

Rechtsgutachten

Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften (ROGÄndG)

Vom 22. März 2023

§ 6 WindBG und § 49 UVPG

Auftraggeber:

Naturschutzinitiative e.V. (NI)
unabhängiger gemeinnütziger Naturschutzverein und
bundesweit anerkannter Verband nach § 3 UmwRG

25. April 2023

Karlsruhe

Rechtsanwälte:

Prof. Dr. Eberhardt Meiringer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Michael Pap
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Dr. Oliver Melber
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Erbrecht

Alexander Doll

Christian Walz
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Hartmut Stegmaier
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Bernd Schmitz
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Stefan Flaig
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Familienrecht

Karen Fiege
Fachwältin für Arbeitsrecht

Dr. Michael Artner
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Christian Schlemmer
Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Severine Deutsch
Fachwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht

Jörg Schröder
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Steuerrecht

Dr. Rico Faller
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Cornelius Weiß
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Julia Stein
Fachwältin für Verwaltungsrecht

Stephan Pap

Jan Stiewitz

Victor Diesinger

Dr. Manuel Gräf

Sebastian Schlegel

Sarah Rinderspacher

Wirtschaftsprüfer • Steuerberater:
Dr. Michael Ohmer, Dipl.-Kfm.

Basel

Advokaten • Notariat:

Dr. Felix Iselin

Dr. Gert Thoenen, LL.M. (Houston)

Dr. Benedikt A. Suter, Notar

Dr. Caroline Cron

Dr. Martin Lenz, Notar
Fachanwalt SAV Erbrecht

Dr. Beat Eisner

Carlo Scollo Lavizzari, LL.M. (Kapstadt)

Dr. Lucius Huber

Dr. Cristina von Holzen, Notarin

Dr. Philipp Ziegler, dipl. Steuerexperte

Marine Müllershausen, LL.M.
Avocate au Barreau de Paris – EU-Anwältin

Markus Vock, M.B.L.-HSG

Dr. Michel Jutzeler

Basil Kupferschmied

Dr. Timon Reinau

Karlsruhe

Douglasstr. 11-15
76133 Karlsruhe

Telefon +49 721 91250-0
Telefax +49 721 91250-22
karlsruhe@caemmerer-lenz.de
www.caemmerer-lenz.de

Basel

Elisabethenstr. 15
4010 Basel / Schweiz

Telefon +41 61 2721330
Telefax +41 61 2721595
lc@lclaw.ch
www.lclaw.ch

In Kooperation mit

CL Wirtschaftsprüfung und
Steuerberatung GmbH & Co. KG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

CL Compliance und Datenschutz
GmbH & Co. KG

Inhalt

I. Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens.....	3
II. Rechtliche und fachliche Kritik an dem Gesetzentwurf, Änderungen und Inkrafttreten..	4
1. Kritik	5
2. Änderungen des Kabinettsentwurfs	6
3. Inkrafttreten	6
III. Die Regelungen in § 6 WindBG	7
1. Formulierung der Regelungen in § 6 WindBG.....	7
2. Wesentliche Regelungsgehalt	9
3. Abweichungen von verschiedenen EU-Richtlinien aufgrund der EU-Notverordnung.....	9
4. Unterschiede zwischen Art. 6 EU-Notfallverordnung und § 6 WindBG.....	11
4.1 Windenergiegebiete einerseits und „Go to“-/Beschleunigungsgebiete andererseits ...	11
4.2 Prüfung des § 44 Abs. 1 BNatSchG einerseits und Bewertungen gemäß Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG und gemäß Art. 5 der Richtlinie 2009/147/EG andererseits	18
4.3 Unterschiedliche Voraussetzungen für das Freikaufen vom Artenschutz	20
4.4 Praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, Kooperationsprinzip, legislatives Rücksichtnahmegebot	21
IV. Die Regelungen in § 49 UVPG	22
1. Formulierung der Regelungen in § 49 UVPG.....	22
2. Wesentlicher Regelungsgehalt	23
3. Grundsatz der Frühzeitigkeit der Umweltverträglichkeitsprüfung.....	24
3.1 Gesetzgeberisches Vergessen	24
3.2 Der Grundsatz der Frühzeitigkeit in der UVP-Richtlinie.....	25
3.3 Der Grundsatz der Frühzeitigkeit als Teil des Vorsorge- und Vorbeugeprinzips.....	29
3.4 Praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, Kooperationsprinzip, legislatives Rücksichtnahmegebot	30
V. Zusammenfassung	31

I.

Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens

Mit dem „Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften (ROGÄndG)“ vom 22. März 2023 hat der Deutsche Bundestag mehrere Gesetzesnovellierungen beschlossen, um für mehr Tempo beim Ausbau erneuerbarer Energien zu sorgen.¹ Die Novellierungen zielen nicht nur, aber auch auf die Umsetzung der EU-Notfallverordnung vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien ab.² Beschleunigt werden soll mit EU-Notfallverordnung und dem ROGÄndG insbesondere der Ausbau der Windenergie an Land.³ Um dies zu erreichen, so die Gesetzesbegründung, sei es erforderlich, ein zügiges, rechtssicheres Genehmigungsverfahren für die Anlagenerrichtung zu ermöglichen, indem die durch die noch junge EU-Notfallverordnung eröffneten Möglichkeiten ausgeschöpft werden.⁴ Eine besondere Bedeutung kommt dabei den Regelungen in § 6 WindBG und § 49 UVPG zu:

- Der neue § 6 WindBG sieht im Genehmigungsverfahren einen *Entfall* der Umweltverträglichkeitsprüfung und der artenschutzrechtlichen Prüfung nach § 44 Abs. 1 BNatSchG vor, soweit die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet beantragt ist, bei Ausweisung des Windenergiegebiets eine Umweltprüfung nach § 8 ROG oder nach § 2 Abs. 4 BauGB durchgeführt wurde und das Windenergiegebiet nicht in einem Natura-2000-Gebiet, Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt.

¹ „Abgeordnete beschließen mehr Tempo beim Ausbau Erneuerbarer Energie“: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw09-de-raumordnungsgesetz-936012> (abgerufen am 21. April 2023).

² Siehe <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2577&from=DE> (abgerufen am 21. April 2023). Anders als sonst bei EU-Verordnungen bedarf es hier eines Umsetzungsaktes der jeweiligen Mitgliedstaaten (wie bei EU-Richtlinien), da Art. 6 EU-Notfallverordnung als „kann“-Vorschrift formuliert ist. Die Europäische Union überlässt es somit den Mitgliedstaaten, ob und, wenn ja, in welchem Umfang von den Möglichkeiten, die die Verordnung bietet, Gebrauch gemacht werden soll.

³ Siehe BT-Drucksache 20/4823, S. 1, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/048/2004823.pdf> (abgerufen am 21. April 2023).

⁴ Siehe <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw09-de-raumordnungsgesetz-936012> (abgerufen am 21. April 2023).

- Die Neufassung des § 49 UVPG sieht im Rahmen der Raumverträglichkeitsprüfung nur noch eine *überschlägige* Umweltprüfung vor. Das Erfordernis einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Umfang der Vorgaben des UVPG entfällt.

Mit diesen neuen Regelungen werden für das Umweltrecht wichtige Standards geändert, was die Frage aufwirft, ob damit die Möglichkeiten, die das Unionsrecht einräumt, durch den Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland zulässig ausgeschöpft werden oder lediglich als Vehikel dienen, um unionsweit geltendes Umweltrecht praktisch unwirksam werden zu lassen. Diese Frage ist deshalb nicht fernliegend, weil es in den letzten Monaten und Jahren eine Reihe von Gesetzesänderungen auf Bundesebene gegeben hat, die einseitig von unionsrechtlichen Vorgaben abgewichen sind. Das betrifft vor allem die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes im Jahr 2022 („Osterpaket“).⁵

II.

Rechtliche und fachliche Kritik an dem Gesetzentwurf, Änderungen und Inkrafttreten

Die grundlegenden und weitreichenden Gesetzesänderungen wurden im Ausschuss für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen kritisch behandelt, sodass einige Sachverständige empfohlen haben, Änderungen vorzunehmen.⁶ Infrage gestellt wurde dabei insbesondere, ob die engen Voraussetzungen der unionsrechtlichen Grundlage, also der EU-Notfallverordnung, noch

⁵ Siehe <https://naturschutz-initiative.de/images/PDF2022/RechtsgutachtenBNatSchG2022CL.pdf> (abgerufen am 21. April 2023) sowie <https://naturschutz-initiative.de/neuigkeiten/1319-08-09-2022-bundesnaturschutzgesetz-versto-esst-gegen-europaeisches-recht> (abgerufen am 21. April 2023). Zu dem dort thematisierten biologischen Analphabetentum der Politik äußerte der an der Universität Hamburg forschende und lehrende Evolutionsbiologe Glaubrecht, „Das biologische Analphabetentum der Politik bringt uns noch alle um“, Gastbeitrag, Tagesspiegel vom 16. Januar 2022, <https://www.tagesspiegel.de/politik/artenschutz-als-ignoriertes-thema-das-biologi-sche-analphabetentum-der-politik-bringt-uns-noch-alle-um/27975842.html> (abgerufen am 21. April 2023); vgl. auch <https://hamburg.leibniz-lib.de/uebercenak/medienecho/19-04-08-kn-artensterben.pdf> (abgerufen am 21. April 2023); „Nach allem, was wir wissen, greifen alle Arten wie die Maschen eines großen Netzes ineinander. Je mehr Maschen wir herausnehmen, desto eher zerreißen diese Netze. Wie bei einem Fass, das Sie mit einem Tropfen zum Überlaufen bringen, sehen Sie sehr lange gar nichts. Und dann gibt es plötzlich heftige Reaktionen, das Netz wird brüchig und zerreißt irgendwann. Das gilt es zu verhindern.“; zur Biodiversitätsstrategie der Europäischen Union: https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_de (abgerufen am 21. April 2023). Zu dem ebenfalls problematischen Investitionsbeschleunigungsgesetz aus dem Jahr 2020 siehe auch <https://naturschutz-initiative.de/pressemitteilungen/763-31-08-2020-pm-rechtsgutachten-stellt-fest-artenschutzrechtliche-ausnahmen-vom> (abgerufen am 21. April 2023).

⁶ So bspw. die Stellungnahmen der Deutschen Umwelthilfe e.V., des BUND sowie von Dr. Holger Schmitz: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw09-de-raumordnungsgesetz-936012> (abgerufen am 21. April 2023).

erfüllt werden. Diese ermöglicht zwecks Ausbaus der erneuerbaren Energien *nur unter bestimmten Voraussetzungen* und nur temporär eine Aussetzung bestimmter unionsrechtlicher Vorschriften.

1. Kritik

Die Deutsche Umwelthilfe hat in Bezug auf § 49 UVPG „einen Verstoß gegen das Vorsorgeprinzip, [beanstandet], da die Umweltverträglichkeitsprüfung nicht nur im Zulassungsverfahren eine wichtige Rolle spielt, sondern auch bei der vorgelagerten Prüfung der Raumverträglichkeit von Planungen und Maßnahmen. Sie dient dazu, frühzeitig Konflikte zu erkennen und sie bereits auf dieser Planungsstufe soweit wie möglich zu entschärfen.“⁷ Der BUND hatte in Bezug auf § 6 WindBG bemängelt, dass diese Regelung „ersichtlich europarechtswidrig“ sei, da „die Etablierung von Go-To-Gebiete, in welchen die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung und artenschutzrechtlicher Prüfungen für nicht erforderlich erklärt wird, nach dem Entwurf der Änderung der RL 2018/2001 nur für solche Gebiete gedacht ist, die bereits zuvor auf Umweltverträglichkeit und Nichtexistenz unbewältigter artenschutzrechtlicher Konflikte untersucht worden sind. Eben dies ist nach bisheriger Rechtslage in terrestrischen Vorranggebieten, Vorbehaltsgebieten oder Eignungsgebieten regelmäßig indessen nicht der Fall und für Windkraft auf See nicht anwendbar. [...] Daher können schon bestehende raumordnerisch oder bauleitplanerisch für die Windkraftnutzung festgelegte Gebiete nicht pauschal als Go-To-Gebiete im Sinne des Entwurfs zur Änderung der RL 2018/2001 und auch nicht der bestehenden Eilverordnung gewidmet werden, ohne mit zwingenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in Konflikt zu geraten.“⁸ Im Ausschuss wurde auch ausgeführt, dass es sich „um Gebiete handeln muss, die nicht nur für den Ausbau der Windenergie geeignet sind, sondern bei denen auch feststeht, dass in ihnen nicht mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen ist. Der Wortlaut von § 6 Abs. 1 S. 1, 2 WindBG allerdings stilisiert jedes ausgewiesene Windenergiegebiet, welches nicht in einem Natura 2000-Gebiet, Naturschutzgebiet oder Naturpark liegt, zu einer solchen Go-To-Area. Dass dies nicht der Fall sein dürfte, ist offensichtlich.“⁹ Auch wurde im Ausschuss empfohlen, § 49 UVPG in der im Kabinettsentwurf formulierten Fassung beizubehalten und hinsichtlich § 6 WindBG ergänzend festzuschreiben, dass Windenergiegebiete einer vorgelagerten

⁷ Stellungnahme der Deutschen Umwelthilfe e.V., a.a.O., S. 7 und 11.

⁸ Stellungnahme BUND, a.a.O., S. 7 f.

⁹ Stellungnahme Dr. Holger Schmitz, a.a.O., S. 4.

umfassenden Umweltverträglichkeits- und artenschutzrechtlichen Prüfung unterzogen werden müssen, um Rechtsunsicherheiten zu minimieren und ein ausgewogenes Regelungsregime zwischen dem Ziel des beschleunigten Ausbaus erneuerbarer Energien einerseits und dem Schutz der Biodiversität andererseits zu gewährleisten, sodass beiden Anliegen in möglichst optimaler Weise Rechnung getragen wird.¹⁰

2. Änderungen des Kabinettsentwurfs

Diesen Empfehlungen folgte der Bundestag nur teilweise, was Veranlassung dazu gibt, die Gesetzesänderungen in § 6 WindBG und in § 49 UVPG insbesondere auf ihre Vereinbarkeit mit höher-rangigem (und unionsweit einheitlich geltendem) Unionsrecht näher zu prüfen.¹¹ Nach Auffassung von Bundesumweltministerin Lemke sei die optimale Berücksichtigung der in Rechnung zu stellenden Anliegen gelungen: „Wir gehen damit bei der Bekämpfung der doppelten ökologischen Krise, der Klimakrise und dem Artenaussterben, entschlossen voran. Wir ermöglichen effiziente und rechtssichere Planungsverfahren [...]“.¹²

3. Inkrafttreten

Bezüglich des Inkrafttretens ist der Gesetzgeber differenzierend vorgegangen. Während § 6 WindBG am Tag nach der Verkündung in Kraft getreten ist, also am 29. März 2023, tritt § 49 UVPG erst am 28. September 2023 in Kraft.¹³

¹⁰ Stellungnahme BUND, a.a.O., S. 8.

¹¹ Zu den Änderungen siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen (24. Ausschuss), BT-Drucksache 20/5830, S. 21, 30 bis 32, 48, 49: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw09-de-raumordnungsgesetz-936012> (abgerufen am 21. April 2023).

¹² Siehe <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/windkraft-artenschutz-2022454> (abgerufen am 21. April 2023). In auffallenden Kontrast dazu steht auch das, was Dr. Julia Wulff anmerkt: „Die jetzt vorliegende, mit der heißen Nadel gestrickte Umsetzung der EU-Notfall-Verordnung wirft aber mehr Fragen auf als sie löst.“, <https://verfassungsblog.de/zwischen-den-stuhlen/> (abgerufen am 21. April 2023).

¹³ Begründet wird diese Differenzierung in der Beschlussempfehlung der BT-Drucksache 20/5830, S. 52, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/058/2005830.pdf> (abgerufen am 21. April 2023) wie folgt: „Das Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften tritt grundsätzlich 6 Monate nach der Verkündung in Kraft. In Abweichung davon sieht der neue Absatz 2 ein sofortiges Inkrafttreten insbesondere für diejenigen Artikel vor, die der Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien dienen“.

III.

Die Regelungen in § 6 WindBG

1. Formulierung der Regelungen in § 6 WindBG

In Kraft getreten ist § 6 WindBG in folgender Fassung:

„(1) Wird die Errichtung und der Betrieb oder die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer Windenergieanlage in einem zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ausgewiesenen Windenergiegebiet nach § 2 Nummer 1 beantragt, ist im Genehmigungsverfahren abweichend von den Vorschriften des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung eine Umweltverträglichkeitsprüfung und abweichend von den Vorschriften des § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes eine artenschutzrechtliche Prüfung nicht durchzuführen. Satz 1 ist nur anzuwenden,

- 1. wenn bei Ausweisung des Windenergiegebietes eine Umweltprüfung nach § 8 des Raumordnungsgesetzes oder § 2 Absatz 4 des Baugesetzbuchs durchgeführt wurde und*
- 2. soweit das Windenergiegebiet nicht in einem Natura 2000-Gebiet, einem Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt.*

Die zuständige Behörde hat auf Grundlage vorhandener Daten geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen in den Windenergiegebieten anzuordnen, um die Einhaltung der Vorschriften des § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes zu gewährleisten, sofern die Daten eine ausreichende räumliche Genauigkeit aufweisen und zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag nicht älter als fünf Jahre sind. Geeignete Minderungsmaßnahmen nach Satz 3 zum Schutz von Fledermäusen hat die Behörde insbesondere in Form einer Abregelung der Windenergieanlage anzuordnen, die auf Grundlage einer zwei-jährigen akustischen Erfassung der Fledermausaktivität im Gondelbereich anzupassen ist. Soweit geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen nicht verfügbar oder Daten nicht vorhanden sind, hat der Betreiber eine Zahlung in Geld zu leisten. Die Zahlung ist von der

zuständigen Behörde zusammen mit der Genehmigung für die Dauer des Betriebes als jährlich zu leistender Betrag festzusetzen. Die Höhe der Zahlung beträgt:

1. 450 Euro je Megawatt installierter Leistung, sofern Schutzmaßnahmen für Vögel angeordnet werden, die die Abregelung von Windenergieanlagen betreffen, oder Schutzmaßnahmen, deren Investitionskosten höher als 17 000 Euro je Megawatt liegen,
2. ansonsten 3 000 Euro je Megawatt installierter Leistung.

Sie ist von dem Betreiber der Windenergieanlage als zweckgebundene Abgabe an den Bund zu leisten. Die Mittel werden vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz bewirtschaftet. Sie sind für Maßnahmen nach § 45d Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes zu verwenden, für die nicht bereits nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung besteht und die der Sicherung oder Verbesserung des Erhaltungszustandes der durch den Betrieb von Windenergieanlagen betroffenen Arten dienen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz soll im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten der nach Satz 5 erforderlichen Zahlung bestimmen. Eine Ausnahme nach § 45 Absatz 7 des Bundesnaturschutzgesetzes ist nicht erforderlich.

(2) Absatz 1 ist auf Genehmigungsverfahren anzuwenden, bei denen der Antragsteller den Antrag bis zum Ablauf des 30. Juni 2024 stellt. Der Antragsteller hat bei der Antragstellung nachzuweisen, dass er das Grundstück, auf dem die Windenergieanlage errichtet werden soll, für die Errichtung und den Betrieb vertraglich gesichert hat. Absatz 1 ist auch auf bereits laufende Genehmigungsverfahren anzuwenden, bei denen der Antragsteller den Antrag vor dem 29. März 2023 gestellt hat und bei denen noch keine endgültige Entscheidung ergangen ist, wenn der Antragsteller dies gegenüber der zuständigen Behörde verlangt. Die Sätze 1 bis 3 sind für das gesamte Genehmigungsverfahren anzuwenden, ungeachtet dessen, ob es bis zum Ablauf des 30. Juni 2024 abgeschlossen wird.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

2. Wesentliche Regelungsgehalt

Demnach entfallen im (immissionsschutzrechtlichen) Genehmigungsverfahren die Erfordernisse einer *Umweltverträglichkeitsprüfung* und der *artenschutzrechtlichen Prüfung nach § 44 Abs. 1 BNatSchG*, wenn die aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Zu diesen Voraussetzungen gehört, dass es sich um ein Vorhaben handeln muss, das sich in einem zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ausgewiesenen Windenergiegebiet nach § 2 Nr. 1 WindBG befindet, dass bei dessen Ausweisung eine Umweltprüfung nach § 8 ROG oder § 2 Abs. 4 BauGB durchgeführt wurde und dass das Windenergiegebiet nicht in einem Natura 2000-Gebiet, einem Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, sieht die Vorschrift weiter vor, dass auf Grundlage vorhandener Daten geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen anzuordnen sind, um die Einhaltung der Vorschriften des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu gewährleisten, sofern die Daten eine ausreichende räumliche Genauigkeit aufweisen und zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag nicht älter als fünf Jahre sind. Soweit geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen nicht verfügbar oder Daten nicht vorhanden sind, hat der Betreiber stattdessen eine Zahlung in Geld zu leisten.

3. Abweichungen von verschiedenen EU-Richtlinien aufgrund der EU-Notverordnung

Diese Regelungen weichen bewusst von verschiedenen unionsrechtlichen Anforderungen ab, namentlich von den Regelungen in der Vogelschutz-Richtlinie (V-RL), der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL), sowie der Umweltverträglichkeitsprüfungs-Richtlinie (UVP-RL). Denn die Regelungen, die im Genehmigungsverfahren nun nach § 6 WindBG keine Anwendung mehr finden sollen, dienen der Umsetzung der genannten Richtlinien, mithin unionsrechtlicher Vorschriften, die dem Schutz von Natur und Umwelt und einer Ausbalancierung mit konfligierenden Ausbaubelangen dienen. Die Regelung in § 6 WindBG sind deshalb explizit darauf angelegt, von diesen Unionsrichtlinien abzuweichen.

Dabei darf die rechtliche Betrachtung jedoch nicht stehen bleiben. Denn die Europäische Union hat, um den Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien zu beschleunigen, mit der EU-Notfallverordnung gezielt *Ausnahmen bzw. Abweichungen* von den bisherigen unionsrechtlichen Regelungen

durch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ermöglicht.¹⁴ Daher ist nicht nur § 6 WindBG, sondern auch die neuen Regelungen in der EU-Notfallverordnung gezielt darauf ausgerichtet, von Unionsrichtlinien abzuweichen. Das hat zur Folge, dass Abweichungen von den Unionsrichtlinien durch die Bundesrepublik Deutschland, namentlich durch § 6 WindBG, durchaus rechtmäßig sein können, soweit sie von der EU-Notfallverordnung getragen werden. Ob letzteres der Fall ist, ist zu prüfen.

Neben den neuen Regelungen in Art. 3 Abs. 1 EU-Notfallverordnung, mit der die Vermutung aufgestellt wird, dass die Planung, der Bau und der Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen,¹⁵ wurde in Art. 6 EU-Notfallverordnung Folgendes geregelt:

„Die Mitgliedstaaten können Ausnahmen für Projekte im Bereich der erneuerbaren Energien sowie für Projekte im Bereich Energiespeicherung und Stromnetze, die für die Integration erneuerbarer Energie in das Elektrizitätssystem erforderlich sind, von der Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 2011/92/EU und von den Bewertungen des Artenschutzes gemäß Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG und gemäß Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EG vorsehen, sofern das Projekt in einem für erneuerbare Energien oder Stromnetze vorgesehenen Gebiet für damit verbundene Netzinfrastruktur, die für die Integration erneuerbarer Energie in das Elektrizitätssystem erforderlich ist, durchgeführt wird, falls die Mitgliedstaaten ein solches Gebiet ausgewiesen haben, und dieses Gebiet einer strategischen Umweltprüfung gemäß der Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates unterzogen worden ist. Die zuständige Behörde stellt sicher, dass auf der Grundlage der vorhandenen Daten geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen ergriffen werden, um die Einhaltung von Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EG zu gewährleisten. Falls solche Maßnahmen nicht verfügbar sind, stellt die zuständige Behörde sicher, dass der Betreiber einen finanziellen Ausgleich

¹⁴ Siehe Fn. 2.

¹⁵ Vor dieser Regelung in der EU-Notfallverordnung waren entsprechende bundesrechtliche Regelungen jedenfalls im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie unionsrechtlich höchst problematisch; siehe das unter Fn. 5 genannte Rechtsgutachten zur Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20. Juli 2022, S. 25 ff.

für Artenschutzprogramme zahlt, damit der Erhaltungszustand der betroffenen Arten gesichert oder verbessert wird.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Die Regelungen in § 6 WindBG sind daran angelehnt. Soweit aber von der Formulierung abgewichen wird, bedarf dies einer näheren Überprüfung.

4. Unterschiede zwischen Art. 6 EU-Notfallverordnung und § 6 WindBG

Dass sich die Formulierungen unterscheiden, begegnet (noch) keinen Bedenken. Anders verhält es sich möglicherweise, wenn die Kontextualisierung rechtlich erhebliche Unterschiede ergibt.

4.1 Windenergiegebiete einerseits und „Go to“-/Beschleunigungsgebiete andererseits

Die Terminologie bezüglich der Gebiete, in denen nach der EU-Notfallverordnung Ausnahmen bzw. Abweichungen zulässig sein können, ist nicht einheitlich. In § 6 WindBG wird mit der Verwendung des Begriffs „*Windenergiegebiete*“ auf die Legaldefinition in § 2 Nr. 1 WindBG abgestellt; demnach gilt:

„Im Sinne dieses Gesetzes sind Windenergiegebiete:

[...]

folgende Ausweisungen von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs- oder Bauleitplänen:

- a) Vorranggebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen sowie Sonderbauflächen, Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Ausweisungen in Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen;*
- b) für die Flächenbeitragswerte nach Anlage 1 Spalte 1 zusätzlich Eignungs- und Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen, wenn der Raumordnungsplan spätestens am 1. Februar 2024 wirksam geworden ist;“*

Die unionsrechtlichen Begriffe der „Go to“-Gebiete und der *Beschleunigungsgebiete* decken sich damit nicht. Das wäre dann hinnehmbar, wenn die Regelungsgegenstände der Regelungen, in denen diese Begriffe verwendet werden, unterschiedlich wären. Das sind sie aber nicht.

Derzeit wird die „Erneuerbare-Energien-Richtlinie, RED II“ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen überarbeitet.¹⁶ Hintergrund ist die EU-Biodiversitätsstrategie 2030, die einen umfassenden, ehrgeizigen und langfristigen Plan zum Schutz der Natur und zur Umkehrung der Schädigung der Ökosysteme beinhaltet. Sie gehört zum europäischen „Green Deal“ und sieht beispielsweise vor, dass jedes Land einen bestimmten Anteil seiner Fläche unter gesetzlichen Schutz stellt. Im Hinblick auf Raumnutzungskonflikte insbesondere mit Windenergieanlagen (WEA) ist dort die Einführung von „Go to“-Gebieten/Beschleunigungsgebieten vorgesehen. Bei diesen Gebieten handelt es sich um spezifische, für den Ausbau der Windenergie *besonders geeignete* Gebiete; vgl. Art. 1 Nr. 1:¹⁷

„9a. „go-to“-Gebiet für erneuerbare Energien‘ bezeichnet einen bestimmten Standort an Land oder auf See, der von einem Mitgliedstaat als für die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen – mit Ausnahme von Anlagen zur Verfeuerung von Biomasse – besonders geeignet ausgewiesen wurde“ [Hervorh. d. d. Verf.]

In welchen Fällen ein Gebiet als besonders geeignet angesehen werden kann, bleibt in dem Entwurf zur Änderung der „Erneuerbare-Energien-Richtlinie, RED II“ ebenfalls nicht unbeantwortet; vgl. Art. 1 Nr. 5¹⁸:

¹⁶ Siehe den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden sowie der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz, COM(2022) 222 final, vom 18.05.2022: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0222> (abgerufen am 21. April 2023); zum Begriff „Go-to-Area“ siehe auch oben Fn. 3, Regierungsentwurf, BT-Drucksache 20/4823, S. 32, 33.

¹⁷ Siehe Fn. 16, Vorschlag, S. 20.

¹⁸ Siehe Fn. 16, Vorschlag, S. 21.

„Artikel 15c

„go-to“-Gebiete für erneuerbare Energien

(1) Bis zum [zwei Jahre nach Inkrafttreten] verabschieden die Mitgliedstaaten einen Plan oder Pläne, mit dem/denen sie innerhalb der in Artikel 15b Absatz 1 genannten Gebiete für eine oder mehrere Arten erneuerbarer Energiequellen „go-to“-Gebiete für erneuerbare Energien ausweisen. In diesem Plan bzw. diesen Plänen

- a) weisen die Mitgliedstaaten ausreichend homogene Land- und Seegebiete aus, in denen in Anbetracht der Besonderheiten des ausgewählten Gebiets bei der Nutzung einer bestimmten Art oder bestimmter Arten erneuerbarer Energie keine erheblichen Umweltauswirkungen zu erwarten sind. Dabei gehen sie wie folgt vor:

[...]“

Die Behandlung dieses Entwurfs durch das europäische Parlament am 14. Dezember 2022 hat insofern nicht zu wesentlichen Änderungen geführt; der Begriff „go-to“-Gebiete wurde durch den Begriff „Beschleunigungsgebiete“ ersetzt:¹⁹

„9a. „Beschleunigungsgebiet für erneuerbare Energie“ einen bestimmten Standort an Land oder auf See, der von einem Mitgliedstaat als für die beschleunigte Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen besonders geeignet priorisiert wurde [...]“ [Hervorh. d. d. Verf.]

„Artikel 15c

Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie

(1) [...] In dem Plan bzw. den Plänen, in dem bzw. denen die Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie ausgewiesen werden,

¹⁹ Konsolidierte Fassung und Erwägungsgründe: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0441_DE.html#title2 (abgerufen am 21. April 2023).

- a) weisen die Mitgliedstaaten ausreichend homogene Land- und Seegebiete aus, in denen in Anbetracht der Besonderheiten des ausgewählten Gebiets bei der Nutzung einer bestimmten Art oder bestimmter Arten erneuerbarer Energie keine erheblichen Umweltauswirkungen zu erwarten sind. Die Land- und Meeresgebiete tragen in ihrer Gesamtheit erheblich zu dem gemäß Artikel 15b Absatz 1 dieser Richtlinie ermittelten Raumbedarf bei, um das Ziel für erneuerbare Energie für 2030 zu erreichen, und werden in die gemäß Artikel 14 der Verordnung (EU) 2018/1999 aktualisierten nationalen Energie- und Klimapläne aufgenommen. Dabei gehen sie wie folgt vor:

[...]

- b) [...] Bereits für die Errichtung von Windkraft- oder Solaranlagen ausgewiesene Gebiete können von den Mitgliedstaaten als Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie ausgewiesen werden, wenn die bestehenden Raumordnungspläne die Anforderungen des Artikels 15c erfüllen [Art. 15c Abs. 1 a): keine erheblichen Umweltauswirkungen].“

In den Erwägungsgründen des Europäischen Parlaments wird dies wie folgt erläutert:

„(6) [...] Es ist jedoch angebracht, zwischen Projekten in Gebieten zu unterscheiden, die für die Umsetzung von Projekten im Bereich der erneuerbaren Energie besonders geeignet sind und für die die Fristen besonders gestrafft werden können (Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie), und Projekten, die außerhalb dieser Gebiete angesiedelt sind.

[...]

(9) Die Mitgliedstaaten sollten, nach Technologien unterschieden, solche Gebiete als Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie ausweisen, die sich besonders für die Entwicklung von Projekten im Bereich der erneuerbaren Energie eignen und in denen die Nutzung der jeweiligen Art der erneuerbaren Energiequelle voraussichtlich keine erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt und die Ernährungssicherheit im Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Produktion hat. Die Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie sollten

besonders für die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen geeignet sein. [...]

[...]

(15) [...] Alle Projekte, die in Beschleunigungsgebieten für erneuerbare Energie angesiedelt sind, sollten am Ende eines solchen Überprüfungsprozesses als genehmigt gelten. Nur wenn die Mitgliedstaaten eindeutige Anhaltspunkte dafür haben, dass ein bestimmtes Projekt höchstwahrscheinlich solche erheblichen unvorhergesehenen nachteiligen Auswirkungen haben wird, sollten die Mitgliedstaaten nach Begründung einer solchen Entscheidung ein solches Projekt einer Umweltprüfung gemäß der Richtlinie 2011/92/EG und gegebenenfalls der Richtlinie 92/43/EWG(9) unterziehen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Gerade deshalb, weil in „Go to“-/Beschleunigungsgebieten nicht mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen ist, knüpft die EU-Notfallverordnung und auch § 6 WindBG an diese Gebiete an und lässt dort *deshalb* abschließend definierte Prüfungsschritte unter weiteren Umständen entfallen.²⁰ Es überrascht daher nicht, wenn im Gesetzentwurf zu § 6 WindBG ausdrücklich auf die Umsetzung der Änderungen der „Erneuerbare-Energien-Richtlinie, RED II“ in Bezug auf die Einführung von „Go to“-/Beschleunigungsgebieten abgestellt wird:

„Ziel der Regelung des § 6 ist die Umsetzung der Überarbeitung der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen in Bezug auf die Einführung von sogenannten go-to-areas. Bei diesen Gebieten handelt es sich um spezifische für den Ausbau der Windenergie geeignete Gebiete, in denen nicht mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen ist. In den go-to-areas gelten bestimmte Erleichterungen im Genehmigungsverfahren, insbesondere der Verzicht auf Umweltverträglichkeitsprüfungen sowie artenschutzrechtlichen Prüfungen. Dafür erfolgt eine Zahlung in Artenhilfsprogramme. Als solche Gebiete gelten die Windenergiegebiete nach § 2 Nummer 1.“²¹ [Hervorh. d. d. Verf.]

²⁰ Siehe Fn. 3, BT-Drucksache 20/4823, S. 32.

²¹ Siehe Fn. 3, BT-Drucksache 20/4823, S. 32 f.

Verweisen lässt sich insofern auch auf die Ausführungen von Spannowsky im Rahmen der Sachverständigenanhörung:²²

„Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung ist aber auch mit dem bisher vorliegenden Entwurf der Europäischen Kommission zu sog. Go-to-Gebieten nicht kompatibel, weil danach als Go-to-Gebiete nur solche zu betrachten sind, bei denen bereits feststeht, dass sie in ökologischer Hinsicht nicht schutzwürdig sind und sich dort auch keine besonders schutzwürdige Arten befinden.“

Wenn – erstens – die Gesetzesbegründung zu § 6 WindBG und – zweitens – auch das dieser Norm zugrunde liegende Unionsrecht (EU-Notfallverordnung und der Änderungsentwurf der „Erneuerbare-Energien-Richtlinie, RED II“) den Verzicht auf wichtige Instrumente des Umweltrechts nur dann für hinnehmbar halten, wenn es sich um für Windenergie besonders geeignete Gebiete handelt, bei denen *nicht* mit *erheblichen Umweltauswirkungen* zu rechnen ist, dann ist für die Annahme eines solchen Gebiets mehr erforderlich als das, was in § 6 WindBG in Verbindung mit § 2 Nr. 1 WindBG zu dem Begriff „Windenergiegebiet“ geregelt ist. Es fehlt die Regelung, dass ein Windenergiegebiet nur ein Gebiet sein kann, in dem nicht mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen ist.²³

Dass es ausreichen soll, wenn Flächen für Windenergie beispielsweise in Vorranggebieten (etwa in einem Regionalplan) oder in entsprechenden Ausweisungen in Flächennutzungsplänen vorgesehen sind, ist bei weitem nicht hinreichend. Denn damit ist nicht sichergestellt, dass in diesen Gebieten nicht mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen ist. Die in aller Regel bestehende SUP-Pflicht bezüglich dieser Pläne (Strategische Umweltprüfung)²⁴ bringt es zwar mit sich, dass die

²² Stellungnahme vom 18. Januar 2023, S. 6 und 7: <https://www.bundestag.de/resource/blob/929506/94b5cea2c32cca0ca9ae677f5408b6c0/Stellungnahme-SV-Prof-Dr-jur-Spannowsky-data.pdf> (abgerufen am 21. April 2023).

²³ Die Schwelle, ab der Umweltauswirkungen als erheblich angesehen werden können, ist von der Rechtsprechung bereits in etlichen Entscheidungen (auch im unionsrechtlich im Kontext) thematisiert worden: siehe BVerwG, Urt. v. 17.12.2013 – 4 A 1/13 –, NVwZ 2014, 669 Rn. 38, beck-online: „erheblich sind, wenn sie mehr als geringfügig und damit abwägungserheblich sind (BVerwGE 130, 83 = NVwZ 2008, 563 Rn. 30, und BVerwGE 132, 123 = NVwZ 2009, 459 Rn. 30).“; siehe auch Seibert, NVwZ 2019, 337, beck-online sowie EZBK/Krautzberger/Kment, 148. EL Oktober 2022, BauGB § 2 Rn. 365: „Mit der Begrenzung auf ‚erhebliche‘ Umweltauswirkungen sollen solche Umweltauswirkungen ausgefiltert werden, die nur geringfügig ins Gewicht fallen und daher unbeachtet bleiben dürfen“.

²⁴ Vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 1 UVPG i.V.m. Anlage 5 Nr. 1.5, 1.6 und 1.8 UVPG.

voraussichtlichen erheblichen Umweltauswirkungen zu ermitteln, zu beschreiben und zu bewerten sind (§ 40 Abs. 1 Satz 2 UVPG) und dass auch eine Berücksichtigungspflicht besteht (§ 43 Abs. 2 UVPG, § 2 Abs. 4 Satz 4 BauGB, § 7 Abs. 2 Satz 2 ROG). Das bedeutet aber *nicht*, dass sich die festgestellten Umweltbelange auch im Rahmen der Abwägung durchzusetzen haben. Vielmehr ist ein Zurückstellen von erheblichen Umweltbelangen insbesondere im Rahmen der Abwägung in der Planungspraxis an der Tagesordnung und oftmals sogar zwingend erforderlich; vgl.:

„Schon der Wortlaut des Abs. 4 S. 4, dass das Ergebnis der Umweltprüfung in der Abwägung zu berücksichtigen ist, macht deutlich, dass die Umweltbelange bei der im Rahmen der Abwägung vorzunehmende Ausgleichsentscheidung mit dem „Risiko“ einer Zurückstellung bzw. Hintansetzung behaftet sind (im Ergebnis ebenso EZBK/Krautzberger Rn. 293, der betont, dass die Bewertung der Umweltauswirkungen Teil der planerischen Abwägung ist).“ [BeckOK BauGB/Uechritz, 57. Ed. 1.9.2022, BauGB § 2 Rn. 92, Hervorh. d. d. Verf.]

„Konflikte zwischen Umweltbelangen sind demnach ausschließlich in der Gesamtabwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu behandeln (Beispiel: Bodenversiegelung versus Landschaftsverbrauch; Lärmbelastung versus Zersiedelung; Bodenschutz versus klimaschutzbedingte Verdichtung; erneuerbare Energien versus Landschaftsbild und Naturschutz usw.).“ [EZBK/Krautzberger/Kment, 148. EL Oktober 2022, BauGB § 2 Rn. 526; Hervorh. d. d. Verf.]²⁵

Berücksichtigt man weiter, dass ohnehin Zweifel an der Eignung einer solchen Regelung geäußert werden, erscheinen die drastische Einschnitte, die mit dieser Regelung ermöglicht werden sollen, erst recht unangemessen; Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, 1577, beck-online:

„Am Ende wird auf der Zulassungsebene eine Behörde eine materiell-rechtliche Prüfung weniger informiert als zuvor durchzuführen haben. Ob das einen Beschleunigungseffekt erzielt, ist fraglich.“

²⁵ Siehe auch Spannowsky/Runkel/Goppel/Spannowsky, 2. Aufl. 2018, ROG § 7 Rn. 50 ff. und § 8 Rn. 76.

4.2 Prüfung des § 44 Abs. 1 BNatSchG einerseits und Bewertungen gemäß Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG und gemäß Art. 5 der Richtlinie 2009/147/EG andererseits

Der Wortlaut des § 6 Abs. 1 WindBG legt nahe, dass dann, wenn die weiteren Voraussetzungen dieser Norm gegeben sind, *keine* artenschutzrechtliche *Prüfung* durchzuführen ist. Insofern sei zunächst darauf hingewiesen, dass eine artenschutzrechtliche Prüfung lediglich „abweichend von den Vorschriften des § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes“ verzichtbar sein soll.²⁶ Der Wortlaut lässt somit keine Zweifel daran, dass die Prüfung und nicht lediglich die Bewertung entfallen soll. Ein solches Verständnis widerspricht Art. 6 EU-Notfallverordnung. Demnach soll nicht die Prüfung, sondern lediglich die

„Bewertungen des Artenschutzes gemäß Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG und gemäß Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EG“

unter weiteren Umständen verzichtbar sein. Das ist konsistent. Denn nach Satz 2 des Art. 6 EU-Notfallverordnung stellt die zuständige Behörde „sicher, dass auf der Grundlage der vorhandenen Daten geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen ergriffen werden, um die Einhaltung“ der dort genannten Artikel der FFH-RL und der V-RL „zu gewährleisten“. Dies zeigt nicht nur, dass der materiell-rechtliche Gehalt des Artenschutzes nicht geschmälert werden soll. Eine Gewährleistung durch Minderungsmaßnahmen setzt auch zwingend voraus, dass die artenschutzrechtlichen Konflikte *geprüft* (insbesondere identifiziert und bewertet) werden, da sich nur so beurteilen lässt, ob und, wenn ja, welche Minderungsmaßnahmen in Betracht kommen; vgl. Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, 1577, beck-online:

„Ein Verzicht auf die artenschutzrechtliche Prüfung für Vögel [...] bezweckt eine Art Abschichtung zugunsten der standardisierten Prüfung auf der vorgelagerten Planungsebene. Eine Prüfung soll wohl gleichwohl durchgeführt werden: Denn nach § 6 I 3 WindBG-E können [nach dem schließlich verabschiedeten Wortlaut besteht dazu eine Pflicht] Schutzmaßnahmen angeordnet werden, wenn ein Verstoß gegen § 44 I 1 BNatSchG zu erwarten ist.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

²⁶ Der Verzicht auf eine habitatschutzrechtliche Prüfung ist im Gesetz nicht vorgesehen (vgl. § 34 BNatSchG; FFH-RL).

Auch systematische Erwägungen belegen nicht nur das Erfordernis einer artenschutzrechtlichen Prüfung, sondern führen auch dazu, die Anforderungen an die vorgelagerte Planungsebene nicht zu gering anzusetzen. Denn der Verzicht auf ein Teil des artenschutzrechtlichen Prüfprogramms ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Abschichtung der Prüfungen bzw. der Prüfebene nicht so erfolgt, dass weder auf der einen, noch auf der anderen Ebene eine hinreichende Prüfung stattfindet.²⁷ Wenn das unionsrechtliche Ziel, den materiell-rechtlichen Gehalt des Artenschutzes nicht zu schmälern („um den Artenschutz sicherzustellen“)²⁸, nicht praktisch unwirksam sein soll, muss die auf der vorgelagerten Planungsebene durchzuführende strategische Umweltprüfung einen möglichst hohen Detaillierungsgrad und eine möglichst gründliche Tiefe aufweisen. Denn nur dann kann die Erheblichkeit etwaiger Umweltauswirkungen hinreichend prognostiziert werden, um überhaupt feststellen zu können,

- ob in einem bestimmten Gebiet mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen ist,
- ob und, wenn ja, welche Minderungsmaßnahmen in Betracht kommen und
- ob eine solche Maßnahme verhältnismäßig ist oder nicht (denn wenn weder im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens noch im Rahmen des vorgelagerten Planungsverfahrens hinreichende Daten vorliegen, ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der die jeweils konfligierenden Belange identifiziert, gewichtet und abgewogen werden müssen, nicht möglich; insbesondere Art. 6 EU-Notfallverordnung gibt den Mitgliedstaaten ausdrücklich vor, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden

²⁷ Vgl. Schlacke/Wentzien/Römling: Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, 1577 (1583).

²⁸ Siehe Fn. 2, Erwägungsgrund Nr. 6 der EU-Notverordnung: „Zur Einführung dieser Ausnahmen müssen zwei Bedingungen erfüllt sein, nämlich, dass das Projekt in einem für erneuerbare Energien oder Stromnetze vorgesehenen Gebiet durchgeführt wird und dass dieses Gebiet einer strategischen Umweltprüfung unterzogen worden ist. Darüber hinaus sollten verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen oder – falls diese nicht verfügbar sind – Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden, um den Artenschutz sicherzustellen“ [Hervorh. d. d. Verf.]; siehe auch die begleitenden Äußerungen des ständigen Ministeriums: „Die Beschleunigung ist absolut erforderlich. Aber klar ist auch, dass der Artenschutz wichtig ist und bleibt. Der Artenschutz wird materiell gewahrt“, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2023/01/20230130-kabinett-beschliesst-beschleuniger-fur-wind-und-netzausbau.html> (abgerufen am 23 April 2023).

muss, um die Einhaltung von Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG und Art. 5 der Richtlinie 2009/147/EG „zu gewährleisten“).

4.3 Unterschiedliche Voraussetzungen für das Freikaufen vom Artenschutz

In der Literatur bereits kritisiert worden, dass § 6 Abs. 1 Satz 5 WindBG es ermöglicht, sich von der Einhaltung artenschutzrechtlicher Regelungen frei zu kaufen; vgl. Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, 1577, beck-online:

„Nach § 6 I 4 WindBG-E können Ersatzleistungen des Anlagenbetreibers, die in das Artenhilfsprogramm fließen, die Schutzmaßnahmen kompensieren, falls diese nicht angeordnet wurden. Diese Regelungen erwecken den Eindruck, dass den Vorhabenträgern das „Freikaufen“ von arten- und naturschutzrechtlichen Standards eröffnet wird. Trotz der Dringlichkeit des WEA-Ausbaus überzeugt dieser Ansatz aufgrund der Aufgabe materieller Standards für den Artenschutz und damit der Biodiversität nicht.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Aber auch die konkrete Formulierung der Voraussetzungen dieser nach Art einer Ablassregelung gestalteten Norm begegnet Bedenken. Der Betreiber hat nach § 6 Abs. 1 Satz 5 WindBG eine Zahlung in Geld zu leisten, soweit geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen

„nicht verfügbar oder Daten nicht vorhanden sind“.

Auch diese Regelung weicht nicht unerheblich von der ihr zugrunde liegenden unionsrechtlichen Vorschrift ab. Denn Art. 6 Satz 3 EU-Notfallverordnung lässt einen finanziellen Ausgleich nur dann zu, wenn solche Maßnahmen

„nicht verfügbar sind“.

Dass die Möglichkeit des Freikaufens auch („oder“) dann bestehen soll, wenn lediglich Daten nicht vorhanden sind, ist im Unionsrecht nicht vorgesehen.

4.4 Praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, Kooperationsprinzip, legislatives Rücksichtnahmegebot

Die unter 4.1 bis 4.3 dargestellten Unvereinbarkeiten begründen Rechtsverstöße gegen das höherrangige, die Bundesrepublik Deutschland bindende, Unionsrecht. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH, die mittlerweile durch das Primärrecht in Art. 197 Abs. 1 AEUV aufgegriffen ist, darf das nationale Recht die Verwirklichung des Unionsrechts *nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren*;²⁹ vgl. auch EuGH Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, BeckRS 2019, 32133 Rn. 33, beck-online:

„Diese Modalitäten müssen allerdings die doppelte Voraussetzung erfüllen, dass sie nicht ungünstiger sind als diejenigen, die gleichartige, dem innerstaatlichen Recht unterliegende Sachverhalte regeln (Äquivalenzgrundsatz), und dass sie die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) (Urteil vom 26. Juni 2019, Kuhar, C-407/18, ECLI:EU:C:2019:537, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Dass und weshalb die neuen Regelungen die Verwirklichung des Unionsrechts übermäßig erschweren und sogar praktisch unmöglich machen, wurde oben dargelegt. Mit der Bedeutung des Anliegens, die Energieversorgung insbesondere durch die Beschleunigung des Ausbaus erneuerbarer Energien, sicherzustellen, lässt sich dies nicht rechtfertigen – bereits deshalb nicht, weil die EU-Notfallverordnung dieses Ziel bereits verfolgt und bereits eine Ausbalancierung der gegenläufigen Belange unter Berücksichtigung der derzeitigen Umstände vornimmt. Dass darüber hinaus noch weitergehend „Abstriche“ vom den Unionsrichtlinien (insbesondere vom Naturschutz) zulässig sein sollen, hat die Europäische Union nicht vorgesehen.

²⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007 – C-432/05, BeckRS 2007, 70188, beck-online, Grabitz/Hilf/Nettesheim/Classen, 75. EL Januar 2022, AEUV Art. 197 Rn. 23 sowie Calliess/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 197 Rn. 14 und Fn 21 mit Hinweisen auf zahlreiche weitere Entscheidungen des EuGH zum Effektivitätsgebot; siehe auch Berkemann, ZUR 2021, 280, beck-online: „Der Grundsatz der Effektivität des Unionsrechtes ist immerhin das zentrale Mittel, die tatsächliche Kohärenz der EU als einheitlichen Rechtsraum integrativ zu sichern. Er ist für den EuGH zu einem allgemeinen problem solver geworden. Das muss erkannt werden.“

Verweisen lässt sich auch auf die Vorgaben in Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV, wonach alle Mitgliedstaaten der Union alle Maßnahmen zu unterlassen haben, die die Verwirklichung der Ziele der Union (z.B. der Schutz der Biodiversität) *gefährden könnten*.³⁰ Das darin zum Ausdruck kommende Gebot der Unionstreue gilt als legislatives Rücksichtnahmegebot selbst im Hinblick auf noch nicht in Kraft getretene, aber geplante unionsrechtliche Rechtsetzungsprojekte.³¹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn in sachlicher und zeitlicher Hinsicht ein hinreichender Grad an Konkretisierung eines entsprechenden Rechtsetzungsvorhabens auf EU-Ebene existiert, wie dies bei der Änderung der „Erneuerbare-Energien-Richtlinie, RED II“ der Fall ist.³² Da die EU-Notfallverordnung an dieses Änderungsvorhaben knüpft und bereits in Kraft gesetzt ist, kommt es rechtlich auf die Frage der Vorwirkung letztlich nicht an.

IV.

Die Regelungen in § 49 UVPG

1. Formulierung der Regelungen in § 49 UVPG

Die Regelungen in § 49 UVPG sind wie folgt gefasst:

„Umweltverträglichkeitsprüfung bei Vorhaben mit Raumverträglichkeitsprüfung

In der Raumverträglichkeitsprüfung erfolgt die Prüfung der Umweltauswirkungen nur nach Maßgabe des Raumordnungsgesetzes. Die Umweltverträglichkeitsprüfung im nachfolgenden behördlichen Verfahren, das der Zulassungsentscheidung dient, umfasst eine vertiefte

³⁰ Siehe Calliess/Ruffert/Kahl, 6. Aufl. 2022, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 4 Rn. 103 und 164.

³¹ Siehe Bleckmann, in: Bieber/Ress (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1987, S. 161 (204 ff.); ders., RIW 1981, 653 (655).

³² Siehe oben Fn. 19. Zur Vorwirkung von Richtlinien siehe Calliess/Ruffert/Kahl, 6. Aufl. 2022, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 4 Rn. 166 sowie Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schill/Krenn, 78. EL Januar 2023, EUV Art. 4 Rn. 121 unter Verweis auf EuGH verb. Rs. 6/69 und 11/69, Slg. 1969, 523 Rn. 14, 17 – Kommission/Frankreich; C-221/89, Slg. 1991, I-3905 Rn. 14 – Factortame ua; C-124/95, Slg. 1997, I-81 Rn. 25 – Centro-Com; C-266/03, Slg. 2005, I-4805 Rn. 58 – Kommission/Luxemburg; C-433/03, Slg. 2005, I-6985 Rn. 64 – Kommission/Deutschland.

Prüfung der in der Raumverträglichkeitsprüfung nur überschlägig geprüften Umweltauswirkungen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

2. Wesentlicher Regelungsgehalt

Kerngedanke dieser Gesetzesänderung ist, dass sich der Umfang der Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem Raumordnungsgesetz (ROG) richtet und die Umweltauswirkungen durch die dafür zuständige Behörde nur noch *überschlägig* zu prüfen sind. Es soll lediglich noch ein Screening entsprechend der Kriterien einer allgemeinen Vorprüfung im Sinne des UVPG durchgeführt werden.³³ Eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach den Maßgaben des UVPG findet demnach nicht mehr statt.

Nach bisheriger Rechtslage³⁴ war für Vorhaben, für die nach dem UVPG eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist, im Raumordnungsverfahren durch die dafür zuständige Behörde eine (raumbedeutsame) Umweltverträglichkeitsprüfung entsprechend dem jeweiligen Planungsstand und mit Prüfung von Standortalternativen durchzuführen.³⁵ Die raumordnerische Umweltverträglichkeitsprüfung ist damit ein vorgelagertes Verfahren, sodass die Umweltverträglichkeitsprüfung bislang *abgestuft* stattfindet: Die raumbedeutsamen Auswirkungen (überörtlich) werden in diesem Verfahren geprüft; die zusätzlichen oder andere Umweltauswirkungen (kleinräumige Auswirkungen) werden im nachfolgenden Zulassungsverfahren geprüft.³⁶

³³ Siehe Fn. 2, BT-Drucksache 20/4823, S. 26, 30 f. Bei der Raumverträglichkeitsprüfung soll die zuständige Behörde in einem besonderen Verfahren die Raumverträglichkeit raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen prüfen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 ROG) Maßgebliche Intention der Neufassung von § 49 UVPG (und damit einhergehend von § 15 ROG) ist die Vermeidung von Doppelprüfungen. Siehe Fn. 2, BT-Drucksache 20/4823, S. 26, 30 f.

³⁴ Die bisherige Regelung gilt noch bis zum 27. September 2023; siehe oben II.

³⁵ Vgl. NordÖR 2016, 154, beck-online: „Im Raumordnungsverfahren erfolgt eine Überprüfung und Bewertung des Vorhabens im Hinblick auf die in § 2 Abs. 1 UVPG angeführten Umweltfaktoren unter überörtlich-raumbedeutsamen Gesichtspunkten und aus einem überfachlichen Blickwinkel. [...] insbesondere werden die Übereinstimmung mit den Erfordernissen der Raumordnung und die Abstimmung mit anderen raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen geprüft. Das Verfahren dient der Beurteilung eines Vorhabens dahin, ob es unter Gesichtspunkten der Raumordnung mit anderen Planungen und Maßnahmen abgestimmt ist und ob es mit den Erfordernissen der Raumordnung übereinstimmt.“

³⁶ Peters/Balla/Hesselbarth, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, 4. Auflage, 2019, § 49 Rn. 1 f.

Das ändert sich durch die Gesetzesnovelle: Die nach der Gesetzesänderung noch verbleibende Raumverträglichkeitsprüfung sei, so die Gesetzesbegründung, keine Zulassungsentscheidung im Sinne der UVP-Richtlinie. Es handele sich nicht um einen vorbereitenden Schritt im Rahmen der Zulassungsentscheidung, sondern lediglich um eine gutachterliche Äußerung der zuständigen Raumordnungsbehörde. Das Ergebnis sei daher lediglich im Rahmen von behördlichen Ermessensentscheidungen oder als Abwägungsmaterial bei Planungsentscheidungen zu berücksichtigen. Gewissermaßen als Korrektiv umfasse die Umweltverträglichkeitsprüfung in einem nachfolgenden Zulassungsverfahren, soweit erforderlich, auch eine vertiefte Prüfung der Umweltauswirkungen.³⁷

3. Grundsatz der Frühzeitigkeit der Umweltverträglichkeitsprüfung

Da die raumordnerische Umweltverträglichkeitsprüfung nicht mehr, wie bisher, frühzeitig von der dafür zuständigen Behörde durchgeführt wird, stellt sich die Frage, ob dies mit dem Grundsatz der Frühzeitigkeit der Umweltverträglichkeitsprüfung zu vereinbaren ist.

3.1 Gesetzgeberisches Vergessen

Die bisherige Regelung in § 49 UVPG hat seinen Grund darin, dass die unionsrechtliche Notwendigkeit gesehen wurde, dem Frühzeitigkeitsgebot Rechnung zu tragen. Dies wurde im Rahmen der Gesetzesbegründung bezüglich der bisherigen Regelung wie folgt begründet (damals war dies noch in § 6a ROG geregelt):³⁸

„Absatz 1 Satz 2 soll die Umweltverträglichkeitsprüfung als Element in das Raumordnungsverfahren einfügen. Damit sollen die Folgerungen aus der Notwendigkeit, die EG-Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten Vorhaben (85/337/EWG) in das Recht der Bundesrepublik Deutschland umzusetzen, für den Bereich der Raumordnung gezogen werden. Dies entspricht dem in der EG-Richtlinie (vgl. Artikel 2 Abs. 1 und 2 der Richtlinie) angelegten Grundsatz der Frühzeitigkeit der Umweltverträglichkeitsprüfung. Im Raumordnungsverfahren ist u. a. die Vereinbarkeit eines Vorhabens mit den raumbedeutsamen

³⁷ Siehe Fn. 2, BT-Drucksache 20/4823, S. 31.

³⁸ BT-Drs. 11/3916 vom 25.1.1989: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Raumordnungsgesetzes, Begründung S. 13. <https://dserver.bundestag.de/btd/11/039/1103916.pdf> (

Belangen des Umweltschutzes zu prüfen. Als einem zwischenbehördlichen Verfahren kommt dem Ergebnis des Raumordnungsverfahrens zwar nicht die Wirkung einer bindenden Entscheidung zu (vgl. auch die Begründung zu § 6 a Abs. 6). Auf die Durchführung einer auf die Besonderheiten des Raumordnungsverfahrens abgestellten stufenspezifischen Umweltverträglichkeitsprüfung kann aber nicht verzichtet werden, weil das Ergebnis des Raumordnungsverfahrens faktisch die Entscheidungen in nachfolgenden Verfahren der Vorhabenzulassung vorbestimmen kann. Das Raumordnungsverfahren soll gerade frühzeitig auch im Interesse eines Vorhabenträgers die grundsätzliche Eignung von Standorten abklären, wobei Umweltbelange besonders wichtig sind. Für eine wirksame Umweltverträglichkeitsprüfung insgesamt ist es erforderlich, dass bereits auf der Ebene des Raumordnungsverfahrens die Prüfung von Umweltbelangen gemäß den stufenspezifischen Anforderungen der EG-Richtlinie erfolgt; denn die für die Vorhabenzulassung zuständige Behörde kann, auch ohne hierzu rechtlich verpflichtet zu sein, das Ergebnis des Raumordnungsverfahrens übernehmen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Der Gesetzgeber hat hier auf die UVP-Richtlinie abgestellt (Richtlinie 85/337/EG, heute: Richtlinie 2011/92/EU).³⁹ Da diese seither für die Beurteilung des Zeitpunkts der Umweltverträglichkeitsprüfung keine Änderung erfahren hat, liegt nahe, dass es unionsrechtlich nach wie vor erforderlich ist, bereits im Rahmen des Raumordnungsverfahrens bzw. der Raumverträglichkeitsprüfung die Prüfung von Umweltbelangen gemäß der *stufenspezifischen* Anforderungen der UVP-Richtlinie durchzuführen. Es ist bemerkenswert, dass die Gesetzesbegründung zu § 49 UVPG nicht einmal versucht zu begründen, weshalb die damals angenommene unionsrechtliche Erforderlichkeit nun nicht mehr bestehen soll; auch die Abweichung von den damaligen Erwägungen wird nicht erwähnt.⁴⁰

3.2 Der Grundsatz der Frühzeitigkeit in der UVP-Richtlinie

Eine ausdrückliche Regelung des Grundsatzes der Frühzeitigkeit der Umweltverträglichkeitsprüfung enthält die UVP-Richtlinie zwar nicht. Durch die Rechtsprechung insbesondere des EuGH ist

³⁹ Siehe <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:02011L0092-20140515&from=DE> (abgerufen am 21. April 2023).

⁴⁰ Siehe Fn. 2, BT-Drucksache 20/4823, S. 26 f. und 31.

im Laufe der Zeit allerdings herausgearbeitet worden, was die Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung beachten müssen, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, das Unionsrecht unterlaufen zu wollen. Grundlegende Bedeutung hat hier die Entscheidung des EuGH vom 7. Januar 2004 – C-201/02 –, BeckRS 2004, 74924 Rn. 49, beck-online, erlangt:

„Da im Rahmen eines mehrstufigen Genehmigungsverfahrens die bloße Feststellung, dass eine „Genehmigung“ im Sinne der Richtlinie 85/337 vorliegt, dem vorlegenden Gericht keine vollständige Antwort in Bezug auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine Umweltverträglichkeitsprüfung hinsichtlich des in Rede stehenden Projekts durchzuführen, geben kann, muss die Frage untersucht werden, zu welchem Zeitpunkt eine solche Prüfung durchzuführen ist.

Nach Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 85/337 muss die Umweltverträglichkeitsprüfung vor der Erteilung der Genehmigung durchgeführt werden.

Nach ihrer ersten Begründungserwägung bezweckt die Richtlinie 85/337, dass die zuständige Behörde die Auswirkungen des in Rede stehenden Projekts auf die Umwelt so früh wie möglich berücksichtigt.

Sieht also das nationale Recht ein mehrstufiges Genehmigungsverfahren vor, in dem zunächst eine Grundsatzentscheidung ergeht und sodann eine Durchführungsentscheidung getroffen wird, die nicht über die in der Grundsatzentscheidung festgelegten Vorgaben hinausgehen darf, sind die Auswirkungen, die das Projekt möglicherweise auf die Umwelt hat, im Verfahren zum Erlass der Grundsatzentscheidung zu ermitteln und zu prüfen. Nur dann, wenn diese Auswirkungen erst im Verfahren zum Erlass der Durchführungsentscheidung ermittelt werden können, ist die Prüfung in diesem Verfahren durchzuführen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Dass die raumordnerischen Auswirkungen *bereits zum Zeitpunkt der Raumverträglichkeitsprüfung* ermittelt werden können, steht außer Frage und wird auch vom Gesetzgeber (durch die Anordnung der Raumverträglichkeitsprüfung nach § 15 ROG) anerkannt. Auch ist allgemein anerkannt, welche Bedeutung die Frühzeitigkeit hat:

„Dabei soll die UVP möglichst frühzeitig zum Einsatz kommen, denn nur wenn sie angewendet wird, bevor im Entscheidungsprozeß rechtliche oder faktische Bindungen eingetreten sind, kann sie überhaupt ein wirkungsvolles Instrument sein, das nicht nur hilft, die Umweltauswirkungen eines Vorhabens rechtzeitig zu erkennen, sondern auch, ihnen durch Alternativplanungen oder Gegenmaßnahmen entgegenzuwirken.

[...]

Ohne frühzeitige Einflußnahme der Behörde auf Untersuchungsprogramm und Methoden ist die Gefahr beschönigender Stellungnahmen und einer Verharmlosung der zu erwartenden Umweltauswirkungen sehr groß.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

„Verbesserten Umweltschutz will die UVP-Richtlinie, die z.Zt. erneut novelliert worden ist, zum einen durch frühzeitigen, am Vorsorgeprinzip orientierten Einsatz erreichen. Beides – also Frühzeitigkeit und Vorsorge – hängt eng miteinander zusammen, weil die möglichste Vermeidung des Entstehens von Umweltbelastungen als Postulat des Vorsorgeprinzips durchweg frühzeitiges Handeln, vorliegend im Wege der Prüfung von Vorhaben auf Umweltauswirkungen, verlangt.

[...]

Es stellt fast schon einen Allgemeinplatz dar, dass frühzeitiger Umweltschutz der Beste ist – eben deshalb, weil er in der Lage ist, das Entstehen von Gefahren für die Umwelt von vorneherein zu verhindern. Wie umrissen, verfolgt die UVP-Richtlinie pointiert dieses Ziel!“ [Erbguth, ZUR 2014, 515, beck-online; Hervorh. d. d. Verf.]

Als Grundsatzentscheidung in einem mehrstufigen Genehmigungsverfahren, wie vom EuGH genannt, will der Gesetzgeber die Entscheidung über die Raumverträglichkeit nicht verstanden wissen. Denn er ersetzt in § 15 ROG nicht nur den Begriff „Raumordnungsverfahren“ durch den Begriff „Raumverträglichkeitsprüfung“, was wohl die Annahme eines mehrstufigen Verfahrens (im Sinne der EuGH-Rechtsprechung) hindern soll. Er sieht dem Wortlaut nach auch lediglich eine Stellungnahme der die Raumverträglichkeitsprüfung durchführenden Behörde vor (§ 15 Abs. 1 S. 4 ROG),

die von der Genehmigungsbehörde lediglich zu berücksichtigen ist (§ 23a ROG). Der Gesetzgeber versucht damit offensichtlich zu dokumentieren, dass diese Stellungnahme eine nur geringe Steuerungskraft für die Genehmigungsentscheidung hat. Denn nur dann ist es unter Umständen möglich, dass ein einem Mitgliedstaat vorgegebener Prüfungsschritt (noch) keine Umweltverträglichkeitsprüfung im Sinne der UVP-Richtlinie erfordert. Mit den neuen Regelungen in § 49 UmwRG und § 15 ROG ist dies dem Gesetzgeber aber nicht gelungen. Vielmehr spricht Überwiegendes dafür, dass damit ein praktisch bedeutsamer Prüfungsschritt der Anwendung der UVP-Richtlinie zu Unrecht entzogen wird.

Die Gesetzesbegründung zeigt, dass der Gesetzgeber dieser Stellungnahme eine deutlich *höhere Steuerungskraft* zuspricht, als dies der Wortlaut der Norm nahelegen soll:

„Satz 4 soll regeln, dass die Stellungnahme der Raumordnungsbehörde, die das Ergebnis der Raumverträglichkeitsprüfung enthält, die Rechtsqualität eines Gutachtens hat. Damit wird die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rechtsnatur des Raumordnungsverfahrens (vgl. dazu etwa BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1075/04, BVerwGE 125, 116) aufgegriffen. Das Ergebnis der Raumverträglichkeitsprüfung ist damit – wie jede andere Stellungnahme von Privaten oder anderen öffentlichen Stellen – von der Zulassungsbehörde lediglich im Rahmen von behördlichen Ermessensentscheidungen oder als Abwägungsmaterial bei Entscheidungen mit planerischem Einschlag zu berücksichtigen und kann überwunden werden. Damit korrespondiert Absatz 5 Satz 4 in seiner neuen Fassung.“^{41 42} [Hervorh. d. d. Verf.]

Mit diesen Ausführungen wird deutlich, was der Gesetzgeber mit der Zuschreibung „Rechtsqualität eines Gutachtens“ und mit der Bezugnahme auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum bisherigen Raumordnungsverfahren⁴³ erreichen möchte: An der Steuerungskraft der

⁴¹ Siehe Fn. 2, BT-Drucksache 20/4823, S. 27.

⁴² § 15 Abs. 5 S. 4 ROG: „Die Zulassungsbehörde bezieht die gutachterliche Stellungnahme der zuständigen Raumordnungsbehörde auf der Grundlage des § 4 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit § 3 Absatz 1 Nummer 4 nach Maßgabe des Fachrechts in ihre Entscheidung ein.“

⁴³ Vgl. auch Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, 2. Aufl. 2018, ROG § 15 Rn. 87 mit Verweis auf BVerwG NVwZ – RR 1996, 67 (67); BVerwG, Beschl. v. 30.8.1995 – 4 B 86/95; BVerwG B.v. 4.6.2008, BauR 2008, 1415; ebenso VG Lüneburg, Beschl. v. 7.7.2009 – 2 B 16/09; Wagner NVwZ 1992, 232 (233).

Äußerung der Raumordnungsbehörde soll sich im Vergleich zur bisherigen Handhabung nichts ändern. Sie soll die *gleiche Bedeutung* haben, die ihr in Rechtsprechung und Literatur auf Basis der bisherigen Rechtslage zugesprochen wird⁴⁴ – obgleich die *Prüfung nur noch überschlägig* stattfinden soll. Es ist eine Augenwischerei, wenn der Gesetzgeber sich der großen praktischen Wirkung, die eine Äußerung der Raumordnungsbehörde in Raumordnungssachen zukommt, bewusst ist und dies auch durch eine dementsprechende Gesetzesbegründung zum Ausdruck bringt, dann aber im Normtext Begriffe verwendet, die Bedeutung herunterspielen, um das Erfordernis der Durchführung einer raumordnerischen Umweltverträglichkeitsprüfung zu umgehen.

3.3 Der Grundsatz der Frühzeitigkeit als Teil des Vorsorge- und Vorbeugeprinzips

Für die Europäische Union sieht die im Primärrecht verankerte Staatszielbestimmung des Art. 191 Abs. 2 AEUV vor, dass die Umweltpolitik der Union unter anderem auf den Grundsätzen der *Vorsorge und Vorbeugung* beruht:⁴⁵

„Wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit ungewiß ist, können die Organe Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, daß das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargelegt sind. Das bestätigt Art. 130 r Absatz 1 EG-Vertrag [heute Art. 191 AEUV, Anm. des Verf.], wonach der Schutz der Gesundheit zu den umweltpolitischen Zielen der Gemeinschaft [heute Union, Anm. des Verf.] gehört. Nach Art. 130 r Absatz 1 zielt die Umweltpolitik der Gemeinschaft auf ein hohes Schutzniveau ab; sie beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung [...]⁴⁶ [Hervorh. d. d. Verf.]

Es ist in der Rechtsprechung des EuGH immer wieder hervorgehoben worden, dass insbesondere Richtlinien (auch) eine Umsetzung des Vorsorge- und Vorbeugungsprinzips darstellen. Dies gilt

⁴⁴ Siehe Fn. 43.

⁴⁵ Siehe etwa Calliess/Ruffert/Calliess, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 191 Rn. 28.

⁴⁶ Siehe Calliess/Ruffert/Calliess, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 191 Rn. 29 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-157/96, Slg. 1998, I-2211, Rn. 62 ff. (National Farmers' Union); Rs. C-180/96, Slg. 1998, I-2265, Rn. 98 ff. (Vereinigtes Königreich/Kommission).

beispielsweise für die UVP-Richtlinie oder die IVU-Richtlinie;⁴⁷ vgl. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, 78. EL Januar 2023, AEUV Art. 191 Rn. 97:

„Ausdruck des Vorsorgeprinzips ist die RL 85/337/EWG v. 27. 6. 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, welche ermöglichen soll, bei allen technischen Planungs- und Entscheidungsprozessen die Auswirkungen auf die Umwelt so früh wie möglich abschätzen zu können.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Bei diesem, speziell durch diese Grundsätze geprägten Sekundärrecht, das verfahrensrechtliche Pflichten in Bezug auf Umweltauswirkungen aufstellt, ist eine strenge Auslegung des Vorsorge- und Vorbeugeprinzips geboten. Denn der Sinn und Zweck der UVP-Richtlinie erfordert nicht nur eine Prüfung der Umweltverträglichkeit im Zulassungsverfahren, sondern auch *bereits bei der vorgelagerten Prüfung* der Raumverträglichkeit. Sie dient dazu, frühzeitig Konflikte zu erkennen, sie bereits auf dieser Planungsstufe zu berücksichtigen und soweit möglich in Einklang mit anderen öffentlichen Belangen zu bringen, und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem noch keine Festlegung erfolgt ist. Zu bedenken ist auch, dass zum Zeitpunkt der Raumverträglichkeitsprüfung nach § 15 RVO eine im Vergleich zum Zulassungsverfahren offenere Situation besteht, weshalb es hier leichter möglich ist, Kenntnisse einer Umweltverträglichkeitsprüfung (auch zwecks Planungssicherheit des projektierten Unternehmens) einfließen zu lassen.

3.4 Praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, Kooperationsprinzip, legislatives Rücksichtnahmegebot

Findet hier nur eine überschlägige Prüfung statt, wird das provoziert, was die UVP-Richtlinie in Verbindung mit dem Vorsorge- und Vorbeugeprinzip verhindern möchte: Die Gefahr, dass einer als Gutachten zu behandelnden Stellungnahme im Zulassungsverfahren praktisch eine Steuerungskraft zukommt, die ihr angesichts der nur überschlägigen Prüfung nicht zukommen kann. Wenn der Gesetzgeber einer solchen Stellungnahme die „Rechtsqualität eines Gutachtens“ zubilligt, obwohl bei der Prüfung und Erstellung nur eine überschlägige Prüfung bzw. ein Screening zugelassen

⁴⁷ Siehe Landmann/Rohmer UmweltR/Epiney, 99. EL September 2022, AEUV Art. 191 Rn. 31-32; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, 77. EL September 2022, AEUV Art. 191 Rn. 97.

wird,⁴⁸ dann wird die Verwirklichung des Unionsrechts der frühzeitigen Umweltverträglichkeitsprüfung praktisch unmöglich gemacht, zumindest aber übermäßig erschwert und ist somit nicht mit Unionsrecht vereinbar.⁴⁹

V.

Zusammenfassung

1. Die neuen Regelungen in § 6 WindBG sehen im Genehmigungsverfahren einen Entfall der Umweltverträglichkeitsprüfung und der artenschutzrechtlichen Prüfung nach § 44 Abs. 1 BNatSchG vor, soweit die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet beantragt ist, bei Ausweisung des Windenergiegebiets eine Umweltprüfung nach § 8 ROG oder nach § 2 Abs. 4 BauGB durchgeführt wurde und das Windenergiegebiet nicht in einem Natura-2000-Gebiet, Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt. Mit Art. 6 EU-Notfallverordnung lassen sich diese Regelungen nicht vereinbaren, da sie wesentlich geringere Anforderungen an das Vorliegen eines Windenergiegebietes stellen als das Recht der Europäischen Union („Go to“-/Beschleunigungsgebiete). Während das Unionsrecht Abweichungen vom Naturschutzrecht nur in Gebieten zulässt, die für Windenergie besonders geeignet sind und bei denen *keine erheblichen Umweltauswirkungen* zu erwarten sind, lässt das deutsche Recht diese Abweichungen auch in Gebieten zu, in denen solche Auswirkungen zu erwarten sind.
2. Auch mit der Regelung, wonach die artenschutzrechtliche Prüfung nach § 44 Abs. 1 BNatSchG entfallen soll, bleibt der Bundesgesetzgeber hinter den unionsrechtlichen Anforderungen zurück. Das Unionsrecht geht hier *differenzierter* vor als der Bundesgesetzgeber, indem lediglich einige Aspekte der artenschutzrechtlichen Prüfung in Windenergiegebieten und dies auch nur unter weiteren Voraussetzungen temporär für entbehrlich erklärt werden.

⁴⁸ Wie bei einer Vorprüfung im Sinne von § 7 UVPG, wo lediglich eine cursorische Einschätzung darüber stattfinden soll, ob ein Vorhaben zu nachteiligen Umweltauswirkungen führen *kann*.

⁴⁹ Zum Verbot, Unionsrecht praktisch siehe oben 4.4.

3. Die unter Umständen in Betracht kommende Möglichkeit, sich von artenschutzrechtlichen Vorschriften durch Zahlungen, die einem Artenhilfsprogramm zufließen sollen, frei zu kaufen, ist ebenfalls im Unionsrecht *weniger weit gehend* geregelt als dies in § 6 WindBG vorgesehen ist.
4. Unionsrechtliche Bedenken begegnen auch die Regelungen in § 49 UVPG, wonach Umweltauswirkungen im Rahmen einer Raumverträglichkeitsprüfung nur noch *überschlägig* geprüft werden sollen. Dass dann später im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren eine gründliche Umweltverträglichkeitsprüfung stattfinden soll, kann diesen Mangel nicht kompensieren. Der Grundsatz der Frühzeitigkeit als Teil des Vorsorge- und Vorbeugeprinzips in der UVP-Richtlinie und auch im Primärrecht der Europäischen Union verträgt sich damit nicht, wie der Bundesgesetzgeber selbst in einer früheren Gesetzesbegründung festgestellt hat.
5. Mit dem „Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften (ROGÄndG)“ vom 22. März 2023 setzt der Deutsche Bundestag die Reihe „Unionsrechtswidriger Abbau des Naturschutzes, ohne den Ausbau der erneuerbaren Energien zu erreichen“ nahtlos fort. Die Änderungen weisen, wie auch schon vorhergehende Gesetzesänderungen mit der gleichen Stoßrichtung, systematische Verstöße gegen das Recht der Europäischen Union auf (Nummern 1 bis 4 der Zusammenfassung) und konterkarieren daher auch das Ziel, Rechtssicherheit für den Ausbau erneuerbarer Energien zu schaffen. Der von Bundesumweltministerin Lemke geäußerte Befund, dass mit diesen Änderungen die doppelte ökologische Krise, die Klimakrise und die Krise des Biodiversitätsschwundes, bekämpft werden, hält einer Überprüfung genauso wenig stand wie die Annahme, damit effiziente und rechtssichere Planungsverfahren zu ermöglichen.



Dr. Rico Faller
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht