Die Bundesregierung will auf diese

⁵ Zur Stufung der Planungs- und Zulassungsentscheidungen eingehend *Hermes* (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 3 ff.; 18 ff.

⁶ *Schmidtchen*, Klimagerechte Energieversorgung im Raumordnungsrecht, 2014, S. 47.

⁷ Der ursprüngliche Entwurf des Gesetzes auf BT-Drs. 18/4655 hatte am Vorrang des Freileitungsbaus noch weitgehend festgehalten. Bei einem sog. „Koalitionsgipfel“ am 1.7.2015 haben sich die Vorsitzenden der Koalitionsparteien dann allerdings auf einen Vorrang der Erdverkabelung für die Leitungen ausgesprochen, die im Bundesbedarfsplan für die HGÜ-Technik vorgesehen sind. Das

Weise die Akzeptanz für den Netzausbau weiter erhöhen. Im Bereich des Übertragungsnetzes geht allerdings auch die Verlegung von Erdkabeln mit erheblichen Eingriffen in Natur und Landschaftsbild einher. Die Kabeltrassen mit den notwendigen Schutzstreifen sind bei HGÜ-Erdkabeln zwischen 11 und 20 Metern breit, bei HDÜ-Erdkabeln, die nach wie vor als Pilotprojekte zugelassen werden sollen, sogar noch etwas breiter. Die Trassen dürfen nicht bebaut werden und müssen von tiefwurzelnden Pflanzen freigehalten werden.⁸

Die Länge des Übertragungsnetzes wird derzeit mit 36.000 km beziffert.⁹ Der Ausbaubedarf beläuft sich nach den jüngsten Berechnungen der BNetzA auf 2.750 km Neubautrassen sowie auf 3.050 km Optimierungs- und Verstärkungsmaßnahmen im Bestandsnetz.¹⁰

Auch Hochspannungsleitungen (110 kV), die der überregionalen Verteilung von Strom dienen, sind vielfach als Freileitungen ausgeführt. Für neue Hochspannungsleitungen bis 110 kV auf neuen Trassen gilt allerdings nach § 43h EnWG ein Vorrang der Erdverkabelung.¹¹ Das Hochspannungsnetz hat eine Länge von 76.000 km und sorgt für eine Grobverteilung der Energie in die Regionen.

Die regionalen Verteilernetze sind im Bereich der Mittelspannung (30 kV, 20 kV, 10 kV) angesiedelt und weisen eine Länge von 510.000 km; sie werden zum Teil auch auf Masten geführt. Die lokalen Verteilernetze mit einer Länge von 1,2 Mio. km fallen in

Bundeskabinett hat daraufhin am 7.10.2015 eine sog. „Formulierungshilfe“ für einen Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen beschlossen, der dies aufgreift. Diese Formulierungshilfe war am 14.10.2015 Gegenstand einer öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Wirtschaft- und Energie des Deutschen Bundestages; die anwesenden Sachverständigen haben sich überwiegend positiv zu den Änderungsvorschlägen geäußert.

⁸ *Oecos GmbH*, Umweltauswirkungen unterschiedlicher Netzkomponenten, Gutachten im Auftrag der BNetzA, 2012, S. 11.

⁹ *Schmidtchen* (o. Fußn. 6), S. 47.

¹⁰ BNetzA, Pressemitteilung vom 4.9.2015.

¹¹ Der Anteil erdverkabelter Hochspannungsleitungen im 110 kV-Netz wird auf 6 Prozent beziffert, überwiegend in Ballungsgebieten. Vgl. *Pielow*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energerecht, Band 1/II, 3. Aufl. (2014), § 43h EnWG Rn. 3.

den Bereich der Niederspannung (0,4 kV) und sind zum größten Teil als Erdkabel verlegt.¹²

Von Bedeutung für die Frage, welches Planungs- und Zulassungsregime Anwendung findet, kann im Übrigen noch sein, ob es sich um länderübergreifende oder grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen handelt.

Betrachtet man all diese Faktoren im Zusammenspiel ergibt sich im Hinblick auf die Abschichtung der Planungs- und Zulassungsregime folgendes Bild:

- Für die das Übertragungsnetz bildenden Höchstspannungsleitungen sehen die 2011 im Zuge der sog. „Energiewende“ in das EnWG eingefügten §§ 12a ff. eine Bedarfsplanung vor, an dessen Ende ein Bundesbedarfsplan steht.¹³ Die in den Bundesbedarfsplan aufgenommenen Vorhaben stehen nur mit ihren Anfangs- und Endpunkten fest. Für Höchstspannungsleitungen, die im Bundesbedarfsplan als länderübergreifend bzw. grenzüberschreitend gekennzeichnet sind, sieht das gleichfalls 2011 in Kraft getretene „Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG)“¹⁴ ein Verfahren der Bundesfachplanung vor, für das die BNetzA zuständig ist. Im Rahmen der Bundesfachplanung werden raumverträgliche Trassenkorridore mit einer Breite von 500 bis 1000 Meter festgelegt. Der Bundesfachplanung schließt sich ein Planfeststellungsverfahren an, das auf der Grundlage der §§ 18 ff. NABEG durchzuführen ist. Zuständig dafür ist wiederum die BNetzA.

- Für 24 Vorhaben im Bereich des Höchstspannungsgesetzes hat der Bundesgesetzgeber bereits 2009 mit dem Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen (EnLAG)¹⁵ den Bedarf gesetzlich festgestellt. Für diese Leitungen ist zur Trassenfindung ein

¹² Vgl. etwa *Tüngler*, in: Kment (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz*, 2015, § 11 Rn. 16; ferner *Schmidtchen* (o. Fußn. 6), S. 47 f.

¹³ Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 26.7.2011, BGBl. I S. 1554.

¹⁴ Vom 28.7.2011, BGBl. I S. 1690, zuletzt geändert durch Art. 318 der Verordnung vom 31.8.2015, BGBl. I S. 1474.

¹⁵ Vom 21.8.2009, BGBl. I S. 2870, zuletzt geändert durch Art. 317 der Verordnung vom 31.8.2015, BGBl. I S. 1474.

Raumordnungsverfahren nach § 15 ROG durchzuführen. Die Zuständigkeit dafür bestimmt sich nach Landesrecht. Im Anschluss daran findet ein Planfeststellungsverfahren nach §§ 43 EnWG statt.

- Für sonstige Höchstspannungs- sowie für Hochspannungsleitungen mit einer Nennspannung von 110 kV und mehr ist ein Raumordnungsverfahren nach § 15 ROG mit anschließender Planfeststellung (§§ 43 ff. EnWG) durchzuführen. Etwas anderes gilt nur, wenn neu zu errichtende Hochspannungsleitungen zusammen mit einer Höchstspannungsleitung, die in den Anwendungsbereich des NABEG fällt, auf einem Mehrfachgestänge geführt werden können. In einem solchen Fall können nach Maßgabe von § 1 Abs. 3 NABEG auch Hochspannungsleitungen Gegenstand der Bundesfachplanung und der Planfeststellung nach §§ 4 ff. bzw. §§ 18 ff. NABEG sein.

Lediglich für Energieleitungen im Bereich der Mittel- und Niederspannung sind kein Raumordnungs- und kein Planfeststellungsverfahren erforderlich. Die planerische Steuerung erfolgt für diese Leitungen durch die kommunale Bauleitplanung.

II. Die Rolle der Kommunen im Prozess der gesamträumlichen Planung und der Fachplanung

Wie im Folgenden noch im Einzelnen darzustellen sein wird, sind die Kommunen in vielfacher Weise in die verschiedenen Planungsprozesse des Energieleitungsbaus eingebunden, zum Teil sind sie auch selbst für die Planung zuständig. Das ist insbesondere der kommunalen Planungshoheit geschuldet, die als Ausprägung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie die Kommunen schon von Verfassungs wegen mit Beteiligungsrechten ausstattet, ihnen aber auch wehrfähige Rechtspositionen zuweist, die von anderen Planungsträgern in der Abwägung mit anderen öffentlichen und privaten Belangen und insbesondere mit dem (öffentlichen) Interesse an der Realisierung des Vorhabens berücksichtigt werden müssen.

1. Die Bedeutung kommunalen Eigentums

Die Kommunen können allerdings nicht nur in ihrer Planungshoheit, sondern auch in ihrer Rolle als (Grund-)Eigentümer von fremden Planungen betroffen sein. Kommunales Eigentum ist daher ein Belang, der bei planerischen Entscheidungen in die Abwä-

gung einzubeziehen ist.¹⁶ Da sich die Kommunen im Hinblick auf ihr Eigentum nicht auf Art. 14 GG berufen können¹⁷, ist das Gewicht dieser zivilrechtlichen Eigentümerstellung in der Abwägung indes eher gering. Insbesondere können Kommunen – anders als private Eigentümer – unter Berufung auf ihr Eigentum und eine mögliche enteignungsrechtliche Vorwirkung keine umfassende gerichtliche Kontrolle einer Planungsentscheidung erwirken. Ein solcher „Vollüberprüfungsanspruch“ wird für private Eigentümer aus Art. 14 Abs. 3 GG hergeleitet, der Enteignungen nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässt und damit dem objektiven Recht nicht entsprechende Enteignungen ausschließt.¹⁸

Das abwägungsrelevante Gewicht kommunalen Eigentums nimmt aber zu, wenn das planbetreffende Eigentum der Wahrnehmung kommunaler Aufgaben dient, die ihrerseits vom Schutz der Selbstverwaltungsgarantie umfasst sind.¹⁹ Kommunale Einrichtungen in diesem Sinne können bspw. auch Wanderwege sein, die von Leitungsseilen einer Höchstspannungsleitung überspannt werden.²⁰ Auch Kommunen müssen im Übrigen eine Inanspruchnahme von in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken nicht hinnehmen, wenn dem Vorhaben die Planrechtfertigung im Sinne fachplanerischer Zielkonformität fehlt.²¹

2. Kommunale Planungshoheit

Die Planungshoheit umfasst die Befugnis der Kommunen, bei der Erledigung ihrer Angelegenheiten aufgrund von Analyse und Prognose erkennbarer Entwicklungen ein Konzept zu erarbeiten, das den einzelnen Verwaltungsvorgängen – z. B. im Hinblick

¹⁶ *Sauthoff*, Bindungen der Gemeinden an überörtliche Planungen aus fachplanerischen Vorschriften, in: Ziekow (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Fachplanungs- und Raumordnungsrechts 2004, 2005, S. 127 (131); *Schrödter*, Der Rechtsschutz der Gemeinden gegen überörtliche Planungen und Projekte unter Berücksichtigung neuerer europäischer Rechtsentwicklungen, in: FS Faber, 2007, S. 163 (174 f.); *Held*, Rechtsschutz von Gemeinden gegen Maßnahmen der Fachplanung, in: Ziekow (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Luftverkehrs-, Planfeststellungs- und Umweltrechts 2010, 2011, S. 205 (207 ff.); *Schink*, in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. (2014), § 74 Rn. 178.

¹⁷ BVerfGE 61, 82 (100 ff.).

¹⁸ BVerwG, NVwZ 1997, 169 f.; NVwZ 2001, 1160 (1161); NVwZ 2013, 1605 (1606); *Held* (o. Fußn. 16), S. 207.

¹⁹ *Sauthoff* (o. Fußn. 16), S. 132; *Schrödter* (o. Fußn. 16), S. 174.

²⁰ BVerwG, NVwZ 2013, 1606 (1612).

²¹ BVerwG, NVwZ 2006, 1055 (1058); NVwZ 2013, 1605 (1607).

auf Infrastrukturen – Rahmen und Ziel weist.²² Zur Planungshoheit in diesem Sinne gehört insbesondere auch die Raumplanungshoheit als das Recht der Kommunen, die Entwicklung ihres Gebiets sowie seine baurechtliche und sonstige Nutzung nach eigenen Vorstellungen zu ordnen.²³ Diese Planungshoheit erstreckt sich bspw. auch auf die von den Landkreisen wahrgenommene Landschaftsplanung²⁴, meint als wichtigsten Anwendungsfall aber die Bauleitplanung²⁵, die den Gemeinden durch § 1 Abs. 3 BauGB auch einfachgesetzlich zugewiesen ist.

Aus der kommunalen Planungshoheit kann allerdings kein Abwehrrecht gegenüber allen das Gebiet einer Kommune berührenden Auswirkungen der gesamträumlichen Planung oder der Fachplanung abgeleitet werden.²⁶ Das Recht der kommunalen Selbstverwaltung wird den Kommunen nur nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet. Dazu gehören auch diejenigen Rechtsvorschriften, die andere Träger zu Planungen ermächtigen, die sich negativ auf das Gebiet einer Kommune auswirken können. Das Nebeneinander bzw. die Überlagerung von räumlicher Gesamtplanung, gebietsübergreifender Fachplanung und kommunaler Planung ist also in der geltenden Rechtsordnung angelegt und im Übrigen schon deshalb ein Stück weit unvermeidlich, weil die kommunale Planungsbefugnis naturgemäß an den Grenzen des Hoheitsgebiets der jeweiligen Kommune endet. Das allgemeine Interesse einer Kommune, ihr Gebiet von einem Vorhaben der Fachplanung verschont zu sehen, reicht daher für die Geltendmachung einer Verletzung der Planungshoheit nicht aus.²⁷ Es stellt keinen rechtlich geschützten Belang dar.²⁸

a) Abwägungsbeachtliche Belange

Vor diesem Hintergrund besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit, dass die kommunale Planungshoheit nur dann beeinträchtigt wird – und also in die planerische

²² Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 13. Aufl. (2014), Art. 28 Rn. 110; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Band II. 2. Aufl. (2006), Art. 28 Rn. 140.

²³ VerfGH NW, DVBl 1997, 1107 (1108); VerfG Bbg, DVBl 2000, 1440 (1441); Mehde, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 59 (Stand der Bearbeitung 11/2012).

²⁴ Mehde (o. Fußn. 23), Art. 28 Rn. 59.

²⁵ BVerfGE 76, 107 (117); Henneke (o. Fußn. 22), Art. 28 Rn. 110.

²⁶ Held (o. Fußn. 16), S. 210.

²⁷ BVerwG, NVwZ 2001, 88 (89).

²⁸ BVerwG, NVwZ 2013, 1605 (1612).

Abwägung einzustellen ist – wenn die überörtliche gesamträumliche Planung oder eine überörtliche Fachplanung eine hinreichend konkrete örtliche Planung nachhaltig stört.²⁹ Das ist insbesondere bei bereits in Kraft gesetzten Flächennutzungs- oder Bebauungsplänen der Fall. Konkurrieren Fachplanung und Bauleitplanung, muss grundsätzlich diejenige Planung Rücksicht auf die andere nehmen, die den zeitlichen Vorsprung hat.³⁰ Aber auch bloße Planungsabsichten können abwägungsrelevant sein, sofern sie sich nur bereits ausreichend verdichtet haben.³¹ Darüber hinaus kann die Planungshoheit beeinträchtigt sein, sofern wesentliche Teile des kommunalen Gebiets einer durchsetzbaren Planung der Kommune entzogen werden.³²

Jenseits dieser gesicherten Erkenntnisse besteht ein erhebliches Maß an Ungewissheit, ob und inwieweit die Kommunen weitere Belange geltend machen können. Fest steht jedenfalls, dass die Landkreise, Städte und Gemeinden sich nicht auf Verletzungen von Rechtspositionen ihrer Bürger berufen³³ oder als Sachwalter öffentlicher Interessen wie dem Umwelt- oder dem Immissionsschutz auftreten können,³⁴ soweit ihnen insoweit nicht konkrete Aufgaben zugeordnet worden sind. Nicht von vorneherein ausgeschlossen dürfte es dagegen sein, dass sich die Kommunen gegenüber staatlichen Planungen auf negative Auswirkungen auf die „Wirtschaftsstruktur“ ihres Gemeinwesens oder auf das Ortsbild berufen können.³⁵

So hat das BVerwG es für möglich erachtet, dass eine Kommune in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt sein kann, wenn ein Infrastrukturvorhaben „die Wirtschaftsstruktur und Leistungsfähigkeit einer durch Landwirtschaft und Fremdenverkehr geprägten Ge-

²⁹ Vgl. bspw. VerfGH NW, NVwZ 2003, 202 für die räumliche Gesamtplanung; BVerwG, NVwZ 1997, 169 (170) für die überörtliche Fachplanung; ferner *Henneke* (o. Fußn. 22), Art. 28 Rn. 111; *Mehde* (o. Fußn. 23), Art. 28 Rn. 60.

³⁰ BVerwG, NVwZ 1997, 169 (170).

³¹ Dazu im Einzelnen etwa *Held* (o. Fußn. 16), S. 213 f.; *Schink* (o. Fußn. 16), § 74 Rn. 177; *Schrödter* (o. Fußn. 16), S. 170 f.

³² VerfGH NW, NVwZ 2003, 202; BVerwG, NVwZ 2003, 1381 (1382).

³³ BVerwG, NVwZ 2006, 1055 (1058); *Held* (o. Fußn. 16), S. 217 m. w. Nachw.

³⁴ *Schrödter* (o. Fußn. 16), S. 175 f.; BVerwG, NVwZ 2013, 1605 (1613).

³⁵ *Sauthoff* (o. Fußn. 16), S. 130 f.; *Held* (o. Fußn. 16), S. 220 f.; *Schrödter* (o. Fußn. 16), S. 176 f.; *Mehde* (o. Fußn. 23), Art. 28 Rn. 62.

meinde massiv und nachhaltig verschlechtert.“³⁶ Von einem solchen Eingriff wird aber nur unter sehr engen Voraussetzungen auszugehen sein. Im Grundsatz gilt, dass Kommunen nicht befugt sind, die allgemeinen Auswirkungen eines Vorhabens auf die kommunale Wirtschaftsstruktur als eigene Rechtsbeeinträchtigung geltend zu machen. Die Wirtschaftsstruktur einer Kommunen wird von vielfältigen Faktoren bestimmt und beeinflusst, die nicht sämtlich speziell dem Selbstverwaltungsrecht zugeordnet sind.³⁷ Vor diesem Hintergrund kann sich eine Kommune, die nur in einem kleinen Teil ihres Gebiets von einer Hochspannungsleitung gequert wird, nicht auf eine Verletzung ihres Selbstverwaltungsrechts berufen. Allein von der Sichtbarkeit einer solchen Leitung kann auch nicht auf eine erhebliche Beeinträchtigung des Tourismus geschlossen werden.³⁸ Solange Eingriffe in das Landschaftsbild keine besondere Intensität erreichen, hilft es einer Kommune auch nicht, wenn sie als Erholungs- oder Kurort anerkannt ist, selbst wenn dieser Status – da er auf im Rahmen der Selbstverwaltung geschaffenen Einrichtungen und Maßnahmen beruht –, in den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie fällt.³⁹

In den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie fällt ferner das kommunale Selbstgestaltungsrecht.⁴⁰ Auch insoweit können sich negative Auswirkungen durch Vorhaben wie Hochspannungsfreileitungen ergeben. Ein Abwehrrecht können die betroffenen Kommunen daraus nach der Rechtsprechung des BVerwG aber nur herleiten, wenn sie durch Maßnahmen betroffen werden, die das Ortsbild entscheidend prägen und hierdurch nachhaltig auf das Gemeindegebiet und die Entwicklung der Gemeinde einwirken.⁴¹ Ein derartiges Maß von Betroffenheit ist im Zusammenhang mit dem Energieleistungsbau nicht von vornherein ausgeschlossen, dürfte aber nur dann in Betracht kommen, wenn eine Kommune von mehr als einer Höchst- oder Hochspannungsleitung und nicht nur in ihrem Randbereich gequert wird.

³⁶ BVerwG, NVwZ 1997, 904 (905).

³⁷ BVerwG, NVwZ 2013, 1605 (1612).

³⁸ BVerwG, NVwZ 2013, 1605 (1612 f.).

³⁹ BVerwG, NVwZ 2013, 1605 (1612).

⁴⁰ BVerwGE 77, 128 (132 f.).

⁴¹ BVerwG, NVwZ 2013, 1605 (1612).

b) *Beteiligungsrechte*

Aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, aber auch aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt im Übrigen ein Beteiligungsrecht der Kommunen an Planungsprozessen, die sie nach den oben genannten Maßstäben betreffen.⁴² Die betroffenen Kommunen sind daher jedenfalls anzuhören.⁴³ Die verfassungsrechtlich gebotene Beteiligung soll den Kommunen die Gelegenheit geben, sich auf das Verfahren einzustellen und durch Einwendungen auf die Entscheidung des Planungsträgers einzuwirken.⁴⁴ Die Kommunen können daher verlangen, dass ihre Stellungnahmen zur Kenntnis genommen werden.⁴⁵

Wie sogleich zu zeigen sein wird, sehen alle hier relevanten Gesetze Beteiligungsrechte der Kommunen vor und genügen insoweit den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Für deren Verständnis und Auslegung ist aber in Erinnerung zu behalten, dass es sich nicht um „Wohltaten“ des Gesetzgebers handelt, sondern dass dieser verfassungsrechtlich verpflichtet ist, eine entsprechende Beteiligung der Kommunen vorzusehen. Würden diese Gesetze keine frühzeitige, förmliche und alle Aspekte der überörtlichen Planung berührende Beteiligung der Kommunen am Verfahren vorsehen, würde sich eine Pflicht zur Anhörung der Kommunen bereits unmittelbar aus der Verfassung ergeben.⁴⁶

III. Energiewirtschaftliche Bedarfsplanung

Während eine staatliche Bedarfsplanung für überörtliche Verkehrswege schon seit langem etabliert ist⁴⁷, stellt die Bedarfsplanung im Bereich des Energieleitungsbaus eine vergleichsweise neue Erscheinung dar. Verpflichtende Vorgaben zur Bedarfsplanung gibt es bislang nur auf der Ebene des Übertragungsnetzes, also für Höchstspannungsleitungen.

⁴² BVerfGE 76, 107 (122); *Henneke* (o. Fußn. 22), Art. 28 Rn. 112

⁴³ *Sauthoff* (o. Fußn. 16), S. 113.

⁴⁴ BVerwG, NVwZ 1989, 750 (754); *Schrödter* (o. Fußn. 16), S. 202.

⁴⁵ BVerwG, LKV 2001, 555 (558); *Schrödter* (o. Fußn. 16), S. 202.

⁴⁶ So zu Recht *Schrödter* (o. Fußn. 16), S. 202.

⁴⁷ Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (Bundesschienenwegeausbaugesetz) vom 15.11.1993, BGBl. I S. 1874, zuletzt geändert durch Art. 520 der Verordnung vom 31.8.2015, BGBl. I S. 1474; Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstraßen (Fernstraßenbaugesetz) vom 30.6.1971 i.d.F. der Bekanntmachung vom 20.1.2005, BGBl. I S. 201, zuletzt geändert durch Art. 469 der Verordnung vom 31.8.2015, BGBl. I S. 1474.

1. Gesetzliche Vorgaben für die Bedarfsplanung

Es war bis vor einigen Jahren ausschließlich Sache der Netzbetreiber, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, „wie, wo und in welchem Tempo“ die Netze ausgebaut werden sollen.⁴⁸ An diesem Grundsatz hält der Gesetzgeber für die Hoch-, Mittel- und Niederspannungsnetze bis heute fest. Für alle Betreiber von Energieversorgungsnetzen gilt zwar, dass sie verpflichtet sind, „ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen“, wie es § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG bestimmt. Maßstab dafür, welcher Ausbau in diesem Sinne „bedarfsgerecht“ ist, ist aber eine vom jeweiligen Netzbetreiber – und nicht von einer staatlichen Stelle – in eigener Verantwortung durchzuführende Prognose im Hinblick auf den Bedarf des Marktes an Netzkapazität.⁴⁹

Das bedeutet allerdings nicht, dass die Frage der Bedarfsfeststellung zur Gänze in die Hand der Unternehmen gelegt worden wäre. Vielmehr ist auf der Ebene der vorhabenbezogenen Fachplanung durch die zuständige Behörde darüber zu entscheiden, ob die jeweilige Leitung energiewirtschaftlich notwendig ist. Anderenfalls fehlt mit der sog. „Planrechtfertigung“ eine der materiell-rechtlichen Anforderungen an einen Planfeststellungsbeschluss⁵⁰, was auch von den Kommunen geltend gemacht werden kann.⁵¹ Etwas anderes gilt lediglich in bestimmten Bereichen des Höchstspannungsnetzes. Hier tritt an die Stelle der eigenverantwortlichen Bedarfsprognose eine verbindliche Bedarfsplanung, für die der Gesetzgeber die Verantwortung übernimmt.

Einen ersten Schritt in diese Richtung markiert das Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen (Energieleitungsausbaugesetz – EnLAG) vom 21.8.2009. Angesichts schon seinerzeit ausbleibender Fortschritte beim Netzausbau hat der Bundesgesetzgeber für insgesamt 24 Vorhaben im Bereich der Höchstspannungsnetze mit einer Nennspannung

⁴⁸ Posser, in: Kment (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz*, 2015, § 12a Rn. 3.

⁴⁹ *Tüngler* (o. Fußn. 12), § 11 Rn. 39.

⁵⁰ *Kment*, in: ders. (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz*, 2015, § 43 Rn. 36 ff.; *Missling*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), *Energierrecht*, § 43 Rn. 34 (Stand der Bearbeitung: Januar 2015); eingehend *Schiller*, UPR 2009, S. 245 ff.

⁵¹ Vgl. oben sub II. 1).

von 380 kV und mehr den Bedarf gesetzlich festgestellt. Damit ist die Planrechtfertigung gesetzlich vorgegeben, wie es § 1 Abs. 2 Satz 2 EnLAG ausdrücklich regelt.⁵² Das „Ob“ einer Leitung muss von den Planungs- und Genehmigungsbehörden weder geprüft werden noch kann es von ihnen in Frage gestellt werden.⁵³ Auch die Verwaltungsgerichte sind grundsätzlich daran gebunden.⁵⁴

Stützte sich der Gesetzgeber bei der Auswahl der 24 in den Bedarfsplan des EnLAG aufgenommenen Vorhaben im Wesentlichen noch auf die Ergebnisse der sog. „dena Netzstudie I“ und der TEN-E-Leitlinien der Europäischen Union⁵⁵, wurde mit den im Zuge der Energiewende 2011 in das EnWG eingefügten §§ 12a ff. ein mehrstufiges System der Bedarfsplanung etabliert, das mehrfach eine Beteiligung der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange vorsieht und an dessen Ende ein vom Gesetzgeber zu erlassener „Bundesbedarfsplan“ steht.⁵⁶ Auch für die vom Bundesbedarfsplan nach dem Bundesbedarfsplangesetz (BBPlG)⁵⁷ umfassten Vorhaben – derzeit handelt es sich um 36 Leitungen des Übertragungsnetzes – gilt, dass die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der vordringliche Bedarf mit bindender Wirkung für die Planfeststellungsbehörden durch den Gesetzgeber festgelegt wird (§ 12e Abs. 4 EnWG, § 2 Abs. 1 BBPlG). Die Vorhaben des BBPlG treten neben diejenigen des EnLAG. Insgesamt steht mithin für aktuell 60 Leitungsvorhaben der Bedarf fest.

⁵² So auch BVerwG, ZUR 2012, 499 (501).

⁵³ *Steinbach*, in: ders. (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2013, Einleitung Rn. 15; *Lecheler*, ebd., § 1 EnLAG Rn. 125. Zu den Wirkungen eines gesetzlichen Bedarfsplans auch BVerwG, NVwZ 1997, 169.

⁵⁴ BVerwG, NVwZ 1996, 381 (383 f.), mit Blick auf die Bedarfsplanung nach Fernstraßenrecht; für den Bedarfsplan nach EnLAG BVerwG, ZUR 2012, 499 (501); NVwZ 2013, 1605 (1607 f.).

⁵⁵ Zur Auswahl der Vorhaben vgl. BT-Drs. 16/10941, S. 17 f.

⁵⁶ Mit der Umgestaltung des Prozesses hat der Gesetzgeber auf die Kritik an dem als intransparent verstandenen System der Bedarfsplanung nach Maßgabe des EnLAG (dazu etwa *Steinbach* [o. Fußn. 53], Einleitung Rn. 26; *Durner*, Die neuen Instrumente für den Umbau der Energienetze – eine verfassungsrechtliche Bewertung, in: Gundel/Lange, Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht, 2012, S. 1 (8 ff.)). Die starke Einbindung der Öffentlichkeit stellt aber auch eine Reaktion auf die Erfahrungen im Zusammenhang mit „Stuttgart 21“ dar, dazu etwa *Ritgen* (o. Fußn. 1), S. 109 ff.

⁵⁷ Gesetz über den Bundesbedarfsplan vom 23.7.2013, BGBl. I S. 2543, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.7.2014, BGBl. I S. 1066.

2. Kommunale Einbindung auf der Ebene der Bedarfsplanung

Während die Bedarfsplanung nach dem EnLAG keine Einbindung der Kommunen vorsah, gibt es im Rahmen der Bedarfsplanung auf der Grundlage des EnWG verschiedene Anknüpfungspunkte für eine mögliche Beteiligung der Kommunen:

a) Szenariorahmen

Die Bedarfsplanung beginnt mit der Aufstellung eines gemeinsamen Szenariorahmens durch die vier Übertragungsnetzbetreiber, der in mindestens drei Pfaden einen Ausblick auf die wahrscheinliche Entwicklung der Versorgungs- und Verbrauchssituation für die nächsten zehn Jahre geben soll. Eines der Szenarien muss die wahrscheinliche Entwicklung für die nächsten 20 Jahre darstellen. Die Übertragungsnetzbetreiber legen den Szenariorahmen derzeit noch einmal jährlich der BNetzA zur Genehmigung vor (§ 12a EnWG). Bereits vor der Genehmigung des Szenariorahmens ist eine Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung vorgesehen. § 12a Abs. 2 Satz 2 EnWG verpflichtet die BNetzA, den von den Übertragungsnetzbetreibern vorgelegten Entwurf des Szenariorahmens auf ihrer Internetseite öffentlich bekannt zu geben und der Öffentlichkeit, einschließlich tatsächlicher und potenzieller Netznutzer, den nachgelagerten Netzbetreibern sowie den Trägern öffentlicher Belange Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

Indem diese Informationen und Annahmen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, gewinnt das Verfahren fraglos an Transparenz. Der Gesetzgeber begegnet damit dem im Zusammenhang mit früheren Bedarfsfestlegungen – etwa der erwähnten dena-Studie oder auch den Festlegungen im Fernstraßenbereich – immer wieder artikuliertem Vorwurf mangelnder Nachvollziehbarkeit der der jeweiligen Bedarfsermittlung zugrundeliegenden Annahmen.⁵⁸ Angesprochen ist damit die Informationsfunktion von Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung; zugleich geht es aber auch darum, die Entscheidungsgrundlage der BNetzA zu verbreitern. Diese soll sich bei der Genehmigung des Szenariorahmens nicht nur auf das Vorbringen der Übertragungsnetzbetreiber und ihre eigenen Erkenntnisse stützen, sondern auch auf anderenorts vorhandenes Wissen zurückgreifen können.

⁵⁸ *Heimann*, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2013, § 12a EnWG Rn. 27; *Durner* (o. Fußn. 56), S. 1, 8 ff.

Die BNetzA ist nach § 12a Abs. 2 Satz 2 EnWG nicht verpflichtet, gezielt auf die Kommunen zuzugehen. Ihnen ist aber sowohl als Teil der „Öffentlichkeit“ als auch als „Träger öffentlicher Belange“ Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Der Begriff der „Öffentlichkeit“ ist grundsätzlich weit zu verstehen.⁵⁹ Er erstreckt sich – wie beispielsweise § 2 Abs. 6 Satz 1 UVPG ausdrücklich klarstellt – auf alle juristischen und natürlichen Personen und damit auch auf die Kommunen.⁶⁰ Als „Träger öffentlicher Belange“ gelten demgegenüber in der Regel Behörden, deren Aufgabenbereich durch die jeweilige Planung betroffen ist, aber auch andere Einrichtungen, die aufgrund der Art und Weise ihrer Tätigkeit oder aufgrund der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben öffentliche Interessen wahrnehmen.⁶¹ Die Kommunen schließlich sind schon deshalb Träger öffentlicher Belange, weil ihnen – wie gezeigt – Art. 28 Abs. 2 GG ein Recht auf Beteiligung gewährt.⁶² Vor diesem Hintergrund dürfte der Begriff der „Öffentlichkeit“ auch die Träger der öffentlichen Belange umfassen; deren gesonderte Erwähnung hat an dieser Stelle also nur deklaratorische Bedeutung.⁶³

Die Möglichkeiten einer kommunalen Einflussnahme auf die Entwicklung des Szenari Rahmens dürfen allerdings nicht überbewertet werden. Die Erstellung des Szenari Rahmens ist den Netzbetreibern überantwortet, die dabei zwar die mittel- und langfristigen energiepolitischen Ziele der Bundesregierung zu beachten haben, insbesondere aber aufgrund ihrer eigenen Fachkompetenz dazu berufen sind, den künftigen Bedarf abzuschätzen. Diesem Fachwissen der Netzbetreiber werden die Kommunen kaum eigene Erkenntnisse entgegenhalten können. Hinzukommt, dass der Szenari Rahmen zwar Grundlage für die Netzberechnung auf Bundesebene ist, selbst aber keinen Ortsbezug aufweist. Die örtliche Prognose von Erzeugung und Verbrauch sowie die Frage, welche Schlüsse daraus im Hinblick auf den Transportbedarf zu ziehen sind, findet erst auf der

⁵⁹ *Posser*, in: Kment (Hrsg.), Energiewirtschaftsgesetz, 2015, § 12a Rn. 51.

⁶⁰ *Bunge*, in: Storm/Bunge, HdUVP, Band 1, § 2 UVPG Rn. 209 (Stand der Bearbeitung: 3/2009).

⁶¹ *Nebell/Riese*, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnwG, 2013, § 22 NABEG Rn. 17, 20.

⁶² *Nebell/Riese* (o. Fußn. 61), § 22 NABEG Rn. 21.

⁶³ So wohl auch *Posser* (o. Fußn. 59), § 12a EnWG Rn. 52.

nachfolgenden Stufe der Netzentwicklungsplanung statt.⁶⁴ Es ist daher zweifelhaft, ob die öffentliche Konsultation des Szenariorahmens tatsächlich den Kommunen ein Forum bietet, „eigene regionale oder kommunale energiepolitische Zielvorstellungen in die Bedarfsplanung einzuführen“.⁶⁵

b) Netzentwicklungsplan und Umweltbericht

Gegenstände der weiteren Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der Bedarfsplanung sind der Netzentwicklungsplan sowie der Umweltbericht der BNetzA. Der auf der Grundlage des genehmigten Szenariorahmens jährlich zu präsentierende Entwurf des Netzentwicklungsplans ist vor seiner Vorlage bei der BNetzA durch die Übertragungsbetreiber auf deren Internetseite zu veröffentlichen (§ 12b Abs. 3 EnWG). Auch die Netzbetreiber müssen der Öffentlichkeit, einschließlich tatsächlicher oder potenzieller Netznutzer, den nachgelagerten Netzbetreibern sowie den Trägern öffentlicher Belange Gelegenheit zur Äußerung geben. Der Kreis der gesondert adressierten Teile der „Öffentlichkeit“ wird hier noch um die Energieaufsichtsbehörden der Länder ergänzt, erfasst aber wiederum auch die Kommunen.

Die BNetzA ihrerseits beteiligt die Öffentlichkeit sowie die Behörden, deren Aufgabengebiete berührt werden, ein weiteres Mal, und zwar nachdem sie den Entwurf des Netzentwicklungsplans geprüft hat und bevor sie ihn bestätigt (§ 12c Abs. 3 EnWG). Gegenstand der Beteiligung sind der – ggf. auf Verlangen der BNetzA geänderte – Entwurf des Netzentwicklungsplans sowie der von der BNetzA erarbeitete Umweltbericht. Hinsichtlich der Durchführung dieser Öffentlichkeitsbeteiligung verweist § 12c Abs. 3 Satz 2 EnWG auf die Bestimmungen des UVPG. Für die Behördenbeteiligung folgt insoweit aus § 14h Satz 1 UVPG, dass diejenigen Behörden zu beteiligen sind, deren umwelt- und gesundheitsbezogener Aufgabebereich durch den Plan berührt wird.⁶⁶ Dazu können nach Maßgabe des Organisationsrechts der Länder auch Behörden in kommunaler Trägerschaft gehören; diesen Behörden muss die BNetzA die Entwürfe zur

⁶⁴ Posser (o. Fußn. 59), § 12a Rn. 33.

⁶⁵ So aber Frik, Die Rolle von Bund, Ländern und Gemeinden im neuen Energieleitungsrecht, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht, 2012, S. 49 (52 f.).

⁶⁶ Posser (o. Fußn. 59), § 12c Rn. 42, § 12b Rn. 10.

Stellungnahme übermitteln.⁶⁷ Die Kommunen haben darüber hinaus als Teil der „Öffentlichkeit“ Gelegenheit, sich zu den Entwürfen des Netzentwicklungsplans sowie des Umweltberichts zu äußern.

Während der Szenariorahmen aufgrund seiner energiewirtschaftlichen Fachlichkeit und seines hohen Abstraktionsniveaus kaum Anknüpfungspunkte für eine kommunale Beteiligung bietet, sind der Entwurf des Netzentwicklungsplans und der Umweltbericht aus kommunaler Perspektive von erheblichem Interesse. Denn im Zuge der Erstellung des Netzentwicklungsplans kommt es zur sog. „Regionalisierung“. Die nach dem Szenariorahmen zu erwartenden Energieeinspeisungen und –entnahmen werden dabei den bestehenden oder erst noch zu modellierenden Netzknoten des Übertragungsnetzes zugeordnet und auf diese Weise räumlich konkretisiert.⁶⁸ Der Netzentwicklungsplan enthält zwar ebenfalls noch keine konkreten Trassenverläufe, bezeichnet aber bereits Anfangs- und Endpunkte von Trassen und ermöglicht daher eine erste, wenn auch grobe Abschätzung kommunaler Betroffenheit. Das gilt nicht zuletzt mit Blick auf die Ebene der Landkreise. Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass sich die Kommunen in erheblichem Umfang an der Konsultation der Netzentwicklungspläne beteiligen. Aus dem Erfahrungsbericht der BNetzA zur Erarbeitung des Netzentwicklungsplans 2024 folgt, dass 59 Landkreise – das ist immerhin ein Fünftel aller Landkreise – sowie zahlreiche weitere Kommunen eine Stellungnahme abgegeben haben.⁶⁹

Die BNetzA hat bei ihrer Überprüfung des Umweltberichts gem. § 14k UVPG und bei der Bestätigung des Netzentwicklungsplans (§ 12c Abs. 4 Satz 1 EnWG) die Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Gewichtung der eingereichten Stellungnahmen enthält das Gesetz keinerlei Vorgaben; die Konsultationsbeiträge von Unternehmen und/oder Privatpersonen sind also nicht stärker oder nicht weniger stark zu gewichten als die Konsultationsbeiträge der Kommunen. Im Übrigen ist die BNetzA bei der Bestätigung des von den Übertragungsnetzbetreibern vorgelegten Netzentwicklungsplans auf eine netztechnische Prüfung der einzelnen Streckenmaß-

⁶⁷ Heimann (o. Fußn. 58), § 12c EnWG Rn. 39; Posser (o. Fußn. 59), § 12c Rn. 44.

⁶⁸ Posser (o. Fußn. 59), § 12b Rn. 10.

⁶⁹ BNetzA (Hrsg.), Bedarfsermittlung 2024 – Zusammenfassung der Konsultationsergebnisse, 2015, S. 46 ff.

nahmen beschränkt. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Energiewende stehen dagegen nicht zur Disposition der BNetzA. Gleichwohl wird die Konsultation des Netzentwicklungsplans von vielen Beteiligten offenbar als Forum für eine grundsätzliche Diskussion über die Ausgestaltung der Energiewende missverstanden. Das führt dazu, dass die Bilanz dieses Instruments der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung im Ergebnis eher ernüchternd ausfällt. So hat die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung im Falle des Netzentwicklungsplans 2024 kaum zu „konsultationsbedingte[n] Änderungen bei der Bestätigung oder Nichtbestätigung von Maßnahmen“ geführt, „da hinsichtlich der netztechnischen Prüfung nur eine geringe Anzahl fachlicher Stellungnahmen einging“, wie die BNetzA in ihrem Erfahrungsbericht festhält. Die Inhalte dieser Stellungnahmen waren im Übrigen „nicht geeignet, die BNetzA dazu zu veranlassen, ihre Einschätzung einzelner Maßnahmen zu revidieren“.⁷⁰ Wie die Beschreibung eines Erfolgsmodells liest sich diese Schilderung nicht. Hinzukommt, dass sich der Turnus der Netzentwicklungsplan bislang jährlich wiederholt, was zwangsläufig zu zeitlichen Überschneidungen und Parallelprozessen führt und alle Beteiligten zu überfordern droht. Auch aus diesem Grund hat soll mit dem bereits angesprochenen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Bestimmungen des Rechts des Energieleitungsbaus an die Stelle des jährlichen ein zweijährlicher Planungsturnus treten.

c) Fazit

Die Regelungen zur Bedarfsplanung bieten auf den vorbereitenden Stufen der Erarbeitung des Szenariorahmens sowie des Netzentwicklungsplans zwar Anknüpfungspunkte für eine kommunale Beteiligung, statten die Kommunen aber nicht mit effektiven Ingegnerechten aus. Wenn der Eindruck nicht täuscht, werden Szenariorahmen und Netzentwicklungsplan im Wesentlichen zwischen den vier Übertragungsnetzbetreibern und der BNetzA „verhandelt“. Das schließt Einflussnahmen von dritter Seite nicht aus, wenn diese mit dem erforderlichen politischen Druck vorgebracht werden können. So hat die BNetzA aktuell „aufgrund entsprechender Konsultationsbeiträge der Bayerischen Staatsregierung“ eine im Entwurf der Übertragungsnetzbetreiber nicht enthaltene Lei-

⁷⁰ BNetzA (o. Fußn. 69), S. 12.

tungsalternative in den Netzentwicklungsplan aufgenommen.⁷¹ Konsultationsbeiträgen einzelner Kommunen wird eine solche „Überzeugungskraft“ dagegen wohl kaum je zukommen.

IV. Trassenfindung: Raumordnung und gesamträumliche Planung

Die Bedarfsplanung betrifft die energiewirtschaftliche Notwendigkeit von Energieleitungen. Da es insoweit vor allem um die Feststellung eines Transportbedarfs zwischen den Erzeugungs- bzw. den Verbrauchsregionen geht, spielt die Verortung von Energieleitungen im Raum schon bei der Bedarfsplanung eine Rolle, allerdings nur auf einem hohen Abstraktionsniveau. Dementsprechend enthält der von den Übertragungsnetzbetreibern zu erarbeitende und von der BNetzA zu genehmigende Netzentwicklungsplan als Vorstufe des Bundesbedarfsplans nur die Anfangs- und Endpunkte der notwendigen Leitungsverbindungen.⁷² Eine etwas konkretere räumliche Zuordnung erfolgt dagegen erst im Rahmen der gesamträumlichen Planung. Insoweit ist zwischen der Raumordnungsplanung einerseits und der Durchführung von Raumordnungsverfahren andererseits zu unterscheiden. Für die im Bundesbedarfsplan enthaltenen Leitungsvorhaben tritt die Bundesfachplanung an die Stelle des Raumordnungsverfahrens. Auch die kommunale Bauleitplanung gehört in den Kontext der gesamträumlichen Planung.⁷³ Bei der gesamträumlichen Planung geht es darum, mögliche Trassen für Energieleitungen zu ermitteln. Die Festlegung des konkreten Verlaufs einer Energieleitung ist dagegen erst der folgenden Planungs- bzw. Zulassungsstufe vorbehalten.

1. Raumordnungsplanung

Der Gesamtraum der Bundesrepublik Deutschland und seine Teilräume sind durch zusammenfassende, überörtliche und fachübergreifende Raumordnungspläne zu entwickeln, zu ordnen und zu sichern. Entsprechend dieses Auftrags in § 1 Abs. 1 Satz 1 ROG verpflichtet § 8 Abs. 1 ROG die Länder zur Aufstellung von Raumordnungsplänen für das Landesgebiet und von Raumordnungsplänen für die Teilräume der Länder

⁷¹ BNetzA (o. Fußn. 69), S. 12.

⁷² Posser (o. Fußn. 59), § 12b Rn. 1; Heimann (o. Fußn. 58), § 12b EnWG Rn. 6.

⁷³ Zum Stufensystem der raumrelevanten Planung Stüer, in: ders. (Hrsg.), Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Auflage 2015, Teil A. Bauleitplanung Rn. 306 ff.

(Regionalpläne). Diese Raumordnungspläne sollen Festlegungen zur Raumstruktur enthalten, und zwar insbesondere zu den Trassen der Ver- und Entsorgungsinfrastruktur (§ 8 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 a) ROG). Dazu gehören auch die Trassen für Energieleitungen, die somit Gegenstand von landesweiten Raumordnungsplänen bzw. von Regionalplänen sein können.⁷⁴

Nach § 8 Abs. 7 Nr. 1 ROG kann der Plangeber insoweit Vorranggebiete für die Errichtung von Energieleitungen festlegen. Das hat zur Folge, dass andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausgeschlossen sind, soweit sie mit der als vorrangig bezeichneten Nutzung für die Zwecke des Energieleitungsbaus nicht vereinbart werden können. Der Plangeber kann des Weiteren entscheiden, ob er seinen diesbezüglichen Festlegungen den Charakter von Grundsätzen oder von Zielen der Raumordnung gibt. Das ist von Bedeutung für die Bindungswirkung der jeweiligen Festlegungen. Während für Grundsätze der Raumordnung gilt, dass sie (lediglich) bei nachfolgenden Abwägungs- oder Ermessenentscheidungen berücksichtigt werden müssen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG), entfalten die Ziele der Raumordnung eine striktere Bindungswirkung, handelt es sich doch um verbindliche Vorgaben (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG), die insbesondere von öffentlichen Stellen bei raumbedeutsamen Maßnahmen und sonstigen Maßnahmen zu beachten sind (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 ROG).

Soweit die landesweiten Raumordnungspläne der Länder zeichnerisch oder textlich eine Trassensicherung vorgenommen haben, sind diese Verläufe auf der folgenden Stufen der räumlichen Gesamtplanung bindend. Das folgt bereits aus § 4 Abs. 1 Nr. 1 ROG, ergibt sich für die Regionalpläne der Länder darüber hinaus aber auch aus § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG, wonach die Regionalpläne aus dem landesweiten Raumordnungsplan zu entwickeln sind. Für die Bauleitpläne regelt § 1 Abs. 4 BauGB, dass sie der Raumordnung anzupassen sind – allerdings nur bezogen auf die Ziele, nicht auf die Grundsätze der Raumordnung.⁷⁵ Darauf wird zurückzukommen sein (unten sub 4.). Die steuernde

⁷⁴ Mitschang, UPR 2015, S. 1 (2); Schmidtchen (o. Fußn. 6), S. 159.

⁷⁵ Zum Verhältnis von § 4 Abs. 1 ROG und § 1 Abs. 4 BauGB Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl. (2014), § 1 Rn. 33.

Wirkung der Raumordnungspläne ist gleichwohl eher gering⁷⁶, weil es sich – wie *Hermes* zu Recht bemerkt – lediglich um eine „Freihalte- oder Angebotsplanung“ handelt. Die tatsächliche Nutzung der angebotenen Standorte bleibt also Sache der am Leitungsbau beteiligten Energieversorgungsunternehmen.⁷⁷ Das mag auch einer der Gründe dafür sein, dass Leitungstrassen offenbar nur selten Eingang in die Raumordnungspläne der Länder finden.⁷⁸

2. Raumordnungsverfahren

Von erheblicher praktischer Bedeutung sind dagegen die Raumordnungsverfahren, die nach § 15 ROG iVm § 1 der Raumordnungsverordnung (RoV) durchzuführen sind und in denen die nach Landesrecht zuständigen Behörden die Raumverträglichkeit bestimmter raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen zu prüfen haben.

a) Anwendungsbereich und Verfahrensablauf

Zu diesen Maßnahmen gehört die Errichtung von Hochspannungsfreileitungen mit einer Nennspannung von 110 kV und mehr (§ 1 Nr. 14 RoV). Im Rahmen des Raumordnungsverfahrens wird die Übereinstimmung der Maßnahmen mit den Erfordernissen der Raumordnung – das sind namentlich die Ziele und die Grundsätze der Raumordnung – überprüft (§ 15 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz ROG). Das Raumordnungsverfahren schließt auch die Prüfung von Trassenalternativen ein (§ 15 Abs. 1 Satz 3 ROG). Dabei ist die Behörde allerdings auf die Prüfung solcher Alternativen beschränkt, die vom Träger des Vorhabens selbst unterbreitet werden, was sich daraus erklärt, dass den Unternehmen durch das Raumordnungsverfahren keine Trassenführung vorgeschrieben werden kann, die sie selbst nicht in Betracht gezogen haben.⁷⁹ Die Ergebnisse eines Raumordnungsverfahrens sind zwar als „sonstiges Erfordernis der Raumordnung“ im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG bei Abwägungs- und Ermessensentscheidung nach § 4 Abs. 1 Nr. 1

⁷⁶ Zur mittelbaren Außenwirkung von Zielen der Raumordnung über den Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB noch unten sub b) im Zusammenhang mit der Aufstellung von Flächennutzungsplänen.

⁷⁷ *Hermes* (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 82.

⁷⁸ So übereinstimmend *Mitschang*, UPR 2015, S. 1 (2 f.); *Schmidtchen* (o. Fußn. 6), S. 159; *Frik* (o. Fußn. 65), S. 49 (56).

⁷⁹ *Schmidtchen* (o. Fußn. 6), S. 160; vgl. auch *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 15 Rn. 33 ff.

bis 3 ROG zu berücksichtigen, entfalten aber keine darüber hinaus gehende strikte Bindungswirkung. Das gilt insbesondere mit Blick auf nachfolgende Planfeststellungsverfahren.

b) Einbindung der Kommunen

§ 15 Abs. 3 Satz 1 ROG sieht vor, dass die „in ihren Belangen berührten öffentlichen Stellen“ zu beteiligen sind. Zu den „öffentlichen Stellen“ in diesem Sinne gehören nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 1 Nr. 5 ROG insbesondere auch die kommunalen Gebietskörperschaften – also die Landkreise, Städte und Gemeinden. In ihren Belangen unmittelbar berührt sind vor allem diejenigen Landkreise und Gemeinden, in deren Gebiet die Energietrasse belegen ist.⁸⁰ Da es nicht auf ein unmittelbares Berührtsein ankommt, sondern auch ausreicht, wenn eine Kommune mittelbar von den Auswirkungen eines Vorhabens berührt wird, können auch angrenzende Landkreise und Gemeinden zu beteiligen sein.⁸¹

Die Einbindung der Kommunen soll nach verbreiteter Auffassung nicht der Wahrnehmung kommunaler Interessen, sondern einer möglichst umfassenden Information der Raumordnungsbehörde dienen, die auf diese Weise in die Lage versetzt werden soll, eine sachgerechte Abwägungsentscheidung zu treffen.⁸² Dieser Auffassung dürfte ein angesichts seiner verfassungsrechtlichen Verankerung in Art. 28 Abs. 2 GG zu enges Verständnis des kommunalen Beteiligungsrechts zugrunde liegen.

3. Bundesfachplanung

Während das Raumordnungsverfahren für die im EnLAG enthaltenen Vorhaben nach wie vor durchzuführen ist⁸³, wird das Raumordnungsverfahren für die länderübergreifenden und grenzüberschreitenden Hochspannungsleitungen, die im Bundesbedarfsplan als solche ausgewiesen sind, durch das Verfahren der Bundesfachplanung ersetzt (§ 28 NABEG). Die Zuständigkeit dafür liegt bei der BNetzA (§ 31 Abs. 1 NABEG). Im Un-

⁸⁰ Goppel (o. Fußn. 79), § 15 Rn. 52.

⁸¹ Goppel (o. Fußn. 79), § 15 Rn. 52.

⁸² Wagner, DVBl 1991, S. 1230 (1233 f.); Goppel (o. Fußn. 79), § 15 Rn. 57.

⁸³ Bourwieg, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2013, § 2 NABEG Rn. 27.

terschied zu den Raumordnungsverfahren entfaltet das Ergebnis der Bundesfachplanung Bindungswirkung für das nachfolgende Planfeststellungsverfahren. Deshalb stellt sich die Frage der kommunalen Beteiligung im Hinblick auf das Verfahren der Bundesfachplanung auch mit besonderer Dringlichkeit.

a) Aufgabe der Bundesfachplanung

Aufgabe der Bundesfachplanung ist die Festlegung raumverträglicher Trassenkorridore (§§ 4 Satz 1, 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 NABEG), die regelmäßig eine Breite von 500 bis 1000 Meter umfassen sollen.⁸⁴ Das geschieht in einem Verfahren, dessen Prüfprogramm deutliche Bezüge zum Prüfprogramm des Raumordnungsverfahrens aufweist, zum Teil aber auch darüber hinausgeht. Augenfällig ist insoweit vor allem, dass die BNetzA ernsthaft in Betracht kommende Alternativen von Trassenkorridoren in die Prüfung einbeziehen kann, ohne insoweit auf Vorschläge der Übertragungsnetzbetreiber angewiesen zu sein (§ 5 Abs. 1 Satz 5 NABEG). Das unterscheidet die Bundesfachplanung vom Raumordnungsverfahren. Außerdem erfolgt bei der Bundesfachplanung eine Abwägung mit allen betroffenen öffentlichen und privaten Belangen. Bei Raumordnungsverfahren sind dagegen nur die Auswirkungen auf raumbedeutsame Belange in die Abwägung einzustellen (§ 15 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz ROG).⁸⁵

Während für das Raumordnungsverfahren die Bindung an die Ziele der Raumordnung außer Frage steht, ist ihre Bedeutung für die Bundesfachplanung umstritten. In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass die BNetzA die von der Landesplanung festgelegten Ziele der Raumordnung nicht strikt zu beachten, sondern nur abwägend zu berücksichtigen habe. Begründet wird dies damit, dass es sich bei der Bundesfachplanung um die raumbedeutsame Planung von Personen des Privatrechts – nämlich der Übertragungsnetzbetreiber – handele, während die BNetzA lediglich eine Entscheidung über die Zulässigkeit dieser Planung treffe. Für diese Konstellation ordnet § 4 Abs. 2 ROG in der Tat lediglich eine Berücksichtigung der Ziele der Raumordnung

⁸⁴ Im Gesetz selbst findet sich zur Trassenbreite allerdings keine Aussage, wohl aber in der Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 17/6073, S. 19 und 23.

⁸⁵ *Appel*, Die Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht, 2012, S. 25 (29).

an.⁸⁶ Außerdem wird auf den Vorrang verwiesen, der der Bundesfachplanung gegenüber Landesplanungen gem. § 15 Abs. 1 Satz 2 NABEG zukommt.⁸⁷

Zwingend ist diese Betrachtungsweise allerdings nicht. Zwar übernehmen die Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen der Bundesfachplanung eine wichtige Funktion. Nicht zu verkennen ist andererseits, dass auch die BNetzA mit eigenen Gestaltungsbefugnissen ausgestattet ist, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass sie an die Trassenvorschläge der Übertragungsnetzbetreiber nicht gebunden ist. Mit guten Gründen wird daher auch die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Bundesfachplanung um die raumbedeutsame Planung einer öffentlichen Stelle im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 ROG handelt.⁸⁸ Der in § 15 Abs. 1 Satz 2 NABEG angeordnete Vorrang der Bundesfachplanung vor der Landesplanung wird dabei so interpretiert, dass er nur gegenüber nachfolgenden Raumordnungsplänen der Länder greift.⁸⁹

Folgt man dieser Auffassung, dann sind die Ziele der Raumordnung im Rahmen der Bundesfachplanung zu beachten und nicht durch Abwägung zu überwinden.⁹⁰ Das gilt einschränkungslos allerdings nur für solche Ziele der Raumordnung, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des NABEG bereits festgelegt waren. Nachfolgende Festlegungen in den Raumordnungsplänen der Länder entfalten diese Wirkung dagegen nur, wenn die BNetzA gemäß § 5 Abs. 1 iVm § 10 ROG an der Aufstellung des Raumordnungsplans beteiligt wurde, sie innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Mitteilung des rechtsverbindlichen Ziels nicht widersprochen hat oder der Widerspruch nach § 5 Abs. 2 ROG unbeachtlich war. Nach § 5 Abs. 3 ROG kommt unter bestimmten Voraussetzungen auch ein nachträglicher Widerspruch in Betracht.

⁸⁶ *Nebell/Riese* (o. Fußn. 61) § 5 NABEG Rn. 73; *Appel*, NVwZ 2013, S. 457 (458 f.).

⁸⁷ *Sangenstedt*, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2013, § 15 NABEG Rn. 26; de Witt, in: de Witt/Scheuten, NABEG, 2013, § 5 Rn. 23; *Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/II, 3. Aufl. (2014), § 5 NABEG Rn. 89 ff.

⁸⁸ So insbesondere das neuere Schrifttum, vgl. *Kümper*, UPR 2015, S. 370 (371 f.); *Mitschang*, UPR 2015, S. 1 (6); *Kment*, NVwZ 2015, S. 616 (619); *Schlacke*, NVwZ 2015, S. 626 (629); ebenso schon *Sellner/Fellenberg*, NVwZ 2011, S. 1025 (1031).

⁸⁹ *Kment*, NVwZ 2015, S. 616 (620); *Sellner/Fellenberg*, NVwZ 2011, 1025 (1031); *Hermes* (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 107; a. A. etwa *Sangenstedt* (o. Fußn. 87), § 15 NABEG Rn. 29.

⁹⁰ In diesem Sinne auch *Hermes* (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 104.

Grundsätze der Raumordnung fließen dagegen wie andere öffentliche und private Belange in eine von der BNetzA durchzuführende Abwägung ein, an deren Ende die Frage zu beantworten ist, ob solche Belange der Verwirklichung eines Leitungsvorhabens in einem Trassenkorridor entgegenstehen (§ 5 Abs. 1 Satz 3 und 4 NABEG).

b) Kommunale Einbindung

Wie schon die Bedarfsplanung sieht auch das Verfahren der Bundesfachplanung eine Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung vor und bietet damit den Kommunen Gelegenheit, ihre Belange einzubringen. Über echte Zustimmungs- oder Einvernehmenserfordernisse verfügen die Kommunen aber auch auf der Ebene der Bundesfachplanung nicht.⁹¹ Ungeachtet der stärkeren Bindungswirkung gilt hier nichts anders als im Hinblick auf die Einbindung der Kommunen in das Raumordnungsverfahren.

Das Verfahren der Bundesfachplanung beginnt mit dem Antrag des Vorhabenträgers (§ 6 NABEG). Unverzüglich nach Einrichtung des Antrags hat die BNetzA eine Antragskonferenz durchzuführen, in der Gegenstand und Umfang der für die Trassenkorridore vorzunehmenden Bundesfachplanung erörtert werden sollen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 NABEG). Anders als das EnWG im Zusammenhang der Bedarfsplanung unterscheidet das NABEG an dieser Stelle zwischen der Öffentlichkeit und den Trägern öffentlicher Belange. Während die Öffentlichkeit nur in allgemeiner Form auf die Antragskonferenz hinzuweisen ist (§ 7 Abs. 2 Satz 3, 2. Halbsatz NABEG), sind die „betroffenen“ Träger öffentlicher Belange zur Antragskonferenz zu laden (§ 7 Abs. 2 Satz 1 NABEG).

Zu den betroffenen Trägern öffentlicher Belange gehören – wie die Bundesregierung ausdrücklich klargestellt hat⁹² – auch die Landkreise, Städte und Gemeinden, auf deren Gebiet ein vorgeschlagener Trassenkorridor verlaufen soll.⁹³ Betroffen sind die Kommunen deshalb, weil sie in ihren planerischen Gestaltungsmöglichkeiten, die unter dem

⁹¹ So auch *Frik* (o. Fußn. 65), S. 62.

⁹² In ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 17/6249, S. 17.

⁹³ *Durinke*, in: de Witt/Scheuten, NABEG, 2013, § 7 Rn. 23; unzutreffend *Appel* (o. Fußn. 87), § 9 NABEG Rn. 11. Das von Appel in Bezug genommene BVerwG befasst sich mit § 73 Abs. 2 VwVfG, der nicht von Trägern öffentlicher Belange, sondern von Behörden, deren Aufgabenbereich das durch Vorhaben erfasst wird (BVerwG, NVwZ 2015, 811 [812]). Die Entscheidung ist im Übrigen umstritten, ablehnen etwa *Schink* (o. Fußn. 16), § 73 Rn. 42.

Gesichtspunkt der kommunalen Planungshoheit den Schutz der Selbstverwaltungsgarantie genießen, durch die Festlegung eines Trassenkorridors in der Bundesfachplanung eingeschränkt werden.⁹⁴

4. Bauleitplanung

Mit der kommunalen Bauleitplanung ist die unterste Stufe der gesamträumlichen Planung von Energieleitungen erreicht.

aa) Das Verhältnis der Bauleitplanung zu höherstufigen gesamträumlichen Planungen
Sofern ein landesweiter Raumordnungsplan oder ein Regionalplan Festlegungen für Leitungstrassen in der Form von Zielen der Raumordnung enthält, sind die Gemeinden nach § 1 Abs. 4 BauGB verpflichtet, ihre Bauleitpläne – also die Flächennutzungspläne sowie die Bebauungspläne – an diese Pläne anzupassen. Weist ein Raumordnungsplan eine Fläche als Vorranggebiet für Energietrassen aus, ist also durch eine entsprechende Fassung der Bauleitpläne sicherzustellen, dass diese Flächen von Nutzungen freigehalten werden, die dem Energieleitungsbau zuwiderlaufen würden.⁹⁵ Wenn sich ein Raumordnungsplan in der Aufstellung befindet, kann die zuständige Behörde gegenüber der bauleitplanenden Gemeinde eine bis zu zwei Jahre befristete Untersagung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen anordnen (§ 14 Abs. 2 ROG).⁹⁶

Noch nicht abschließend geklärt ist dagegen das Verhältnis der Bundesfachplanung zur Bauleitplanung. Da es sich bei den im Wege Bundesfachplanung festgelegten Trassen-

⁹⁴ *Sangenstedt* (o. Fußn. 87), § 7 NABEG Rn. 116. Anlass für die ausdrückliche Klarstellung, dass die Kommunen an der Antragskonferenz zu beteiligen sind, war die seitens des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren erhobene Forderung, die Stellung der Kommunen im Rahmen der Bundesfachplanung (und im anschließenden Verfahren der Planfeststellung) zu stärken. Der Bundesrat betonte insoweit zu Recht, dass die Maßnahmen der BNetzA in zweifacher Hinsicht in die kommunale Planungshoheit eingreifen. Zum einen ist davon auszugehen, dass die Kommunen ihre Planungen an die Festlegungen der BNetzA anpassen müssen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass durch Großräumigkeit der in Rede stehenden Vorhaben wesentliche Teile des kommunalen Gebiets der kommunalen Planungshoheit faktisch entzogen werden. BR-Drs. 342/11 (Beschluss), S. 3 f.

⁹⁵ Zur Beachtungspflicht als Unterlassungspflicht etwa *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, § 1 Rn. 64 (Stand der Bearbeitung: April 2009).

⁹⁶ Zum Ganzen *Mitschang*, UPR 2015, S. 1 (3).

korridoren weder um Ziele noch um Grundsätze der Raumordnung handelt, scheidet eine Bindung der Gemeinden über § 4 ROG bzw. § 1 Abs. 4 BauGB jedenfalls aus.⁹⁷

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, eine Bindung könnte sich aus dem in § 15 Abs. 1 Satz 2 NABEG angeordneten Vorrang der Bundesfachplanung ergeben.⁹⁸ Allerdings beschränkt sich diese Vorschrift – anders als ihr Vorbild (§ 16 Abs. 3 Satz 3 FStrG) – ausdrücklich auf einen Vorrang der Landesplanung. Das spricht gegen eine Bindung auch der Bauleitplanung.⁹⁹ Bis zu einer Klärung durch die Rechtsprechung wird man diese Frage also als offen bezeichnen müssen. Ihre praktische Relevanz dürfte auch eher gering sein. Da die Landesplanung über § 15 Abs. 1 Satz 2 NABEG an die Bundesfachplanung gebunden ist, die Kommunen in ihrer Bauleitplanung wiederum die landesplanerischen Vorgaben zu beachten haben, ergibt sich jedenfalls eine mittelbare Bindung. Hinzu kommt, dass die Bundesfachplanung, die ja nur Trassenkorridore mit einer Breite von bis zu 1.000 Metern festlegt, kaum geeignet sein dürfte, hinreichend bestimmte kommunale Planungen konkret zu stören oder einer durchsetzbaren Planung zu entziehen.¹⁰⁰

Soweit die höherstufigen Planungen ihnen einen Spielraum belassen, können die Gemeinden auch selbst planerisch Einfluss auf den Energieleitungsbau nehmen, und zwar durch entsprechende Festsetzungen in Flächennutzungs- bzw. in Bebauungsplänen.

bb) Flächennutzungspläne

Der Flächennutzungsplan stellt als vorbereitender Bauleitplan vor allem ein gesamt-räumliches Entwicklungskonzept dar, das die Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen festlegt.¹⁰¹ Für Energieleitungen besteht nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 BauGB die Möglichkeit der Darstellung im Flächennutzungsplan, allerdings nur, wenn die Leitung der öffentlichen Versorgung und

⁹⁷ *de Witt* (o. Fußn. 87), § 15 Rn. 50.

⁹⁸ *Kümper*, UPR 2015, S. 370 (374); auch *Mitschang*, UPR 2015, S. 1 (6).

⁹⁹ So etwa *Appel* (o. Fußn. 87), § 15 NABEG Rn. 36; *de Witt* (o. Fußn. 87), § 15 Rn. 51.

¹⁰⁰ In Abhängigkeit davon, welche Wirkung § 15 NABEG entfaltet, ist den Festsetzungen der Bundesfachplanung nach §§ 5 Abs. 4 Satz 1 oder 2, 9 Abs. 5 BauGB Rechnung zu tragen. Vgl. *de Witt* (o. Fußn. 87), § 15 Rn. 51

¹⁰¹ BVerwG, NVwZ 2011, 680 Rn. 50.

nicht der Eigenversorgung dient.¹⁰² Seit der sog. „Klimaschutznovelle“¹⁰³ kann darüber hinaus auch die Ausstattung des Gemeindegebiets „mit Anlagen, Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, insbesondere zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung“ im Flächennutzungsplan dargestellt werden (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 lit b) BauGB). Auf diese Weise kann die Steuerungs- und Koordinierungsfunktion des Flächennutzungsplans auch im Hinblick auf Klimaschutz- und Energiekonzepte nutzbar gemacht werden.¹⁰⁴ Solche Konzepte entfalten aufgrund ihres informellen Charakters keine unmittelbare Wirkung.¹⁰⁵ Auch dem Flächennutzungsplan fehlt es allerdings an einer unmittelbaren Außenwirkung gegenüber Unternehmen, die Energieleitungen errichten wollen. Energieversorgungsunternehmen gehören insbesondere nicht zu den öffentlichen Planungsträgern, die nach Maßgabe von § 7 BauGB ihre Planungen an den Flächennutzungsplan anzupassen haben.¹⁰⁶ Mittelbare Außenwirkung entfaltet der Flächennutzungsplan allerdings über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Danach stehen öffentliche Belange im Außenbereich an sich privilegiert zulässigen Vorhaben – dazu gehören nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB auch Energieleitungen¹⁰⁷ – auch dann entgegen, wenn hierfür eine Darstellung im Flächennutzungsplan an anderer Stelle erfolgt ist. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ermöglicht es der Gemeinde zwar, privilegierten Nutzungen wie Energieleitungen auf bestimmte Standorte zu konzentrieren, nicht aber, sie im gesamten Gemeindegebiet auszuschließen. Eine ausschließlich negativ wirkende „Verhinderungsplanung“ einer Gemeinde ohne gleichzeitig positive Ausweisung geeigneter Standorte im Plangebiet ist unzulässig.¹⁰⁸ Bedeutung hat dieser sog. „Planvorbehalt“ vor allem für die räumliche Steuerung von Windkraftanlagen gewonnen; im Hinblick auf die planerische Steu-

¹⁰² Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Auflage 2014, § 5 Rn. 19.

¹⁰³ Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden, BGBl. I S. 1509.

¹⁰⁴ Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, S. 897 (899).

¹⁰⁵ Zur Unverbindlichkeit solcher Konzepte am Beispiel eines sog. „Masterplans“ BVerwG, NVwZ 2011, 680 Rn. 59.

¹⁰⁶ Hermes (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 123.

¹⁰⁷ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, § 35 Rn. 52 (Stand der Bearbeitung: Januar 2012).

¹⁰⁸ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), 12. Auflage 2014, § 35 Rn. 116.

erung von Energieleitungen spielt er – soweit ersichtlich – bislang keine große Rolle. Das hier für den Flächennutzungsplan Gesagte gilt im Übrigen gleichermaßen auch für den Fall, dass ein landesweiter Raumordnungsplan oder ein Regionalplan Trassen für Energieleitungen als Ziele der Raumordnung ausgewiesen hat. Der Planvorbehalt erstreckt sich auch auf diese planerischen Festlegungen.

cc) Bebauungspläne

Im Gegensatz zu den Flächennutzungsplänen enthalten die Bebauungspläne rechtsverbindliche Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung (§§ 8 Abs. 1 Satz 1, 29, 30 Abs. 1 BauGB). Da im Bebauungsplan auch für Stromleitungen Festsetzungen erfolgen können (§ 9 Abs. 1 Nr. 13 BauGB), handelt es sich beim Bebauungsplan um ein Instrument, mit dem auf lokaler Ebene der Energieleitungsbau planerisch gesteuert werden kann.¹⁰⁹ Insoweit wird es sich in den meisten Fällen aber nur um eine mittelbare Steuerung handeln. Da – wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird – insbesondere für größere Leitungsvorhaben eine Planfeststellungspflicht besteht, greift für den Energieleitungsbau regelmäßig § 38 BauGB, der vorsieht, dass auf Planfeststellungsverfahren den §§ 29 ff. BauGB nicht anzuwenden sind, sofern die Gemeinde am Verfahren beteiligt und städtebauliche Belange im Rahmen der Planfeststellung abwägend berücksichtigt wurden.¹¹⁰

V. Planfeststellung

Ob für ein Leitungsvorhaben ein Planfeststellungsverfahren durchzuführen ist, richtet sich zunächst nach § 43 Abs. 1 EnWG. Planfeststellungspflichtig sind danach vor allem¹¹¹ Hochspannungsfreileitungen mit einer Nennspannung von 100 kV und mehr (§ 43 Satz 1 Nr. 1 EnWG). Für Erdkabel mit dieser Nennspannung kann auf Antrag des Vorhabenträgers ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden. § 43 Satz 1 Nr. 1 EnWG erfasst insbesondere auch die in der Anlage zum EnLAG aufgeführten Leitungen, soweit sie als Freileitung ausgeführt werden. Für diejenigen Abschnitte der EnLAG-Leitungen, die nach § 2 Abs. 1 EnLAG als Pilotvorhaben für die Erdverkabelung in Betracht kommen, sieht § 2 Abs. 3 EnLAG vor, dass ein Planfeststellungsver-

¹⁰⁹ *Hermes* (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 170.

¹¹⁰ *Hermes* (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 181.

¹¹¹ Zu Planfeststellungspflichtigkeit weiterer Vorhaben im Einzelnen *Kment* (o. Fußn. 50), § 43 Rn. 17 ff.; *Hermes* (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 118.

fahren nach Maßgabe der §§ 43 ff. EnWG durchgeführt werden kann. Diese Leitungen sind also planfeststellungsfähig.¹¹² Zuständig für Planfeststellungsverfahren auf der Grundlage des EnWG sind die jeweils zuständigen Behörden der Länder (§ 43 Satz 1 a. E. EnWG).

Ein Planfeststellungsverfahren ist darüber hinaus für diejenigen Leitungsvorhaben durchzuführen, die im Bedarfsplan nach BBPlG als länderübergreifend oder grenzüberschreitend gekennzeichnet sind (§ 2 Abs. 1, 18 ff. NABEG). Zuständig dafür wären nach § 31 Abs. 2 NABEG an sich die Landesbehörden. Der Bundesverordnungsgeber hat aber von seiner nach § 2 Abs. 2 NABEG bestehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht und der BNetzA mit Zustimmung des Bundesrates für alle vom Anwendungsbereich des NABEG erfassten Leitungen die Zuständigkeit für die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens übertragen.¹¹³

1. Das Planfeststellungsverfahren nach §§ 18 NABEG

Im Planfeststellungsverfahren wird unter Abwägung widerstreitender privater und öffentlicher Belange der Verlauf der Energieleitung im Wege der Standortplanung parzellenshaft festgelegt und zugleich eine abschließende Entscheidung über die Vereinbarkeit des Vorhabens mit allen in Betracht kommenden materiell-rechtlichen Anforderungen getroffen.¹¹⁴ Angesichts der Breite der im Rahmen der Bundesbedarfsplanung festgelegten Trassenkorridore entscheidet sich letztlich erst in der Planfeststellung, welche Kommune in welcher Hinsicht und wie intensiv durch das Leitungsvorhaben betroffen sein wird.

Die Struktur der Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens nach NABEG entspricht im Wesentlichen derjenigen der Bundesfachplanung. Auch das Planfeststellungsverfahren beginnt mit einem Antrag des Vorhabenträgers (§ 19 Abs. 1 Satz 1 NABEG). Dieser Antrag muss einen Vorschlag für den

¹¹² *Lecheler*, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2013, § 2 EnLAG Rn. 175.

¹¹³ Verordnung über die Zuweisung der Planfeststellung für länderübergreifende und grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen auf die BNetzA (Planfeststellungszuweisungsverordnung – PlfZV) vom 23.7.2013, BGBl. I S. 2582.

¹¹⁴ Zu dieser doppelten Bedeutung der Planfeststellung nur *Hermes* (o. Fußn. 4), § 7 Rn. 113.

beabsichtigten Verlauf der Trasse sowie eine Darlegung zu in Frage kommenden Alternativen und Erläuterungen zur Auswahl zwischen den in Frage kommenden Alternativen enthalten. Der Antrag ist sodann Gegenstand einer unverzüglich durchzuführenden Antragskonferenz (§ 20 Abs. 1 Satz 1 NABEG).

Auch für die Antragskonferenz nach § 20 NABEG ist zwischen den betroffenen Trägern öffentlicher Belange, die gesondert eingeladen werden müssen, und der Öffentlichkeit zu unterscheiden. Als Träger öffentlicher Belange sind insbesondere diejenigen Gemeinden, auf deren Gebiet das Vorhaben verwirklicht werden soll, zu beteiligen. Aber auch die von dem Vorhaben betroffenen Landkreise sind zu beteiligen. Die Landkreise sind nicht nur Träger zahlreicher Behörden, deren Aufgabenbereiche durch die Planfeststellung betroffen sein kann, sie sind nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG auch Selbstverwaltungskörperschaften und können in ihrem Selbstverwaltungsrecht sowohl als Träger kreiseigener Einrichtungen und als auch Träger einer das Kreisgebiet umfassenden Planungshoheit betroffen werden.¹¹⁵

Soweit sich die Kommunen nicht auf ihnen zur Erledigung übertragene öffentliche Aufgaben und nicht auf ihr Selbstverwaltungsrecht berufen können – also etwa im Hinblick auf ihre Rolle als (privatrechtliche) Eigentümer von Liegenschaften – müssen sie ihre Betroffenheit dagegen im Rahmen der allgemeinen Öffentlichkeitsbeteiligung geltend machen.¹¹⁶ Gelegenheit dazu besteht im Anhörungsverfahren nach § 22 NABEG, das sich an die Antragskonferenz anschließt.

Gegenstand des Anhörungsverfahrens ist der auf der Grundlage der Antragskonferenz bearbeitete Plan des Vorhabenträgers, der von der BNetzA zum Zwecke der Öffentlichkeitsbeteiligung für die Dauer eines Monats auszulegen und im Internet zu veröffentlichen ist. Wie Privatpersonen, deren Belange durch das Vorhaben berührt werden, können auch die als Eigentümer betroffenen Kommunen nach § 22 Abs. 6 NABEG Einwendungen gegen den Plan erheben.

¹¹⁵ So zu Recht *Nebel/Riese* (o. Fußn. 61), § 22 NABEG Rn. 21 f.

¹¹⁶ *Nebel/Riese* (o. Fußn. 61), § 22 NABEG Rn. 21.

Als Träger öffentlicher Belange – insbesondere also im Hinblick auf ihre Planungshoheit – haben die Kommunen dagegen nicht nur einen Anspruch darauf, beteiligt zu werden, sind vielmehr verpflichtet, eine Stellungnahme abzugeben.¹¹⁷

2. Das Planfeststellungsverfahren nach §§ 43 ff. EnWG

Das nach §§ 43 ff. EnWG durchzuführende Planfeststellungsverfahren entspricht im Hinblick auf die Einbindung der Kommunen weitgehend dem Verfahren nach §§ 18 NABEG. Das allgemeine Planfeststellungsverfahren sieht allerdings keine Antragskonferenz vor. Auf eine eingehendere Erörterung kann hier deshalb verzichtet werden.

VI. Berücksichtigung kommunaler Planungen in höherstufigen Planungsprozessen

Gegenstand der Betrachtung war bislang vor allem die Beteiligung der Kommunen an den Maßnahmen anderer Planungsträger. Zum Abschluss soll nun noch die Frage erörtert werden, ob und inwieweit andere Planungsträger an planerische Entscheidungen der Kommunen gebunden sind. Es geht mithin um das Verhältnis der kommunalen Bauleitplanung zu räumlichen Gesamtplanung und zu Fachplanungen, wobei sich die folgenden Ausführungen auf das Verhältnis der Bundesfachplanung und der Planfeststellung für Höchstspannungsleitungen im Anwendungsbereich des NABEG beschränken werden. Insoweit ist vieles noch streitig, zumal es an klarstellender Rechtsprechung bislang fehlt.

1. Das Verhältnis der kommunalen Bauleitplanung zur Bundesfachplanung

Zur kommunalen Bauleitplanung gehören der Flächennutzungsplan (§§ 5 ff. BauGB) als vorbereitender Bauleitplan und der Bebauungsplan (§§ 8 ff. BauGB), der vom Gesetz als verbindlicher Bauleitplan bezeichnet wird. Beide Pläne unterscheiden sich in ihrer Funktion. Während der Flächennutzungsplan vor allem ein gesamträumliches Entwicklungskonzept darstellt, das die Art der Bodennutzung in den Grundzügen festlegt, enthalten die Bebauungspläne rechtsverbindliche Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung.¹¹⁸

¹¹⁷ Dazu *Nebell/Riese* (o. Fußn. 61), § 22 NABEG Rn. 29.

¹¹⁸ Zu beiden Plänen schon oben sub IV. 4.

a) *Festsetzungen in Flächennutzungsplänen*

Das Konfliktpotenzial zwischen der gemeindlichen Flächennutzungsplanung und der Bundesfachplanung liegt auf der Hand.¹¹⁹ Im Flächennutzungsplan können die Gemeinden – wie oben schon erwähnt – Freiraumschutz, Schutzgebiete oder Konzentrationszonen für Freileitungen ausweisen¹²⁰, und es stellt sich die Frage, ob die BNetzA als Träger der Bundesfachplanung solche Festsetzungen im Rahmen der Festlegung der Trassenkorridore berücksichtigen muss.

Dem Charakter des Flächennutzungsplans als lediglich vorbereitender Bauleitplan entspricht es allerdings, dass er grundsätzlich keine Außenwirkung entfaltet. Gleichwohl sind seine Festsetzungen im Rahmen der Bundesfachplanung nicht ohne Bedeutung. Das folgt aus § 7 BauGB, der dem Flächennutzungsplan als sog. „Planwirkungsklausel“ unter bestimmten Voraussetzungen Außenwirkung zukommen lässt.¹²¹ § 7 Satz 1 BauGB besagt, dass öffentliche Planungsträger, die nach § 4 oder § 13 BauGB beteiligt worden sind, ihre Planungen dem Flächennutzungsplan insoweit anzupassen haben, als sie diesem nicht widersprochen haben.

Dass es sich bei der BNetzA um einen „öffentlichen Planungsträger“ in diesem Sinne handelt, ist zwar nicht ganz unumstritten¹²², wird aber von der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur zu Recht bejaht.¹²³ Problematischer im Hinblick auf eine Bindung der BNetzA an die Festsetzungen von Flächennutzungsplänen ist dagegen, dass viele dieser Pläne in Kraft gesetzt sein dürften, bevor die Aufgabe der Bundesfachplanung der BNetzA überhaupt übertragen wurde. Eine Beteiligung der BNetzA im Prozess der Planaufstellung, wie sie nach § 7 Satz 1 BauGB Voraussetzung der Bindung ist, scheidet in diesen Fällen aus. Daraus wird teilweise geschlossen, dass die BNetzA im Rahmen der Bundesfachplanung nicht im Sinne von § 7 BauGB an vorfindliche Flä-

¹¹⁹ Ebenso *Kümper*, UPR 2015, S. 371 (374).

¹²⁰ *Schlacke*, NVwZ 2015, S. 626 (630).

¹²¹ *Kümper*, UPR 2015, S. 278 (281).

¹²² Ablehnend *Appel* (o. Fußn. 87), § 5 NABEG Rn. 40; ebenso *Kment*, NVwZ 2015, S. 616 (621).

¹²³ *Kümper*, DÖV 2015, S. 278 (281 ff.); *ders.*, UPR 2015, S. 371 (375); *Schlacke*, NVwZ 2015, S. 626 (630); *Mitschang*, UPR 2015, S. 1 (7). Zum Verhältnis BNetzA/Übertragungsnetzbetreiber auch bereits oben sub III. 3. b).

chennutzungspläne gebunden sei, sondern deren Festsetzungen nur als abwägungsrelevanten Belang zu berücksichtigen habe.¹²⁴ Nach anderer Auffassung ist dagegen auch dann von einer Bindung auszugehen, wenn sich die BNetzA nicht beteiligen konnte, weil sie noch nicht existierte.¹²⁵

Folgte man diesem Ansatz, gewinnen die Vorschriften des § 7 Satz 3 ff. BauGB besondere Bedeutung. Auch Planungsträger, die beteiligt worden sind und nicht widersprochen haben, können sich nach dieser Bestimmung durch nachträglichen Widerspruch von der Bindung an einen Flächennutzungsplan lösen, wenn eine Veränderung der Sachlage eine abweichende Planung erforderlich macht. Ein solcher Widerspruch ist nur zulässig, wenn der Versuch, mit der Gemeinde zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen, gescheitert ist und die für die abweichende Planung geltend gemachten Belange die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebenden städtebaulichen Belange nicht nur unwesentlich überwiegen.

Entfaltet der Flächennutzungsplan dagegen nach § 7 Satz 1 BauGB Bindungswirkung, ist die Bundesfachplanung so auszugestalten, dass sie der Umsetzung des Flächennutzungsplans durch einen rechtsverbindlichen Bebauungsplan nicht (oder – im Falle eines nachlaufenden Flächennutzungsplans, dem der Planungsträger nicht widersprochen hat – nicht mehr) zuwiderläuft.¹²⁶

b) Bundesbedarfsplanung und kommunaler Bebauungsplan

Was die Frage angeht, ob und inwieweit kommunale Bebauungspläne im Rahmen der Bundesfachplanung zu berücksichtigen sind, gilt es zu berücksichtigen, dass es angesichts der unterschiedlichen Aufgabenstellungen beider Planung nicht zu Konflikten kommen kann. In der Bundesfachplanung werden lediglich Trassenkorridore im groben Maßstab von 500 bis 1000 Meter Breite festgelegt. Eine parzellenscharfe Standortentscheidung fällt dagegen erst im Rahmen des nachfolgenden Planfeststellungsverfahrens. Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur plastisch formuliert, dass sich die Ebenen

¹²⁴ *Kümper*, DÖV 2015, S. 278 (283 f., 286 f.).

¹²⁵ *Schlacke*, NVwZ 2015, S. 626 (630).

¹²⁶ *Mitschang*, UPR 2015, S. 1 (9), allerdings mit Blick auf das Planfeststellungsverfahren; *Kümper*, DÖV 2015, S. 278 (284 f.).

der Bundesfachplanung und der Bebauungsplans gleichsam verfehlen.¹²⁷ Dem ist zuzustimmen.¹²⁸ Weil die Festlegungen eines Bebauungsplans aufgrund ihrer Kleinräumigkeit für die Bestimmung der Trassenkorridore im Allgemeinen nicht relevant sein dürfen, wird die BNetzA sie im Grundsatz auch nicht im Rahmen ihrer Abwägung zu berücksichtigen haben.¹²⁹

2. Planfeststellungen nach §§ 18 NABEG und ihr Verhältnis zur kommunalen Bauleitplanung

Gerade weil im Rahmen der Planfeststellung nach §§ 18 NABEG die Trassen der Höchstspannungsleitungen parzellenshaft festgelegt und abschließend über die Zulassung der entsprechenden Vorhaben entschieden wird, liegt es nahe, dass es zu Konflikten mit einer bestehender kommunalen Bauleitplanung kommen kann.

a) Planfeststellung und Flächennutzungsplan

Im Hinblick auf eine mögliche Bindung der BNetzA bei der Planfeststellung nach §§ 18 NABEG gilt dabei das oben zur Bindung der Behörde im Rahmen der Bundesfachplanung Gesagte. Es besteht also eine Anpassungspflicht, der sich die BNetzA – wenn sie dem Flächennutzungsplan nicht widersprochen hat oder nicht widersprechen konnte, weil sie noch nicht mit der Aufgabe der Planfeststellung betraut war – nur durch einen nachträglichen Widerspruch entziehen kann, der seinerseits wiederum an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft ist.¹³⁰

b) Planfeststellung und Bebauungsplan

Für das Verhältnis der Planfeststellung nach §§ 18 NABEG und kommunalen Bebauungsplänen ist dagegen § 38 BauGB maßgeblich: Auf Planfeststellungsverfahren von Vorhaben von überörtlicher Bedeutung sind danach die §§ 29 bis 37 BauGB nicht anzuwenden, wenn die Gemeinde beteiligt wird. Städtebauliche Belange sind zu berücksichtigen.

¹²⁷ Kümper, DÖV 2015, S. 278 (280); ders., UPR 2015, S. 371 (374); im Ergebnis auch Mitschang, UPR 2015, S. 1 (7).

¹²⁸ Zum Teil wird allerdings auch für eine analoge Anwendung des § 38 BauGB (zu dieser Vorschrift sogleich sub 2. b)) plädiert, so Schlacke, NVwZ 2015, S. 626 (630); Durner, DVBl 2013, S. 1564 (1570).

¹²⁹ Kümper, UPR 2015, S. 371 (374).

¹³⁰ Oben sub 1. a) sowie Mitschang, UPR 2015, S. 1 (9 ff.).

sichtigen. Fachplanungen genießen also Vorrang vor dem Zulassungsrecht der §§ 29 ff. BauGB. Die Festsetzungen des Bebauungsplans entfalten damit im Hinblick auf solche Fachplanungen keine Wirkungen. Besteht bei Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses ein Bebauungsplan, so werden seine Festsetzungen durch die fachplanerische Entscheidung überlagert.¹³¹ Voraussetzung dafür ist, dass die Kommunen im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens beteiligt wurde, wie das § 22 NABEG im Rahmen des Anhörungsverfahrens vorsieht. Voraussetzung ist des Weiteren, dass die BNetzA die von den Kommunen vorgebrachten städtebaulichen Belange in ihrer Abwägung berücksichtigt.

VII. Fazit

Die Kommunen sind durch den Energieleitungsbau in vielfacher Hinsicht betroffen. Nicht zuletzt ihre Planungshoheit wird dadurch eingeschränkt, sie müssen aber auch Beeinträchtigungen im Hinblick z. B. auf das Landschafts- oder Ortsbild hinnehmen, die sich negativ auswirken können. Die Rechtsordnung reagiert darauf in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 28 Abs. 2 GG, in dem sie den Kommunen Beteiligungsrechte an den Planungsentscheidungen der überörtlichen Planungsträger für den Energieleitungsbau, namentlich der BNetzA einräumt. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Kommunen ihre Belange in die Abwägung einbringen können. Angesichts des überragenden öffentlichen Interesses an einem in seiner Notwendigkeit nicht ernsthaft zu bestreitenden Ausbaus insbesondere des Übertragungsnetzes ist aber bereits heute absehbar, dass diese Belange, so berechtigt sie auch sein mögen, in vielen Fällen werden zurücktreten müssen.

¹³¹ Mitschang, UPR 2015, S. 1 (9).

Diskussionsbericht (3. Teil)

Referent Dr. Klaus Ritgen: Energieleitungsbau

Von Ass. iur. Jörn Simme

Mit der ersten Wortmeldung der Diskussionsrunde griff Prof. Dr. Gellermann die Frage des Rechtsschutzes durch die Kommunen noch einmal auf. Er wies darauf hin, dass auf nationaler Ebene die Stellung der Kommunen beim Rechtsschutz eher schwach eingestuft werde. Man könne aber auf Grund des europäischen Kontextes eine Stärkung der Rechtsstellung der Kommunen auch in Bezug auf die Rechtsschutzmöglichkeiten in materieller Hinsicht in Betracht ziehen. Solche Tendenzen seien insbesondere aus dem UVP-Recht abzuleiten, wo es beispielsweise einer in ihrer Planungshoheit betroffenen Gemeinde gelungen sei, einen Planfeststellungsbeschluss erfolgreich vor Gericht anzugreifen.

Darüber hinaus müsse diskutiert werden, ob nicht eine Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Kommunen auch im Zusammenhang mit anderen unionsrechtsbasierten Vorschriften anzunehmen sei. Insbesondere sei es vorstellbar, dass die Kommunen die Verletzung unionsrechtsbasierten Naturschutzrechts geltend machen könnten. Der EuGH sei recht großzügig mit der Zuerkennung von Rechten der Bürger und in Bezug auf Planfeststellungsverfahren könne man erwägen, dass sich die Kommunen in einer vergleichbaren Position mit dem Bürger befänden.

Dr. Ritgen stimmte den Ausführungen von Prof. Dr. Gellermann ausdrücklich zu und betonte, dass aus seiner Sicht eine Ausweitung der einklagbaren Rechtspositionen für die Kommunen wünschenswert sei. Der Vortrag stelle allerdings den Ist-Zustand dar: Momentan sähe es jedenfalls nicht so aus, als könnten die Kommunen effektiv gegen den Stromleitungsbau vorgehen. Vielmehr würde der Rechtsschutz im Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG) konzentriert und niemand sei in der Lage, bereits gegen die Bundesfachplanung vorzugehen. Erst mit Vorliegen des Planfeststellungsbeschlusses könnten Rechtsbehelfe eingelegt werden, was zu Verlagerungseffekten und Verzögerungen führe. Bezogen auf den Rechtsschutz im Zusammen-

hang mit europäischen Rechtsvorschriften und der vergleichbaren Rechtsstellung von Kommunen und Bürgern, führte Dr. Ritgen aus, dass ihm aus der Praxis kein Fall bekannt sei, in dem der EuGH zugunsten einer Kommune entschieden habe. Zudem verwies er auf die Argumentation der nationalen Gerichte, wonach es nicht Aufgabe einzelner Kommunen sei, Akte anderer Hoheitsträger vor Gericht zu überprüfen. Ob diese Argumentation durch europäische Vorgaben entkräftet werden könne, sei unklar.

Die zweite Wortmeldung der Diskussionsrunde begann Prof. Dr. Köck mit einer Anmerkung zu der Bedarfsplanung. Diese habe eine besondere Bedeutung für das gesamte Verfahren des Leitungsbaus, da mit der Feststellung des Bedarfs für ein entsprechendes Vorhaben zu einem sehr frühen Zeitpunkt dessen Grundkonzept festgeschrieben werde. Es sei dann nur noch möglich, gewisse Modalitäten zu verhandeln. Nach dieser wichtigen Weichenstellung des Gesetzgebers sei der Bedarf gemäß den politischen Vorstellungen der Bundesregierung zu bestimmen. Hierbei handele es sich um klare normative Vorgaben des Gesetzgebers und eine fortschrittliche Herangehensweise, da somit Schwierigkeiten bei der Bedarfsermittlung vermieden würden. Bedacht werden müsse jedoch, dass auf dieser Ebene keine Beteiligungsform vorgesehen sei und demnach auf den folgenden Stufen diese Frage nicht noch einmal zu Disposition gestellt werden könne. Somit käme es zu Enttäuschungen, wenn die Beteiligten nicht mehr über das „Ob“ mitentscheiden könnten.

Des Weiteren stellte Prof. Dr. Köck eine Nachfrage zu der Diskussion, ob die Ziele der Raumordnung die Bundesfachplanung binden können. Er verwies auf § 5 ROG, wonach die Ziele der Raumordnung nur insoweit Bindungswirkung entfalten könnten, soweit die zuständige Behörde, hier die Bundesnetzagentur (BNetzA), im Aufstellungsverfahren beteiligt worden sei. Folglich müsse man davon ausgehen, dass in der Regel die Ziele der Raumordnung nicht der Bundesfachplanung entgegengehalten werden könnten, da eine solche Beteiligung zumeist nicht stattgefunden habe.

Dr. Ritgen antwortete zur Bindungswirkung der Ziele der Raumordnungspläne für die Bundesfachplanung damit, dass es an dieser Stelle gerade unterschiedliche Auffassungen gebe. Es werde insbesondere darüber gestritten, ob die Bundesnetzagentur an die

Ziele der Raumordnung gebunden sei. In dieser Diskussion spiele § 5 ROG und auch § 15 NABEG eine entscheidende Rolle. Man müsse aber abwarten, wie das BVerwG zu einem späteren Zeitpunkt entscheiden werde.

Vorweg ging Prof. Dr. Cancik in einer kurzen Stellungnahme darauf ein, dass die Ausgestaltungen der Beteiligungsrechte im NABEG dazu geeignet seien, enttäuschte Erwartungen hervorzurufen. Das sei immer dann der Fall, wenn es zwar zahlreiche formelle Möglichkeiten der Beteiligung gebe, auf der materiellen Seite aber letztlich keine.

Die daran anschließende Frage bezog sich auf die Problemstellung der Bindungswirkung der einzelnen Pläne untereinander und ging konkret darauf ein, ob es in der Praxis bestimmte Widerspruchsstellen bei der Bundesnetzagentur gebe, die dafür zuständig seien, bei der Aufstellung von Flächennutzungsplänen die Rechte der BNetzA zu wahren. Vor diesem Hintergrund stelle sich weiter die Frage, ob die Kommunen das Instrument der Flächennutzungsplanung gezielt dafür nutzen, ihre Interessen geltend zu machen.

Dr. Ritgen meldete ebenfalls Zweifel hinsichtlich der Existenz solcher Widerspruchsstellen bei der BNetzA an. Dies sei schon wegen der Fülle an Kommunen nicht praktikabel. Darüber hinaus machte er deutlich, dass die Flächennutzungsplanung keine Verhinderungsplanung sei und sie daher von den Kommunen ohne sachliche Rechtfertigung nicht genutzt werden dürfe, um die BNetzA bei der Bundesfachplanung zu behindern.

Prof. Dr. Groß ging im Rahmen der letzten Wortmeldung der Diskussionsrunde auf die Distanz zwischen den Kommunen und der BNetzA ein. Er stellte die Frage, ob die geringe Berücksichtigung kommunaler Interessen gerade mit dieser großen Distanz zu erklären sei oder ob es daran liege, dass die BNetzA vordergründig die Interessen der Übertragungsnetzbetreiber berücksichtige. Daran anknüpfend stelle sich die Frage, ob in Sonderfällen die Übertragungsnetzbetreiber auch außerhalb des formellen Verfahrens lokale Probleme mit den Kommunen erörtern würden.

Dr. Ritgen begründete die Zuständigkeit der BNetzA mit früheren Unzulänglichkeiten bei der Umsetzung überregionaler Leitungsbauprojekte auf Länderebene. So habe es häufig Abstimmungsschwierigkeiten bei den jeweils zuständigen Landesbehörden gegeben. Nicht unproblematisch sei der verfassungsrechtliche Aspekt der Länderexekutive.

Ein gewisses systemimmanentes Näheverhältnis zwischen der BNetzA und den Übertragungsnetzbetreibern bestünde wohl und es käme sicher auch zu einem Austausch auf informeller Ebene. Das führe jedoch nicht dazu, dass die BNetzA den Anträgen der Übertragungsnetzbetreiber in jedem Fall entspreche. Beispielsweise sei Tennet Ende 2014 mit einem Antrag zum Sümlink auf Bundesfachplanung bei der BNetzA gescheitert - nicht zuletzt, weil die Kommunen Einfluss genommen hätten, aber auch wegen der von der BNetzA selbst gestellten Anforderungen.

Zu der Frage nach informellen Ansätzen der Beteiligung führte Dr. Ritgen aus, dass sich die kommunalen Spitzenverbände auch mit dem Thema auseinandergesetzt hätten, ob es neben dem formellen Verfahren zusätzlich informeller Beteiligungsmöglichkeiten bedürfe. Die kommunalen Spitzenverbände hätten mit den Übertragungsnetzbetreibern eine Rahmenvereinbarung geschlossen, wie Beteiligungsprozesse lokal ausgestaltet sein können. Die informelle Beteiligung fände im Vorfeld des formalen Verfahrens statt und es stelle sich dabei die Frage, wie die Ergebnisse des informellen Verfahrens in dem formalen Genehmigungsprozess berücksichtigt werden können. Bei der Ablehnung eines Antrags sei zum Beispiel angeführt worden, dass der Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen des informellen Verfahrens auf Sachverhalte aufmerksam gemacht worden sei, die jedoch nicht im Antrag aufgegriffen wurden. Die Systeme griffen mithin ineinander.

Dr. Ritgen schloss mit der Bemerkung, dass die Übertragungsnetzbetreiber in diesem Bereich viel dazu gelernt hätten und die Kommunikation mit ihnen gut sei.

Windkraft und Artenschutz*

Professor Dr. Martin Gellermann

I. Einführung

In der Bundesrepublik Deutschland wurden Ende 2014 insgesamt 24.867 Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von 38.115 MW betrieben.¹ Im ersten Halbjahr 2015 umfasste der Zubau eine Windenergie-Leistung von rund 1.093 MW.² Das „Ende der Fahnenstange“ ist damit aber noch längst nicht erreicht.

Auch wenn diese Entwicklung aus Sicht des Klimaschutzes und der Ressourcenschonung zu begrüßen sein mag, hat sie doch auch ihre Schattenseiten. Windkraftanlagen verursachen bekanntlich nicht nur Emissionen, sondern überformen manchen Orts das Erscheinungsbild der Landschaft und geraten nicht selten mit den Zielen des Artenschutzes in Konflikt. Namentlich birgt der Betrieb der Anlagen die Gefahr in sich, dass gefährdete Greifvögel und Eulen an den Rotoren zu Tode kommen, störungsempfindliche Vogelarten durch betriebsbedingte Schalleinträge aus ihren Brutrevieren vertrieben oder schon in der Bauphase Horst- oder Höhlenbäume gerodet werden, die unterschiedlichsten Tierarten als Fortpflanzungs- oder Ruhestätten dienen.

Um solche Folgen möglichst zu verhindern, muss den Erfordernissen des Artenschutzes bereits auf der Ebene der gesamträumlichen Planung, vor allem aber auf der nachgelagerten Ebene des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens die ihnen gebührende Beachtung geschenkt werden. Das ist freilich leichter gesagt als getan, zumal sich die Genehmigungsbehörden die Gewissheit verschaffen müssen, dass einschlägige Bestimmungen des Artenschutzrechts der Errichtung und dem Betrieb der zur Geneh-

* Erweiterte und mit Fußnoten versehene Fassung eines Vortrags, den der Verfasser im Rahmen der 26. Bad Iburger Gespräche am 11.11.2015 in Osnabrück gehalten hat.

¹ *Bundesverband WindEnergie (BWE)*, Installierte Windenergieleistung in Deutschland, Stand: 31.12.2014, <https://www.wind-energie.de/themen/statistiken/deutschland>.

² *Bundesverband Erneuerbare Energie e.V.*, Windenergie an Land, Ausbautzahlen für das erste Halbjahr 2015 in Deutschland, <http://www.bee-ev.de/home/presse/mitteilungen/detailansicht/windenergie-an-land-ausbautzahlen-fuer-das-erste-halbjahr-2015-in-deutschland/>.

migung gestellten Anlagen nicht entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Das stellt die Behörden angesichts der dynamischen Entwicklung der Arten, aber auch deshalb vor besondere Herausforderungen, weil im Kontext des Artenschutzes noch längst nicht alle Rechtsfragen in einer den praktischen Erfordernissen gerecht werdenden Weise beantwortet werden konnten. Dies bietet Anlass, im Folgenden den aktuellen Stand der Erkenntnis zu präsentieren und zumindest auf einige Problemfelder aufmerksam zu machen, die noch keiner zufriedenstellenden Lösung zugeführt wurden.

II. Besonderes Artenschutzrecht im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren

Ins Blickfeld geraten zunächst die Vorschriften der §§ 44 ff. BNatSchG, die der Umsetzung einschlägiger Bestimmungen des EU-Artenschutzes (Art. 12, 13, 16 FFH-RL, Art. 5, 9 VRL) dienen und daher stets im Lichte dieser Regelungsvorgaben zu interpretieren sind.

1. Das Spektrum der geschützten Arten

Der besondere Schutz, den § 44 Abs. 1, 5 BNatSchG verbürgt, kommt grundsätzlich allen besonders geschützten Tier- und Pflanzenarten zugute. Mit § 44 Abs. 5 S. 5 BNatSchG hat der Gesetzgeber allerdings eine Regelung geschaffen, vermöge derer all jene Arten, die ihren besonderen Schutz ausschließlich den Vorschriften des nationalen Rechts verdanken, durch die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG nicht vor Beeinträchtigungen durch zulässige Eingriffe in Natur und Landschaft geschützt werden.³ Für die Entscheidung über die Zulassung von Windkraftanlagen verbindet sich damit keine wesentliche Erleichterung, zumal vor allem Fledermäuse und Vögel unter dem Betrieb der Anlagen leiden, die es aus Gründen des EU-Artenschutzes (Art. 12 Abs. 1 FFH-RL, Art. 5 VRL) vor nachteiligen Einwirkungen zu schützen gilt.

2. Verbot der Schädigung geschützter Individuen

Zu den Kernproblemen bei der Zulassung von Windkraftanlagen gehört die Beantwortung der Frage, ob der Betrieb der jeweiligen Anlage mit der Vorschrift des § 44 Abs. 1

³ Vgl. *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht II, Stand: 76. Lfg. 2015, § 44 Rn. 40.

Nr. 1 BNatSchG in Konflikt gerät, die es untersagt, Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten.

2.1 Schon die normtextliche Fassung lässt keinen Zweifel daran, dass dieses Zugriffsverbot den Individuen der geschützten Arten zugutekommt und einer populationsbezogenen Relativierung unzugänglich ist.⁴ Selbst bei häufigeren Tierarten hängt die Verwirklichung des Verbotstatbestandes nicht davon ab, ob die Tötung einer „nennenswerten Anzahl von Individuen“ zu prognostizieren ist,⁵ weil § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für die Einführung einer – wie auch immer zu bemessenden – „Bagatellschwelle“ keinen Raum lässt.⁶

2.2 Der Individuenbezug des Zugriffsverbots birgt bei der Genehmigung von Windkraftanlagen insoweit Probleme in sich, als in der Bundesrepublik Deutschland kaum ein Standort vorstellbar ist, an dem nicht irgendwann im Laufe der Betriebszeit Fledermäuse oder Vögel der europäischen Arten an den Rotoren zu Tode kommen. Um dennoch Gewähr dafür zu bieten, dass Anlagen nicht in jedem Fall nur noch unter Inanspruchnahme einer sich auf § 45 Abs. 7 BNatSchG gründenden artenschutzrechtlichen Ausnahme zugelassen werden dürfen, pflegt § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG im Wege teleologischer Reduktion in seiner Reichweite begrenzt zu werden. Das Zugriffsverbot wird daher nur aktiviert, wenn Windkraftanlagen das Risiko der Tötung geschützter Exemplare in einer „signifikanten Weise“ erhöhen.⁷

a.) Dieser Ansatz ist fraglos sachgerecht und sieht sich – entgegen gelegentlich geäußerter Befürchtung⁸ – keiner unionsrechtlichen Beanstandung ausgesetzt,⁹ indessen

⁴ *BVerwG*, Urt. v. 16.03.2006, 4 A 1075/04, NVwZ 2008, Beil. Heft 8, S. 54 Rn. 563; Urt. v. 18.03.2009, 9 A 39/07, NVwZ 2010 Rn. 58; *OVG Weimar*, Urt. v. 14.10.2009, 1 KO 372/06, NuR 2010, 368 (369); *OVG Lüneburg*, Urt. v. 18.04.2011, 12 ME 274/10, NuR 2011, 431 (432); *OVG Magdeburg*, Urt. v. 21.03.2013, 2 M 154/12, NuR 2013, 507 (509); *VGH München*, Urt. v. 20.11.2012, 22 A 10.40041, NuR 2013, 357 (364); *VGH Kassel*, Beschl. v. 17.12.2013, 9 A 1540/12.Z, juris Rn. 9; abweichend *OVG Münster*, Urt. v. 30.07.2009, 8 A 2358/08, BeckRS 2010, 47328 und Urt. v. 20.11.2012, 8 A 252/10, NuR 2013, 146 (150).

⁵ In dieser Hinsicht aber *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 04.06.2013, 2 L 113/11, NuR 2013, 905 (906); Urt. v. 13.03.2014, 2 L 212/11, juris Rn. 31; *Nebel*, jurisPR-UmwR 1/2013 Anm. 5.

⁶ *Gellermann*, NuR 2014, 597 (601 f.).

⁷ Vgl. nur *BVerwG*, Urt. v. 28.03.2013, 9 A 22.11, NuR 2013, 565 Rn. 118; *VGH München*, Beschl. v. 19.08.2015, 22 ZB 15.457, juris Rn. 22; *OVG Magdeburg*, Urt. v. 13.03.2014, 2 L 212/11, juris Rn. 28.

⁸ *Gatz*, DVBl. 2009, 737 (744); *Steeck/Lau*, NVwZ 2009, 196 (622).

birgt die Beantwortung der Frage Schwierigkeiten in sich, unter welchen Voraussetzungen von einer Überschreitung dieser „Signifikanzschwelle“ auszugehen ist.

Von Belang ist dabei zunächst, dass im Eingriffsbereich Tiere gerade jener Arten vorkommen, die ihrer artspezifischen Verhaltensweisen wegen unter den Auswirkungen der Windkraftnutzung besonders leiden. Lassen sich am Anlagenstandort keine kollisionsempfindlichen Tierarten feststellen, fehlt es bereits am dem Grundrisiko, das sich in Ansehung der Gegebenheiten des Einzelfalles zu einem signifikant erhöhten Risiko verdichten kann. Werden daher bei den erforderlichen Untersuchungen vor Ort lediglich Rebhühner, Steinkäuze oder das Große Mausohr angetroffen, bereitet § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG keine weiteren Probleme, weil es sich dabei um Arten handelt, die nach bisherigem Erkenntnisstand nur selten zum Opfer der Windkraftnutzung werden.

Aber selbst wenn dort kollisionsempfindliche Arten wie der Große Abendsegler, der Rotmilan, der Mäusebussard oder die Feldlerche vorkommen, genügt dies für sich betrachtet noch nicht, um auf eine Überschreitung der Signifikanzschwelle zu erkennen. Da der Begriff der Signifikanz auf das Erfordernis einer deutlichen oder bedeutsamen Steigerung des Tötungsrisikos verweist,¹⁰ wird die Signifikanzschwelle erst überschritten, wenn sich Tiere der kollisionsempfindlichen Arten regelmäßig oder womöglich gar häufig am Anlagenstandort aufhalten.¹¹ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Windkraftanlagen in einem von zahlreichen Abendseglern genutzten Zugkorridor errichtet werden sollen, weil bei zeitgleicher Anwesenheit einer großen Anzahl schlaggefährdeter Fledermäuse die Gefahr spürbar steigt, dass zumindest einzelne Tiere mit den Rotoren kollidieren. Nichts anderes gilt, wenn eine Windkraftanlage in dem intensiv beflogenen Nahbereich des Horstes eines Rotmilans oder eines Mäusebussards errichtet und betrieben wird. Nicht die Anzahl der Greifvögel, wohl aber die Häufigkeit und Intensität ihrer Flugaktivitäten im direkten Umfeld ihres Horstes führt zwangsläufig zu einer deutlich

⁹ Eingehend hierzu *Gellermann*, Europäisches Artenschutzrecht bei der Zulassung von Investitions- und Infrastrukturvorhaben, in: Krautzberger/Rengeling/Saerbeck (Hrsg.), Festschrift für Stürer, 2013, S. 3 (7 f.).

¹⁰ *OVG Lüneburg*, Urt. v. 10.11.2008, 7 KS 1/05, juris Rn. 88; *OVG Magdeburg*, Urt. v. 13.03.2014, 2 L 212/11, juris Rn. 28; *VG Cottbus*, Urt. v. 07.03.2013, 4 K 6/10, juris Rn. 44.

¹¹ *OVG Magdeburg*, Urt. v. 19.01.2012, 2 L 124/09, juris Rn. 45; *VGH München*, Beschl. v. 19.08.2015, 22 ZB 15.457, juris Rn. 24; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 18.04. 2011, 12 ME 274/10, juris Rn. 5; *OVG Weimar*, Urt. v. 30.07.2009, 8 A 2357/08, juris Rn. 139 ff.

wahrnehmbaren und in diesem Sinne signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos der geschützten Individuen.

b.) Die Beispiele belehren darüber, dass die Feststellung der Signifikanz der Erhöhung des Tötungsrisikos nach einer prognostischen Beurteilung verlangt, die unter stem Einbezug naturschutzfachlichen Sachverstandes vorzunehmen ist. Nicht zuletzt deshalb erkennt die Rechtsprechung den Genehmigungsbehörden eine gerichtlich nur in beschränktem Umfang kontrollierbare Einschätzungsprärogative zu.¹² Werden die behördlichen Einschätzungen aber ohnehin nur auf ihre Plausibilität und Vertretbarkeit hin überprüft, wird den Genehmigungsbehörden bei der Beurteilung der Signifikanz der Erhöhung des Tötungsrisikos nichts Unmögliches abverlangt, zumal die Fachwissenschaft längst Kriterien entwickelt hat, die gewichtige Anhaltspunkte für das Bestehen relevanter Konfliktlagen bieten.

Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur an das „Helgoländer Papier“ der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG-VSW)¹³ und die hieran anknüpfenden Handlungsempfehlungen des Niedersächsischen Landkreistages (NLT),¹⁴ die im Interesse der Vermeidung eines erhöhten Tötungsrisikos die Einhaltung von Mindestabständen zwischen Windkraftanlagen und bedeutenden Vogellebensräumen sowie Brutplätzen windkraftempfindlicher Vogelarten empfehlen. Werden diese mitunter auch als „Tabubereiche“¹⁵ oder „Bauverbotszonen“¹⁶ bezeichneten Abstände nicht eingehalten, ist dies zumindest ein gewichtiges Indiz für die Erfüllung des Tatbestandes des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.¹⁷ Darüber noch hinausgehend wird gelegentlich sogar die Auffassung vertreten, bei einer Unterschreitung des Abstandes wäre es im Sinne einer Ver-

¹² Vgl. nur *BVerwG*, Urt. v. 14.04.2010, 9 A 5.08, NVwZ 2010, 1225 Rn. 113; Urt. v. 21.11.2013, 7 C 40.11, NVwZ 2014, 524 Rn. 16-20; kritisch *Brandt*, NuR 2013, 482 ff.; *Gassner*, DVBl. 2012, 1479 ff.; *Gellermann*, NuR 2014, 597 ff.

¹³ Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, Überarbeitung, Stand: 15.04.2015.

¹⁴ Arbeitshilfe „Naturschutz und Windenergie“, Hinweise zur Berücksichtigung des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei Standortplanung und Zulassung von Windenergieanlagen, 5. Aufl. 2014.

¹⁵ *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 21.03.2013, 2 M 154/12, NuR 2013, 507 (511 f.).

¹⁶ *VGH Kassel*, Beschl. v. 17.12.2013, 9 A 1540/12.Z, juris Rn. 10.

¹⁷ *VGH Hannover*, Urt. v. 22.11.2012, 12 A 2305/11, juris Rn. 77.

mutungsregelung naturschutzfachlich gerechtfertigt, auf ein signifikant erhöhtes Risiko zu erkennen.¹⁸

Derlei Verlautbarungen dürfen nun aber nicht zu der Annahme verleiten, dass es im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren mit Feststellungen zur Wahrung der Mindestabstände sein Bewenden nicht haben könnte. Mag – um es am Beispiel zu illustrieren – die Unterschreitung des fachwissenschaftlich zum Schutz des Rotmilans empfohlenen Abstandes von 1.500 m zum Brutplatz auch auf ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko hindeuten, entbindet dies dennoch nicht von der Prüfung, ob in Ansehung der Gegebenheiten des Einzelfalles besondere Umstände (z.B. Landschaftsstruktur) bestehen, die eine Meidung des Anlagenstandortes oder eine geringe Frequentierung nahelegen.¹⁹ Umgekehrt indiziert die Einhaltung des Mindestabstandes das Fehlen eines relevanten Tötungsrisikos, indessen kann auch dies in Ansehung der Gegebenheiten des Einzelfalles abweichend zu beurteilen sein, wenn es Hinweise darauf gibt, das am Anlagenstandort mit erhöhten Flugaktivitäten zu rechnen ist.²⁰ Angesichts dessen wird sich eine naturschutzfachlich vertretbare Einschätzung am ehesten auf Grundlage der Ergebnisse einer methodisch beanstandungsfreien Raumnutzungsanalyse unter Einbezug aller ansonsten verfügbaren Erkenntnisse (z.B. Datenbanken, Literatur, Hinweise des behördlichen und ehrenamtlichen Naturschutzes) vornehmen lassen.

c. Selbst wenn auf eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos zu erkennen ist, kann der Eintritt der Verbotsfolge des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch Maßnahmen verhindert werden, die das Risiko spürbar verringern und gleichsam „auf ein Normalmaß“ absenken.²¹ Das Spektrum der Möglichkeiten ist allerdings begrenzt. Das in der Praxis geläufige Monitoring (z.B. Totfund-Monitoring) entfaltet von vornherein keine vermeidenden Wirkungen, sondern erhöht lediglich die Chance der zügigen Entdeckung

¹⁸ Vgl. hierzu *OVG Magdeburg*, Urt. v. 26.10.2011, 2 L 6/09, NuR 2012, 196 (201); Beschl. v. 21.03.2013, 2 M 154/12, NuR 2013, 507 (511); *VG Magdeburg*, Urt. v. 09.06.2015, 2 A 381/12 MD, Umdruck, S. 23; unentschieden *VG Augsburg*, Urt. v. 02.07.2015, au 4 K 13.567, juris Rn. 111.

¹⁹ In dieser Hinsicht *VGH München*, Beschl. v. 06.10.2014, 22 ZB 14.1079 u.a., NuR 2014, 879 Rn. 30; *VG Augsburg*, Urt. v. 02.07.2015, juris Rn. 111.

²⁰ Exemplarisch *VGH Kassel*, Beschl. v. 17.12.2013, 9 A 1540/12.Z, juris Rn. 11; *VG Cottbus*, Urt. v. 07.03.2013, 4 K 6/10, juris Rn. 55; *VG Magdeburg*, Urt. v. 09.06.2015, 2 A 381/12 MD, Umdruck, S. 25.

²¹ *BVerwG*, Urt. v. 09.07.2008, 9 A 14.07, NuR 2009, 112 Rn. 91; Urt. v. 14.07.2011, 8 A 12.10, NuR 2011, 866 Rn. 99.

eines bereits eingetretenen Schadens.²² Ernstlich in Betracht zu ziehen ist eigentlich nur die temporäre Abschaltung während der Anwesenheit kollisionsempfindlicher Individuen,²³ während der Nachweis der Wirksamkeit einer angepassten Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Flächen im Umfeld der Anlagen oder die Schaffung attraktiver Nahrungsflächen abseits der Anlagen bis heute nicht erbracht ist.²⁴ Auch die Beseitigung von Greifvogelhorsten innerhalb des Schutzabstandes verdient naturgemäß keine Anerkennung als Vermeidungsmaßnahme, weil derlei Aktivitäten mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht vereinbar sind.²⁵

d. Kommen Vermeidungsmaßnahmen nicht in Frage, wird das Schädigungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG aktiviert, ohne dass die Freistellungsregelung des § 44 Abs. 5 BNatSchG daran etwas änderte. Abgesehen davon, dass diese Vorschrift ohnehin nur Schädigungen von Individuen im Zusammenhang mit einer Beeinträchtigung ihrer Lebensstätten, nicht aber „isolierte“ Tötungen erfasst, wie sie von Windkraftanlagen verursacht werden, ist diese Freistellungsregelung nach den Erkenntnissen des BVerwG mit Art. 12 Abs. 1 lit. a FFH-RL nicht vereinbar und hat daher in Fällen der Betroffenheit der in Anhang IV FFH-RL aufgeführten Fledermäuse außer Anwendung zu bleiben.²⁶ Da Art. 5 lit. a VRL eine parallele Regelungsvorgabe enthält, gilt entsprechendes, wenn Vögel der europäischen Arten getötet zu werden drohen. Soll eine Windkraftanlage dennoch genehmigt werden, kann dies nur unter Inanspruchnahme einer artenschutzrechtlichen Ausnahme erfolgen.

3. Das Störungsverbot

Neben dem Tötungsverbot kann sich das in § 44 Abs. 1 Nr. 2, Halbs. 1 BNatSchG geregelte Störungsverbot für die Genehmigung von Windkraftanlagen als hinderlich erwei-

²² Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 14.07.2011, 9 A 12.10, NuR 2011, 866 Rn. 105; *OVG Münster*, Urt. v. 27.07.2010, 8 A 4062/04, NuR 2011, 59 (65).

²³ *OVG Weimar*, Urt. v. 14.10.2009, 1 KO 372/06, NuR 2010, 368 (370); *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 04.06.2013, 2 L 113/11, juris Rn. 12.

²⁴ *OVG Magdeburg*, Urt. v. 26.10.2011, 2 L 6/09, NuR 2012, 196 (200); *VGH Kassel*, Beschl. v. 17.12.2013, 9 A 1540/12.Z, juris Rn. 19; abweichend *OVG Münster*, Urt. v. 20.11.2012, 8 A 252/10, NuR 2013, 146 (150).

²⁵ *VG Augsburg*, Urt. v. 02.07.2012, 8 A 252/10, juris Rn. 145.

²⁶ *BVerwG*, Urt. v. 14.07.2011, 9 A 12.10, NuR 2011, 866 Rn. 119; Hinweisbeschl. v. 06.03.2014, 9 C 6.12, juris Rn. 57.

sen, wenn deren Errichtung oder Betrieb erhebliche Störungen streng geschützter Tiere oder europäischer Vögel verursacht.

3.1 Der Begriff der Störung umfasst jede unmittelbare Einwirkung auf ein Tier, die sich in Angst- oder Schreckreaktionen äußert oder zumindest eine Verhaltensänderung herbeiführt.²⁷ Werden Windkraftanlagen quer zu einer regelmäßigen Flugroute von Kranichen aufgestellt, kann sich dies als Störung erweisen, weil der anlagenbedingte „Barriereeffekt“ bei den Tieren Irritationen hervorruft.²⁸ Auch kann es infolge der betriebsbedingten Geräusche und visueller Effekte dazu kommen, dass störungsempfindliche Vogelarten ihren Lebensraum verlieren. Zu denken ist etwa an den Wachtelkönig und die Wachtel, die bereits bei nächtlichen Schallbelastungen von 47 dB(A) ihr Brutrevier aufgeben²⁹ oder an die Waldschnepfe, die sich wegen der Barrierewirkung von Windkraftanlagen, aber wohl auch deshalb als störanfällig erweist, weil ihre akustische Kommunikation im Einflussbereich der Anlagen behindert wird.³⁰

3.2 Selbst wenn es zu einer Störung geschützter Individuen kommt, ist der Verbotsstatbestand dennoch nur erfüllt, wenn die Störung erheblich ist. Das setzt nach der Legaldefinition des § 44 Abs. 1 Nr. 2, Halbs. 2 BNatSchG voraus, dass sich durch die Störung der Individuen der Erhaltungszustand der lokalen Populationen verschlechtert. Als geklärt darf in diesem Zusammenhang immerhin gelten, dass unter einer lokalen Population die Gesamtheit der Individuen einer Art zu verstehen ist, die während bestimmter Phasen des jährlichen Zyklus in einem anhand ihrer Habitatansprüche abgrenzbaren Raum vorkommt.³¹

²⁷ *OVG Münster*, Beschl. v. 28.04.1989, 11 B 457/89, NuR 1989, 401; Urt. v. 18.01.2013, 11 D 70/09.AK, DVBl. 2013, 374 (380); *OVG Koblenz*, Urt. v. 14.10.2014, 8 C 10233/14, NuR 2015, 188 (192); *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel*, Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, § 44 Rn. 15

²⁸ *BVerwG*, Urt. v. 28.03.2013, 9 A 22.11, NuR 2013, 565 Rn. 118; *OVG Münster*, Urt. v. 17.02.2011, 2 D 36/09.NE, BeckRS 2011, 48883.

²⁹ Vgl. hierzu *VG Arnsberg*, Beschl. v. 30.06.2015, 4 L 85/15, juris Rn. 24 ff.

³⁰ *LAG VSW* (Fn. 13), S. 15 f.; *Dorka/Straub/Trautner*, NuL 46 (3), 2014, 69 ff.; *Straub/Trautner/Dorka*, NuL 47 (2), 2015, 49 ff.

³¹ *Gellermann*, NuR 2007, 783 (785); zustimmend *de Witt/Geismann*, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Aufl. 2013, Rn. 22; *Dolde*, NVwZ 2008, 121 (123); wohl auch *OVG Münster*, Urt. v. 30.07.2009, 8 A 2357/08, juris Rn. 148: Gut abgrenzbare „lokale Population“ wie markante Schwerpunktorkommen oder Vorkommen eines Schutzgebietes.

Weniger gewiss ist dagegen, ob einer Störung die Erheblichkeit nur dann zu attestieren ist, wenn sich – worauf der Wortlaut der Vorschrift hindeutet – der Nachweis führen lässt, dass sich der Erhaltungszustand des lokalen Bestandes tatsächlich verschlechtert. Unter solchen Vorzeichen liefe das Störungsverbot freilich weitgehend leer, weil sich entsprechende Feststellungen allenfalls auf der Grundlage genauer Informationen über die für den Erhaltungszustand maßgeblichen populationsbiologischen Parameter treffen lassen, die in einem Genehmigungsverfahren typischerweise nicht verfügbar sind. Da dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden darf, dem Störungsverbot mit seiner Umschreibung des Merkmals der Erheblichkeit jede praktische Wirksamkeit nehmen zu wollen, muss § 44 Abs. 1 Nr. 2, Halbs. 2 BNatSchG in anderem Sinne verstanden werden. Anhaltspunkte liefert dafür die Gesetzesbegründung, nach der Verschlechterungen des Erhaltungszustandes der lokalen Population insbesondere dann anzunehmen sind, wenn die Überlebenschancen, der Bruterfolg oder die Reproduktionsfähigkeit gemindert werden.³² Dies sowie der ergänzende Hinweis, dass dies artspezifisch für den jeweiligen Einzelfall untersucht und begründet werden muss, deuten darauf hin, dass es nicht auf die positive Feststellung des Eintritts der Verschlechterung des Erhaltungszustandes der lokalen Population, sondern vielmehr darauf ankommt, ob sich mit der Störung Wirkungen verbinden, die nachteilige Auswirkungen auf den Erhaltungszustand nahe liegend erscheinen lassen.³³ Da diesbezügliche Erwartungen am ehesten berechtigt sind, wenn Exemplare seltener oder gefährdeter Arten gestört werden, wird die Erheblichkeitsschwelle bei Arten wie dem Wachtelkönig sehr schnell überschritten sein.

3.3 Die Praxis sucht naturgemäß nach Wegen, um rechtlich relevante Störungen tunlichst von vornherein zu vermeiden. Zu diesem Zweck werden nicht selten unter Berufung auf § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen ergriffen, die zur Stabilisierung der lokalen Population beitragen sollen. Drohen Wachteln aus ihren Revieren verdrängt zu werden, stellt man den Tiere abseits der Störzone geeignete Habitats in der Erwartung bereit, dass die Vögel umziehen werden und eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes ihrer lokalen Bestände ausbleibt.

³² BT-Drs. 16/5100, S. 11; ferner *OVG Lüneburg*, Urt. v. 12.11.2008, 12 LC 72/07, juris Rn. 73; *VGH Kassel*, Urt. v. 17.09.2009, 6 A 630/08, ZUR 2009, 438 (442); *VG Darmstadt*, Beschl. v. 17.06.2015, 6 L 571/15.DA, juris Rn. 98.

³³ *OVG Berlin-Bbg.*, Beschl. v. 11.08.2009, 11 S 58.08, NuR 2009, 898 (899); *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 3), § 44 BNatSchG Rn. 12; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BKom BNatSchG, 2011, § 44 Rn. 12.

Auch wenn die Rechtsprechung solche Vorgehensweisen akzeptiert,³⁴ ist doch daran zu erinnern, dass § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen nur vorsieht, um den Eintritt der Verbotsfolge des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG zu verhindern. Dagegen bezieht sich die Freistellungsregelung gerade nicht auf das in § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG geregelte Störungsverbot. Das ist kein redaktionelles Versehen, zumal der Gesetzgeber – nach einer entsprechenden Intervention der EU-Kommission³⁵ – bewusst davon Abstand nahm, die Reichweite des Störungsverbots durch § 44 Abs. 5 BNatSchG zu relativieren. Der Versuch, durch Ausgleichsmaßnahmen die Hürde des Störungsverbots zu überwinden, ist daher mit Vorsicht zu genießen.

4. Schutz der Lebensstätten

Auch wenn dies bisher nur selten thematisiert wird, können doch auch Windkraftanlagen mit dem Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG in Konflikt geraten.

4.1 Die Bestimmung untersagt die Zerstörung und Beschädigung der Fortpflanzungs- und Ruhestätten wild lebender Tiere der besonders geschützten Arten. Auch wenn es sich bei den geschützten Lebensstätten eher um kleinräumige Lokalitäten handelt,³⁶ ist dies für die Errichtung von Windkraftanlagen doch von Belang, wenn bei der Herstellung der Zuwegungen oder Stellplätze Horst- oder Höhlenbäume gerodet und Amphibienlaichgewässer verfüllt werden müssen. Die vollständige Vernichtung solcher Strukturen, zu der es vor allem dann kommen kann, wenn Windkraftanlagen vermehrt in Wäldern errichtet werden, erfüllt ohne jeden Zweifel den Verbotstatbestand.

4.2 Weniger eindeutig ist dagegen, ob der Begriff der Beschädigung eine substanzverletzende Einwirkung erfordert oder ob es genügt, wenn Lebensstätten ihre ökologische Funktion verlieren, ohne dass es zu Substanzeinbußen kommt.

³⁴ *BVerwG*, Urt. v. 12.03.2008, 9 A 3.06, NuR 2008, 633 Rn. 259; Urt. v. 18.03.2009, 9 A 39.07, NVwZ 2010, 44 Rn. 86; Urt. v. 23.04.2014, 9 A 25.12, juris Rn. 103; *OVG Münster*, Urt. v. 18.01.2013, 11 D 70/09.AK, BeckRS 2013, 47443 - insoweit in DVBl. 2013, 374 nicht abgedruckt.

³⁵ *Europäische Kommission*, Aufforderungsschreiben vom 29.06.2007, Vertragsverletzung-Nr. 1998/4993, SG-Greffe(2007)D/203904.

³⁶ *BVerwG*, Urt. v. 14.07.2011, 9 A 12.10, NuR 2011, 866 Rn. 141; Urt. v. 28.03.2013, 9 A 22.11, NuR 2013, 565 Rn. 118.

Für die Genehmigung von Windkraftanlagen ist die Frage durchaus bedeutsam. Die Betriebsgeräusche der Anlagen sowie visuelle Effekte können zur Folge haben, dass störungsempfindliche Vogelarten (z.B. Wachtelkönig, Wachtel, Waldschnepfe) ihre Brutreviere aufgeben. Mögen die Reviere auch an sich nicht zu den Schutzgütern gehören, erkannte des BVerwG doch für Recht, dass die vollständige Beseitigung eines Brutreviers den Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG erfüllt, weil auf diesem Wege zugleich sämtliche dort befindlichen Brutplätze vernichtet werden.³⁷ Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn die im Revier befindlichen und zur Anlegung eines Brutplatzes geeigneten Strukturen in ihrer Substanz erhalten bleiben, von den Vögeln aber wegen der windkraftbedingten Störeffekte nicht mehr zur Reproduktion genutzt werden können. Die Gegenauffassung, die stets eine substanzverletzende Einwirkung verlangt,³⁸ verfehlt den Zweck der Regelung und lässt im Übrigen außer Acht, dass § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG im Lichte der Regelungsvorgabe des Art. 12 Abs. 1 lit. d FFH-RL zu interpretieren und daher schon aus unionsrechtlichen Gründen so zu verstehen ist, dass jede Minderung der ökologischen Qualität – unabhängig von einer Substanzverletzung – von tatbestandlicher Relevanz ist.³⁹ Führt der Anlagenbetrieb dazu, dass geschützte Fortpflanzungs- oder Ruhestätten von ihren Bewohnern aufgegeben werden, erfüllt dies den Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG.

4.3 Damit ist freilich noch nicht beschlossen, dass die Genehmigung versagt werden müsste. Immerhin entbindet § 44 Abs. 5 BNatSchG von der Beachtung des Zugriffsverbots, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt ist oder dies durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen sichergestellt wird.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 21.06.2006, 9 A 28.05, NVwZ 2006, 1161 Rn. 33; Urt. v. 18.03.2009, 9 A 39.07, NVwZ 2010, 44 Rn. 75; Urt. v. 28.03.2013, 9 A 22.11, NuR 2013, 565 Rn. 118.

³⁸ In dieser Hinsicht *OVG Koblenz*, Urt. v. 14.10.2014, 8 C 10233/14, NuR 2015, 188 (192); *Lau*, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 33), § 44 Rn. 18; *Hinsch*, ZUR 2011, 191 (195); unklar BVerwG, Urt. v. 14.07.2011, 9 A 12.10, NuR 2011, 866 Rn. 135; offen lassend BVerwG, Urt. v. 06.11.2012, 9 A 17.11, BeckRS 2013, 50523.

³⁹ *VG Osnabrück*, Urt. v. 29.07.2015, 3 A 46/13, juris Rn. 181; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 3), § 44 BNatSchG Rn. 20; *Heugel*, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2011, § 44 Rn. 18; *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel* (Fn. 27), § 44 Rn. 23; *de Witt*, in: Hoppenberg/de Witt, HdbÖffBauR, 2011, Kap. E Rn. 579.

Während im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, dass diese Legalausnahme den Regelungsvorgaben des EU-Artenschutzrechts nicht entspricht,⁴⁰ hegt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung diesbezüglich keine Bedenken,⁴¹ lässt aber zumindest eine Tendenz zu restriktiver Interpretation der Bestimmung erkennen. Das gilt namentlich für den Begriff des „räumlichen Zusammenhangs“, der immer nur dann erfüllt ist, wenn den von dem Verlust ihrer Lebensstätte konkret betroffenen Exemplaren in ihrem Revier bzw. Aktionsraum weitere geeignete Stätten zur Verfügung stehen oder durch Ausgleichsmaßnahmen ohne zeitlichen Bruch bereitgestellt werden.⁴² Fehlt der erforderliche „Ersatzwohnraum“ oder ist der Vorhabenträger zu dessen Bereitstellung nicht im Stande, kann § 44 Abs. 5 S. 2, 3 BNatSchG die ihm zgedachte Wirkung nicht entfalten.

Im Übrigen stellt sich ohnehin die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Freistellungsregelung eigentlich anwendbar ist. Da hiervon ausweislich des § 44 Abs. 5 S. 1 BNatSchG nur die „nach § 15 zulässigen Eingriffe“ profitieren können, bleibt Eingriffsvorhaben die Privilegierung des § 44 Abs. 5 BNatSchG nach den bisherigen Erkenntnissen des BVerwG verwehrt, die den Anforderungen des § 15 BNatSchG nicht entsprechen.⁴³ Der hierdurch etablierte Grundsatz „Wer die Eingriffsregelung nicht ehrt, ist der artenschutzrechtlichen Freistellung nicht wert“ hat nun in jüngerer Zeit eine Ergänzung erfahren, die kaum noch nachvollziehbar ist. Nach Aussage des 9. Senats des BVerwG soll besagter Grundsatz dann nicht gelten, wenn für eine Tierart weder in habitat- noch artenschutzrechtlicher Hinsicht – und sei es unter Inanspruchnahme des § 44 Abs. 5 BNatSchG – eine erhebliche Beeinträchtigung vorliegt.⁴⁴ Das leuchtet schon deshalb nicht ein, weil die Vermeidungs- und Kompensationspflichten des § 15 BNatSchG nicht davon abhängen, ob ein Eingriffsvorhaben zugleich die habitat- oder artenschutzrechtlichen Verbote aktiviert. Denkbar wäre allenfalls, die Anwendung des § 44 Abs. 5 BNatSchG davon abhängig zu machen, dass die Pflichten des § 15 BNatSchG gerade in

⁴⁰ *Dolde*, NVwZ 2008, 121 (124 f.); *Gellermann*, NuR 2007, 783 (787 f.); *Möckel*, ZUR 2008, 57 (62 f.)

⁴¹ *BVerwG*, Urt. v. 09.07.2008, 9 A 14.07, NuR 2009, 112 Rn. 98; Urt. v. 18.03.2009, 9 A 39.07, NVwZ 2010, 44 Rn. 68; Hinweisbeschl. v. 06.03.2014, 9 C 6.12, juris Rn.64; zustimmend *Lau*, in: *Frenz/Müggenborg* (Fn. 33), § 44 Rn. 40; *de Witt*, in: *Hoppenberg/de Witt* (Fn. 39), Kap. E Rn. 585 f.

⁴² *BVerwG*, Urt. v. 18.03.2009, 9 A 39.07, NVwZ 2010, 44 Rn. 67; vgl. auch Urt. v. 06.11.2013, 9 A 14/12, juris Rn. 122.

⁴³ *BVerwG*, Urt. v. 14.07.2011, 9 A 12.10, NuR 2011, 866 Rn. 117 ff.; Urt. v. 08.01.2014, 9 A 4.13, juris Rn. 81/89.

⁴⁴ *BVerwG*, Hinweisbeschl. v. 06.03.2014, 9 C 6.12, juris Rn.65.

Ansehung jener Tierarten ordnungsgemäß erfüllt wurden, die in einer den Tatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG erfüllenden Weise in Mitleidenschaft gezogen werden. Entscheidend könnte dann etwa sein, ob der sich darin äußernden Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts eine Kompensationsleistung gegenübersteht, während es nicht darauf ankäme, ob das Landschaftsbild wiederhergestellt wurde. Da ein derartiges Verständnis in den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts aber keinen Rückhalt findet, besteht Klärungsbedarf, der zur Vermeidung einer Verunsicherung der Praxis baldmöglichst befriedigt werden sollte.

5. Die artenschutzrechtliche Ausnahme

Stellt sich im Einzelfall heraus, dass die Verbotsfolge des § 44 Abs. 1 BNatSchG aktiviert wird, können die sich daraus ergebenden artenschutzrechtlichen Hürden unter Inanspruchnahme einer sich auf § 45 Abs. 7 BNatSchG gründenden Ausnahme überwunden werden.

5.1 Das setzt zunächst voraus, dass es keine zumutbaren Alternativen gibt, die es erlauben, die mit dem jeweiligen Vorhaben verfolgten öffentlichen Interessen an anderer Stelle oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu verwirklichen. Auch wenn § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG ein „strikt beachtliches Vermeidungsgebot“ etabliert,⁴⁵ gehört die „Nullvariante“, also der Verzicht auf das jeweilige Vorhaben, dem Kreis der zumutbaren Alternativen von vornherein nicht an. Räumliche und technische Varianten müssen dagegen stets in Erwägung gezogen werden, dies allerdings nur, wenn sie sich als zumutbar erweisen. Im Interesse des Artenschutzes können dem Vorhabenträger durchaus beachtliche Vermeidungsmaßnahmen abverlangt werden, soweit sie ihm objektiv möglich sind und der hierdurch verursachte Mehraufwand nicht außer Verhältnis zu dem sich damit verbindenden Gewinn für die Natur steht.

a.) Soll eine Windkraftanlage in einer dafür vorgesehenen Konzentrationszone errichtet werden, muss sich der Betreiber nicht auf einen Standort außerhalb derselben verweisen lassen, weil dessen Nutzung schon wegen der Ausschlusswirkung des § 35

⁴⁵ *BVerwG*, Urt. v. 06.11.2013, 9 A 14.12, NuR 2014, 262 Rn. 74; *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel* (Fn. 27), § 45 Rn. 16 m.w.N.

Abs. 3 BauGB im Regelfall aus Rechtsgründen nicht möglich ist.⁴⁶ Selbst wenn die Nutzung standörtlicher Alternativen rechtlich zulässig ist, kann sie dennoch nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer der in Rede stehenden Flächen nicht bereit ist, dieselben für die Errichtung einer Windkraftanlage zur Verfügung zu stellen.

b.) Bestehen weder rechtliche noch tatsächliche Hinderungsgründe, ist eine Alternative dennoch unzumutbar, wenn ihre Realisierung erhebliche Beeinträchtigungen anderer öffentlicher Belange nach sich zieht, deren Hinnahme unverhältnismäßig wäre.⁴⁷ Die zum Schutz der Wachtel erforderliche Verlagerung des Standortes kann daher nicht verlangt werden, wenn es am Alternativstandort zu erheblichen Lärmbelastungen menschlicher Wohnbereiche kommt. Schließlich können auch Belange des Naturschutzes die Unzumutbarkeit einer Alternative nach sich ziehen.⁴⁸ So kann die Verlagerung eines Windparks zum Schutz von Fledermäusen nicht gefordert werden, wenn deren Tötung auch am Alternativstandort nicht vermeidbar ist. Es liegt auf der Hand, dass dies ein „Nullsummenspiel“ wäre, das für den Schutz der Natur keinen Vorteil verspricht.

c.) Selbst finanzielle Erwägungen können zur Unzumutbarkeit einer Alternative führen. So wäre die Tagabschaltung einer Anlage während der von Februar bis August reichenden Reproduktionsphase des Rotmilans schon der hiermit einhergehenden Ertragsverluste wegen wirtschaftlich sicher nicht mehr darstellbar. Das darf allerdings nicht zu der Annahme verleiten, dass eine zeitlich verkürzte Tagabschaltung – etwa während der Balz- und Ansiedlungsphase, während derer die Milane besonders häufig Flüge im Gefahrenbereich der Rotoren unternehmen – gleichfalls nicht in Frage käme. Ertragseinbußen führen nicht in jedem Fall, sondern immer nur dann zur Unzumutbarkeit, wenn sie außer Verhältnis zu dem sich damit verbindenden Gewinn für die Natur stehen. Wo genau die Grenze verläuft, entzieht sich abstrakter Bestimmung, indessen kann ein Vorhabenträger angesichts der strikten Beachtlichkeit des Vermeidungsgebots nicht erwarten, dass ihm der angestrebte Ertrag in jedem Fall uneingeschränkt erhalten bleibt.

⁴⁶ *Hintsch*, ZUR 2011, 191 (197).

⁴⁷ *BVerwG*, Urt. v. 28.03.2013, 9 A 22.11, NuR 2013, 565 Rn. 105.

⁴⁸ *BVerwG*, Urt. v. 12.03.2008, 9 A 3.06, NuR 2008, 633 Rn. 169 ff.

5.2 Sind zumutbare Alternativen nicht verfügbar, dürfen konfliktverursachende Vorhaben zugelassen werden, wenn dies aus „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ erforderlich ist (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG).

a.) Die Errichtung und der Betrieb von Windkraftanlagen entspricht dem öffentlichen Interesse an einer regenerativen Energieerzeugung, das seinen normativen Ausdruck in den Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gefunden hat. Von zwingender Art sind die zugunsten eines Vorhabens geltend gemachten Gründe des Gemeinwohls, wenn das jeweilige Projekt um der Verwirklichung des öffentlichen Interesses willen realisiert werden soll oder sich dieser Belang zumindest als einer der Hauptzwecke darstellt.⁴⁹ Das lässt sich bei Windkraftanlagen schwerlich in Abrede stellen, weil die dem öffentlichen Interesse entsprechende Erzeugung regenerativer Energie zu ihren Hauptzwecken gehört.

b.) Ob die zu ihren Gunsten streitenden öffentlichen Interessen als überwiegend zu bewerten sind, hängt entscheidend davon ab, ob dem Interesse an einer regenerativen Energieerzeugung der Vorrang gegenüber den Integritätsinteressen des Artenschutzes eingeräumt werden kann. Der in der Praxis gelegentlich zu beobachtende Versuch, diese Abwägungsentscheidung mit Hinweisen auf die Notwendigkeit des Klima- oder des Biodiversitätsschutzes zu begründen, hilft nicht weiter. Die Bedeutung einer einzelnen Anlage für den Klimaschutz ist nicht messbar und der Verlust einzelner Individuen geschützter Arten stellt den Biodiversitätsschutz nicht in Frage. Letztlich hängt es daher stets von den Gegebenheiten des Einzelfalles ab, welchem der miteinander kollidierenden öffentlichen Interessen der Vorrang gebührt.

c.) Das eigentliche Problem des in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG geregelten Rechtfertigungsgrundes liegt darin begründet, dass bis heute nicht geklärt ist, ob er in Fällen der Betroffenheit europäischer Vogelarten bemüht werden darf. In seinem Urteil vom 26.01.2012 erklärte der Gerichtshof der Europäischen Union eine mit § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG wörtlich übereinstimmende Regelung des polnischen Naturschutzrechts für unionsrechtswidrig, weil die Regelungsvorgabe des Art. 9 Abs. 1 VRL den

⁴⁹ *BVerwG*, Urt. v. 27.01.2000, 4 C 2.99, ZUR 2000, 331 (334).

Rechtfertigungsgrund der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ nicht umfasst.⁵⁰ Das schließt eine Anwendung der bundesdeutschen Regelung nicht aus,⁵¹ belehrt aber doch jedenfalls darüber, dass in dieser Hinsicht Klärungsbedarf besteht, der schnellstmöglich im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) befriedigt werden sollte.

5.3 Setzt sich ein Windkraftvorhaben gegenüber den Belangen des Artenschutzes durch, darf eine Ausnahme dennoch nur erteilt werden, wenn die Verbotsabweichung keine negativen Rückwirkungen auf den Erhaltungszustand der betroffenen Population hat. Dieses Merkmal des § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG markiert eine absolute Grenze, die auch im Ausnahmewege nicht überwunden werden darf. Dem Eintritt einer relevanten Verschlechterung kann allerdings durch populationsstärkende Kompensationsmaßnahmen begegnet werden.⁵²

III. Artenschutz als öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB

Auch wenn dem besonderen Artenschutzrecht bei der Genehmigung von Windkraftanlagen besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist, darf dies doch nicht den Blick dafür verstellen, dass auch andere Vorschriften wichtige Beiträge zum Schutz von Tierarten vor den Auswirkungen der Windkraftnutzung erbringen. Das gilt namentlich für die Vorschrift des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BNatSchG, die aus Gründen des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zur Versagung der Genehmigung zwingt, wenn die Belange des Naturschutzes durch die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen beeinträchtigt werden. Trotz ihrer Privilegierung sind Windkraftanlagen daher nicht genehmigungsfähig, wenn das Interesse an ihrer Realisierung im Rahmen einer gewichtsvergleichenden Abwägung hinter den in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB ausdrücklich benannten Belangen des Naturschutzes zurückzustehen hat.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 26.01.2012, Rs. C-102/11, Kommission / Polen, NuR 2013, 718 Rn. 39 f.; hierzu Lau, NuR 2013, 685, 688 ff.

⁵¹ Eingehend hierzu *Gellermann*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, Kommentar, 8. Aufl. 2015, § 1a Rn. 211 m.w.N.

⁵² *BVerwG*, Urt. v. 09.06.2010, 9 A 20.08, NuR 2010, 870 Rn. 60.

1. Konkretisierungsfunktion des besonderen Artenschutzrechts

Zu den Belangen des Naturschutzes im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB gehören auch die Integritätsinteressen des Artenschutzes. Das legt die Frage nach dem Verhältnis der bauplanungsrechtlichen Regelung zu den artenschutzrechtlichen Vorschriften des Naturschutzrechts nahe.

In seinem Urteil vom 26.06.2013 bekannte sich das BVerwG zu der Auffassung, dass die artenschutzrechtlichen Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG zugleich Belange des Naturschutzes im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB darstellen.⁵³ Den im Außenbereich geplanten Windkraftanlagen stehen Artenschutzbelange daher jedenfalls dann im Wege, wenn deren Errichtung und Betrieb mit den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG in einer durch Ausnahmen oder Befreiungen nicht überwindbaren Weise in Konflikt gerät.⁵⁴ Das Naturschutzrecht konkretisiert in seinem Anwendungsbereich die öffentlichen Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB, zumal für eine gewichtsvergleichende Abwägung kein Raum bleibt, wenn sich aus dem Naturschutzrecht zwingende Versagungsgründe ergeben. Ist eine Windkraftanlage – gemessen am Maßstab der §§ 44 ff. BNatSchG – nicht zulassungsfähig, kann ihr daher die Vereinbarkeit mit § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB nicht attestiert werden.

2. Eigenständige Bedeutung des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB

Die dem besonderen Artenschutzrecht zukommende Konkretisierungsfunktion ist allerdings nicht von abschließender Art.

2.1 Die bauplanungsrechtliche Vorschrift verfügt über einen eigenständigen Charakter,⁵⁵ der es mit sich bringt, dass § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB der Zulassung einer Windkraftanlage auch dann noch im Wege stehen kann, wenn das Vorhaben mit den

⁵³ BVerwG, Urt. v. 27.06.2013, 4 C 1.12, ZfBR 2013, 685 Rn. 6; eingehend hierzu Decker, UPR 2015, 207 ff.

⁵⁴ In dieser Hinsicht auch VGH München, Beschl. v. 26.01.2012, 22 CS 11.2783, BeckRS 2012, 47301 Rn. 10; VGH Kassel, Beschl. v. 17.12.2013, 9 A 1540/12.Z, juris Rn. 8; VG Augsburg, Urt. v. 02.07.2015, Au 4 K 13.567, juris Rn. 76.

⁵⁵ OVG Weimar, Urt. v. 14.05.2007, 1 KO 1054/03, NuR 2007, 757 (759); OVG Koblenz, Urt. v. 28.10.2009, 1 A 10200/09, NuR 2010, 348 (350); OVG Lüneburg, Urt. v. 28.01.2010, 12 LB 243/07, BeckRS 2010, 47423.

Vorschriften des besonderen Artenschutzrechts vereinbar ist. Das gilt jedenfalls, wenn die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG nicht einschlägig sind. Zu denken ist dabei etwa an windkraftbedingte Beeinträchtigungen eines Vogelzugkorridors⁵⁶ oder bedeutender Nahrungsflächen europäischer Fledermäuse, die nicht zu den Schutzgütern des besonderen Artenschutzrechts gehören.⁵⁷ Entsprechendes hat in Fällen zu gelten, in denen vom Aussterben bedrohte Greifvögel (z.B. Schreiadler) einem Tötungsrisiko ausgesetzt werden, das zwar nicht in signifikanter Weise erhöht ist, im Falle seiner Aktualisierung aber eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der betroffenen Population nach sich zieht. In einer derartigen Lage stehen Belange des Naturschutzes der Genehmigung von Windkraftanlagen fraglos schon deshalb im Wege, weil sich dem Naturschutzrecht (§ 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG) die gesetzgeberische Wertung entnehmen lässt, dass Verschlechterungen des Erhaltungszustandes der Populationen einer Tierart in keinem Fall hinnehmbar sind.

2.2 Zu klären bleibt überdies, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen unter Inanspruchnahme einer sich auf § 45 Abs. 7 BNatSchG gründenden Ausnahme von den Zugriffsverboten des Artenschutzrechts abgewichen wird. Auf den ersten Blick scheint die Annahme plausibel, dass § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB dem Vorhaben nicht entgegensteht, wenn die Voraussetzungen einer artenschutzrechtlichen Ausnahme erfüllt sind.⁵⁸ Zu berücksichtigen ist aber, dass für eine gewichtvergleichende Abwägung durchaus noch Raum bleibt, wenn sich das Naturschutzfachrecht nicht als hinderlich erweist.⁵⁹ Dabei ist vor allem von Belang, dass bei Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG einzig der Frage nachzugehen ist, ob den zugunsten des Windkraftvorhabens streitenden Belangen der Vorrang vor den Integritätsinteressen der hiervon jeweils betroffenen Einzelart gebührt. Müssen aus Anlass der Betroffenheit mehrerer Einzelarten entsprechende Ausnahmen erteilt werden, kann den Artenschutzbelangen bei einer gesamthaften Betrachtung aber ein Gewicht zukommen, das es rechtfertigt, ihnen im Rahmen der gewichtvergleichenden Abwägung nach § 35 Abs. 3 BauGB den Vorrang zuzuerkennen. Sollen – um es am Beispiel zu illustrieren – in einem für Vögel des Offenlandes (z.B.

⁵⁶ *OVG Koblenz*, Urt. v. 28.10.2009, 1 A 10200/09, NuR 2010, 348.

⁵⁷ *OVG Koblenz*, Urt. v. 14.10.2014, 8 C 10233/14, juris Rn. 68; *Louis*, NuR 2009, 91 (94).

⁵⁸ So aber wohl *OVG Magdeburg*, Urt. v. 26.10.2011, 2 L 6/09, NuR 2012, 196 (203).

⁵⁹ In dieser Hinsicht auch *Decker*, UPR 2015, 207 ff.

Kiebitz, Feldlerche, Wachtel) wichtigen Brutgebiet Windkraftanlagen errichtet und betrieben werden, mag es sein, dass zu Lasten jeder einzelnen Vogelart eine Ausnahme erteilt wird, sich das betroffene Areal aber doch insgesamt als so wertvoll für die Erhaltung gefährdeter Feldvogelarten erweist, dass es nicht zugunsten der Windkraftnutzung aufgeopfert werden darf.

IV. Fazit

Auch wenn damit noch längst nicht alle artenschutzrechtlichen Fragestellungen angesprochen sind, die von den Genehmigungsbehörden zu beantworten sind, sollte der Überblick doch verdeutlicht haben, dass das geltende Recht hinreichend Gelegenheit bietet, um die Konflikte im Verhältnis von Windkraftnutzung und Artenschutz in sachgerechter Weise zu bewältigen. Dieser Aufgabe haben sich die zuständigen Behörden mit großer Sorgfalt anzunehmen, um Gewähr dafür zu bieten, dass die Integritätsinteressen des Artenschutzes nicht – im wahrsten Sinne des Wortes – „unter die Windräder geraten“.

Diskussionsbericht (4. Teil)

Prof. Dr. Martin Gellermann: Windkraft und Artenschutz

Von Ass. iur. Gerrit Rüwe

Professorin Cancik leitete mit der Bemerkung in die Diskussion ein, dass der Artenschutz den Rechtsanwender in vielen Bereichen herausfordern könne, so z.B. in § 35 III 1 Nr. 5 BauGB. Diese Vorschrift verdeutliche beispielhaft die enge Verzahnung von Umwelt- und Baurecht.

Sodann ging Frau Schmitz auf die sogenannte „unattraktive Flächengestaltung“ mit der Bitte ein, diesen Begriff zu erklären und deutlich zu machen, ob eine solche Gestaltung zulässig sei, um das Entstehen artenschutzrechtlicher Konflikte zu vermeiden.

Herr Prof. Dr. Gellermann griff zunächst die Frage der Rechtssicherheit auf und merkte an, für den Investor sei Rechtssicherheit stets erforderlich, da dieser durch seine Investitionen im Zusammenhang mit dem Bau von Windkraftanlagen (WKA) ein hohes wirtschaftliches Risiko trage, welches es zu schützen gelte. Hinsichtlich der „unattraktiven Flächengestaltung“ verwies Herr Prof. Dr. Gellermann auf die Behörden und das LANUV NRW. Sie seien diejenigen, die eine „unattraktive Flächengestaltung“ im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windkraftanlagen nutzten. Abgesehen davon habe man bei der Gestaltung von „unattraktiven Flächen“ die Hoffnung, z.B. Greifvögel von den Windkraftanlagen fernzuhalten und so das Todesrisiko der Tiere zu verringern. Neben dieser sinnvollen Abschreckungswirkung gelte es aber ebenso, andernorts attraktive Angebote für die Greifvögel zu schaffen. Ob diese Vorgehensweise das Todesrisiko signifikant zu senken im Stande ist, sei allerdings nicht erwiesen.

Anschließend ging Herr Prof. Dr. Köck ebenfalls auf die „unattraktiven Gebiete“ und die Situation der Flächeneigentümer ein. Aufgrund des hohen finanziellen Anreizes, eine Windkraftanlage auf der eigenen Fläche zu platzieren, sei der Flächeneigentümer tendenziell bestrebt, die eigenen Flächen von Arten frei zu halten, welche die Genehmi-

gung einer WKA erschweren könnten. Die Grundeigentümer würden also tendenziell dazu bewegt, „unattraktive Gebiete“ zu schaffen. Der Artenschutz laufe damit Gefahr, „perverse Nebeneffekte“ hervorzurufen. Herr Prof. Dr. Köck stellte ferner zur Diskussion, ob hier nicht der Artenschutz den Naturschutz verhindere und man diesem Problem nicht mit einem zeitlich begrenzten Naturschutz für bestimmte Flächen entgegenwirken könne. Zudem griff Herr Prof. Dr. Köck die Problematik der möglichen Unwirtschaftlichkeit mancher Windkraftanlagen auf und regte an, über Alternativen zu den Erträgen aus der Windkraft nachzudenken. Abschaltzeiten für Windkraftanlagen sorgten für finanzielle Unattraktivität und könnten für den Betreiber unzumutbar sein. Referenzertragsmodelle brächten Kostensenkungen.

Herr Prof. Dr. Gellermann führte an, der Begriff der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für den Investor sei variabel. Bei der Ermittlung der Zumutbarkeitsgrenze ist immer der Einzelfall zu sehen. Hierbei spielten wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle. Letztlich dürfte ein gewisser Gewinn durch Abschaltungen nicht unterschritten werden, weil sich sonst kein Investor mehr finde. So führten z. B. Abschaltungen zu Gunsten des Rotmilans von Februar bis Oktober zur Unwirtschaftlichkeit. Eine Lösung könnten präzisere Tagesabschaltungen sein. Fraglich sei aber auch hier, ob das dem Investor zumutbar ist. Letztlich hänge die Zumutbarkeitsgrenze immer von den Umständen des Einzelfalls ab. Neben diesem Aspekt müsse bei der Rechtsberatung stets überlegt werden, ob es im Rahmen des Genehmigungsverfahrens im Hinblick auf den Artenschutz sinnvoller ist, über Vermeidungsmaßnahmen oder über eine Ausnahme zu gehen. In Gebieten, in denen die im Landesraumordnungsprogramm enthaltene MW-Zahl bereits erreicht sei, dürfte es schwierig sein, mit zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zu argumentieren. Abgesehen davon sei die Gestaltung „unattraktiver Flächen“ nicht „pervers“, sondern den Umständen geschuldet.

Im weiteren Verlauf der Diskussion ging Herr Böhm auf die Beratung von Investoren ein. Herr Prof. Dr. Gellermann argumentierte in diesem Zusammenhang für die Genehmigung von Windkraftanlagen, dass es im Hinblick auf das Tötungsverbot, im Vergleich zum Ergreifen von Vermeidungsmaßnahmen, grundsätzlich sinnvoller sei, in die vom Gesetzgeber in § 45 VII BNatSchG vorgezeichnete Ausnahme zu gehen. Schließ-

lich seien Abschaltungen die einzig sicheren Vermeidungsmaßnahmen, die häufig aber zur Unwirtschaftlichkeit der Anlagen führten. Zudem könne durch die Nutzung der Ausnahme, trotz der hohen Voraussetzungen, eher Rechtssicherheit für den Investor geschaffen werden. Die Wahrscheinlichkeit, dem Genehmigungsbegehren zum Erfolg zu verhelfen, sei hier größer. Auch erste Behörden gingen diesen Weg. Mit der Feststellung, dass die Mehrzahl der Anwälte jedoch bestrebt sei, der Ausnahme aus dem Weg zu gehen, wurde die Diskussion geschlossen.

Streitgespräch: Neuer Druck beim FFH-Gebietsschutz?

Von Elisabeth Spiecker gen. Döhmann

Es diskutierten Dr. Winfried Wilkens, Kreisrat beim Landkreis Osnabrück, Dipl.-Ing. Harald Mey, Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz, Dr. Matthias Schreiber, stellvertretender Vorsitzender des Umweltforums Osnabrücker Land e.V.

Moderiert von Prof. Dr. Pascale Cancik

Professorin Cancik leitete die Diskussion mit dem Hinweis auf das EU- Vertragsverletzungsverfahren ein. In diesem Zusammenhang wird unter anderem die Frage diskutiert, ob die bislang ausgewiesenen Gebiete ausreichend gesichert sind, ob also der in Niedersachsen bis dato favorisierte vertragliche Schutz ausreichend oder demgegenüber eine „hoheitliche Unterschutzstellung“ vorzugswürdig ist. Auf den richtigen Umgang mit der Ausweisung von Schutzgebieten und auf im Ausweisungsprozess auftretende Schwierigkeiten konzentrierte sich dann auch die Diskussion.

Zur Eröffnung gab Dr. Schreiber einen Statusbericht zu bereits ausgewiesenen Gebieten im Landkreis Osnabrück, die mit einem Flächenanteil von 4% im Vergleich zu Gesamtdeutschland mit 15 % und der europäischen Union mit 18 % sehr dürftig seien. Dieser Umstand sei gerade vor dem Hintergrund schwer verständlich, dass das Gebiet des Landkreises unter anderem einige zur Nachmeldung geeignete Hochmoore besitze, die jedoch bislang nicht nachgemeldet worden seien. Niedersachsen stelle, wie der Vergleich verdeutliche, ein „ökologisches Armenhaus Europas“ dar.

Dies zeige sich auch daran, dass es bei der Festsetzung der Schutzgebiete häufig versäumt worden sei, gerade die Kernverbreitungsgebiete geschützter Arten zu erfassen, obwohl deren fachlich gesichert ermittelte Lage bekannt gewesen sei. Derart „fehlerhafte“ Gebietsabgrenzungen seien teils ohne nachvollziehbaren Grund, teils aber gerade zur Ermöglichung bestimmter Bauvorhaben vorgenommen worden. Darüber hinaus stelle sich im Falle stark unregelmäßiger Grenzziehung das praktische Problem, wie die Gebiete nachvollziehbar beschildert werden sollten. Schließlich zeige der Vergleich mit

Nordrhein-Westfalen Defizite bei der Gebietsfestsetzung in Niedersachsen: Während Gebiete, die unter Anlage 1 oder 2 der FFH-Richtlinie fallen, um die Landesgrenzen herum auf nordrhein-westfälischer Seite ausgewiesen seien, fehle teilweise die entsprechende Ausweisung auf niedersächsischer Seite, obwohl sich die betreffenden Gebiete nur oder in erster Linie durch die Zuordnung zu einem der Länder unterscheiden.

Dr. Schreiber beendete sein Statement mit der Forderung nach verbessertem Naturschutz und verbesserter Planungssicherheit für Vorhaben. Beides erhoffe er sich gerade durch den neuen Druck bei der Umsetzung der FFH- und Vogelschutz-Richtlinien.

Kreisrat Dr. Wilkens kam zu Beginn seiner Stellungnahme auf die Zeit der Entstehung der Richtlinie zu sprechen, die in die Amtszeit von Bundeskanzler Helmut Kohl fiel. Die grundlegenden Beschlüsse für die Verabschiedung der FFH-Richtlinie hätten damals kein „Konjunkturprogramm für Gutachter“ implementieren sollen, worauf die Umsetzungspraxis heute schließen lassen könnte. In Teilen werde ein nicht zu rechtfertigender, finanzieller wie personeller Aufwand bei der Ausweisung von Gebieten betrieben, ohne dass dabei zufriedenstellende Ergebnisse erzielt würden. Eine Schwierigkeit in diesem Prozess sei das oft fehlende Verständnis auf Seiten der Bevölkerung und darauf beruhender Widerstand. Es falle schwer, die Bedeutung der Schutzgebiete zu kommunizieren und zwischen den unterschiedlichen Interessen zu vermitteln. So sei beispielsweise immer häufiger von Bürgern zu hören, Tiere würden mittlerweile besser geschützt als Menschen.

Wünschenswert sei eine Weiterentwicklung im Umgang mit der FFH-Richtlinie im Sinne eines „FFH 2.0“. Das bedeute vor allem eine besser integrierte Umsetzung in das bestehende Rechtssystem. Um den Aufwand für die Umsetzung zu reduzieren und die Umsetzung auf diese Weise zu beschleunigen, sollten erforderliche Untersuchungen weniger als bisher in die Breite und die Tiefe gehen, zumal wenn kleinere Vorhaben in Frage stünden. Selbst wenn dies gelänge, sei aber eine Aufstockung von Sach- und Personalmitteln notwendig, um den Aufgaben auf kommunaler Ebene gerecht werden zu können.

Eine weitere zentrale Herausforderung stelle der Strategiewechsel im Umgang mit der Umsetzung der Richtlinie auf politischer Ebene dar. Über Jahre habe man sich entsprechend ministerieller Vorgabe auf den vertraglichen Naturschutz konzentriert. Das erschwere nun die Umstellung auf einen neuen, hoheitlichen Ansatz sowohl auf Seiten der Verantwortlichen als auch auf Seiten der betroffenen Privaten. Dennoch fasse der Landkreis die Verabschiedung der Schutz-Verordnungen für 2018, die entsprechenden Management-Pläne für 2020 fest ins Auge.

In Übereinstimmung mit Dr. Schreiber kritisierte auch Dr. Wilkens teils willkürlich erscheinende Gebietsabgrenzungen. Die von Dr. Schreiber geforderte Nachmeldung von Gebieten sei jedoch problematisch, da zukünftige Ausweisungen verkompliziert würden, wenn keine Sicherheit über die (konstante) Einordnung von Gebieten bestünde, die Ziele gleichsam beweglich seien.

Deutlich zu widersprechen sei der Bezeichnung des Landkreises Osnabrück und Niedersachsens als „ökologisches Armenhaus Europas“. Allein an der Größe ausgewiesener Gebiete könne diese Einordnung nicht festgemacht werden; insbesondere sei zu beachten, dass Landkreis und Land vielerorts eine erfreulich gute Bestandslage geschützter Arten aufwiesen.

Kritikwürdig fand Dr. Wilkens aber das lange Abwarten des niedersächsischen Umweltministeriums, bevor dieses in der Frage der Einordnung von Gebieten und etwaiger Nachmeldungen aktiv geworden sei. Seine Stellungnahme schloss mit der Forderung, das Umweltministerium möge für die Bereitstellung der erforderlichen Ressourcen Sorge tragen.

Auch Dipl.-Ing. Mey aus dem niedersächsischen Umweltministerium verwies eingangs auf die erfreuliche Lage bei der Ausweisung von Schutzgebieten in Niedersachsen. 17 % der Fläche des Landes seien ausgewiesenes Gebiet, bei Abzug des Wattenmeer-Gebietes immerhin noch 10 %. Die Ausweisung der Gebiete sei ein „sehr schmerzlicher Prozess“ gewesen, nicht zuletzt wegen des im Naturschutz regelmäßig bestehenden Konflikts mit privatem wie öffentlichem Eigentum. Dass dabei erhebliche wirtschaftli-

che Interessen eine Rolle spielten, habe das Vorhaben zusätzlich verkompliziert. Schon der status quo habe nur deswegen erreicht werden können, weil man sich durch das wachsame Auge der EU-Kommission begleitet wusste. Auch Dipl.-Ing. Mey bezeichnete den Stand der Ausweisungen als unzureichend. Das Ministerium wisse um Unzulänglichkeiten bei der Ausweisung und wolle sich bei der Neuausweisung und Erweiterung von bereits ausgewiesenen Gebieten engagieren; zur genauen Zeitplanung könne er nichts sagen.

Zum Schluss hob Dipl.-Ing. Mey die bei der Ausweisung von Gebieten bestehende Schwierigkeit hervor, dass die Entscheidung für die Ausweisung de facto endgültig sei und die Ausweisung eines Gebietes kaum jemals wieder rückgängig gemacht werden könne.

Die Runde wurde sodann für Wortmeldungen aus dem Publikum geöffnet.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Gellermann bezog sich zunächst auf die Ausführungen Dr. Wilkens` zur Entstehung der FFH-Richtlinie. Mit der Richtlinie sei kein „Schmalspur-Schutz“ gewollt gewesen, vielmehr sollte damit die Bewahrung des europäischen Naturerbes sichergestellt werden. Außerdem habe man mit der Richtlinie völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen wollen.

Betreffend den derzeitigen Stand der Ausweisungen sprach sich auch Prof. Gellermann für eine klarere Gebietsabgrenzung aus. Dabei sei zu überlegen, ob nicht eine „größzügigere“ Abgrenzung insofern wünschenswert sei, als dass nicht ausschließlich solche Gebiete, die unter Anhang 1 oder 2 der Richtlinie fallen, ausgewiesen würden. Auf diese Weise könnten die Gebiete leichter abgegrenzt werden und auch dem Schutzzweck der Richtlinie würde besser entsprochen. In Übereinstimmung mit Dr. Schreiber folgte der Hinweis, dass zerrissene Ausweisungs-Gebiete gerade für die Realisierung von Projekten große Probleme darstellten.

Schließlich appellierte Prof. Gellermann, neben der europäischen Dimension den nationalen Naturschutz nicht aus dem Blick zu verlieren. Es bestehe auch eine Verantwor-

tung für den Schutz gerade des nationalen Naturerbes. Wichtig sei dabei, dass die Verantwortung nicht zwischen den Beteiligten hin- und hergeschoben würde.

In der Runde der Abschlussstatements hob Dr. Schreiber mit Blick auf die Entstehung der FFH-Richtlinie hervor, dass die damalige Einflussnahme des Bundesrates auf die Richtlinie nicht zu unterschätzen sei. Es habe sich keineswegs um eine „ferne Europa-Angelegenheit“ gehandelt. Vielmehr seien die Länder schon zum Zeitpunkt der Entstehung der Richtlinie maßgeblich beteiligt gewesen. Zu kritisieren sei nun jedoch, dass die Ausweisung nur schleppend voranschreite, obwohl die erforderlichen Unterlagen für die Beurteilung fraglicher Gebiete sämtlich vorlägen. Hier stelle sich auch die Frage, warum andere Länder bei der Ausweisung schneller seien als Niedersachsen. Dies sei besonders enttäuschend, da angesichts eines grünen Umweltministers auf ein Vorankommen in dieser Angelegenheit zu hoffen gewesen sei.

In seiner abschließenden Stellungnahme bestätigte Dipl.-Ing. Mey den Eingang der von Dr. Schreiber erwähnten Unterlagen zur Beurteilung der für eine Ausweisung in Betracht kommenden Gebiete. Es sei aber zum einen möglich, dass das Umweltministerium auch nach Sichtung der Unterlagen zu einer unterschiedlichen Bewertung komme. Zum anderen handele es sich bei den erwähnten Unterlagen keinesfalls um bereits fertig ausgearbeitete Konzepte. Schließlich habe sich das Ministerium gleichzeitig auch stets mit anderen, teils drängenden Fragen, wie beispielsweise atomrechtlichen, auseinandersetzen müssen. Daher hätten Belange des Naturschutzes nicht immer erste Priorität gehabt. Jedenfalls könne für die Zukunft erwartet werden, dass seitens des Ministeriums schneller agiert werde.

Dr. Wilkens betonte zum Schluss, dass es im Zuge des Ausweisungsprozesses nicht nur Auseinandersetzungen mit privaten Eigentümern gegeben habe, sondern ebenso mit Vertretern der Landes- und Bundesforsten. Die Landesregierung müsse insofern ihren Einfluss auf die Landesforsten nutzen, um die Ausweisung von Schutzgebieten zu befördern.

Bezug nehmend auf den Beitrag Prof. Gellermanns wies Dr. Wilkens darauf hin, dass auf Ebene des Landkreises viel über die richtige Abgrenzung der Gebiete diskutiert werde. Doch befinde man sich noch in einem Lernprozess und müsse immer wieder neue Erkenntnisse berücksichtigen. Da es sich bei den Landkreisen um Bündelungsbehörden handele, gelte für sie schließlich, dass der Naturschutz nur eine unter vielen wichtigen Verantwortungen sei, denen man gerecht werden müsse. Die Situation der Naturschutzverbände stelle sich insofern anders dar, weil sie sich ganz auf naturschutzrechtliche Fragen konzentrieren könnten; eine Option, die dem Landkreis nicht eröffnet sei.

Teilnehmer

Leitung des Symposiums:

Professorin Dr. Pascale **Cancik**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Universität Osnabrück

Professor Dr. Bernd J. **Hartmann**, LL.M. (Virginia)

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Referenten:

Dr. Joachim **Schwind**

Niedersächsischer Landkreistag

Professor Dr. Wolfgang **Köck**

Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung, Leipzig

Referent Dr. Klaus **Ritgen**

Deutscher Landkreistag, Berlin

Professor Dr. Martin **Gellermann**

Universität Osnabrück

Kreisrat Dr. Winfried **Wilkens**

Landkreis Osnabrück

Dipl.-Ing. Harald **Mey**

Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz

Dr. Matthias **Schreiber**

Umweltforum Osnabrücker Land

Teilnehmer:

Beigeordneter a.D. Heinrich **Albers**
Sarstedt

Fachdienstleiterin Christiane **Balks-Lehmann**
Fachdienst Naturschutz, Stadt Osnabrück

Landrat Cord **Bockhop**
Landkreis Diepholz

Abteilungsleiter Holger **Böhm**
IPW Ingenieurplanung GmbH & Co. KG, Wallenhorst

Abteilungsleiter Dipl.-Ing. Gerald **Bruns**
Landkreis Osnabrück

Stud. iur. Mareike **Coordes**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Rechtsanwalt Dr. Lars **Dietrich**, LL.M.
Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte, Hamm

Petra **Dreher**
Kreis Lippe

Fachdienstleiter Dr. Thomas **Drewes**
Landkreis Osnabrück

Ministerialrat Prof. Dr. Joachim **Erdmann**
Nds. Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

Fachdienstleiter Hartmut **Fresemann**
Stadt Emden

Jürgen **Giese**
Stadt Meppen

Professor Dr. Thomas **Groß**
European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück

Thomas **Gerdemann**
Stadt Georgsmarienhütte

Erster Gemeinderat Wigbert **Grotjan**
Gemeinde Moormerland

Stud. iur. Fabian **Henkel**
Universität Osnabrück

Dr. Ulrike **Henschel**
Kommunal- und Schul-Verlag, Wiesbaden

Wiss. Mit. Stefan **Jansen**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaft, Uni Osnabrück

Jens **Jungeblut**
Landkreis Emsland

Dirk **Kopmeyer**
Landkreis Emsland

Bürgermeister Dr. Wolfgang **Krug**
Gemeinde Holdorf

Susanne **Küpper**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Professor Dr. Steffen **Lampert**
Universität Osnabrück

Landrat Dr. Michael **Lübbersmann**
Landkreis Osnabrück

Referent Dr. Lutz **Mehlhorn**, MLE
Niedersächsischer Landkreistag

Abteilungsleiter Andreas **Möllenkamp**
Stadt Georgsmarienhütte

Stud. iur. Balthasar **Möller**
Universität Osnabrück

Stud. iur. Antje **Neelen**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Stud. iur. Jens **Niemeyer**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Wiss. Mit. Robert **Notbohm**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Wiss. Mit. Alverich **Ommen**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Fachdienstleiter Andreas **Pante**
Gemeinde Bad Essen

Gabriele **Proske**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Stud. iur. Dominik **Römling**
Universität Osnabrück

Abteilungsleiter Markus **Rolf**
Landkreis Osnabrück

Wiss. Mit. Gerrit **Rüwe**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Stud. iur. Karsten **Schmidt**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Dipl.-Biologin Josefa **Schmitz**

Umweltbüro Melle

Wiss. Mit. Jörn **Simme**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Wiss. Mit. Elisabeth **Spiecker gen. Döhmann**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Bärbel **Schulte-Hillen**

Stadt Georgsmarienhütte

Fachdienstleiter Jan **Trenkmann**

Landkreis Vorpommern-Rügen

Erster Kreisrat Wolfram **van Lessen**

Landkreis Diepholz

Stud. iur. Carolin **Wahnhoff**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Dr. Beatrix **Wallberg**

Kreis Minden-Lübbecke, Umweltamt

Abteilungsleiter Dr.-Ing. Detlef **Wilcke**

Landkreis Osnabrück

Erster Stadtrat Ulrich **Willems**

Stadt Bramsche