

Windkraftanlagen in Landschaftsschutzgebieten

Dr. Alfred Scheidler

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 2022.

Der Ausbau der Windenergie an Land, eines nach Ansicht der Bundesregierung wichtigen Bausteins für das Gelingen der Energiewende, ist zuletzt ins Stocken geraten. Ein Grund dafür ist es, dass Flächen dafür nicht ausreichend zur Verfügung stehen bzw. erst nach einem komplizierten und fehleranfälligen Planungsverfahren. Mit verbindlich vorgegebenen Flächenbeitragswerten im neuen Windenergieflächenbedarfsgesetz sowie einer grundsätzlichen Öffnung von Landschaftsschutzgebieten für Windenergieanlagen soll dem entgegen gewirkt werden.

1. Einleitung

Angesichts der Klimakrise und des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine besteht nach Ansicht des Bundesgesetzgebers eine doppelte Dringlichkeit, für einen zügigen Ausbau der erneuerbaren Energien und dabei insbesondere auch der Windenergie an Land zu sorgen.¹ Der Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU) hat Anfang 2022 festgestellt, dass eines der drängendsten Probleme des Windenergieausbaus in Deutschland darin bestehe, dass die Projektträger nicht genügend Standorte zur Realisierung ihrer Windenergievorhaben fänden.² Der Bundesgesetzgeber reagierte auf diese Situation mit mehreren legislatorischen Aktivitäten: So wurde z. B. mit einem Sofortmaßnahmengesetz³ § 2 EEG mit Wirkung zum 21. 7. 2022 dahingehend neu gefasst, dass die besondere Bedeutung der erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in Schutzgüterabwägungen festgeschrieben wird, mit dem Wind-an-Land-Gesetz⁴ werden mit Wirkung zum 1. 2. 2023 die planerische Steuerung von Windkraftanlagen und deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit auf neue gesetzliche Grundlagen gestellt und mit dem Vierten BNatSchG-Änderungsgesetz⁵ wird – ebenfalls mit Wirkung zum 1. 2. 2023 – durch einen neu eingefügten § 26 Abs. 3 BNatSchG die Rechtslage für Windkraftanlagen in Landschaftsschutzgebieten – im Sinne einer Öffnung – maßgebend verändert.

2. Bisherige Rechtslage

2.1 Schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept

Windkraftanlagen sind ab einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig (§ 4 Abs. 1 BImSchG i. V. m. Nr. 1.6 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV). Als „andere öffentlich-rechtliche Vorschriften“ i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG gehören die Vorgaben des Bauplanungsrechts zu den Genehmigungsvoraussetzungen.⁶ Danach sind Windkraftanlagen im Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert, d. h. sie haben gegenüber öffentlichen Belangen (vgl. § 35 Abs. 3 BauGB) ein gesteigertes Durchsetzungsvermögen.⁷ Ebenfalls zu den anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften gehören Vorgaben des Naturschutzrechts.⁸

Bei Einführung des bauplanungsrechtlichen Privilegierungstatbestands zum 1. 1. 1997 war seinerzeit mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gleichzeitig ein die Vorzugsstellung der Windkraftanlagen relativierender Planvorbehalt geschaffen worden, der es der Regionalplanung und den Gemeinden ermög-

lichte, durch positive Standortzuweisung an einer oder auch an mehreren Stellen im Plangebiet den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Anlagen freizuhalten, um auf diese Weise eine planerische Steuerung von Windkraftanlagen zu erreichen und einen Wildwuchs zu verhindern. Voraussetzung dafür war ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept, das den allgemeinen Anforderungen des Abwägungsgebots gerecht wird und mit dem für die Windkraftnutzung in substanzieller Weise Raum geschaffen wird (sog. Substanzrechtsprechung).⁹

2.2 Ermittlung von Tabuzonen

Die Ausarbeitung eines Planungskonzepts ist auf der Ebene des Abwägungsvorgangs angesiedelt und vollzieht sich in mehreren Abschnitten, so auch in der Ermittlung von Tabuzonen.¹⁰ Zu unterscheiden sind zwei Kategorien von Tabuzonen, nämlich solche, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlich und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen sind (harte Tabuzonen) und solche, in denen Windenergieanlagen zwar möglich sind, in denen aber nach den städtebaulichen Vorstellungen (die die Gemeinde anhand eigener Kriterien entwickeln darf) keine Windenergieanlagen aufgestellt werden sollen, sog. weiche Tabuzonen.¹¹ Diese sind disponibel.¹²

- 1) Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drs. 20/2354, S. 1.
- 2) SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, Rdnr. 18 m. w. N. (www.umweltrat.de, aufgerufen am 1. 10. 2022).
- 3) Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor v. 20. 7. 2022, BGBl. I S. 1237.
- 4) Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20. 7. 2022, BGBl. I S. 1353; siehe dazu *Kment*, NVwZ 2022, 1153; *Raschke/Roscher*, ZfBR 2022, 532; *Operhalsky*, UPR 2022, 337; *Scheidler*, UPR 2022, 321.
- 5) Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 20. 7. 2022, BGBl. I S. 1362.
- 6) Ausführlich dazu *Scheidler*, in: *Feldhaus*, Bundesimmissionschutzrecht, Stand: März 2022, § 6 Rdnr. 41 ff.; siehe auch *Rieger*, in: *Schrödter*, Baugesetzbuch – Kommentar, 9. Aufl. 2019, § 35 Rdnr. 77.
- 7) Vgl. *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, 15. Aufl. 2022, § 35 Rdnr. 63.
- 8) Ausführlich dazu *Scheidler*, NuR 2022, 395; *ders.*, in: *Feldhaus* (Fn. 6), § 6 Rdnr. 62 ff.
- 9) Grundlegend: BVerwG, Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 = UPR 2003, 188 und BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 3.02, UPR 2003, 355; siehe auch BVerwG, Urt. v. 24. 1. 2008 – 4 CN 2.07, ZfBR 2008, 364; BVerwG, Beschl. v. 15. 9. 2009 – 4 BN 25.09, BauR 2010, 82, 83; OVG Berlin, Urt. v. 3. 2. 2022 – OVG 2 A 24.18, juris; OVG Koblenz, Urt. v. 26. 5. 2021 – 8 C 11151/20, ZNER 2021, 418.
- 10) Siehe etwa BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2012 – 4 CN 1.11, BauR 2013, 722; ausführlich zur Tabuzonenproblematik *Wagner*, *VerwArch* 2020, 220; *Albrecht/Zschiegner*, NVwZ 2019, 444; *Külpmann*, DVBl. 2019, 608; *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434; *Scheidler*, *BayVBl.* 2018, 765; *Gatz*, DVBl. 2017, 461.
- 11) BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2012 – 4 CN 1.11, BauR 2013, 722; OVG Berlin, Urt. v. 3. 2. 2022 – OVG 2 A 24.18, juris Rdnr. 57; OVG Münster, Urt. v. 5. 7. 2017 – 7 D 105/14.NE, BauR 2017, 1653; OVG Lüneburg, Urt. v. 23. 6. 2016 – 12 KN 64/14, NuR 2016, 706.
- 12) Näher dazu *Scheidler*, UPR 2020, 45, 46 m. w. N.

Dr. iur. Alfred Scheidler, leitender Regierungsdirektor am Landratsamt Neustadt an der Waldnaab, stellvertretender Landrat des Landkreises Tirschenreuth, Deutschland

Als harte Tabuzonen, also solche, über die sich der Planer nicht im Wege der Abwägung hinwegsetzen kann, wurden in der Vergangenheit Naturschutzgebiete (§ 23 BNatSchG), Nationalparke und Nationale Naturmonumente (§ 24 BNatSchG), Biosphärenreservate (§ 25 BNatSchG) und gesetzlich geschützte Biotope (§ 30 BNatSchG) eingestuft.¹³

Weniger eindeutig war die Rechtslage bei Landschaftsschutzgebieten (§ 26 BNatSchG): Zwar hat etwa das OVG Berlin-Brandenburg zunächst entschieden, dass die planende Gemeinde auch Landschaftsschutzgebiete als harte Tabuzonen behandeln darf.¹⁴ Dennoch konnte nach der Rechtsprechung die Ausweisung einer Konzentrationsfläche für die Windenergienutzung in einem Landschaftsschutzgebiet ausnahmsweise zulässig sein,¹⁵ nämlich dann, wenn kein Widerspruch zum Schutzzweck anzunehmen ist. Zum Vorliegen dieser Prämisse wurden unterschiedliche Auffassungen vertreten, nämlich einerseits, dass Windenergieanlagen regelmäßig mit dem Schutzzweck „Bewahrung des Landschaftsbilds vor Beeinträchtigungen“ nicht vereinbar und daher in Landschaftsschutzgebieten verboten seien¹⁶, andererseits, dass ein gänzlicher Ausschluss unvereinbar sei mit der Privilegierung der Windenergie im Bauplanungsrecht.¹⁷

Mit der zum 1.2.2023 wirksamen Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes hat sich dieser Disput weitgehend erledigt, denn § 26 Abs. 3 BNatSchG sieht nun ausdrücklich vor, dass Windenergieanlagen in einem Landschaftsschutzgebiet zulässig sind, wenn sich der Standort in einem Windenergiegebiet nach § 2 Nr. 1 WindBG befindet. Landschaftsschutzgebiete wurden damit einer Überplanung zugunsten der Windenergienutzung zugänglich gemacht.

3. Neue Rechtslage zum 1.2.2023

3.1 Abkehr von der Substanzrechtsprechung

Die neue Rechtslage zum 1.2.2023 ist zunächst dadurch gekennzeichnet, dass mit dem Wind-an-Land-Gesetz¹⁸ mit Wirkung zum 1.2.2023 die planerische Steuerung von Windkraftanlagen und deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit auf neue gesetzliche Grundlagen gestellt werden.

Das Artikelgesetz beinhaltet in Art. 1 das neue Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (Windenergieflächenbedarfsgesetz – WindBG), Art. 2 beinhaltet Änderungen des Baugesetzbuchs, Art. 3 Änderungen des Raumordnungsgesetzes und Art. 4 Änderungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, Art. 5 regelt das Inkrafttreten. Mit dem Wind-an-Land-Gesetz sollen die wesentlichen Hemmnisse für den Ausbau der Windenergie an Land beseitigt und dieser dadurch deutlich beschleunigt werden, denn die Bundesregierung der „Ampelkoalition“ hält die Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien nicht nur klimapolitisch, sondern auch geopolitisch und ökonomisch für geboten, dies vor dem Hintergrund, dass das Klimaschutzgesetz Treibhausgasneutralität bis zum Jahr 2045 vorsehe und vor dem Hintergrund des Ukraine-Krieges, der die hohe Bedeutung einer von fossilen Energieressourcen unabhängigen Energieversorgung verdeutliche.¹⁹

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, an den die Substanzrechtsprechung angeknüpft hatte,²⁰ ist – vorbehaltlich der Übergangsregelung in § 245e Abs. 1 BauGB n. F.²¹ – nach neuer Rechtslage nicht mehr anwendbar (§ 249 Abs. 1 BauGB n. F.). Stattdessen greift nun die Sonderregelung des § 249 Abs. 2 BauGB n. F.,²² nach dem es entscheidend darauf ankommt, ob eine Windkraftanlage innerhalb oder außerhalb eines Windenergiegebiets i. S. d. § 2 Nr. 1 WindBG liegt. Für die Ausweisung derartiger Gebiete sieht das Windenergieflächenbedarfsgesetz verbindliche, mengenmäßige Flächenziele (Flächenbeitragswerte) vor, was die bislang aus dem „Substanzgebot“ folgenden Anforderungen an die Pla-

nung ersetzt. Künftig ist es unerheblich, ob ein Planungsträger der Windenergie substanziell Raum verschafft hat. Maßgeblich sind alleine die gesetzlichen Flächenbeitragswerte und die ggf. daraus abgeleiteten Teilflächenziele, an deren Einhaltung gesetzliche Rechtsfolgen geknüpft werden.²³ Die Gesetzesbegründung spricht insofern von einer „Umstellung auf eine Positivplanung“,²⁴ in der Literatur wird auch von einem „Systemwechsel“ gesprochen.²⁵

3.2 Ausweisung von Windenergiegebieten

3.2.1 Allgemein

Neben dieser engen Verknüpfung zwischen § 249 BauGB n. F. und dem Windenergieflächenbedarfsgesetz besteht gleichermaßen eine Verknüpfung des § 26 Abs. 3 BNatSchG mit dem Windenergieflächenbedarfsgesetz: Die Kernaussage von Satz 1 dieser Norm, dass in einem Landschaftsschutzgebiet die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen einschließlich der zugehörigen Nebenanlagen nicht verboten sind, ist nämlich an die Voraussetzung geknüpft, dass sich der Standort der Windenergieanlagen in einem Windenergiegebiet nach § 2 Nr. 1 WindBG befinden muss.

Das Windenergieflächenbedarfsgesetz gibt den einzelnen Bundesländern vor, in zwei zeitlichen Stufen (bis 31.12.2027 als Zwischenziel bzw. 31.12.2032 als Gesamtziel) einen bestimmten prozentualen Anteil der Landesfläche (Flächenbeitragswert) als Windenergiegebiete auszuweisen (§ 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 WindBG i. V. m. Anlage 1). Nach Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 WindBG liegen die Flächenbeitragswerte 2032 (also für das Gesamtziel) zwischen 0,5 (so für die Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg) und im Maximum bei 2,2 (so für die Bundesländer Brandenburg, Hessen, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen).

Nach der Legaldefinition in § 2 Nr. 1 WindBG sind Windenergiegebiete bestimmte Ausweisungen von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs- oder Bauleitplänen²⁶: Im Falle der Flächenausweisung im Rahmen

- 13) Siehe etwa OVG Koblenz, Urt. v. 26.5.2021 – 8 C 1151/20, ZNER 2021, 418, juris Rdnr. 138; VGH Mannheim, Urt. v. 13.10.2020 – 3 S 526/20, ZNER 2020, 570; Riese/Schneider, UPR 2021, 445, 447; siehe auch die Nachweise bei Scheidler, in: Schrödter (Fn. 6), § 5 Rdnr. 123 und bei Fischer-Hüftle, BayVBl. 2012, 709, 710.
- 14) OVG Berlin, Urt. v. 24.2.2011 – OVG 2 A 2.09, NuR 2011, 794, 801; für harte Tabuzone auch Riese/Schneider, UPR 2021, 445, 447; mit Einschränkungen auch OVG Münster, Urt. v. 1.7.2013 – 2 D 46/12.NE, NuR 2013, 831; „Unter Umständen je nach Planungssituation“; so auch Tjyzewski, BauR 2014, 934, 937.
- 15) OVG Berlin, Urt. v. 3.2.2022 – OVG 2 A 24.18, juris Rdnr. 65; vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 9.6.2017 – 8 B 1264/16, ZNER 2017, 304; OVG Koblenz, Beschl. v. 27.4.2017 – 8 B 10738/17, NuR 2017, 712.
- 16) So Fischer-Hüftle BayVBl. 2012, 709, 711 im Anschluss an Scheidler NuR 2011, 848, 850f.
- 17) So Fest NVwZ 2012, 1129, 1133; vgl. auch Thyssen, I+E 2011, 131, 144.
- 18) Fn. 4.
- 19) Begründung des Wind-an-Land-Gesetzes, BT-Drs. 20/2355, S. 1.
- 20) Siehe im Einzelnen Rieger, in: Schrödter (Fn. 6), § 35 Rdnr. 178ff.
- 21) Dazu Raschke/Roscher, ZfBR 2022, 532, 537; Operhalsky, UPR 2022, 337, 339; Scheidler, UPR 2022, 321, 322f.
- 22) Begründung des Wind-an-Land-Gesetzes, BT-Drs. 20/2355, S. 32.
- 23) Begründung des Wind-an-Land-Gesetzes, BT-Drs. 20/2355, S. 33.
- 24) Begründung des Wind-an-Land-Gesetzes, BT-Drs. 20/2355, S. 33 unten.
- 25) Kment, NVwZ 2022, 1153, 1156.
- 26) Siehe im Einzelnen Scheidler, UPR 2022, 321, 323; Kment, NVwZ 2022, 1153, 1154.

der Raumordnung sind grundsätzlich nur Vorranggebiete²⁷ und mit diesen vergleichbare Gebiete erfasst (§ 2 Nr. 1 lit. a WindBG).²⁸ § 2 Nr. 1 lit. b WindBG bezieht in einem gewissen – zeitlichen – Umfang zusätzlich aber auch Eignungs- und Vorbehaltsgebiete²⁹ mit ein. Im Falle der Flächenausweisung im Rahmen der Bauleitplanung kommen gem. § 2 Nr. 1 lit. a WindBG sowohl Flächennutzungspläne als auch Bebauungspläne in Betracht.

Das Windenergieflächenbedarfsgesetz stellt es den Ländern frei, zu bestimmen, auf welcher Planungsebene die Flächenausweisungen für die Windenergie erfolgen soll.³⁰ Vor diesem Hintergrund stellt § 249 Abs. 6 Satz 1 BauGB n. F. klar, dass die Ausweisung von Windenergiegebieten nach den für die jeweiligen Planungsebenen geltenden Vorschriften für Gebietsausweisungen gelten. Erfolgt die Windenergieflächenausweisung in Raumordnungsplänen, greifen insofern die Vorgaben des Raumordnungsgesetzes sowie die einschlägigen Vorschriften des Landesplanungsrechts, im Falle der Ausweisung durch die Bauleitplanung greifen die §§ 1 ff. BauGB. Maßgeblich sind dabei nicht nur die einschlägigen Verfahrensvorschriften (für die Bauleitplanung die §§ 2 bis 4b BauGB), sondern auch materiell-rechtliche Vorgaben.³¹ So gilt bei der Bauleitplanung das Erforderlichkeitsgebot des § 1 Abs. 3 Satz 1 HS 1 BauGB.³² Hieraus dürfte ableitbar sein, dass solche Flächen nicht als Windenergiegebiete ausweisbar sind, auf denen eine Nutzung der Windenergie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen (z. B. mangels Windhöflichkeit) von vorneherein ausscheidet.³³ Zudem gilt weiterhin das Abwägungsgebot (für die Bauleitplanung § 1 Abs. 7 BauGB).³⁴ In der Literatur wird daher zu Recht angemerkt, dass man – entgegen der Intention des Gesetzgebers, die Substanzrechtsprechung hinter sich lassen zu wollen³⁵ – nicht umhin kommen werde, die Kriterien der Rechtsprechung zu den Konzentrationszonen doch wieder heranzuziehen.³⁶

Welche Flächen auf die Flächenbeitragswerte, die die einzelnen Bundesländer gem. § 3 Abs. 1 WindBG ausweisen müssen, anrechenbar sind, ergibt sich aus § 4 WindBG.³⁷ Dazu gehören gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 WindBG alle Flächen, die in Windenergiegebieten liegen. Gem. § 4 Abs. 1 Satz 3 WindBG werden auf den Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 2 (also das Gesamtziel für 2032) zudem auch Flächen angerechnet, die keine Windenergiegebiete sind, wenn sie im Umkreis von einer Rotorblattlänge um eine Windenergieanlage liegen und der jeweilige Planungsträger dies in dem Beschluss, der nach § 5 Abs. 1 WindBG für die Feststellung des Erreichens der Flächenbeitragswerte erforderlich ist, feststellt.

Das Erreichen der Flächenbeitragswerte bzw. der aus diesen abgeleiteten regionalen oder kommunalen Teilflächenziele nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder Satz 2 WindBG bedarf gem. § 5 WindBG einer förmlichen Feststellung.³⁸ Dies dient zum einen als Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolge nach § 249 Abs. 2 BauGB n. F.³⁹ Wurde gem. § 5 WindBG das Erreichen des jeweils vorgegebenen Flächenbeitragswertes festgestellt, so richtet sich gem. § 249 Abs. 2 BauGB n. F. die Zulässigkeit von Windkraftanlagen außerhalb der Windenergiegebiete nach § 35 Abs. 2 BauGB, d. h. sie sind dann als sonstige Außenbereichsvorhaben deutlich schwerer realisierbar⁴⁰, innerhalb der Gebiete greift die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Zum anderen ist das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen dieser Feststellung von Bedeutung für die Anwendung des § 26 Abs. 3 BNatSchG und die Frage, inwieweit Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten zulässig sind (dazu unten 3.3).

Die Feststellung erfolgt durch den Planungsträger selbst, und zwar in dem Beschluss über den Plan (§ 5 Abs. 1 Satz 1 WindBG) bzw. – sofern der Plan der Genehmigung bedarf (was bei Flächennutzungsplänen gem. § 6 Abs. 1 BauGB stets der Fall ist) – durch die nach Landesrecht zuständige Stelle (§ 5 Abs. 1 Satz 2 WindBG). Die Feststellung nimmt an der Bekanntgabe oder der Verkündung des Plans, der

Genehmigung oder des Beschlusses teil, die jeweils nach den dafür einschlägigen Vorschriften erfolgt (§ 5 Abs. 1 Satz 3 WindBG). Als unselbständiger Teil der Planung ist die Feststellung nicht isoliert gerichtlich angreifbar,⁴¹ sondern nur im Zusammenhang mit dem Plan als Ganzes.⁴²

3.2.2 Ausweisung in Landschaftsschutzgebieten

Während nach alter Rechtslage noch darüber diskutiert werden konnte und es daher auch umstritten war, ob Landschaftsschutzgebiete einer Überplanung mit Flächen für die Windenergie zugänglich waren oder ob insoweit harte Tabuzonen vorlagen (s. o. 2.2), ist die Frage nun mit § 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG entschieden: Mit der Norm wird „rechtlich sichergestellt, dass auch Landschaftsschutzgebiete in angemessenem Umfang in die Suche nach Flächen für den Windenergieausbau einbezogen werden können.“⁴³ Nach der Gesetzesbegründung soll der neu eingeführte § 26 Abs. 3 BNatSchG zu einer größeren Flächenverfügbarkeit für den Ausbau von Windenergie an Land führen. Landschaftsschutzgebiete sollen bei der Planung vollumfänglich betrachtet und Gebiete für Windenergie dort ausgewiesen werden können.⁴⁴

Wie oben bereits festgehalten (3.2.1), erfolgt die Ausweisung von Windenergiegebieten gem. § 249 Abs. 6 Satz 1 BauGB n. F. nach den für die jeweiligen Planungsebenen geltenden Vorschriften für Gebietsausweisungen, so dass es weiterhin auch einer Abwägungsentscheidung bedarf.⁴⁵ Diese hat hier aber neben den allgemeinen Abwägungsgrundsätzen⁴⁶ zweierlei zu beachten: Zum einen ist die gesetzgeberische Entscheidung in § 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG der grundsätzlichen Öffnung von Landschaftsschutzgebieten für Windenergieanlagen zu beachten, so dass jetzt nicht mehr damit argumentiert werden kann, dass Windkraftanlagen wegen ihrer visuellen Dominanz in aller Regel das vorhandene, aus Naturelementen bzw. aus na-

27) Zum Begriff siehe § 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ROG.

28) Näher dazu *Kment*, NVwZ 2022, 1153, 1154.

29) Zum Begriff siehe § 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bzw. 3 ROG.

30) Begründung des Wind-an-Land-Gesetzes, BT-Drs. 20/2355, S. 34.

31) Vgl. *Operhalsky*, UPR 2022, 337, 340.

32) Ausführlich zu diesem etwa *Scheidler*, in: Sommer/Möhler/Scheidler/Schenk/Strehler, Praxishandbuch des Bauplanungs- und Immissionschutzrechts, Stand Juli 2021, Teil D R.dnr. 177 ff.

33) Ähnlich *Kment*, NVwZ 2022, 1153, 1156, der § 1 Abs. 3 Satz 1 HS 1 BauGB insofern als „Korrekturlinie“ bezeichnet.

34) *Raschke/Roscher*, ZfBR 2022, 532, 538; *Operhalsky*, UPR 2022, 337, 340.

35) Begründung des Wind-an-Land-Gesetzes, BT-Drs. 20/2355, S. 2 und 33.

36) *Kment*, NVwZ 2022, 1153, 1156; ähnlich *Operhalsky*, UPR 2022, 337, 340; a. A. *Raschke/Roscher*, ZfBR 2022, 532, 538 f.

37) Näher dazu *Kment*, NVwZ 2022, 1153, 1155; *Scheidler*, UPR 2022, 321, 323 f.

38) Siehe dazu auch *Kment*, NVwZ 2022, 1153, 1155; *Raschke/Roscher*, ZfBR 2022, 532, 535; *Operhalsky*, UPR 2022, 337, 338.

39) Begründung des Wind-an-Land-Gesetzes, BT-Drs. 20/2355, S. 28.

40) *Operhalsky*, UPR 2022, 337, 338; enger *Kment*, NVwZ 2022, 1153, 1157, wonach die Verwirklichungschance gegen Null tendiere.

41) Begründung des Wind-an-Land-Gesetzes, BT-Drs. 20/2355, S. 28; *Kment*, NVwZ 2022, 1153, 1155; *Raschke/Roscher*, ZfBR 2022, 532, 535.

42) *Operhalsky*, UPR 2022, 337, 338.

43) Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drs. 20/2354, S. 2 und 17.

44) Begründung des 4. BNatSchG-Änderungsgesetzes, BT-Drs. 20/2354, S. 24.

45) *Raschke/Roscher*, ZfBR 2022, 532, 538; *Operhalsky*, UPR 2022, 337, 340.

46) Ausführlich dazu *Scheidler*, in: Sommer/Möhler/Scheidler/Schenk/Strehler (Fn. 32), Teil D R.dnr. 331 ff.

turangepassten Elementen bestehende, ästhetisch wirksame Gliederungsgefüge der Landschaft lahmlegen und damit „den Charakter des Gebiets“ verändern i. S. d. § 26 Abs. 2 BNatSchG.⁴⁷

Zum anderen ist die allgemeine Regelung in § 2 EEG 2023 zu beachten⁴⁸: Danach liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen⁴⁹ sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit; nach Satz 2 der Norm sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden, solange nicht die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausneutral ist. Die Regelung findet auch für einzelne Windenergieanlagen Anwendung⁵⁰ und hat zur Folge, dass die erneuerbaren Energien im Rahmen von Abwägungsentscheidungen nur in Ausnahmefällen überwunden werden können, so z. B. – was die Gesetzesbegründung neben anderen Belangen ausdrücklich anführt – gegenüber dem Landschaftsbild oder im Naturschutzrecht.⁵¹ Derartige Belange sind also gegenüber den erneuerbaren Energien in Abwägungsprozessen grundsätzlich nachrangig.

3.3 Zulässigkeit von Windkraftanlagen in Landschaftsschutzgebieten

3.3.1 Allgemeines und Überblick

Bei der Anwendung des § 26 Abs. 3 BNatSchG ist danach zu differenzieren, ob eine Feststellung nach § 5 WindBG getroffen worden ist (also die Feststellung, dass der Plan mit den Flächenbeitragswerten oder mit den Teilflächenzielen im Einklang steht) oder ob es an einer solchen Feststellung (noch) fehlt. In ersterem Falle greifen die Sätze 1 bis 3 des § 26 Abs. 3 BNatSchG, in letzterem Falle Satz 4 mit seinen weitreichenden Konsequenzen. Voraussetzung für die Feststellung wiederum ist, dass die jeweiligen Flächenbeitragswerte (Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 WindBG) erreicht sind. Gem. § 26 Abs. 3 Satz 5 BNatSchG gelten die vorgenannten Regelungen nicht für Standorte, die in Natura-2000-Gebieten oder Stätten zum Schutz des Weltkultur- oder Naturerbes liegen.

3.3.2 Die Rechtslage nach Feststellung gem. § 5 WindBG

3.3.2.1 Standort in einem Windenergiegebiet

§ 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG setzt voraus, dass sich der Standort einer Windkraftanlage „in einem Windenergiegebiet nach § 2 Nr. 1 WindBG“ befindet. Aus dem Zusammenspiel mit § 26 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG ergibt sich, dass die bloße Lage in einem Windenergiegebiet nicht ausreicht; hinzukommen muss vielmehr, dass die Feststellung des Planungsträgers nach § 5 WindBG erfolgt ist, das Windenergiegebiet also auch seine – sozusagen – formelle Anerkennung erlangt hat.

Rechtsfolge ist, dass die Errichtung und der Betrieb der Windenergieanlage sowie der zugehörigen Nebenanlagen in dem Teilbereich des Landschaftsschutzgebiets, der gleichzeitig auch ein Windenergiegebiet ist, „nicht verboten“ sind. Mit der Formulierung „nicht verboten“ (statt „sind zulässig“) ist klargestellt, dass trotz der grundsätzlichen Wertung des Gesetzgebers, Windkraftanlagen in Landschaftsschutzgebieten zulassen zu wollen, durchaus andere Gründe einer Zulassung entgegenstehen können, z. B. solche immissionschutzrechtlicher Art.

Die in § 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG angeordnete Rechtsfolge gilt gem. Satz 2 selbst dann, wenn die Erklärung zur Unterschutzstellung nach § 22 Abs. 1 BNatSchG⁵² entgegenstehende Bestimmungen enthält. Die Erklärung bestimmt den Schutzgegenstand, den Schutzzweck, die zur Erreichung des Schutzzwecks notwendigen Gebote und Verbote und, soweit erforderlich, die Pflege-, Entwicklungs- und Wiederherstellungsmaßnahmen oder enthält die erforderlichen Ermächtigungen hierzu (§ 22 Abs. 1

Satz 2 BNatSchG). So kann eine Schutzgebietsverordnung das (repressive)⁵³ Verbot der Errichtung baulicher Anlagen enthalten; ein solches kann normalerweise im Einzelfall nur unter den strengen Voraussetzungen des § 67 BNatSchG im Wege einer Befreiung überwunden werden. Abweichend von dieser allgemeinen Rechtslage ergibt sich nun aus § 26 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Satz 1 BNatSchG, dass ein derartiges Verbot für Windenergieanlagen, die sich innerhalb des Bereichs eines Landschaftsschutzgebiets befinden, der gleichzeitig ein Windenergiegebiet ist, nicht gilt und § 26 Abs. 3 Satz 3 BNatSchG ordnet an, dass es insofern nicht einmal einer Ausnahme oder Befreiung bedarf.

3.3.2.2 Standort außerhalb eines Windenergiegebiets

§ 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG äußert sich nicht zur Frage der Zulässigkeit von Windkraftanlagen, die außerhalb des in einem Landschaftsschutzgebiet ausgewiesenen Windenergiegebiets errichtet und betrieben werden sollen. Insofern gelten daher die allgemeinen Regeln: Enthält also eine Landschaftsschutzverordnung z. B. das Verbot der Errichtung baulicher Anlagen⁵⁴, so ist dieses Verbot voll wirksam; zu seiner Überwindung bedarf es – sofern nicht in der Landschaftsschutzgebietsverordnung selbst Ausnahmen festgelegt sind – einer Befreiung nach § 67 BNatSchG.

3.3.3 Die Rechtslage bis zur Feststellung gem. § 5 WindBG

§ 26 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG befasst sich mit der Situation, dass die Feststellung nach § 5 WindBG (noch) nicht getroffen wurde. Die Feststellung kann nur und erst getroffen werden, wenn das jeweilige Land den Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes erreicht hat oder der jeweilige regionale oder kommunale Planungsträger ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel. Da § 26 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG auf Spalte 2 (und nicht auf Spalte 1) abstellt, kommt es also auf das Gesamtziel an, das spätestens am 31. 12. 2032 erreicht sein muss. Dabei ist zu differenzieren:

- Erfüllt das jeweilige Land die Pflicht zur Flächenausweisung selbst in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WindBG), so muss der Flächenbeitragswert (Gesamtziel 2032) im gesamten Bundesland erreicht sein, es sei denn das jeweilige Bundesland hat unter Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 2 WindBG regionale Teilflächenziele festgelegt; in letzterem Fall kommt es darauf an, dass der Flächenbeitragswert (Gesamtziel 2032) in der jeweiligen Region erreicht ist.
- Erfüllt das jeweilige Land die Pflicht zur Flächenausweisung, indem es die Ausweisung durch regionale oder kommunale Planungsträger sicherstellt (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 1. HS WindBG) und legt das

47) So noch zur alten Rechtslage: *Scheidler*, NuR 2011, 848, 851; im Ergebnis ähnlich *Fischer-Hüftele* BayVBl. 2012, 709, 711; a. A. *Fest*, NVwZ 2012, 1129, 1133.

48) Vgl. dazu auch OVG Münster, Beschl. v. 11.8.2022 – 22 A 1492/20, juris Rdnr. 52 ff.

49) Zum Anlagenbegriff des EEG siehe § 3 Nr. 1 EEG: „Jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“.

50) Begründung des Sofortmaßnahmengesetzes, BT-Drs. 20/1630, S. 158.

51) Begründung des Sofortmaßnahmengesetzes, BT-Drs. 20/1630, S. 159.

52) Allgemein dazu *Schumacher/Fischer-Hüftele*, Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar, 3. Aufl. 2021, § 22 Rdnr. 15 ff.; *Albrecht*, in: *Giesberts/Reinhardt*, Umweltrecht – Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 22 BNatSchG Rdnr. 3 f.

53) Zur Unterscheidung zwischen präventiven und repressiven Verböten in diesem Zusammenhang siehe *Schumacher/Fischer-Hüftele* (Fn. 52), § 22 Rdnr. 31 bis 33; *Albrecht*, in: *Giesberts/Reinhardt* (Fn. 52), § 22 BNatSchG, Rdnr. 12.

54) Zu den Rechtmäßigkeitsanforderungen für ein solches Verbot siehe *Schumacher/Fischer-Hüftele* (Fn. 52), § 22 Rdnr. 33.

Land dabei – wie von § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 2. HS WindBG gefordert – regionale oder kommunale Teilflächenziele fest, so kommt es generell darauf an, dass (nur) in der jeweiligen Region der Flächenbeitragswert (Gesamtziel 2032) erreicht wird.

Solange diese Ziele nicht erreicht sind und die dementsprechende Feststellung nach § 5 WindBG nicht getroffen werden kann, „gelten die Sätze 1 bis 3 auch außerhalb von für die Windenergienutzung ausgewiesenen Gebieten im gesamten Landschaftsschutzgebiet entsprechend“, so die Rechtsfolge des § 26 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG.

Diese Rechtsfolge ist sehr weitreichend, nimmt sie doch Landschaftsschutzgebieten – soweit es um Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen sowie der zugehörigen Nebenanlagen geht – für einen relativ langen Zeitraum (nämlich bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte) jeglichen Schutzstatus: Die Anlagen sind dann nämlich im gesamten Landschaftsschutzgebiet „nicht verboten“ (§ 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG); vielmehr sind gem. Satz 3 dann sämtliche in einer Landschaftsschutzverordnung verankerten Verbote genauso hinfällig wie eine möglicherweise vorgesehene Zonierung (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG). Zusätzlich verschärft wird diese Situation durch die Sanktionsregelungen, die der mit dem Wind-an-Land-Gesetz neu gefasste § 249 BauGB für den Fall vorsieht, dass die Bundesländer ihren Pflichten im Zusammenhang mit den Flächenausweisungen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen, nämlich dass dann im gesamten Bundesland bzw. im jeweiligen Planungsraum die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. BauGB uneingeschränkt, mithin auch in Landschaftsschutzgebieten, greift und dass landesrechtliche Mindestabstandsregeln hinfällig sind (§ 249 Abs. 7 BauGB).⁵⁵

Um diese weitreichende Rechtsfolge zumindest zeitlich so eng wie möglich zu halten, sind die jeweiligen Bundesländer bzw. – wenn ein Bundesland seine Pflicht zur Flächenausweisung auf dem Wege des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WindBG erfüllt – die regionalen oder kommunalen Planungsträger gut beraten, sich darum zu bemühen, den Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 2 (Gesamtziel) schnellstmöglich zu erreichen, also idealerweise weit vor dem gesetzlich vorgegebenen Termin 31. 12. 2032.

3.4 Sinnhaftigkeit von Landschaftsschutzgebietsausweisungen

Angesichts der vorgestellten Rechtslage stellt sich für solche Gegenden, in denen Landschaftsschutzgebiete neu ausgewiesen werden sollen, die Frage, ob dies überhaupt noch sinnvoll ist. Die Frage ist schon deshalb zu bejahen, weil der weitreichende Wegfall der Schutzwirkung auf Windkraftanlagen und deren Nebenanlagen beschränkt ist, während im Übrigen die zur Erreichung des Schutzzwecks vorgesehenen Gebote und Verbote sowie die ggf. vorgesehenen Pflege-, Entwicklungs- und Wiederherstellungsmaßnahmen weiterhin gelten.

Aber selbst dann, wenn die Hauptmotivation einer Schutzgebietsausweisung darin liegt, zum Schutz des Landschaftsbildes⁵⁶ Windkraftanlagen bestmöglich zu verhindern, ist – mittel- bis langfristig gedacht – eine Ausweisung sinnvoll: Ab dem Zeitpunkt, ab dem der Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes erreicht und dies auch gem. § 5 WindBG festgestellt ist (was freilich mehrere Jahre dauern kann), greift nämlich immerhin in den Bereichen eines Landschaftsschutzgebiets, die nicht gleichzeitig auch Windenergiegebiet sind, der Gebietsschutz. Hinzu kommt, dass sich außerhalb von Windenergiegebieten – sobald die Feststellung nach § 5 WindBG erfolgt ist – die planungsrechtliche Zulässigkeit von Windkraftanlagen nicht mehr nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB richtet, sondern nach § 35 Abs. 2 BauGB (so § 249 Abs. 2 BauGB); öffentliche Belange, mithin auch solche des Naturschutzes und der Landschaftspflege (vgl. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) haben dann ein stärkeres Gewicht

als bei einem privilegierten Vorhaben. Mit einer Schutzgebietsausweisung wird dies weiter verstärkt.

4. Schlussbetrachtung und Kritik

Natur und Landschaft sind auf Grund ihres eigenen Wertes und als Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen im besiedelten und unbesiedelten Bereich nach Maßgabe der nachfolgenden Absätze so zu schützen, dass die Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie der Erholungswert von Natur und Landschaft auf Dauer gesichert sind, so ausdrücklich die Zielbestimmung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG. Konkreter enthalten dann die §§ 13 bis 19 NatSchG Vorschriften zum „allgemeinen Schutz von Natur und Landschaft“ und die §§ 20 ff. NatSchG regeln darüber hinausgreifend, dass besonders schützenswerte Teile von Natur und Landschaft durch einen normativen Akt der Unterschutzstellung einer gesteigerten Sicherung und Pflege zugeführt werden können.⁵⁷

Vor dem Hintergrund, dass Naturschutzbelange gegenüber wirtschaftlichen und sozialen Belangen in der planerischen Abwägung oftmals nachrangig behandelt werden, ist es Sinn der Unterschutzstellung von Landschaftsteilen vor allem, den Belangen von Natur und Landschaft einen erhöhten Schutz vor Zurücksetzung im Rahmen der planerischen Abwägung zu verschaffen.⁵⁸ Hier bot der verordnungsrechtlich fixierte Schutz von Landschaftsflächen bislang den Vorteil, dass er in der planerischen Abwägung strikt zu beachten war. Diese strikte Bindung konnte zwar im Prinzip durch eine Befreiung aufgehoben werden. Diese führte aber ihrerseits zu einer Umkehrung der Initiativ- und Argumentationslast zugunsten des Naturschutzes.⁵⁹

Die im Rahmen dieses Beitrags angesprochenen neuen, von der „Ampelkoalition“ im Zuge der Energiewende verabschiedeten Gesetze führen zu einer Verwerfung dieser althergebrachten Grundsätze: So bewirkt § 2 EEG 2023, dass Naturschutzbelange – selbst wenn sie an sich aufgrund einer Schutzgebietsausweisung verstärkt wären – gegenüber Windkraftanlagen nachrangig sind. Der neue § 26 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG bewirkt, dass bis zur Feststellung des Erreichens des jeweiligen Flächenbeitragswertes Landschaftsschutzgebiete gegenüber Windkraftanlagen keinerlei Schutzwirkung mehr entfalten; im Übrigen werden Landschaftsschutzgebiete nun einer Überplanung mit Windenergieflächen frei gegeben. Das Bundesnaturschutzgesetz setzt sich damit in Widerspruch zu sich selbst.

In einem dicht besiedelten Land wie der Bundesrepublik Deutschland ist Landschaft überall auch Lebens- und Erholungsraum. Die Menschen erleben dabei die agrarisch und forstlich genutzte Landschaft im Außenbereich – im Gegensatz zum urbanisierten Innenbereich – in aller Regel als ein Bild friedvoller, ästhetisch-emotional anrührender Natur, die sie in den Siedlungs- und vor allem in den verstärkter Gebieten oft vergeblich suchen.⁶⁰ Gerade darin liegt der Erholungswert der Landschaft, dies umso mehr, wenn sie durch eine Schutzgebietsausweisung unter besonderen Schutz gestellt ist. Dieser Erholungswert wird durch die Errichtung von Windkraftanlagen massiv beeinträchtigt, da die unterschiedlichen Erlebniswelten „Natur“ auf der einen und „Technisierung“ auf der anderen Seite für den Erholungssuchenden nicht mehr klar genug voneinander unterschieden werden können. Windkraftanlagen mit ihren hohen Schäften und weit ausladenden Rotoren stellen

55) Näher dazu *Kment*, NVwZ 2022, 1153, 1157; *Scheidler*, UPR 2022, 321, 327.

56) Ausführlich zur Verunstaltung des Landschaftsbildes durch Windkraftanlagen *Scheidler*, NuR 2010, 525.

57) *Scheidler*, NuR 2011, 848, 849 m. v. N.

58) *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 12 Rdnr. 270.

59) Vgl. *Kloepfer* (Fn. 58), § 12 Rdnr. 270.

60) *Nohl*, *Schönere Heimat* 2010, 3, 4.

völlig unangemessene, landschaftsfremde Strukturen dar, die sowohl das kulturellräumlich als auch das naturräumlich bedingte Elemente-Repertoire der meisten Landschaften negieren, und die damit verbundene landschaftliche Unverwechselbarkeit ästhetisch erheblich und nachhaltig einleeren. So entsteht durch Windkraftanlagen in der Regel ein landschaftsästhetisch neues, inkongruentes Strukturgefüge, das die natur- und kulturräumlich gegebene und ästhetisch geschätzte Ordnung und Gliederung des vorhandenen landschaftlichen Erscheinungsbildes aufhebt.⁶¹

Mit § 2 EEG 2023 und besonders mit § 26 Abs. 3 BNatSchG werden die von § 1 BNatSchG herausgestellten Werte wie Schönheit sowie Erholungswert von Natur und Landschaft letztlich der Energiewende geopfert, ohne dass hierfür – jedenfalls nicht in dieser Schärfe – eine zwingende

Notwendigkeit bestünde. So setzt nämlich das Windanland-Gesetz und daran anknüpfend auch § 26 Abs. 3 BNatSchG zu einseitig auf die Windenergie, ohne auf regionale Gegebenheiten Rücksicht zu nehmen.⁶² Vor allem im süddeutschen Raum, der bisher – aus gutem Grund – von einer „Verspargelung“ der Landschaft durch Windkraftanlagen verschont geblieben ist, kommen auch andere Formen der erneuerbaren Energien, insb. Photovoltaik, Biogas oder Wasserkraft zum Tragen, so dass hier auf andere Weise ein Beitrag zur Energiewende geleistet werden könnte.

61) Nohl, *Schönere Heimat* 2010, 3, 9; vgl. auch Fischer-Hüftle, *BayVBl.* 2012, 709, 711.

62) Ähnlich die Kritik von Kment, *NVwZ* 2022, 1153, 1156.

<https://doi.org/10.1007/s10357-022-4116-3>

Die Bedeutung des Art. 11 Abs. 1 Naturschutzprotokoll bei der Änderung von Schutzgebietsverordnungen

– Überlegungen zur Erkenntnis des österreichischen VfGH v. 15. 12. 2021 – V 425/2020-9 zur Verkleinerung des Naturschutzgebietes „Gipslöcher“ in Vorarlberg

Julia Oberdanner, David Starchl

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 2022.

Der gegenständliche Beitrag setzt sich mit dem Erkenntnis des österreichischen VfGH v. 15. 12. 2021 – V 425/2020-9 auseinander, mit welchem dieser eine Verordnung der Vorarlberger Landesregierung über eine Verkleinerung des Naturschutzgebietes „Gipslöcher“ in Vorarlberg mangels Vornahme der geforderten Interessenabwägung bzw. hinreichender Dokumentation derselben aufgehoben hat. Darüber hinaus wird der Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von Protokollen der Alpenkonvention¹ nachgegangen und versucht, zu beleuchten, wie eine konkrete Interessenabwägung auf Grundlage des GNL² und Art. 11 Abs. 1 NSchP³ aussehen müsste.

1. Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung des österreichischen VfGH war die Verordnung über die Verkleinerung des Naturschutzgebietes „Gipslöcher“⁴ in Lech im Bundesland Vorarlberg. Mit der Verordnung VlbG. LGBl. 41/2019⁵ verkleinerte die Landesregierung ohne vorhergehendes öffentliches Begutachtungsverfahren und trotz zweier negativer naturschutzfachlicher Gutachten, die im vorangegangenen behördlichen Bewilligungsverfahren erstellt worden waren, das Naturschutzgebiet um 0,25 % (900 m²) der Gesamtfläche. Anlass war der geplante Bau der Skiliftanlage „Grubenalpbahn“, welche das Naturschutzgebiet an seinem nordöstlichen Rand auf ca. 84,8 m Länge und 20,6 m Breite überspannen sollte. Das Gebiet erstreckt sich insgesamt über eine Fläche von 28,54 ha und dessen Teilgebiete befinden sich zwischen 1770–2020 m Seehöhe in der Region Oberlech. Markantes Merkmal und Namensgeber des Naturschutzgebietes sind die Gipsdolinien, welche die drei

Teilgebiete prägen. Es handelt sich dabei um oberirdische, trichter- und kesselförmige Geländeformen.⁶ Die besondere Topologie sorgt für ein spezielles Klima durch die Bildung von Kaltluftseen. Dieses Klima und die besondere Bodenbeschaffenheit erzeugen kostbare Flächen der alpinen Flora.⁷

Die bisherigen menschlichen Eingriffe beschränken sich auf einen Geologielehrpfad sowie eine Güterwegquerung. Die berglandwirtschaftliche Nutzung dehnt sich abschnittsweise bis in die Randbereiche des Gebietes aus.⁸ Das Gebiet ist bisher aber frei von der Erschließung durch skitechnische Anlagen geblieben. Das Gutachten des Amtssachverständigen hob vor diesem Hintergrund die landschaftsbildliche Empfindlichkeit des Gebietes hervor, die sich gerade aus dem vermittelten wilden und ursprünglichen Charakter der Gebietslandschaft als Kontrast zur umgebenden glatten und offenen Landschaft ergibt.⁹

1) Übereinkommen zum Schutz der Alpen (Alpenkonvention), BGBl. 477/1995 i. d. F. BGBl. III 183/2013.

2) Gesetz über Naturschutz und Landschaftsentwicklung, VlbG. LGBl. 22/1997 i. d. F. VlbG. LGBl. 4/2022, nachfolgend als GNL zitiert.

3) Protokoll zur Durchführung der Alpenkonvention von 1991 im Bereich Naturschutz und Landschaftspflege Protokoll „Naturschutz und Landschaftspflege“, BGBl. III 236/2002 i. d. F. BGBl. III 113/2005, nachfolgend als NSchP zitiert.

4) Verordnung der Landesregierung über das Naturschutzgebiet „Gipslöcher“ in Lech, VlbG. LGBl. 41/2011 i. d. F. VlbG. LGBl. 41/2019, nachfolgend als VO-Gipslöcher zitiert.

5) Verordnung der Landesregierung über eine Änderung der Verordnung über das Naturschutzgebiet „Gipslöcher“ in Lech, VlbG. LGBl. 41/2019.

6) Naturschutzfachliches Gutachten, BHBL-II-960-145/2016-36 vom 22. 12. 2017, S. 2 (<https://www.alpenverein.at/vorarlberg-wAssets/docs/Naturschutzgutachten-22.12.17.pdf>).

7) Vgl. Naturschutzfachliches Gutachten (Fn. 6), S. 2 f.

8) Naturschutzfachliches Gutachten (Fn. 6), S. 2.

9) Naturschutzfachliches Gutachten (Fn. 6), S. 3.

Univ.-Ass. Mag. Julia Oberdanner,
Univ.-Ass. Mag. David Starchl,
Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre,
Universität Innsbruck,
Innsbruck, Österreich