

Kapellmann | Josephspitalstraße 15 | D-80331 München

Landratsamt Ebersberg
Herrn Gröbmayr
Eichthalstraße 5
85560 Ebersberg

Nur per E-Mail: Hans.Groebmayr@lra-ebe.bayern.de

München, 05.10.2017

Unser Zeichen: 3108/2017wube
Landratsamt Ebersberg wg. Beratung Zonierungskonzept
Landschaftsschutzgebiet Ebersberger Forst
Anforderungen an Zonierungskonzept

Sehr geehrter Herr Gröbmayr,

Sie haben mir mitgeteilt, dass der Landkreis Ebersberg prüft, eine Änderung der Verordnung über das Landschaftsschutzgebiet **Ebersberger Forst** vorzunehmen, mit dem Ziel, dort die Errichtung von Windenergieanlagen zu ermöglichen. Sie haben uns sodann mit E-Mail vom 14.09.2017 diverse Unterlagen über eine mögliche Aufhebung oder Änderung der Verordnung über das Landschaftsschutzgebiet (LSG) Ebersberger Forst übermittelt.

Die Unterlagen befassen sich mit den Voraussetzungen für eine Aufhebung oder Änderung der LSG-Verordnung zum Zweck der Errichtung von Windkraftanlagen. Das vom Landkreis beauftragte Gutachterbüro PAN ermittelt den Umfang der dafür zu erstellen- den Unterlagen und gibt eine grobe Kosteneinschätzung an. Sie bitten um Prüfung, ob der angesetzte Untersuchungsaufwand (und der daraus resultierende Zeitaufwand) aus rechtlicher Sicht erforderlich sind und ob die dafür angesetzten Kosten nach unserer Erfahrung angemessen sind. Dem kommen wir gerne nach.

Kapellmann
Rechtsanwälte

Berlin
Brüssel
Düsseldorf
Frankfurt/Main
Hamburg
Mönchengladbach
München

Dr. Bernd Wust, LL.M.

Lehrbeauftragter der Hochschule Deggen-
dorf

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
bernd.wust@kapellmann.de
Durchwahl: +49 89 242168-43
Telefax: +49 89 242168-61
Sekretariat: Müberra Zabun
wube/cllu Stellungnahme Anforderungen
an Zonierungskonzept.

Büro München

Josephspitalstraße 15
D-80331 München
Telefon: +49 89 242168-0

www.kapellmann.de

Zertifiziert nach

DIN EN ISO 9001:2008

Deutsche Bank

BLZ 300 700 10
Konto 311338807
BIC / SWIFT DEUTDEDDXXX
IBAN DE55 3007 0010 0311 3388 07

Stadtsparkasse München

BLZ 701 500 00
Konto 1002096616
BIC / SWIFT SSKMDEMM
IBAN DE42 7015 0000 1002 0966 16

Kapellmann und Partner
Rechtsanwälte mbB

Rechtsform: Partnerschaft mbB
Sitz: Mönchengladbach
Registrierung: AG Essen, PR 18
UID: DE120485916

Inhaltsübersicht:

ZUSAMMENFASSUNG	3
1 VORGELEGTE UNTERLAGEN	3
2 GRUNDLAGEN FÜR DIE ERMITTLUNG DES UNTERSUCHUNGSaufwANDS.....	4
2.1 VORAUSSICHTLICHE GENEHMIGUNGSFÄHIGKEIT DES WINDPARKS.....	4
2.1.1 Rechtliche Relevanz der Genehmigungsfähigkeit des Windparks für die Zonierung.....	4
2.1.2 Politische Relevanz der Genehmigungsfähigkeit des Windparks für die Zonierung.....	7
2.2 KOMPLETTE HERAUSNAHME DES SCHUTZZWECKS „GESCHLOSSENES WALDGEBIET“? ...	8
2.2.1 Geschlossenes Waldgebiet	8
2.2.2 Eigentlicher Schutzzweck: „Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts“	9
3 KONKRET VORGESEHEN MAßNAHMEN DES BÜROS PAN	10
3.1 UMWELTVERTRÄGLICHKEITSSTUDIE	10
3.1.1 UVP-Pflicht auf Genehmigungsebene?.....	10
3.1.2 Umweltverträglichkeitsstudie für Zonierungskonzept?	11
3.1.3 Kostenansatz für die Umweltverträglichkeitsstudie.....	12
3.2 ANALYSE DES LANDKREISGEBIETES ZUR ALTERNATIVENPRÜFUNG	13
3.3 VOREINSCHÄTZUNG ARTENSCHUTZ	14
3.4 VOREINSCHÄTZUNG FFH-VERTRÄGLICHKEIT	14
3.5 VOREINSCHÄTZUNG IMMISSIONSSCHUTZ	15
3.6 WINDHÖFFIGKEIT.....	15
3.7 WEITERE KARTIERUNGEN	15
4 UNSERES ERACHTENS ERFORDERLICHE MAßNAHMEN.....	16
5 VERGLEICH MIT ZONIERUNGSKONZEPT ALTMÜHLTAL.....	18
6 ERGÄNZEND: MÖGLICHKEITEN EINER BEFREIUNG	19
6.1 ERMESSENSentscheidung.....	20
6.2 TEILWEISE FUNKTIONSLosigkeit DES LSG?.....	20
6.3 WEITERE NUTZBARKEIT DER FLÄCHEN	22
6.4 ALTERNATIVENPRÜFUNG	23
6.5 VERGLEICH MIT ANDEREN BUNDESLÄNDERN	24

6.6	INHALT DER LANDSCHAFTSSCHUTZGEBIETSVERORDNUNG	24
-----	---	----

Zusammenfassung

Unseres Erachtens ist der von PAN vorgeschlagene Prüfungsaufwand für die Änderung oder Zonierung des Landschaftsschutzgebietes aus rechtlicher Sicht nicht erforderlich und deutlich überhöht.

Die angesetzten Kosten insbesondere für eine – rechtlich nicht erforderliche – Umweltverträglichkeitsstudie sind nicht nachvollziehbar und erscheinen uns zu hoch.

Die Erteilung einer Befreiung nach § 67 BNatSchG ist aus unserer Sicht zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern einer ermessensfehlerfreien Entscheidung zugänglich.

1 Vorgelegte Unterlagen

- PAN Planungsbüro für angewandten Naturschutz GmbH, Landschaftsschutzgebiet Ebersberger Forst, Prüfung der Voraussetzungen für eine Aufhebung oder Änderung der LSG-Verordnung zum Zweck der Errichtung von Windkraftanlagen, Bericht Stand 24.07.2017 und 28.07.2017 (PAN, Bericht, 24.07.2017 bzw. PAN, Bericht 28.07.2017)
- PAN Planungsbüro für angewandten Naturschutz GmbH, Präsentation zur Besprechung vom 11.08.2017 (PAN, Präsentation 11.08.2017)
- PAN Planungsbüro für angewandten Naturschutz GmbH, Präsentation zur Besprechung vom 31.07.2017 (PAN, Präsentation 31.07.2017)
- Regierung von Oberbayern, Protokoll der Besprechung vom 20.02.2017 (ROB, Protokoll vom 20.02.2017)
- Landratsamt Ebersberg, Aktenvermerk zur Besprechung „Vorstellung des Gutachtens des Büro PAN“ vom 31.07.2017 (LRA Ebersberg, AV 31.07.2017)
- Landschaftsschutzgebietsverordnung Ebersberger Forst, veröffentlicht im Amtsblatt des LRA Ebersberg vom 20.01.1984, Nr. 2

2 Grundlagen für die Ermittlung des Untersuchungsaufwands

Bevor wir auf den für eine Änderung der LSG-Verordnung Ebersberger Forst konkret erforderlichen Untersuchungsaufwand eingehen, möchten wir vorab abstrakt den Rechtsrahmen dafür beleuchten, ob und warum einzelne Untersuchungen im Einzelfall erforderlich sind. Wir machen dies deswegen, weil insbesondere im Bericht von PAN aus **allgemeine** Anforderungen benannt werden, die unseres Erachtens so nicht bestehen.

2.1 Voraussichtliche Genehmigungsfähigkeit des Windparks

2.1.1 Rechtliche Relevanz der Genehmigungsfähigkeit des Windparks für die Zonierung

PAN führt auf Seite 11 des Berichts vom 28.07.2017 aus:

*„Eine Aufhebung oder Änderung der LSG-Verordnung ist aber **nur** möglich, wenn die Planung, für die die Verordnung geändert/aufgehoben werden soll, überhaupt realisierbar ist. Wenn die geplante Windkraftnutzung im Ebersberger Forst aus anderen Gründen nicht genehmigungsfähig ist, so ist die Aufhebung des Schutzgebietsstatus naturschutzrechtlich nicht erforderlich und damit **rechtswidrig** (BVerwG 4 CN 10.02 vom 11. Dezember 2003).*

Im Zuge - oder besser noch im Vorfeld - der Abwägung ist also zu prüfen, ob dem Windkraftvorhaben arten-, natur- oder immissionsschutzrechtliche unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen.“

PAN leitet daraus ab, dass im Rahmen der Verordnungsänderung quasi **inzident** ein Großteil der Prüfungen des Genehmigungsverfahrens erfolgen muss. Darauf aufbauend wird später der notwendige Untersuchungsumfang festgelegt (S. 26 f.: vollständige Brutvogelkartierung, vollständige Zugvogelkartierung und vollständige Strukturkartierung und eine faunistische Potenzialanalyse) und weitere potentiell sinnvolle Gutachten empfohlen (S. 28 f.).

Unseres Erachtens ist das von PAN aus der zitierten Entscheidung abgeleitete Erfordernis hinsichtlich der Untersuchungstiefe nicht zutreffend.

Gegenstand der zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts war die Herausnah-

me von Flächen aus einem Landschaftsschutzgebiet mit dem Ziel, dass die Gemeinde in diesem Bereich einen Bebauungsplan für Gewerbegebietsflächen aufstellen kann. Es stellte sich die Frage, inwieweit eine etwaige **Undurchführbarkeit** des Bebauungsplans bereits auf Ebene der Anpassung der LSG-Verordnung zu berücksichtigen ist. Die Übertragbarkeit auf die vorliegende Konstellation, bei der es nicht um die Herausnahme der Fläche zu Gunsten eines Bebauungsplans, sondern „nur“ um eine allgemeine Zonierung vor dem Hintergrund einer konkreten Bauanfrage geht, ist deswegen kritisch zu prüfen. Wir legen hier aber zugrunde, dass die Konstellation übertragbar ist.

Entscheidend ist aber, dass das BVerwG nicht verlangt, dass der Ordnungsgeber **selbst** zu prüfen hat, ob das geplante Vorhaben genehmigungsfähig ist. Das BVerwG führt nämlich aus:

*„Soll der Landschaftsschutz hinter gegenläufigen Planungsabsichten einer Gemeinde zurückstehen, hat der Ordnungsgeber die Ziele der Bauleitplanung in den Blick zu nehmen und den betroffenen Belangen von Natur und Landschaft "abwägend" gegenüberzustellen. Dabei hat er die Ziele der Gemeinde **vorausschauend** auch daraufhin zu beurteilen, ob der Planung tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen, die ihre Realisierung auf Dauer oder auf unabsehbare Zeit unmöglich machen. Die Aufhebung des Schutzgebietsstatus allein zu dem Zweck, den Weg für einen Bebauungsplan frei zu machen, der **offensichtlich nicht vollzugsfähig** und deshalb mit § 1 Abs. 3 BauGB nicht vereinbar wäre (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. März 2002 - BVerwG 4 CN 14.00 - BVerwGE 116, 144 <146 ff.> m.w.N.), ist naturschutzrechtlich nicht erforderlich und rechtswidrig. Den Zweckzusammenhang zwischen der Entlassung aus dem Natur- oder Landschaftsschutz und den Zielen der gemeindlichen Bauleitplanung darf der Ordnungsgeber nicht übersehen. Ob er sich insoweit mit einer **Evidenzprüfung** begnügen darf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von dem Gewicht der betroffenen naturschutzrechtlichen Belange und der bauleitplanerischen Eingriffsintensität. **Eine weitergehende Ermittlung** und Bewertung der in der konkreten Planungssituation widerstreitenden städtebaulich relevanten Interessen und deren Gewichtung im Verhältnis zueinander fällt nicht in den Aufgabenbereich der als Ordnungsgeber handelnden Naturschutzbehörde und kann von ihr deshalb auch nicht verlangt werden.*

(BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2003 – 4 CN 10/02 –, Rn. 20, juris)

D.h. übertragen auf die vorliegende Situation: Vom Verordnungsgeber wird gerade nicht verlangt, dass (von ihm selbst) im Rahmen der Abwägung über die Änderung des LSG geprüft wird, ob die Windkraftvorhaben unüberwindbare Hindernisse gegenüberstehen. Es ist keine inzidente Prüfung der Genehmigungsfähigkeit des Windparkvorhabens erforderlich. Vielmehr muss der Verordnungsgeber nur „*vorausschauend*“ prüfen berücksichtigen, wenn ein Vorhaben „*offensichtlich nicht*“ realisierbar ist. Er muss also das berücksichtigen, was ihm bei Würdigung der vorhandenen Informationen ins Auge sticht (das wäre eine bloße Evidenzprüfung) oder er bei genauer Würdigung der vorhandenen Unterlagen und Informationen ggf. unter Einschaltung eines Fachbüros erkennen kann (das wäre dann mehr als eine Evidenzkontrolle). Er muss aber nicht selbst eine vorgezogene immissionsschutzrechtliche Zulässigkeitsprüfung durchführen und insbesondere diesbezüglich keine eigenen Erhebungen machen.

Die Aussage, dass eine Änderung des LSG nur möglich ist, wenn das Vorhaben realisierbar ist, trifft deswegen nicht zu.

Umgekehrt ist zu formulieren: Die Änderung des LSG ist nicht möglich, wenn (ausnahmsweise) schon auf Ebene der LSG-Änderung offensichtlich ist, dass das Vorhaben nicht verwirklicht werden kann. Ein solcher Fall wäre vorliegend gegeben, wenn aufgrund der Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange im immissionsschutzrechtlichen Verfahren (wirklich) unüberwindbare Hindernisse deutlich werden. Diese müssen in die Abwägung einbezogen werden. Wenn das Verfahren aber noch nicht soweit fortgeschritten ist, muss der Verordnungsgeber diese Prüfung nicht selbst durchführen.

Ähnlich formuliert es auch der BayVerfGH:

Beim Erlass und Änderungen von Verordnungen zu Landschaftsschutzgebieten sind nicht rechtliche Anforderungen an den Abwägungsvorgang nicht in gleicher Dichte wie bei der Bauleitplanung normiert. **Es genügt eine generelle Abwägung, bei der von einer Ermittlung und Zusammenstellung aller konkret bestehenden Einzelinteressen regelmäßig Abstand genommen werden kann** (BayVerfGH, Vf. 15-VII-12, juris Rn. 75).

Im Rahmen der Abwägung nach § 2 Abs. 3 BNatSchG hat der Verordnungsgeber bei einer Reduzierung des Schutzstandards ausschließlich darüber zu entscheiden, ob die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes anderen Nutzungsinteressen weichen sollen, die es nach

ihrem Gewicht rechtfertigen, den bestehenden Schutz aufzuheben. Eine umfassende Abwägung aller von den später zu realisierenden Vorhaben berührten Belange, etwa der Landesplanung, des Immissionsschutzes oder der öffentlichen Sicherheit, gehört dagegen nicht zu den Aufgaben des Verordnungsgebers (*BayVerfGH, Vf. 15-VII-12, juris Rn. 85*).

2.1.2 Politische Relevanz der Genehmigungsfähigkeit des Windparks für die Zonierung

Aus den Protokollen ergibt sich, dass dem LRA unabhängig von den rechtlichen Vorgaben daran gelegen ist, die Zonierung nur dann durchzuführen, wenn der Windpark danach auch realisiert werden kann. Er wäre unerfreulich, wenn die Zonierung durchgeführt würde und der Windpark dann aus anderen Gründen nicht realisiert werden kann.

Diese Zielsetzung ist nachvollziehbar. Mit dieser Zielsetzung kann der Verordnungsgeber sicherlich weitere Gutachten beauftragen und damit einen Teil der „Arbeit des Antragsstellers“ vorwegnehmen. Er muss das aber nicht tun und es sprechen unseres Erachtens auch – sicherlich keine rechtlichen, aber doch sachliche – Gründe gegen ein solches Vorgehen:

- Die endgültige **Genehmigungsfähigkeit** des Vorhabens wird sich auf Ebene der LSG-Planung voraussichtlich ohnehin nicht sicherstellen lassen, da die Prüfung der **Genehmigungsfähigkeit** konkrete Planungsentscheidungen voraussetzt. Insbesondere müssen konkrete Standorte der Anlagen bekannt sein.
- Die konkrete **Genehmigungsfähigkeit** kann sich im Laufe der Zeit ändern (z.B. durch geänderte gesetzliche und untergesetzliche Vorgaben, Änderungen im Naturhaushalt, technische Entwicklungen, Wegfall anderer entgegenstehender Belange). Ein Zonierung des Landschaftsschutzgebiets sollte aber eine langfristig angelegte Entscheidung sein.
- Es ist auch fraglich, ob die mit einer solchen rechtlich nicht erforderlichen Vorabprüfung anfallenden Kosten ohne weiteres der Allgemeinheit auferlegt werden können. Man wird die Kosten wohl nicht auf den Antragssteller abwälzen können.

Unseres Erachtens ist es eher ein politische Aufgabe, ausdrücklich zu kommunizieren, dass mit einer Zonierung nur der Belang des Landschaftsschutzes behandelt wird und andere

Belange schon aus Kostengründen für den Landkreis (und damit die Allgemeinheit) nicht abschließend geprüft werden können.

Möglicherweise kann man aber bereits im Zonierungsverfahren auf Gutachten und Erhebungen des Antragsstellers abstellen. So könnte es sich auch anbieten, die Zonierung erst nach Abschluss der Erhebungen durch den Antragssteller durchzuführen.

2.2 Komplette Herausnahme des Schutzzwecks „geschlossenes Waldgebiet“?

PAN wirft auf Seite 11 des Berichts vom 27.07.2017 die Frage auf, ob sich der spezielle Schutzzweck „Erhaltung des geschlossenen Waldgebiets“ mit einem Zonierungskonzept vereinbaren lasse. Denn sobald in einem Teilbereich des LSG Windkraftanlagen zugelassen würden, sei dieses Ziel nach Auffassung von PAN für das Gesamtgebiet gefährdet. PAN hält deswegen *potentiell* neben der Zonierung des Gebiets auch eine Umformulierung des Schutzzwecks insgesamt für notwendig das Ziel, den Ebersberger Forst als geschlossenes Waldgebiet zu erhalten, müsse *vermutlich* entfallen. Das müsse dann für das gesamte Gebiet gelten.

Die Frage steht zunächst nicht **unmittelbar** in Zusammenhang mit dem Untersuchungsaufwand. Allerdings rechtfertigt PAN den vorgeschlagenen erheblichen Untersuchungsaufwand auch damit, dass möglicherweise der Schutzzweck für das gesamte LSG geändert werden muss und das Ziel eines geschlossenen Waldgebietes herausgenommen werden muss (vgl. z.B. Seite 15 des Berichts vom 28.07.2017).

Die Auffassung, dass das Ziel herausgenommen werden muss, teilen wir nicht.

2.2.1 Geschlossenes Waldgebiet

Denn zum einen halten die These, dass die Errichtung von fünf Windenergieanlagen dazu führen würde, dass der Ebersberger Forst insgesamt oder in diesem Teilbereich nicht mehr als geschlossenes Waldgebiet bezeichnet werden kann, nicht für zutreffend. Die Errichtung der Windenergieanlagen erfordert an den Standorten punktuelle Rodungen, die bezogen auf das Gesamtgebiet vollkommen untergeordnet sind. Freiflächen dieser Größenordnung sind im Forst nach Angaben von PAN (S. 3, letzter Absatz) in Form von Waldwiesen bereits jetzt vorhanden. Da im Forst nach unserer Kenntnis gut ausgebaute Waldwege vorhanden sind, legen wir zugrunde, dass auch keine größeren Rodungen für die Anlieferung der Komponen-

ten erforderlich, die zur Zerschneidungen des Gebiets und zu neuen offenen Waldrändern führen. Insgesamt meinen wir, dass nach einer etwaigen Errichtung der Windenergieanlage kein Betrachter des Forstes auf die Idee kommen würde, den Forst nicht als geschlossenen Wald zu bezeichnen. Vielmehr würde man das Bild als „Windenergieanlagen in einem geschlossenen Waldgebiet“ bezeichnen.

2.2.2 Eigentlicher Schutzzweck: „Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts“

Zum anderen ist auch zu beachten, dass die Erhaltung eines geschlossenen Waldgebietes nicht der unmittelbare Schutzzweck der Landschaftsschutzgebietsverordnung ist. *Schutzzweck* ist vielmehr, die „Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts“ zu erhalten. *Mittel* dazu ist die Erhaltung dieses geschlossenen Waldgebietes. Die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts soll also „*durch*“ die Erhaltung des Waldgebietes gesichert werden. Aus unserer Sicht ist das durchaus ein Unterschied, weil daraus deutlich wird, dass die Erhaltung der Geschlossenheit des Waldgebietes nach der Landschaftsschutzgebietsverordnung kein Selbstzweck ist, sondern nur insoweit für den Schutzzweck relevant ist, wie gerade die Geschlossenheit des Waldgebietes für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts relevant ist. Soweit - unseres Erachtens nicht bestehende, jedenfalls aber minimale – Eingriffe in die Geschlossenheit des Waldgebietes hinsichtlich des **Schutzzwecks** nicht von Bedeutung sind, weil die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts nicht beeinträchtigt wird, wird der Schutzzweck nicht **berührt**.

Die Frage, ob der spezielle Schutzzweck des Landschaftsschutzgebiets geändert werden müsste, muss also an dem Maßstab geprüft werden, ob die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts in dem Waldgebiet insgesamt so gefährdet wäre, dass ein Schutzgebiet mit diesem Schutzzweck funktionslos wäre.

Welche Auswirkungen die Windenergieanlagen auf die **Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts** insgesamt hätten, können wir natürlich nicht bewerten. Dies wäre in der Tat fachlich zu beurteilen. Wir weisen dieser Stelle nur darauf hin, dass es bei dieser Prüfung nicht um Auswirkungen auf einzelne Individuen gehen kann - selbstverständlich ist der Baum, der gerodet wird, nicht mehr Teil des Naturhaushalts -, sondern um die Funktionsfähigkeit im Ganzen. Man muss dazu beschreiben, welche Funktionen das geschlossene Waldgebiet für den Naturhaushalt hat und ob diese Funktionen auch bei der Einfügung von Rodungsinseln für die Standorte im Bereich des Windparks und im Forst insgesamt noch erfüllt werden. (z.B.: Eine Funktion eines zusammenhängenden Waldgebietes wird nach unserer laienhaften Betrachtung der durch Straßen und Wohnbebauung ungestörte Wildwechsel

sein. Diese Funktion wird durch lokale Rodungsinsel nach unserer laienhaften Betrachtung nicht nachhaltig beeinträchtigt.)

3 Konkret vorgesehene Maßnahmen des Büros PAN

Zu den konkret vorgesehenen Maßnahmen halten wir deswegen fest:

3.1 Umweltverträglichkeitsstudie

Ein maßgeblicher Aufwands- und Kostenposten ist nach dem Bericht von PAN eine Umweltverträglichkeitsstudie. Eine solche ist rechtlich aber nicht erforderlich. Die dafür angesetzten Kosten sind für uns nicht nachvollziehbar.

3.1.1 UVP-Pflicht auf Genehmigungsebene?

Ein gewisser „Auslöser“ für die Position mag die Einschätzung der ROB gewesen sein, wonach das Vorhaben nach ihrer Einschätzung nach derzeitiger Sachlage „wohl UVPG-pflichtig sein dürfte“ (ROB, Protokoll v. 20.02.2017, S. 4). Wir gehen **darauf** nur am Rande und der Vollständigkeit halber ein:

Nach derzeitiger Sachlage ist diese Einschätzung auch zutreffend. Nach § 7 Abs. 2 in Verbindung mit Anlage 1 UVPG ist bei 3-6 Windenergieanlagen eine **standortbezogene Vorprüfung** zur Feststellung der UVP-Pflicht erforderlich. Die standortbezogene Vorprüfung kommt zur UVP-Pflicht, wenn (i) an dem Standort die in Anlage 3 Nr. 2.3 aufgeführte Schutzkriterien vorliegen und, wenn dies bejaht wird, (ii) das neue Vorhaben erhebliche nachteiligen Umweltauswirkungen haben kann (§ 7 Abs. 2 S. 2-6 UVPG). Ein besonderes Schutzkriterium nach Anlage 3 ist die **Lage des Vorhabens in einem Landschaftsschutzgebiet** (Z. 2.3.4 der Anlage 3 zum UVPG). Kommt die überschlägige Prüfung also zu dem Ergebnis, dass das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen. Ob solche erheblichen nachteiligen Auswirkungen möglich sind, können wir nicht beurteilen.

Bei diesem Befund bleibt es, wenn die Zulassung im Wege der Befreiung erfolgen soll.

Wird das Landschaftsschutzgebiet aber geändert (und sei es durch ein Zonierungskonzept)

entfällt die Einschlägigkeit des Schutzkriteriums „Landschaftsschutzgebiet“. In diesem Fall würde im Rahmen der standortbezogenen Vorprüfung also keine UVP-Pflicht wegen Z. 2.3.4 der Anlage 3 zum UVPG ausgelöst. Windenergieanlagen wären dann ja ausdrücklich zugelassen. Diese Sichtweise hat das VG München in einem vom Unterzeichner begleiteten Verfahren auch bestätigt:

„Das Landratsamt hat nunmehr die Vorgaben des § 3c Satz 2 UVPG beachtet, der auf Vorhaben mit standortbezogener Vorprüfungspflichtigkeit Anwendung findet. Es hat – unter zulässiger Einschaltung des Büros für ... – für den Windpark in seiner Gesamtheit unter Beachtung des aktuellen Standorts der WEA 2 die in Nr. 2 („Standort des Vorhabens“) der Anlage 2 zum UVPG aufgeführten Schutzkriterien im Einzelnen abgeprüft. Dabei hat es insbesondere die Lage aller Windenergieanlagen außerhalb von Natura 2000-Gebieten und die Lage der WEA 2 und der WEA 3 innerhalb des Landschaftsschutzgebiets „Schutzzone im Naturpark Altmühltal“ berücksichtigt. Da die beiden Anlagen nach dem Zonierungskonzept für den Naturpark Altmühltal in einer Ausnahmezone liegen, in der die Windkraftnutzung ohne Beeinträchtigung des Schutzzwecks möglich ist, hat es in nachvollziehbarer Weise erhebliche Beeinträchtigungen des Landschaftsschutzgebiets verneint. Das Ergebnis dieser Prüfung hat es anschließend ordnungsgemäß nach § 3a Satz 2 UVPG bekanntgemacht. Somit ist nichts gegen das Ergebnis zu erinnern, dass keine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.

(VG München, Beschluss vom 24. August 2016 – M 1 SN 16.2024 –, Rn. 49, juris)

Wenn also ein Zonierungskonzept umgesetzt wird, wird eine Umweltverträglichkeitsprüfung vorrausichtlich nicht erforderlich sein.

3.1.2 Umweltverträglichkeitsstudie für Zonierungskonzept?

Entscheidend für den Prüfungsumfang bei der Änderung des Landschaftsschutzgebietes sind die vorstehenden Ausführungen aber nicht. Denn die UVPG-Pflicht bezieht sich nur auf das Genehmigungsverfahren, nicht aber auf das Verfahren zur Änderung des Landschaftsschutzgebietes. **Für die Änderung eines Landschaftsschutzgebietes ist gesetzlich keine Umweltverträglichkeitsprüfung vorgesehen.**

Der Landkreis muss von Gesetzes wegen definitiv keine Umweltverträglichkeitsstudie für die

Änderung des Landschaft Schutzgebietes beauftragen.

PAN schlägt eine Umweltverträglichkeitsstudie gleichwohl vor, weil für eine rechtswirksame Abwägung zur Aufhebung bzw. Änderung der LSG-Verordnung alle relevanten Belange ermittelt und hinsichtlich ihrer Gewichtigkeit bewertet werden müssten. In Bezug auf den Natur- und Landschaftsschutz könne dies „am einfachsten“ über eine Umweltverträglichkeitsstudie (UVS) oder Raumwiderstandsanalyse erfolgen. Diese sei im Rahmen des späteren Genehmigungsverfahrens vermutlich sowieso erforderlich (*PAN, Bericht vom 28.07.2017, Seite 21*).

Für uns ist diese Herleitung der „Sinnhaftigkeit“ einer **gesetzlich nicht vorgesehenen** Umweltverträglichkeitsstudie im vorliegenden Fall nicht nachvollziehbar. Denn zum einen ist eine rechtswirksame Abwägung der relevanten Belange generell auch ohne eine Umweltverträglichkeitsstudie möglich. Das passiert bei Bebauungsplänen, für die keine Umweltprüfung erforderlich ist, ständig. Die konkreten Vorteile einer Umweltverträglichkeitsstudie für die Abwägung des Kreistags erschließen sich uns nicht. Der Kreistag kann die Erkenntnisse aus den vorliegenden Gutachten und Untersuchungen auch ohne eine gesonderte kostenintensive Umweltverträglichkeitsstudie, gegebenenfalls in aufbereiteter Form, zur Kenntnis nehmen.

Zum anderen spielen zahlreiche von PAN (S. 21) benannte Schutzgüter, die im Rahmen der Umweltverträglichkeitsstudie ermittelt, bewertet und gewichtet werden muss(t)en, für die Änderung eines Landschaftsschutzgebietes mit den genannten Schutzzwecken keine Rolle (z.B. Wohnfunktion Mensch; Gesundheitsfunktion Mensch; Grundwasser, Klima/Luft, Sach- und Kulturgüter). Es müssten hier also Themen aufbereitet und eingearbeitet werden, die auf Ebene der Landschaftsschutzgebietsverordnung schlicht nicht relevant sind.

3.1.3 Kostenansatz für die Umweltverträglichkeitsstudie

Nur rechnerisch nachvollziehbar, sachlich aber extrem überhöht im Verhältnis zu dem für uns greifbaren Aufwand und Ergebnis eine Unverträglichkeitsstudie, erscheinen uns die von PAN angesetzten Kosten von 200.000 € für die Umweltverträglichkeitsstudie.

PAN leitet die Kosten aus der HOAI ab (S. 26). Nach Anlage 1 der HOAI ergibt es sich bei einem Untersuchungsraum der vorliegenden Größe in der Tat das von PAN angesetzte Ho-

norar von ca. 300.000 €. Allerdings ist der von PAN verwendete Begriff „Mindestsatz“ missverständlich. Zwar bezeichnet die HOAI die für Beratungsleistungen nach Anlage 1 angegebenen Honorare als Mindestsätze. Das impliziert, dass diese verbindlich seien, wie dies bei anderen Leistungen nach den Leistungsbildern der HOAI der Fall ist.

Die Honorare für Beratungsleistungen nach Anlage 1 sind gemäß **§ 3 Abs. 1 S. 2 HOAI** aber gerade **nicht verbindlich**. Nur die in Anlagen 2 bis 15 genannten Honorare sind nach Maßgabe der HOAI „verbindlich“. Die HOAI macht in Anlage 1 nur einen Vorschlag. Die Parteien können aber jedes andere Honorar vereinbaren.

Wir können das von PAN angesetzte Honorar deswegen rechnerisch grundsätzlich nachvollziehen. Es ist an den Vorschlägen der HOAI für eine Umweltverträglichkeitsstudie für ein Gebiet von 9.500 ha orientiert, wie sie z.B. für einen Bebauungsplan erforderlich wäre. Wir können aber nicht erkennen, welche konkreten Leistungen im vorliegenden Fall (lediglich Änderung einer Landschaftsschutzgebietsverordnung) das angesetzte Honorar auch nur im Ansatz rechtfertigen sollen. PAN gibt auch nicht an, welche Leistungen im Rahmen der Umweltverträglichkeitsstudie (außerhalb der gesondert abgerechneten Gutachten) erbracht werden sollen.

Sollten Sie das Büro PAN tatsächlich beauftragen und sich - obwohl gesetzlich nicht gefordert und aus unserer Sicht auch nicht sinnvoll - für die Erstellung einer Umweltverträglichkeitsstudie entscheiden, sollten Sie konkret vereinbaren, welche Leistungen dafür erbracht werden und wie diese angemessen zu vergüten sind. An der HOAI müssen Sie sich dabei nicht orientieren.

3.2 Analyse des Landkreisgebietes zur Alternativenprüfung

Eine solche Analyse ist nicht erforderlich.

Es ist jedenfalls nicht so, dass der Kreistag die Landschaftsschutzgebietsverordnung nicht ändern durfte, wenn an anderer Stelle im Landkreis Windenergieanlagen errichtet werden können. Es steht dem Kreistag frei, den Ebersberger Forst ganz oder teilweise für Windenergieanlagen zu öffnen, auch wenn im übrigen Landkreis Standorte für Windenergieanlagen vorhanden sind. Es gibt keine „Obergrenze“ für EE-Anlagen oder Windenergieanlagen. Weder aus bundesrechtlichen noch aus landesrechtlichen Vorschriften ergibt sich das Gebot, auf Flächen in Landschaftsschutzgebieten erst dann zurückzugreifen, wenn nicht außerhalb

dieser Gebiete auf dafür geeigneten Flächen eine ausreichende Energiemenge erzeugt werden kann (*BayVerfGH, Vf. 15-VII-12, juris Rn. 79*)

Selbstverständlich kann der Landkreis das Fehlen anderer Standorte in der Abwägung für eine besondere Dringlichkeit zur Öffnung des Ebersberger Forstes heranziehen. Vor diesem Hintergrund kann eine Bewertung der Situation außerhalb des Landschaftsschutzgebietes wenn auch nicht gesetzlich erforderlich, so zumindest sinnvoll sein. Da der Landkreis bereits eine Konzentrationsflächenplanung hat, in die laut PAN die 10 H Regelung bereits integriert ist, sehen wir nicht, welche weiteren Begutachtungen hier erforderlich sein sollen. Wenn aus dieser Planung hervorgeht, in welchem Umfang außerhalb des Forstes Flächen zur Verfügung stehen, kann der Kreistag diese Erkenntnis so in seine Abwägung einstellen. Weitere Gutachten erscheinen dann nicht angezeigt.

Insgesamt würde für die Abwägung die Feststellung genügen, dass aufgrund der 10-H Regelung keine Alternativstandorte im Landkreis bestehen.

3.3 Voreinschätzung Artenschutz

Wie oben ausgeführt, ist es für die Abwägung allenfalls sinnvoll, die **allgemeinen Auswirkungen** eines Windparks auf den Schutzzweck „Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts“ zu untersuchen und zu bewerten. Dafür genügt eine allgemeine gebietsbezogene Betrachtung. Eine individuenbezogene Untersuchung des Artenschutzes ist dafür nicht erforderlich. Diese kann im Genehmigungsverfahren erfolgen. Das gilt insbesondere auch deswegen, weil die konkreten Standorte der Anlagen auf Ebene der LSG-Änderung nicht feststehen und auch nicht festgelegt werden können.

3.4 Voreinschätzung FFH-Verträglichkeit

Auch hier halten wir eine aufwendige Untersuchung für die Änderung des Landschaftsschutzgebietes nicht für erforderlich.

Selbstverständlich sollte die Zonierung nicht so erfolgen, dass die Flächen für Windenergie im FFH-Gebiet zum Liegen kommen. Damit könnte man einen Fall schaffen, in dem bereits auf Ebene der Änderung des Landschaftsschutzgebietes ein Genehmigungshindernis erkennbar wird.

Wir empfehlen darüber hinaus, einen gewissen „Vorsorgeabstand“ zum FFH-Gebiet vorzusehen.

Weitere Untersuchungen zur FFH-Verträglichkeit sind dann aber erst auf Ebene des Genehmigungsverfahrens erforderlich.

3.5 Voreinschätzung Immissionsschutz

Auch hier müssen nur offensichtliche Genehmigungshindernisse berücksichtigt werden. Solche sind aufgrund des Abstandes zur Wohnbebauung durch die 10-H Regelung voraussichtlich ausgeschlossen, jedenfalls nicht offensichtlich. Weitere Untersuchungen sind für die Zonierung nicht erforderlich.

3.6 Windhöffigkeit

PAN schlägt eine weitere Auswertung des Windatlas und der Windmessungen inklusive Bericht und Karte für voraussichtliche Kosten von 6.000 € vor. Wir können nicht erkennen, welche gesteigerten Erkenntnisse sich daraus für die Änderung des Landschaftsschutzgebietes ergeben sollen.

Sinnvoll für die Änderung des Landschaftsschutzgebietes wäre dies allenfalls, wenn konkrete Anhaltspunkte erkennbar wären, dass die Winddaten an verschiedenen Stellen des Forstes deutlich unterschiedlich wären und die Gefahr bestünde, dass gerade das Zonierungsgebiet nicht wirtschaftlich umgesetzt werden könnte. Allerdings muss eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit bei der Zonierung grundsätzlich nicht vorgenommen werden.

Die Winddaten liegen durch die Messung des Antragstellers nach unserer Kenntnis vor. Wenn der Antragsteller das Projekt weiter verfolgt, spricht eine grundsätzliche Vermutung dafür, dass die Windverhältnisse einen wirtschaftlichen Betrieb ermöglichen werden. Auf Ebene der Planung des Landschaftsschutzgebiets kann die Wirtschaftlichkeit etwaiger Projekte im Übrigen auch schwer beurteilt werden. Der dieser Ebene steht ja nicht fest, welche Anlagen in welcher Konstellation errichtet werden.

3.7 Weitere Kartierungen

Die weiteren vorgeschlagenen „erforderlichen“ oder „empfehlenswerten“ Kartierungen sind

unseres Erachtens nicht erforderlich. Im Hinblick auf den Schutzzweck des Landschaftsschutzgebietes „**Leistungsfähigkeit** des Naturhaushalts durch Erhaltung des zusammenhängenden Waldgebiets“ ist aus unserer Sicht allenfalls eine allgemeine, gebietsbezogene Abschätzung sinnvoll (dazu unten). Es sollte allgemein bewertet werden, welche konkreten Funktionen das geschlossene Waldgebiet für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes hat und ob diese auch nach Errichtung des Windparks grundsätzlich weiter bestehen.

Konkrete Erhebungen mit Blick auf die künftige Genehmigungsfähigkeit eines Windparks sind nicht erforderlich.

Insbesondere ist eine umfangreiche **Brutvogelkartierung** (also die Aufnahme von Flugbewegungen) nicht erforderlich. Lediglich eine allgemeine gebietsbezogene Bestandsaufnahme wäre sinnvoll.

Gleiches gilt für eine **Zugvogelkartierung**. Hier wäre eine weitere Bewertung allenfalls sinnvoll, wenn bereits jetzt bekannt wäre, dass das Waldgebiet bekanntermaßen für den Vozug von besonderer Bedeutung wäre und man die Zonierung sinnvollerweise danach ausrichten kann.

Hier gilt das gleiche. U.E. ist eine genaue Strukturkartierung nicht erforderlich. Das gilt für die Zonierungsbereiche und erst recht für die Bereiche, die nicht in das Zonierungsgebiet fallen.

Auch alle weiteren „empfehlenswerten“ Kartierungen sind allenfalls Aufgabe des Projektierers.

4 Unseres Erachtens erforderliche Maßnahmen

Unseres Erachtens ist für die Zonierung des Landschaftsschutzgebietes ausreichend, die Wirkfaktoren eines Windparks zur ermitteln und zu bewerten, die **einen konkreten Bezug zu den Schutzzielen des Landschaftsschutzgebietes** haben. Dazu genügt:

- Allgemeine (und nicht individuenbezogene) Bewertung der Bedeutung eines geschlossenen Waldsystems für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts und allgemeine Bewertung, in wie weit diese Wirkungen durch einen Windpark beeinträchtigt

werden können. Diese Bewertung kann sich zum Teil mit den von PAN aufgeführten „Vorabesinschätzungen“ decken, jedenfalls im Bereich des Artenschutzes. PAN richtet diese Vorabesinschätzungen allerdings an der voraussichtlichen Genehmigungsfähigkeit eines Windparks aus und nicht –wie unseres Erachtens richtig – an den konkreten Schutzziele der Landschaftsschutzgebietsverordnung.

- Bewertung der optischen Wirkungen, dies jedoch nur, sofern Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese in unterschiedlichen Bereichen des Gebietes unterschiedlich ausfallen.
- Allgemeine Betrachtung, ob die Erholungsfunktion in unterschiedlichen Gebieten des Forstes unterschiedlich relevant und damit unterschiedlich betroffen ist.

Inhaltlich sollte sich eine die Abwägung vorbereitende Bewertung zunächst damit befassen, welche „Tabuzonen“ von Windenergieanlagen frei bleiben sollen. Unseres Erachtens kommen hier im Bereich des Ebersberger Forstes in Betracht (wobei wir darauf hinweisen, dass dies einer landschaftsfachlichen Bewertung vorbehalten bleiben muss und wir an dieser Stelle nur äußere Anregungen geben können):

- Die besonders schützenswerten Reliefformen
- FFH-Gebiete
- Etwaige besonders schützenswerte Biotope, die man im Wege einer Begehung soweit nicht bekannt sicherlich schnell ermitteln kann
- Etwaige Postkartenmotive
- Der direkte Umgriff um die Ausflugsgaststätten und den Wildpark

Ob es vorliegend sinnvoll ist, wie beim Zonierungskonzept Altmühltal (siehe unten) zwischen Entscheidungszonen, in denen die Zulassung von den Genehmigungsbehörden noch geprüft werden muss, und Ausnahmezonen, in denen Windenergieanlagen grundsätzlich zulässig sind, differenziert werden muss, wäre abzuwägen. Wir halten es auch für möglich, dass der Ebersberger Forst so gleichmäßig strukturiert ist, dass eine Untergliederung in lediglich zwei Zonen (nämlich Tabuzonen und Ausnahmezonen, in denen Windenergie zulässig ist) ähnlich wie beim Landschaftsschutzgebiet Starnberger See Ost ausreichend ist. Das ist aber fachlich zu bewerten und kann von uns nicht abschließend beurteilt werden.

Insgesamt meinen wir deswegen, dass die Voraussetzungen für eine Änderung der Land-

schaftsschutzgebietsverordnung in relativ kurzer Zeit und mit geringfügigem Erhebungsaufwand geschaffen werden können. Mit diesen Grundlageninformationen kann u.E. eine sinnvolle und rechtskonforme Abwägung der auf das LSG bezogenen Belange für ein Zonierungskonzept vorgenommen werden.

Um die o.g. Bewertungen zu treffen, könnten Gutachten eingeholt werden. Das ist aber nicht in jedem Fall zwingend. Auch eine bloße **Augenscheinnahme** kann ausreichend sein (insbesondere beim Landschaftsbild) (*Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 22 BNatSchG, Rn. 8*)

Insgesamt empfehlen wir deswegen, den Prüfungswand vor dem Hintergrund der oben ausgeführten rechtlichen Rahmenbedingungen – insbesondere keine Inzidentprüfung der **Genehmigungsfähigkeit** – fachlich noch einmal neu zu bewerten.

5 Vergleich mit Zonierungskonzept Altmühltal

Vergleichsweise weisen wir auf das Zonierungskonzept zur Standortfindung von Windkraftanlagen im Naturpark Altmühltal hin. Die dort angewandten Methoden werden im dem Abschlussbericht vom 30.11.2012 (im Internet abrufbar unter: http://www.landkreis-eichstaett.de/media/zonierung/bericht_zk_altmuehlal_30112012.pdf) beschrieben. Daraus ergibt sich Folgendes:

Das gesamte Zonierungskonzept für das Altmühltal wurde innerhalb von vier Monaten erstellt, wobei die inhaltliche Arbeit bereits nach drei Monaten abgeschlossen wurde. Aufgrund dieses engen Zeitrahmens wurde **ausschließlich auf vorhandene Daten zurückgegriffen**. Eigene Kartierungen/Bestandserhebungen bzw. eine Verifizierung der bestehenden Daten vor Ort wurden nicht durchgeführt. Etwaige Datenlücken wurden durch die Ortskenntnis der unteren Naturschutzbehörden behoben. Dabei war man sich bewusst, dass die Datenlage aufgrund des engen Zeitplanes und der verfügbaren Informationen Lücken hatte. Allerdings wird in dem Abschlussbericht unseres Erachtens zu Recht hervorgehoben, dass es bei der Erstellung des Zonierungskonzepts um die **großflächige Darstellung** von Räumen bzw. Bereichen der Schutzzone des Naturparks ging, innerhalb derer eine Windkraftnutzung erlaubt bzw. vermieden werden sollte. Für diesen Zweck war es nicht zwangsläufig nötig, alle denkbaren Informationen und kleinräumig bezogenen Daten zu berücksichtigen. Das Zonierungskonzept ist deswegen in seinen Aussagen zwar für die Zonierung der Schutzzonen ausreichend belastbar, darf aber nicht als einzige Fachgrundlage für

künftige Genehmigungsverfahren zugrunde gelegt werden. In den einzelnen Genehmigungsverfahren müssen dann alle vom konkreten Antragsteller erhobenen Daten einfließen und artenschutzrechtliche Prüfungen durchgeführt werden, die im Zonierungskonzept nicht berücksichtigt werden konnten.

Unseres Erachtens ist dieses Vorgehen richtig und trifft genau den Ermittlungsaufwand, den ein Verordnungsgeber eines Landschaftsschutzgebietes hat. Selbstverständlich impliziert dies das Risiko, dass eine aus Sicht der Landschaftsschutzverordnung für Windkraft als geeignet ausgewiesene Fläche aufgrund von später auftretenden Erkenntnissen tatsächlich nicht genehmigungsfähig ist. Das Risiko kann unseres Erachtens aber eingegangen werden. Denn mit der Öffnung des Landschaftsschutzgebietes wird jedem Antragsteller lediglich mitgeteilt, dass aus Sicht des Landschaftsschutzes Windenergieanlagen möglich sind. Darüber hinausgehende Aussagen werden nicht getroffen. Anders formuliert: Die Öffnung des Landschaftsschutzgebietes stellt lediglich die Beseitigung eines Genehmigungshindernisses dar, ist aber nicht zu verwechseln mit einer Art „Positivplanung“, in der auch weitere Aspekte zu berücksichtigen wären. Man darf die Planungsintensität deswegen nicht vergleichen beispielsweise mit einem Flächennutzungsplan, in dem unter Umständen deutlich mehr Aspekte der Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens in der jeweils ausgewiesenen Fläche abgeprüft werden, und bei dem etwaige Antragsteller dann mit möglicherweise größerer Berechtigung erwarten, dass ein Vorhaben dort auch genehmigungsfähig ist.

Und: Da eine Öffnung eines Landschaftsschutzgebietes für Windenergieanlagen im Wege der Zonierung den Schutzzweck im Übrigen völlig unberührt lässt, treten hinsichtlich des Landschaftsschutzes auch keine Nachteile ein, wenn die Zonierung aufgrund anderer Genehmigungshindernisse nicht für die Nutzung durch Windenergieanlagen ausgenutzt werden kann. Das Landschaftsschutzgebiet bleibt in diesem Fall geschützt wie eh und je. Andere Vorhaben werden deswegen nicht zulässig.

6 Ergänzend: Möglichkeiten einer Befreiung

§ 67 Abs. 1 BNatSchG sieht die Möglichkeit einer Befreiung des Bauverbots in Landschaftsschutzgebieten vor. Die Regelung lautet:

(1) Von den Geboten und Verboten dieses Gesetzes, in einer Rechtsverordnung auf Grund des § 57 sowie nach dem Naturschutzrecht der Länder kann auf Antrag Be-

freierung gewährt werden, wenn

- 1. dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist oder*
- 2. die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde und die Abweichung mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege vereinbar ist.*

Die Möglichkeit einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 S. 1 **Nr. 2** BNatSchG scheidet nach Auffassung der Regierung von Oberbayern aus, da eine am verfassungsgemäßen Eigentumsschutz zu messende unzumutbare Belastung nicht vorliegt (ROB, Protokoll vom 20.02.2017). Diese Auffassung teilen wir.

Hinsichtlich einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 S. 1 **Nr. 1** BNatSchG trifft die ROB keine abschließende Bewertung, sondern äußert lediglich „erhebliche Bedenken“. Die genannten Bedenken teilen wir nicht.

6.1 Ermessensentscheidung

Zur Klarstellung vorab: Die Befreiung ist eine Ermessensentscheidung, die im immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG umfasst ist. Wir meinen nicht, dass ein Anspruch eine Befreiung besteht. Wir meinen also nicht, dass eine ermessensfehlerfreie Entscheidung nicht in rechtmäßiger Weise zu dem Ergebnis kommen *kann*, dass eine Befreiung nicht zu erteilen ist. Wir meinen aber, dass eine Befreiung nach § 67 Abs. 1 BNatSchG umgekehrt auch nicht ausgeschlossen wäre und deswegen nicht zwingend zu einem ablehnenden Ergebnis kommen *muss*. Jedenfalls halten wir die von der ROB genannten Erwägungen im Ergebnis nicht für durchgreifend. Wir gehen nachfolgend kurz auf die Bedenken der ROB ein, weil unseres Erachtens die Gefahr von Ermessensfehlern besteht, wenn man diese so in die Ermessensentscheidung aufnimmt.

6.2 Teilweise Funktionslosigkeit des LSG?

Die ROB verweist zunächst auf die Rechtsprechung des BayVGH, wonach bei der Planung eines Baugebiets in ein Landschaftsschutzgebiet hinein eine „Befreiungslage“ (also eine Situation, in der ein künftiger konkreter Bauantrag eine Befreiung vom Bauverbot in einem

Landschaftsschutzgebiet erhalten kann) voraussetzt, dass das Landschaftsschutzgebiet **nicht, auch nicht teilweise, funktionslos werde**. Wenn in einem Landschaftsschutzgebiet aber ein Bebauungsplan aufgestellt wird, der eine zusammenhängende Bebauung erlaubt (und nicht bloß eine Form von Splitterbebauung im Außenbereich), wird das Landschaftsschutzgebiet in diesem Bereich funktionslos (*BayVGH, Urt. v. 14.01.2003, 1 N 012072*).

Die ROB führt aus, dass die für den Windpark betroffene Gesamtfläche mindestens der Größe einem größeren Baugebiet entspreche, so dass nach dieser Rechtsprechung eine Funktionslosigkeit des Naturschutzgebietes eintrete. Dies würde bedeuten, dass für Windparks mit mehreren Anlagen Befreiungen generell ausgeschlossen wären. Unseres Erachtens kann man das so nicht übertragen. Denn hinter der Entscheidung des BayVGH steht die Überlegung, dass eine zusammenhängende Bebauung jegliche Funktion eines Landschaftsschutzgebietes in dem betreffenden Bereich beseitigt. Das ist nachvollziehbar: Durch die Bebauung würde diesem Bereich jegliche Naturfunktion beseitigt. Der Bereich stünde für Erholung nicht mehr zur Verfügung. Auch das Landschaftsbild ändert sich durch eine zusammenhängende Bebauung vollständig.

Anders kann das aber auch nach der Rechtsprechung des BayVGH sein, wenn eine sehr weitläufige, aber gleichwohl zusammenhängend erscheinende Bebauung auf sehr großen Grundstücken vorliegt, etwa eine Villenbebauung an Ufergrundstücken bayerischer Seen. Denn dadurch verliert die Landschaft ihre schützenswerte natürliche Eigenschaft nicht (*BayVGH, a.a.O, juris Rn. 44*).

Daraus folgt: Entscheidend dafür, ob eine Funktionslosigkeit des Landschaftsschutzgebietes vorliegt, ist nicht die Größe der Planfläche, sondern der **qualitative Inhalt und die Auswirkungen der Bebauung**. Nicht jeder Bebauungsplan ist schädlich. Auch ein Bebauungsplan mit großem **Umgriff** kann zulässig sein, wenn die Bebauung weitläufig ist, und die Landschaft ihre schützenswerte natürliche Eigenschaft nicht verliert. Dabei ist auch die Art der Bebauung zu berücksichtigen.

Vorliegend meinen wir nicht, dass Landschaft durch die Errichtung der Windenergieanlagen ihre von der Landschaftsschutzverordnung geschützten Eigenschaften in der Form verlieren würde, dass eine **Funktionslosigkeit** anzunehmen wäre.

- Die Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes durch das geschlossene Waldgebiet blie-

- be voraussichtlich grundsätzlich bestehen (siehe oben, ggf. fachlich weiter zu prüfen).
- Die Eigenart der Landschaft, die gekennzeichnet ist durch die Reliefformen, insbesondere die Trompetentälchen, Terrassenränder, Moränenwälle und Toteiskessel blieben unberührt, sofern die Anlagen nicht gerade in diesen besonders schützenswerten Landschaftsbestandteilen errichtet würden. Es wäre nach wie vor die „gleiche Landschaft“ mit den – und das ist entscheidend – gleichen Reliefformen, nur eben mit Windenergieanlagen.
 - Das Waldgebiet wäre weiterhin für die Erholung zugänglich und zwar auch im Bereich der Windenergieanlagen. Zwar mag es zutreffen, dass einzelne Personen den Bereich meiden würden. Das kann man aber sicher nicht generalisieren. Umgekehrt kann es auch sein, dass gerade dieser Bereich eine besondere Attraktivität entfaltet und gerade Ziel von Wanderungen und Ausflügen wird. Viele Menschen interessieren sich für die ökologische Erzeugung von Strom. Vielfach wird dies durch Schautafeln, Energielehrpfade etc. auch gefördert. Man darf natürlich auch das nicht generalisieren. Aus rechtlicher Sicht entscheidend ist hier lediglich, dass der Bereich für die Erholung nicht generell verloren wäre (wie es beispielsweise bei einem Gewerbe- oder Industriegebiet der Fall wäre, wie es der Entscheidung des BayVGH zugrunde lag). Eine bloße Beeinträchtigung der Erholungsfunktion ist aber noch keine Funktionslosigkeit und schließt - wenn man eine solche annehmen mag - eine Befreiungslage nicht aus. Dies gilt vorliegend gerade deswegen, da das Landschaftsschutzgebiet aufgrund seiner Größe auch nach Errichtung der Anlagen zahlreiche Ausweichmöglichkeiten aufweisen würde.

6.3 Weitere Nutzbarkeit der Flächen

Die ROB begründet die Bedenken ferner damit, dass bei Vorhaben auf landwirtschaftlichen Flächen die Flächen nach Errichtung der Anlagen weiterhin landwirtschaftlich nutzbar seien. Dies sei vorliegend anders, da hier eine Änderung der Bodennutzung (Rodung) im Raum stehe.

Auch diese Bedenken teilen wir nicht. Zunächst werden auch bei Vorhaben auf landwirtschaftlichen Flächen die Baugrundstücke (Standort und Kranfläche) der landwirtschaftlichen Nutzung dauerhaft entzogen. Hier ist kein Unterschied ersichtlich. Darüber hinaus sind in der Regel vorübergehende Montageflächen erforderlich. Diese werden bei landwirtschaftlichen Flächen nach der Errichtung in der Tat wieder der landwirtschaftlichen Nutzung zugeführt. Im Forst wäre hier in der Tat eine Rodung erforderlich. Aber auch hier würden die

Flächen im Nachgang wieder der forstwirtschaftlichen Nutzung zugeführt. Ein qualitativer Unterschied ist nicht ersichtlich. Jedenfalls werden nicht mehr Flächen dauerhaft ihrer bisherigen Nutzung entzogen. Aus unseren Erfahrungen im Windparkprojekt Wadlhauser Gräben wissen wir, dass der Holzeinschlag für ein Windparkvorhaben im Verhältnis zum ohnehin regelmäßig durchgeführten Einschlag der Bayerischen Staatsforsten in einem Nutzwald nicht nennenswert ins Gewicht fällt. Das wäre ggf. mit den Staatsforsten zu prüfen.

6.4 Alternativenprüfung

Die ROB weist weiterhin auf Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit der erforderlichen Alternativenprüfung hin. Der Suchraum für eine solche Prüfung sei ungeklärt. Zumindest bei einem landkreisübergreifend tätigen Investor gebe es auch keine besonderen Gründe, diesen auf einen bestimmten Landkreis zu beschränken.

Aus unserer Sicht stehen auch diese Bedenken einer Befreiung nicht generell im Wege. Zum einen ist eine Alternativenprüfung bei der Befreiung vom Bauverbot in einem Landschaftsschutzgebiet – anders als bei einer Befreiung von einem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot – gesetzlich überhaupt nicht vorgesehen.

Wenn man aber eine Alternativenprüfung durchführen will, hat PAN bereits dargelegt, dass jedenfalls innerhalb des Landkreises Ebersberg auf die Konzentrationsflächenplanung zurückgegriffen werden kann, die bereits um die 10-H-Regelung ergänzt sei. Die Alternativenprüfung sei auf Landkreisebene deswegen ohne größeren Aufwand möglich. (PAN, Bericht vom 28.07.2017, S. 18).

Ein über den Landkreis hinausgehender Suchraum ist, wenn man eine Alternativenprüfung überhaupt für erforderlich hält, nicht angezeigt. Denn punktuelle Einzelvorhaben wie Windenergieanlagen können vereinfacht gesagt immer irgendwo anders in Deutschland errichtet werden. Hier liegt ein Unterschied zu Trassenvorhaben (Bahnlinien, Straßen, Leitungen). Hier ist der Suchraum naturgemäß auf einen Korridor zwischen Start- und Zielpunkt beschränkt. Bei punktuellen Einzelvorhaben würde eine so verstandene Alternativenprüfung immer zu einem negativen Ergebnis führen. So verstanden wäre eine Befreiung von einem Bauverbot im Landschaftsgebiet niemals möglich. Eine solche Alternativenprüfung wird weder in Literatur noch in Rechtsprechung vertreten. Ein Windpark in einem anderen Landkreis wäre keine Alternative zu einem Windpark im Ebersberger Forst, sondern schlicht ein anderer Windpark. Er würde den Windpark im Ebersberger Forst nicht überflüssig machen

oder ersetzen, zumal die Ausbauziele der Bundesregierung und auch der bayerische Staatsregierung vorsehen, dass tausende Windenergieanlagen errichtet werden müssen.

Die Alternativenprüfung stellt deswegen keine besondere Hürde dar.

6.5 Vergleich mit anderen Bundesländern

Wir möchten ergänzend darauf hinweisen, dass die Befreiung nach § 67 Abs. 1 BNatSchG auf Bundesrecht beruht. Bei der Auslegung der Regelung lohnt sich deswegen auch ein Blick auf die Befreiungspraxis anderer Bundesländer. Insoweit verweisen wir auf das Land Nordrhein-Westfalen. Im dortigen Windenergie-Erlass wird die Ermessensentscheidung der Genehmigungsbehörden so vorgezeichnet, dass eine Befreiung grundsätzlich zu erfolgen habe, sofern nicht besondere, im Windenergieerlass aufgezählte Gründe entgegenstehen (Windenergieerlass NRW, Ziffer 8.2.2.5). Diese besonderen Gründe sind aber Ausnahmefälle, im Regelfall sieht der Windenergieerlass die Erteilung der Befreiung vor.

Wir wollen damit nicht sagen, dass man in Ebersberg so verfahren *muss*, wie beispielsweise im Sauerland. Man wird aber schon sagen können, dass das Vorgehen anderer Bundesländer, **Befreiungen** für Windparks nicht generell auszuschließen sondern vielmehr grundsätzlich zu erteilen, auch in rechtmäßiger Weise auf Bayern übertragen werden *kann*. Jedenfalls die von der ROB geäußerten erheblichen Bedenken dürfen deswegen nicht absolut gesehen werden. Es besteht hier deutlich größerer Spielraum.

6.6 Inhalt der Landschaftsschutzgebietsverordnung

Im Rahmen der Ermessensentscheidung ist auch der konkrete Inhalt der Landschaftsschutzgebietsverordnung zu berücksichtigen. Die Landschaftsschutzgebietsverordnung gibt sowohl beim Schutzzweck (§ 2) wie auch beim Verbot von Veränderungen (§ 3) durchaus Anhaltspunkte, die eine Ermessensentscheidung ermöglichen, die über die eher generalisierenden Erwägungen der ROB hinausgeht, insbesondere beim Landschaftsbild:

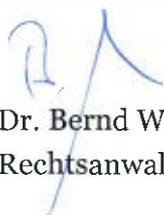
- So ist die Eigenart der Landschaft in § 2 lit. b nicht absolut geschützt, sondern „nur“ *„durch die Erhaltung der typischen Reliefformen, insbesondere der Trompetentälchen, Terrassenränder, Moränenwälle und Toteiskessel“*. Je weniger diese besonderen Landschaftsbestandteile beeinträchtigt werden, desto eher ist eine Befreiung möglich. Dies wäre im Rahmen der Ermessensentscheidung zu prüfen.

- In § 3 wird zwar allgemein festgehalten, dass es verboten ist, Veränderungen vorzunehmen, die geeignet sind, dem Schutzzweck nach § 2 zuwiderzulaufen. Bei den Regelbeispielen wird beim Landschaftsbild aber lediglich darauf verwiesen, dass dieses nicht „*verunstaltet*“ werden darf. Die „Verunstaltung“, die § 35 Abs. 3 BauGB entlehnt ist, ist eine sehr hohe Hürde, die durch Windenergieanlagen in aller Regel nicht gerissen wird. Es spricht deswegen einiges dafür, dass der Ordnungsgeber das Landschaftsbild nicht mit dem maximal möglichen Gewicht bewertet hat.
- Bei der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts wäre der Eingriff in der Tat zu bewerten (siehe oben) und das Ergebnis in die Ermessensentscheidung einzustellen.
- Beim Erholungszweck wäre die Beeinträchtigung ebenfalls zu bewerten. Dabei wäre neben den geäußerten Bedenken auch in Ansatz zu bringen, dass das Forstgebiet auch nach Errichtung des Windparks große von Windenergieanlagen nicht tangierte Bereiche behalten würde und die Beeinträchtigung des Erholungszwecks durch Windenergieanlagen wie ausgeführt nicht für alle Personengruppen generalisierend angenommen werden kann.

Die Befreiung liegt unseres Erachtens **deswegen** insgesamt durchaus im Bereich möglicher ermessensfehlerfreien Entscheidungen.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Bernd Wust, LL.M.
Rechtsanwalt