

Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten

– Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen –

Rechtswissenschaftliche Stellungnahme

erstellt im Auftrag im Auftrag der Naturschutzinitiative e.V

von *Rechtsanwalt apl. Prof. Dr. Martin Gellermann*
Westerkappeln

Inhaltsverzeichnis

A.	Energiewende im Konflikt mit dem Biodiversitäts- und Artenschutz.....	3
B.	Artenschutzrechtliche Ausnahmen als Instrument der Konfliktbewältigung	4
I.	Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahme - Überblick	5
II.	Ausnahmegründe als praktisches Kernproblem	5
1.	Andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses.....	5
1.1	Art. 9 Abs. 1 V-RL als Auslöser einer normativen Konfliktlage.....	6
1.2	Rechtliche Konsequenzen eines Normenkonflikts	7
1.3	Fazit	8
2.	Ausweichen auf andere Ausnahmegründe?.....	8
2.1	Schutz der Pflanzen- und Tierwelt.....	8
2.2	Maßgeblich günstige Auswirkungen auf die Umwelt	9
2.3	Interessen der öffentlichen Sicherheit	10
a.	Uneinheitliches Begriffsverständnis	10
b.	Reichweite des Ausnahmegrundes aus unionsrechtlicher Perspektive	11
aa.	Weite Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit?.....	11
bb.	Öffentliche Sicherheit im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union	13
c.	Energieversorgungssicherheit und regenerative Energieerzeugung durch die Nutzung der Windkraft.....	15
d.	Fazit	17
III.	Handlungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers?.....	17
1.	Erweiterung der Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG.....	17
2.	Harmonisierung des Artenschutzrechts auf unionsrechtlicher Ebene	17
3.	Einführung der Ausnahme für „vernünftige Nutzungen“ von Vogelarten	18
C.	Keine Rechtssicherheit ohne Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union	19

A. Energiewende im Konflikt mit dem Biodiversitäts- und Artenschutz

In der Bundesrepublik Deutschland hat man sich dafür entschieden, die Energieversorgung grundlegend umzustellen und den Ausbau der erneuerbaren Energien voranzutreiben. Als „*Lastesel der Energiewende*“¹ fungiert die verstärkte Nutzung der Windenergie, die einen Beitrag zum Klimaschutz erbringen soll, zugleich aber mit den Zielen des Biodiversitäts- und Artenschutzes in Konflikt gerät.

Der Betrieb von Windenergieanlagen (WEA) hat nicht selten zur Folge, dass Fledermäuse und Vögel der europäischen Arten an den Rotoren zu Tode kommen. Besonders betroffen sind heimische Greifvogelarten, als deren prominentester Vertreter zumeist der Rotmilan genannt wird, der in Landkreisen mit einer hohen Dichte von WEA bereits deutliche Bestandseinbußen durch die Windkraftnutzung erlitten hat.² Den stärksten Aderlass erleidet allerdings der Mäusebussard,³ der einem sehr hohen Kollisionsrisiko unterliegt⁴ und nach den Angaben des Berichts „*Zur Lage der Natur in Deutschland*“ im Trend der zurückliegenden 12 Jahre eine negative Bestandsentwicklung im Umfang von 1-3% pro Jahr erkennen lässt.⁵ Da schon in der PROGRESS-Studie darauf aufmerksam gemacht wurde, dass die windkraftbedingten Verluste ein populationsgefährdendes Ausmaß erreicht haben,⁶ ist nicht auszuschließen, dass gerade die Nutzung der Windenergie in maßgeblicher Weise zu den Bestandsrückgängen beiträgt.

Windenergieanlagen, deren Betrieb das Risiko der Tötung windkraftempfindlicher Greifvögel in signifikanter Weise erhöht, sind aus Gründen des unionsbasierten Artenschutzrechts (§ 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG) an sich verboten, dürfen aber nach nationalem Recht unter strikter Wahrung der in § 45 Abs. 7 BNatSchG genannten Voraussetzungen zugelassen werden. Der anfänglich vertretenen Auffassung, dass dieser Weg für einzelne Windenergieanlagen und -parks nicht nutzbar wäre,⁷ ist der Gesetzgeber im Zuge der Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (2017) entgegengetreten und hat in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien einem öffentlichen Belang im

¹ *Siegmar Gabriel*, Rede während der Messe WindEnergy vom 23-26.09.2014 in Hamburg, Bericht im Internet abrufbar unter der Adresse: <https://www.shz.de/regionales/hamburg/gabriel-windkraft-ist-lastesel-der-energiewende-id7752076.html> (letzter Aufruf: 01.07.2020)

² *Katzenberger/Sudfeld*, Negativer Zusammenhang zwischen WKA-Dichte und Bestandstrends, *Der Falke* 11 (2019), 12 (14): „hochsignifikante negative Korrelation zwischen Rotmilanbestandsveränderungen und Windkraftanlagendichte auf Landkreisebene“.

³ *Landesamt für Umwelt Brandenburg, Staatliche Vogelschutzwarte* (Langgemach/Dürr), Informationen über Einflüsse der Windenergienutzung auf Vögel, Stand: 07.01.2020, S. 66.

⁴ *Bernotat/Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 3. Fassung, Stand: 20.09.2016, S. 104.

⁵ *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU)/Bundesamt für Naturschutz (BfN)*, Die Lage der Natur in Deutschland. Ergebnisse von EU-Vogelschutz- und FFH-Bericht, 19.05.2020, Anhang, Tabelle Bestandsgrößen und -trends der Brutvögel Deutschlands.

⁶ *Grünkorn et al.*, Ermittlung der Kollisionsraten von (Greif-)Vögeln und Schaffung planungsbezogener Grundlagen für die Prognose und Bewertung des Kollisionsrisikos durch Windenergieanlagen (PROGRESS), Abschlussbericht 2016, S. 212, 215.

⁷ *Gatz*, Windenergieanlagen, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Band 3, Stand: 56. Lfg. 2020, Kap. ZV Rn. 129.

Sinne des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG entspricht, zu dessen Gunsten Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten erteilt werden können.⁸ Um Windenergieanlagen über die Hürden des Artenschutzes hinwegzuhelfen, wird der Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG in der Verwaltungspraxis mittlerweile in zunehmendem Maße herangezogen,⁹ ohne dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung daran Anstoß genommen hätte.¹⁰

Vernachlässigt wurde dabei allerdings, dass der in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG genannte Ausnahmegrund der „*anderen zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses*“ der unionsrechtlichen Regelungsvorgabe des Art. 16 Abs. 1 Buchst. c der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie 92/43/EWG (FFH-RL) entstammt, sich in dem Katalog der parallel gelagerten Bestimmung des Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutz-Richtlinie 2009/147/EG (V-RL) aber nicht findet. In diese Wunde hat das Verwaltungsgericht Gießen unlängst seinen Finger gelegt,¹¹ indem es für Recht erkannte, dass der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG in Fällen der Beeinträchtigung europäischer Vogelarten nicht anwendbar ist und auch keiner der ansonsten im Katalog des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG genannten Ausnahmegründe herangezogen werden kann, um einer mit den Zugriffsverboten in Konflikt geratenen Windkraftnutzung zur Realität zu verhelfen.

Dieses Urteil, das bereits als „*Vorbote für gleichlautende künftige Entscheidungen*“ bezeichnet worden ist,¹² lenkt den Blick erneut auf die bislang nicht abschließend geklärte Rechtsfrage, ob sich der „*Lastesel der Energiewende*“ nur innerhalb der Einzäunung bewegen darf, die durch die zum Schutz europäischer Vogelarten dienenden Verbote errichtet wurde oder ob sich Möglichkeiten bieten, diesen Zaun im Interesse der Windkraftnutzung ein Stück weit zu öffnen.

B. Artenschutzrechtliche Ausnahmen als Instrument der Konfliktbewältigung

Das Artenschutzrecht ist kein Instrument zur Verhinderung von Eingriffsvorhaben. Auch wenn die Funktion der Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG darin besteht, die Exemplare der besonders und streng geschützten Arten vor anthropogenen Übergriffen zu bewahren, legen sie sich dennoch keine absolute Geltung bei.

In erster Linie werden die Verbote in ihrer Reichweite durch die Legalausnahme des § 44 Abs. 5 BNatSchG begrenzt.¹³ Das gilt namentlich für das bei der Zulassung von Windenergieanlagen besonders relevante Tötungsverbot, gegen das kraft der Anordnung des § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG nicht verstoßen wird, wenn der Träger

⁸ BT-Drs. 18/11939, S. 14.

⁹ Agatz, Windenergie-Handbuch, 16. Ausgabe 2019, S. 206.

¹⁰ VGH Kassel, Beschl. v. 06.11.2018, 9 B 765/18, juris Rn. 50; OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.12.2016, 12 ME 85/16, juris Rn. 36; OVG Münster, Beschl. v. 20.02.2018, 8 B 838/17, juris Rn. 31.

¹¹ VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020, 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, 206 ff.

¹² Rietzler, Unanwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG auf europäische Vogelarten, jurisPR-UmwR 4/2020 Anm. 2.

¹³ Hierzu Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 44 Rn. 42 ff.

eines Vorhabens fachwissenschaftlich anerkannte Vermeidungsmaßnahmen ergreift, die ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko von vornherein vermeiden.

Selbst wenn die vorhabenbedingte Aktivierung der Verbotsfolge trotz aller Vermeidungsanstrengungen nicht ausgeschlossen werden kann, bietet die Ausnahmeermächtigung des § 45 Abs. 7 BNatSchG die Möglichkeit, unter strikter Wahrung der sich daraus ergebenden Anforderungen von den Zugriffsverboten abzuweichen. Auf dieser rechtlichen Grundlage können die zuständigen Behörden auftretende Konflikte zwischen den Integritätsinteressen des Artenschutzes und anderen wichtigen Belangen in einer den Gegebenheiten des Einzelfalles gebührend Rechnung tragenden Weise bewältigen.

I. Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahme - Überblick

Die Erteilung einer Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG darf nur unter den kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen erteilt werden, die in § 45 Abs. 7 BNatSchG aufgeführt sind. Die Vorschrift nimmt Regelungsvorgaben des europäischen Artenschutzes in sich auf (Art. 16 Abs. 1 FFH-RL, Art. 9 V-RL) und ist in deren Lichte zu interpretieren. Zu den Voraussetzungen gehört zunächst das Vorliegen eines der im Katalog des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG abschließend genannten Ausnahmegründe. Darüber hinaus muss die Erteilung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG alternativlos sein und darf sich in Fällen der Betroffenheit europäischer Vogelarten nicht verschlechternd auf den Erhaltungszustand ihrer Populationen auswirken. Sind diese Bedingungen erfüllt, „*kann*“ die Behörde eine Verbotsausnahme erteilen. Auch wenn dies nicht unbestritten ist, obliegt die diesbezügliche Entscheidung dem pflichtgemäß zu betätigenden behördlichen Ermessen.¹⁴

II. Ausnahmegründe als praktisches Kernproblem

Das Kernproblem dieser nationalen Ausnahmeermächtigung besteht darin, dass sie unionsrechtlichen Zündstoff in sich birgt, wenn auf dieser Grundlage von den unionsbasierten Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu Lasten europäischer Vogelarten abgewichen wird.

1. Andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Werden Greifvögel durch den Betrieb von Windenergieanlagen einem spürbar erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt, das auch unter Einsatz von Vermeidungsmaßnahmen nicht „*auf Normalmaß abgesenkt*“ werden kann, greift die Praxis – wie bereits eingangs bemerkt – im Regelfall auf den Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG zurück, der es erlaubt, im Interesse anderer zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses von den Zugriffsverboten abzuweichen. Derartige behördliche Entscheidungen wurden bereits zum Nachteil für Rotmilane, Turmfalken, Waldschnepfen und Feldlerchen erteilt.¹⁵ Besonders häufig werden Ausnahmen auch zulasten des Mäusebussards in Anspruch genommen, der (noch) nahezu

¹⁴ Müller-Walter, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, § 45 Rn. 14; a.A. Lau, in Frenz/Müggenborg, BKom BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 13.

¹⁵ Vgl. Niedersächsischer Landtag, Drucksache 17/7860 vom 12.04.2017, S. 2

flächendeckend vorkommt und nach verbreiteter Einschätzung kein Ausschlusskriterium für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen darstellt. Exemplarisch darf auf die Beantwortung einer Kleinen Anfrage im Hessischen Landtag durch die Ministerin für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz verwiesen werden, die auf die Kollisionsgefährdung des Mäusebussards, aber zugleich auch darauf hinwies, dass artenschutzrechtliche Ausnahmen bei einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko für Individuen dieser Art regelmäßig erteilt werden können.¹⁶

1.1 Art. 9 Abs. 1 V-RL als Auslöser einer normativen Konfliktlage

Die von derlei Erwägungen getragene Verwaltungspraxis findet bei isolierter Betrachtung des nationalen Rechts in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG ihre Grundlage, zumal die Vorschrift unabhängig davon zu Ausnahmen ermächtigt, ob hiervon Tierarten des Anhangs IV FFH-RL oder Vögel der europäischen Arten betroffen sind. Die darin zum Ausdruck kommende Gleichbehandlung geschützter Arten ist plausibel, zumal in der Sache nicht einleuchten will, warum zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses eine Verbotsausnahme zulasten der streng geschützten Tierarten des Anhangs IV FFH-RL¹⁷ rechtfertigen können, während dies in Fällen einer Beeinträchtigung der oftmals nur besonders geschützten europäischen Vogelarten¹⁸ nicht möglich sein sollte.

Die Notwendigkeit für eine derartige Differenzierung kann sich allerdings aus der unionsrechtlichen Regelungsvorgabe des Art. 9 Abs. 1 V-RL in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union ergeben. Im Katalog der Ausnahmegründe des Art. 9 Abs. 1 V-RL findet sich der Rechtfertigungsgrund der „*anderen zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses*“ nicht. Da der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung auf die Abgeschlossenheit des Katalogs der zu Ausnahmen berechtigenden Gründe des Art. 9 Abs. 1 V-RL erkennt,¹⁹ besteht Grund zu der Annahme, dass § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG die sich aus dieser Richtlinienbestimmung ergebenden Regelungsvorgaben nicht in beanstandungsfreier Weise in das nationale Recht übernommen hat. Auf diesbezügliche Bedenken hat das Bundesverwaltungsgerichts frühzeitig aufmerksam gemacht,²⁰ die neuen Auftrieb erfahren haben, nachdem der EuGH im Polen-Urteil eine mit § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG wörtlich übereinstimmende Vorschrift des polnischen Naturschutzrechts unter Hinweis darauf beanstandete, dass sie mit Art. 9 Abs. 1 V-RL nicht vereinbar ist.²¹

¹⁶ Hessischer Landtag, Drucksache 19/3853 vom 16.11.2016, S. 2.

¹⁷ § 7 Abs. 2 Nr. 14 Buchst. b BNatSchG.

¹⁸ § 7 Abs. 2 Nr. 13 Buchst. b, bb BNatSchG.

¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 08.07.1987, Rs. 247/85, *Kommission / Belgien*, Slg. 1987, 3029 Rn. 9; Urt. v. 08.07.1987, Rs. 262/85, *Kommission / Italien*, Slg. 1987, 3073 Rn. 7; Urt. v. 07.03.1996, Rs. C-118/94, *Associazione Italiana per il WWF u.a.*, Slg. 1996, I-1242 Rn. 21; Urt. v. 12.07.2007, Rs. C-507/04, *Kommission / Österreich*, ECLI:EU:C:2007:427 Rn. 326.

²⁰ *BVerwG*, Urt. v. 12.03.2008, 9 A 3.06, NuR 2008, 633 Rn. 262.

²¹ *EuGH*, Urt. v. 26.01.2012, Rs. C-102/11, *Kommission / Polen*, NuR 2013, 718 Rn. 39 f.

1.2 Rechtliche Konsequenzen eines Normenkonflikts

Sollte § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG gleichfalls einer Überprüfung am Maßstab des Art. 9 Abs. 1 V-RL nicht standhalten, lägen die rechtlichen Konsequenzen auf der Hand. Die Richtlinienbestimmung ist inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert und daher normstrukturell dazu geeignet, unmittelbare innerstaatliche Wirkungen zu entfalten.²² Als Teil des vorrangigen Unionsrechts verdrängt Art. 9 Abs. 1 V-RL im Konfliktfall entgegenstehendes nationales Recht, das staatliche Stellen nach den Grundsätzen vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht anwenden und ihren Entscheidungen nicht zugrunde legen dürfen.²³

Ob § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG tatsächlich einen zu seiner Unanwendbarkeit führenden Normenkonflikt auslöst, ist bislang allerdings noch nicht abschließend geklärt. Nach verbreiteter Auffassung besteht Grund zu der Annahme, dass Art. 9 Abs. 1 V-RL schon um der Vermeidung primärrechtlicher Beanstandung willen um einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund angereichert werden muss, der es in einer dem Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL vergleichbaren Weise erlaubt, von den zum Schutz europäischer Vögel dienenden Verboten aus gewichtigen Gründen eines überwiegenden öffentlichen Interesses abzuweichen.²⁴ Darüber zu befinden muss freilich dem Gerichtshof der Europäischen Union vorbehalten bleiben, der zur letztverbindlichen Auslegung des Unionsrechts berufen ist.²⁵

Solange der Gerichtshof die von ihm in ständiger Rechtsprechung vertretene Auslegung des Art. 9 Abs. 1 V-RL nicht ändert, muss die Verwaltungspraxis mit Blick auf die bisherigen Rechtserkenntnisse der europäischen Gerichtsbarkeit davon ausgehen, dass § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG mit dieser unionsrechtlichen Regelungsvorgabe nicht vereinbar ist.

Ergibt sich aus einem Auslegungsurteil des EuGH die Unvereinbarkeit einer nationalen Rechtsvorschrift mit dem Unionsrecht, sind alle innerstaatlichen Organe gehalten, die allgemeinen und besonderen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, das nationale Recht so schnell wie möglich mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen.²⁶ Insoweit entfalten die im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Auslegungsurteile für die Verwaltungspraxis eine Bindungswirkung, die ihre Rechtsgrundlage in der durch Art. 4 Abs. 3 EUV begründeten Pflicht zur einheitlichen Anwendung des Unionsrechts findet.²⁷ Diese Bindungswirkung ist von besonderer Strenge, zumal sich Verwaltungsbehörden – im Unterschied zu mitgliedstaatlichen Gerichten (Art. 267

²² Vgl. hierzu nur *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 91 ff. m.w.N.

²³ Hierzu *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 228 ff.

²⁴ *Berkemann/Halama*, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EU, 2. Aufl. 2011, FFH-RL Rn. 253; *de Witt*, Artenschutz, in: Hoppenberg/de Witt (Fn. 7), Kap. ZIII Rn. Rn. 81; eingehend *Gellermann*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 219 m.w.N.

²⁵ *Dörr*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, EVR Rn. 8; ähnlich *Ehricke*, in: Streinz (Fn. 22), Art. 267 AEUV Rn. 6: „Auslegungsmonopol für das Unionsrecht“.

²⁶ *EuGH*, Urt. v. 21.06.2007, verb. Rs. C-231/06 bis C-233/06, *Jonkman*, Slg. 2007, I-5149 Rn. 38, 41 m.w.N.

²⁷ *Ehricke*, in: Streinz (Fn. 22), Art. 267 AEUV Rn. 73; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 5, 2010, Rn. 3399; *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 869.

AEUV) – keine Möglichkeit bietet, den Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung mit Fragen zur Auslegung des Unionsrechts zu befassen, um etwaige Zweifel an seinen Interpretationen auszuräumen. Der ihnen obliegenden Loyalitätspflicht werden staatliche Behörden daher nur gerecht, wenn sie bei ihren Entscheidungen einschlägige Vorschriften des Unionsrechts mit dem Inhalt beachten, der sich aus den Auslegungsurteilen des EuGH ergibt. In Konsequenz dessen darf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG in der Vollzugspraxis nicht angewendet werden, solange der Gerichtshof an der von ihm in ständiger Rechtsprechung vertretenen Auffassung festhält, dass der Katalog der Ausnahmegründe des Art. 9 Abs. 1 V-RL abschließend ist und keinen Raum bietet, um von den zum Schutz europäischer Vögel bestimmten Verboten aus „*anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses*“ abzuweichen.

1.3 Fazit

Vorbehaltlich einer Änderung der für das Verständnis des Art. 9 Abs. 1 V-RL maßgeblichen Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union bietet § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG – um im eingangs erwähnten Bild zu bleiben – keine Handhabe, um das durch Verbote des Artenschutzrechts umzäunte Gehege des „*Lastesels der Energiewende*“ ein Stück weit zu öffnen. Der Verwaltungspraxis ist daher derzeit versagt, zu Lasten europäischer Vogelarten eine artenschutzrechtliche Ausnahme auf der Grundlage des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG zu erteilen.

2. Ausweichen auf andere Ausnahmegründe?

Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass es nicht auch andere Ausnahmegründe gibt, die es in unionsrechtskonformer Weise erlauben, der Windkraftnutzung über die Hürden des Artenschutzrechts hinwegzuhelfen.

2.1 Schutz der Pflanzen- und Tierwelt

Der Niedersächsische Umweltminister Olaf Lies hat die Öffentlichkeit unlängst an der Erkenntnis teilhaben lassen, dass es „*ohne Klimaschutz mit Hilfe der Erneuerbaren Energien ... auf Dauer keinen Artenschutz geben (kann)*“.²⁸ Das stimmt mit den Angaben des Aktionsplans des Bundesverbandes WindEnergie (BWE) überein, findet sich doch auch dort die Aussage: „*Windenergieausbau ist Klimaschutz und Klimaschutz ist Artenschutz*“.²⁹

Auf den Gedanken, den in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BNatSchG genannten Ausnahmegrund des Schutzes der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenarten für Zwecke der Windkraftnutzung fruchtbar zu machen, ist allerdings bislang kein ernst zu nehmender Interpret des Naturschutzrechts gekommen. Wenn deutschlandweit an

²⁸ Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz (MU), Pressemitteilung Nr. 107/2019: „Klimaschutz ist Artenschutz“. Umweltminister Olaf Lies traf sich zum Workshop mit Umwelt- und Naturschützern, sowie Windenergie-Organisationen, im Internet abrufbar unter der Adresse: <https://www.umwelt.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/pressemitteilungen/klimaschutz-ist-artenschutz-180243.html> (letzter Aufruf: 01.07.2020).

²⁹ Bundesverband WindEnergie (BWE), Aktionsplan für mehr Genehmigungen von Windenergieanlagen an Land, Stand: Juli 2019, S. 5.

Windenergieanlagen alljährlich bis zu 250.000 Fledermäuse zu Tode kommen³⁰ und allein im norddeutschen Tiefland alljährlich 8.580 Mäusebussarde der Windkraftnutzung zum Opfer fallen,³¹ kann nicht ernstlich behauptet werden, dass der Ausbau der Windenergie zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt beiträgt.

2.2 Maßgeblich günstige Auswirkungen auf die Umwelt

Bei vordergründiger Betrachtung gerät schon eher der in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG genannte Ausnahmegrund der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt ins Blickfeld, der gelegentlich im Zusammenhang mit dem forcierten Ausbau der Windkraftnutzung genannt wird.³²

Nach überwiegend vertretener Auffassung ist diese Vorschrift allerdings schon deshalb kein geeigneter Kandidat, weil sie restriktiv zu interpretieren ist und allenfalls dann zum Tragen kommt, wenn sich ein Vorhaben zugleich direkt und unmittelbar positiv gerade auf diejenigen Schutzgüter auswirkt, die im Gefolge seiner Verwirklichung beeinträchtigt werden.³³ Wie bereits bemerkt entfalten Windenergieanlagen keine Effekte, die sich auf die Erhaltungssituation von Fledermäusen und Vögeln günstig auswirken. Ganz im Gegenteil belehrt das Beispiel des Rotmilans darüber, dass eine hohe Dichte von Windenergieanlagen den Bestand dieser Greifvogelart beeinträchtigt.³⁴ Auch beim Mäusebussard steht zu besorgen, dass die Verluste bereits heute populationsrelevante Auswirkungen zeitigen.³⁵ Der Windkraftnutzung mag im Kontext der Bemühungen um den Schutz des globalen Klimas eine gewisse Bedeutung zukommen. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG bietet aber keinen Raum für umweltpolitisch fragwürdige Verrechnungen, die effektive Verluste im Bereich der Artenvielfalt unter Hinweis auf potenzielle Vorteile für das Klima aufzuwiegen versuchen.

³⁰ Kiefer, Fledermäuse und Windkraft: kleine Tiere – großer Konflikt?, Vortrag gehalten am 30.01.2018 auf der Fachtagung der Niedersächsischen Naturschutzakademie (NNA) in Visselhövede, Vortragsfolien; Romberg, Gut fürs Klima, schlecht für die Natur?, GEO 08/2019, S. 44 (59).

³¹ Grünkorn, Vogelkollisionen mit Windenergieanlagen, Vortrag gehalten am 30.01.2018 auf der Fachtagung der Niedersächsischen Naturschutzakademie (NNA) in Visselhövede, Vortragsfolien.

³² Sailer, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Hintergrundpapier, Stand: 11.03.2020, S. 8 ff.; Ruß, Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises, NuR 2016, 591 (592).

³³ Gatz, in: Hoppenberg/de Witt (Fn. 7), Kap. Z V Rn. 112, 129; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht II, Stand: 92. Lfg. 2020, § 45 Rn. 23 und § 34 Rn. 46; Lau, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 14), § 45 Rn. 17; Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, Stand: 147 Lfg. 2019, § 45 Rn. 68; Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rn. 30.

³⁴ Katzenberger/Sudfeld (Fn. 1), Der Falke 11 (2019), 14: „hochsignifikante negative Korrelation zwischen Rotmilan-Bestandsveränderungen und Windkraftanlagendichte auf Landkreisebene“.

³⁵ Grünkorn et al. (Fn. 6), PROGRESS, S. 212, 215; hierzu auch Breuer, Der Preis des Fortschritts. Der Mäusebussard und das überraschende Fazit einer Studie, Nationalpark 2/2017, 32 f.

Davon abgesehen entstammt auch dieser Ausnahmegrund der Regelungsvorgabe des Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL, während die dort genannten „*positiven Folgen für die Umwelt*“ im Katalog des Art. 9 Abs. 1 V-RL keine Erwähnung gefunden haben. Der Ausnahmegrund kann daher ohnehin nicht bemüht werden, solange der EuGH an seiner Rechtsprechung festhält, nach der Abweichungen von den Verboten des Art. 5 V-RL ausschließlich aus den in Art. 9 Abs. 1 V-RL genannten Gründen in Betracht kommen.

2.3 Interessen der öffentlichen Sicherheit

Ausweislich des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG können Interessen der öffentlichen Sicherheit die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme von den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG rechtfertigen. Dieser Ausnahmegrund findet sich nicht bloß im Katalog des Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL, sondern zugleich auch in Art. 9 Abs. 1 Buchst. a, Spiegelstr. 1 V-RL. Er kann daher unbedenklich herangezogen werden, um Abweichungen von den zum Schutz europäischer Vogelarten bestimmten Zugriffsverboten zu rechtfertigen. Ob Projekte der Windkraftnutzung davon profitieren, hängt maßgeblich davon ab, ob Gründe der öffentlichen Sicherheit zu ihren Gunsten ins Feld geführt werden können.

a. Uneinheitliches Begriffsverständnis

Was unter der öffentlichen Sicherheit im Sinne § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG zu verstehen ist, wird uneinheitlich beurteilt.

Nach verbreiteter Auffassung gebietet es das Unionsrecht, den Ausnahmegrund restriktiv zu interpretieren.³⁶ Ihm unterfallen danach lediglich Belange im Zusammenhang mit der Existenzsicherung des Staates, der Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen sowie der Abwehr unmittelbarer oder absehbarer Gefahren für grundlegende gesellschaftliche Interessen.

Dagegen wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung ein deutlich erweitertes Begriffsverständnis bevorzugt.³⁷ Getragen von der Erwägung, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit einer weiten Auslegung bedarf, wurde im Zusammenhang mit der Zulassung von Infrastrukturvorhaben verschiedentlich geltend gemacht, dass diesem Terminus neben dem Schutz zentraler Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und Vermögen des Einzelnen) auch der Schutz von Einrichtungen des Staates oder von sonstigen durch Private betriebenen, dem öffentlichen Interesse dienenden Einrichtungen unabhängig davon unterfallen, ob sie bereits existieren oder sich erst in Planung befindlich sind.

³⁶ Lau, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 14), § 45 Rn. 17; Meßerschmidt (Fn. 33), § 45 Rn. 67; Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Fn. 33), § 45 Rn. 30; ebenso VG Augsburg, Beschl. v. 13.02.2013, Au 2 S 13.143, juris Rn. 38; VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 07.01.2015, 5 L 289/14, juris Rn. 57; VG Siegmaringen, Urte. v. 02.04.2019, 3 K 74/17, juris Rn. 18; VG Gießen, Urte. v. 22.01.2020, 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, 206 (212 f.).

³⁷ VGH Kassel, Urte. v. 21.08.2009, 11 C 318/08.T, juris Rn. 771; VGH München, Urte. v. 19.02.2014, 8 A 11.40040 u.a., juris Rn. 849; OVG Münster, Urte. v. 29.03.2017, 11 D 70/09.AK, juris Rn. 949; OVG Koblenz, Urte. v. 06.11.2019, 8 C 10240/18, juris Rn. 280.

Im Anschluss daran mehren sich neuerdings die Stimmen, die den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit auch für Zwecke der Windkraftnutzung fruchtbar machen wollen.³⁸ Als prominentester Vertreter erscheint die Umweltministerkonferenz (UMK), die am 15.05.2020 die ihr vorgelegten „*Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben*“ beschlossen hat, in denen zum Ausdruck gebracht wird, dass der Ausbau der Windenergieerzeugung als zentraler Baustein eines klimaneutralen Energieversorgungskonzepts im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegt.³⁹

b. Reichweite des Ausnahmegrundes aus unionsrechtlicher Perspektive

Ungeachtet der vorstehend skizzierten Auffassungsunterschiede herrscht zumindest insoweit Einvernehmen, als die zur Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme berechtigenden Interessen der öffentlichen Sicherheit in einem unionsrechtlichen Sinne zu verstehen sind. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG dient gleichermaßen der Umsetzung des Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL und des Art. 9 Abs. 1 Buchst. a, Spiegelstr. 1 V-RL und muss im Lichte dieser Regelungsvorgaben ausgelegt werden.

aa. Weite Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit?

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation des mitgliedstaatlichen Rechts, die gerade auch von den mitgliedstaatlichen Gerichten zu erfüllen ist,⁴⁰ lässt die auf das Erfordernis einer weiten Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit verweisende obergerichtliche Rechtsprechung fragwürdig erscheinen. Der Gerichtshof der Europäischen Union betont in ständiger Rechtsprechung, dass Art. 9 Abs. 1 V-RL und Art. 16 Abs. 1 FFH-RL als Ausnahmen eng auszulegen sind.⁴¹ Die Pflicht zur unionsrechtskonformen Interpretation gebietet es daher, diesem Ausnahmecharakter bei der Auslegung des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG Rechnung zu tragen. Das lässt für ausufernde Interpretationen der einzelnen Ausnahmegründe von vornherein keinen Raum.

Die Erwägung, dass es im Kontext des Art. 9 Abs. 1 V-RL einer weiten Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit bedarf, um auf diesem Wege Wertungswidersprüche zwischen der Vogelschutz-Richtlinie und der FFH-Richtlinie zu verhindern, lässt außer Acht, dass dieser Terminus in beiden Richtlinien genutzt wird und über einen identischen Bedeutungsgehalt verfügt. Er entstammt dem Art. 9 Abs. 1 Buchst.

³⁸ VG Darmstadt, Beschl. v. 24.08.2018, 6 L 4907/17.DA, juris Rn. 168; Sailer (Fn. 32), Handlungsmöglichkeiten, S. 11 ff.; zurückhaltender Bick/Wulfert, Artenschutzrechtliche Ausnahmen für Vogelarten, NuR 2020, 250 (251).

³⁹ 94. Umweltministerkonferenz am 15.05.2020, Ergebnisprotokoll, TOP 4/6 Windenergie und Artenschutz, Anlage, S. 4 ff., im Internet abrufbar unter der Adresse: https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf (letzter Aufruf: 06.07.2020).

⁴⁰ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 77 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 295.

⁴¹ Zu Art. 9 Abs. 1 V-RL: *EuGH*, Urt. v. 08.06.2006, Rs. C-60/05, *WWF Italia*, ECLI:EU:C:2006:378 Rn. 34; Urt. v. 10.09.2009, Rs. C-76/08, *Kommission / Malta*, ECLI:EU:C:2009:535 Rn. 48; Urt. v. 21.06.2018, Rs. C-557/15, *Kommission / Malta*, ECLI:EU:C:2018:477 Rn. 47; zu Art. 16 Abs. 1 FFH-RL: *EuGH*, Urt. v. 10.10.2019, Rs. C-674/17, *Tapiola*, ECLI:EU:C:2019:851 Rn. 30; Urt. v. 11.06.2020, Rs. C-88/19, *Alianța pentru combaterea abuzurilor*, ECLI:EU:C:2020:458 Rn. 25.

a, Spiegelstr. 1 der im Jahre 1979 erlassenen Vogelschutz-Richtlinie 79/409/EWG, wurde in den Art. 9 Abs. 1, Spiegelstr. 3 des wenige Monate später geschlossenen Europäischen Naturschutzübereinkommens (Berner Konvention, BK) übernommen und fand im Zuge der im Jahre 1992 erfolgten gemeinschaftsweit einheitlichen Umsetzung dieser völkervertraglichen Regelung Eingang in Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL.⁴² Schon der Umstand, dass der Unionsgesetzgeber es in Kenntnis dieser Zusammenhänge für geboten erachtete, den Katalog der Ausnahmegründe des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL um den Auffangtatbestand der „*anderen zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses*“ anzureichern, verdeutlicht hinlänglich, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit nicht in einer Weise ausgelegt werden darf, die einen Großteil derjenigen Fälle erfasst, die diesem Auffangtatbestand unterfallen.

Ganz im Gegenteil lässt die auf „*andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses*“ verweisende Formulierung des Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL erkennen, dass mit den Interessen der öffentlichen Sicherheit – nicht anders als mit den in dieser Bestimmung gleichfalls genannten Interessen der Volksgesundheit – Belange von besonderem Gewicht angesprochen werden, die sich im Verhältnis zu den durch einschlägige Verbote gesicherten Integritätsinteressen des Artenschutzes nach den Wertungen des Unionsgesetzgebers per se als „*überwiegend*“ erweisen und es im Konfliktfall kraft der ihnen beigemessenen Vorrangstellung erlauben, von den ansonsten strikt beachtlichen Verboten des europäischen Artenschutzrechts abzuweichen. Gerade weil Interessen der öffentlichen Sicherheit *per definitionem* zwingend und zugleich überwiegend sind,⁴³ kann damit nur ein sehr begrenzter Kreis öffentlicher Belange gemeint sein, die von solcher Wichtigkeit sind, dass dahinter selbst das mit den artenschutzrechtlichen Verboten verfolgte Interesse an der Bewahrung des Naturerbes der Gemeinschaft⁴⁴ zurückzutreten hat. Dies nötigt zu einer engen Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit, wie sie im wissenschaftlichen Schrifttum beinahe durchgängig für geboten erachtet wird.⁴⁵

Dementsprechend können die Interessen der öffentlichen Sicherheit auch im Kontext des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG nicht in einem erweiterten Sinne ausgelegt werden, weil dies den einschlägigen Regelungsvorgaben des EU-Artenschutzrechts zuwiderliefe.

⁴² Vgl. hierzu *Gellermann/Schreiber*, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren, 2007, S. 80 f.

⁴³ *Lütkes*, in: Lütkes/Ewer (Fn. 13), § 45 Rn. 39 spricht zu Recht von einem „*Unterfall der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses*“.

⁴⁴ 4. Erwägungsgrund der FFH-Richtlinie 92/43/EWG.

⁴⁵ *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 33), § 34 BNatSchG Rn. 46; *Gläß*, in: BeckOK Umweltrecht, Stand: 01.04.2020, § 45 Rn. 45; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 14), § 45 Rn. 17; *Meßerschmidt* (Fn. 33), § 45 Rn. 67; *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke (Fn. 33), § 45 Rn. 30; a.A. *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel (Fn. 14), § 45 Rn. 27.

bb. Öffentliche Sicherheit im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union

Was in unionsrechtlichen Zusammenhängen unter Interessen der öffentlichen Sicherheit zu verstehen ist, erschließt sich mit hinreichender Deutlichkeit aus der Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union.

Mit Blick auf Ausnahmegesetze des Primärrechts, die es den Mitgliedstaaten gestatten, die Grundfreiheiten des Waren- und Kapitalverkehrs aus Gründen der öffentlichen Sicherheit einzuschränken, stellte der Gerichtshof verschiedentlich klar, dass dieser Begriff, der sowohl die innere Sicherheit eines Mitgliedstaates als auch seine äußere Sicherheit umfasst,⁴⁶ eng zu verstehen ist und nur geltend gemacht werden kann, „wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.⁴⁷ In diesem Zusammenhang spielt die Sicherheit der Energieversorgung eine Rolle, indessen gilt dies nur, wenn für die Existenz des Staates unverzichtbare und nicht anders zu befriedigende Versorgungsbedürfnisse in Rede stehen.⁴⁸

Auch wenn die diesbezüglichen Erkenntnisse im Zusammenhang mit primärrechtlichen Vorschriften gewonnen wurden, die zu Einschränkungen des Waren- und Kapitalverkehrs berechtigen, können sie dennoch herangezogen werden, um im Felde des sekundärrechtlich geregelten Naturschutzrechts den Bedeutungsgehalt der zur Inanspruchnahme von Verbotsausnahmen berechtigenden Interessen der öffentlichen Sicherheit zu erschließen. Neben der übereinstimmenden Begrifflichkeit spricht dafür entscheidend, dass die naturschutzrechtlichen Ausnahmeregelungen nicht anders als jene des Primärrechts einer restriktiven Auslegung bedürfen⁴⁹ und – wie bereits bemerkt – nur in besonders gelagerten Fällen zum Tragen kommen, in denen ein Festhalten an einschlägigen Verboten der Verwirklichung von Interessen im Wege steht, denen per se ein Vorrang vor den naturschutzbezogenen Integritätsinteressen zuzuerkennen ist.

Diese Annahme hat in der jüngeren Judikatur des EuGH ihre Bestätigung gefunden. Im Urteil vom 29.07.2019 erkannte der Gerichtshof mit Blick auf Art. 6 Abs. 4 UA 2 FFH-RL für Recht, dass in Fällen der Beeinträchtigung eines Natura 2000-Gebietes mit prioritären Lebensraumtypen oder Arten nur die Abwendung einer tatsächlichen und schwerwiegenden Gefahr für die Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaates als rechtfertigender Grund des öffentlichen Interesses geltend gemacht wer-

⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 04.10.1991, Rs. C-367/89, *Richardt*, ECLI:EU:C:1991:376 Rn. 22; Urt. v. 14.01.1997, Rs. C-124/95, *Centro-Com*, ECLI:EU:C:1997:8 Rn. 44.

⁴⁷ *EuGH*, Urt. v. 14.03.2000, Rs. C-54/99, *Église de scientologie*, ECLI:EU:C:2000:124 Rn. 17; Urt. v. 04.06.2002, Rs. C-503/99, *Kommission / Belgien*, ECLI:EU:C:2002:328 Rn. 47; Urt. v. 08.11.2012, Rs. C-244/11, *Kommission / Griechenland*, ECLI:EU:C:2012:694 Rn. 67.

⁴⁸ *EuGH*, Urt. v. 10.07.1984, Rs. 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256 Rn. 34; *EuGH*, Urt. v. 04.06.2002, Rs. C-503/99, *Kommission / Belgien*, ECLI:EU:C:2002:328 Rn. 46; *Leible/Strein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 68. Lfg. 2019, Art. 36 AEUV Rn. 21; *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 36 AEUV Rn. 55; *Schroeder*, in: Streinz (Fn. 22), Art. 36 AEUV Rn. 12.

⁴⁹ *BVerwG*, Urt. v. 27.01.2000, 4 C 2.99, juris Rn. 40.

den kann.⁵⁰ Das deckt sich mit seinen Überlegungen zu den primärrechtlichen Ausnahmevorschriften und berechtigt zu dem Schluss, dass der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL nicht anders zu verstehen ist. Dafür spricht vor allem, dass es keinen Grund zu der Annahme gibt, dass mit der Verwendung eines in verschiedenen Bestimmungen derselben Richtlinie enthaltenen Begriffs Unterschiedliches gemeint sein könnte. Nichts anderes gilt für das Verständnis dessen, was Art. 9 Abs. 1 Buchst. a, Spiegelstr. 1 V-RL unter Interessen der öffentlichen Sicherheit versteht, zumal beide Richtlinien parallel gelagert sind, in einem engen entstehungsgeschichtlichen Zusammenhang stehen und für ein von der FFH-Richtlinie abweichendes Verständnis des Begriffs kein Anhaltspunkt existiert.

Der Hinweis, die Überlegungen des EuGH zu dem speziellen Fall prioritärer Schutzgüter des Habitatschutzrechts wären auf das Artenschutzrecht nicht übertragbar,⁵¹ stellt dieses Ergebnis nicht durchgreifend in Frage. Abgesehen davon, dass der für das Artenschutzrecht relevante Anhang IV FFH-RL zahlreiche Arten umfasst, die zugleich in Anhang II FFH-RL gelistet und dort als prioritär gekennzeichnet sind, stimmen die Gründe, deretwegen eine habitatschutzrechtliche Ausnahme in Fällen der Betroffenheit prioritärer Gebiete in Anspruch genommen werden kann, mit jenen des Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL inhaltlich überein. Der einzige Unterschied besteht darin, dass „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ im Habitatschutzrecht nur nach einer vorherigen Beteiligung der Europäischen Kommission herangezogen werden dürfen, während sich die Mitgliedstaaten bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme derartigen verfahrensrechtlichen Hindernissen nicht konfrontiert sehen. Der ubiquitäre Artenschutz ist daher weniger streng als der gebietsbezogene Schutz prioritärer Habitate, nur wirkt sich dies nicht auf die Interpretation der Ausnahmegründe, sondern allein im Bereich des Entscheidungsverfahrens für Ausnahmen von einschlägigen Verboten aus.

(3) Nach alledem ist in Übereinstimmung mit der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung daran festzuhalten, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit in unionsrechtlichen Zusammenhängen eng auszulegen ist. Nichts anderes gilt für § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG, der unter dem Aspekt der Energieversorgungssicherheit bei richtlinienkonformer Interpretation nur dann zur Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen berechtigt, wenn es dessen zur Abwehr schwerwiegender Gefahren für die Stromversorgung der Bundesrepublik Deutschland bedarf.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, ECLI:EU:C:2019:622 Rn. 158.

⁵¹ *Sailer* (Fn. 32), Handlungsmöglichkeiten, S. 12.

c. Energieversorgungssicherheit und regenerative Energieerzeugung durch die Nutzung der Windkraft

Vor dem Hintergrund völker- und unionsrechtlicher Vorgaben, die auf den Ausbau erneuerbarer Energien drängen⁵² sowie zahlreicher Regelungen auf Bundes- und Landesebene, die in dieselbe Richtung weisen, steht außer Frage, dass an der Nutzung der Windenergie ein öffentliches Interesse von Gewicht besteht. Allerdings gibt es keinen Grund, der die Annahme rechtfertigen könnte, dass der Ausbau der regenerativen Energieerzeugung durch die Nutzung der Windkraft eine Maßnahme darstellen würde, derer es zur Abwehr tatsächlicher und schwerwiegender Gefahren für die Stromversorgung der Bundesrepublik Deutschland bedarf.

Zur Versorgungssicherheit im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität hat sich das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) erst unlängst in seinem Monitoringbericht nach § 63 i.V.m. § 51 EnWG geäußert.⁵³ Der Bericht, der die aktuell bestehende Versorgungssituation bewertet und die künftige Entwicklung untersucht, versteht unter dem Begriff der Versorgungssicherheit die angemessene Deckung des Strombedarfs, der die Aspekte Stromerzeugung, Transport des Stroms und die Verfügbarkeit von Energieträgern für die Stromerzeugung umfasst. Das Ministerium verweist auf das im Vergleich zu anderen Industrienationen traditionell sehr hohe Niveau der Versorgungssicherheit in Deutschland⁵⁴ und hebt bereits in der Kurzzusammenfassung als Ergebnis seiner Untersuchung hervor, dass die Nachfrage mit den verfügbaren Betriebsmitteln zur Bereitstellung und Verteilung von Elektrizität mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit gedeckt ist.⁵⁵ Insbesondere sei die Verfügbarkeit der Energieträger für die Stromerzeugung als gesichert einzuschätzen. Der Stromversorgung in Deutschland liege ein relativ breiter Erzeugungsmix zwischen den Energieträgern zugrunde, der das Risiko eines Versorgungsengpasses einzelner Energieträger weitgehend minimiert.⁵⁶

Das Ergebnis entspricht einer von verschiedenen Beratungsunternehmen im Auftrag des BMWi durchgeführten Untersuchung zur voraussichtlichen Entwicklung der Strommärkte in Deutschland und seinen Nachbarstaaten, die zum Ergebnis hatte, dass die Verbraucher jederzeit sicher versorgt werden.⁵⁷ In allen untersuchten Szenarien kann die Stromnachfrage in Deutschland danach bis zum Jahr 2030 zu 100% gedeckt werden. Das gilt gerade auch für ein Szenario, welches einen verstärkten

⁵² Protokoll von Kyoto vom 11.12.1997 mit Zustimmungsgesetz vom 27.04.2002, BGBl. I, S. 966; Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl.EU Nr. L 328, S. 82.

⁵³ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)*, Monitoringbericht zur Versorgungssicherheit im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, Stand: Juni 2019, im Internet abrufbar unter der Adresse: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/monitoringbericht-versorgungssicherheit-2019.html> (letzter Aufruf: 06.07.2020).

⁵⁴ Vgl. auch *BMWi Newsletter Energiewende 01/2017*, „*Deutschlands Stromversorgung: Spitzenmäßig sicher*“.

⁵⁵ *BMWi* (Fn. 53), S. 2.

⁵⁶ *BMWi* (Fn. 53), S. 41.

⁵⁷ *r2b energy consulting GmbH / Consentec GmbH / Fraunhofer ISI / TEP Energy GmbH*, Definition und Monitoring der Versorgungssicherheit an den europäischen Strommärkten Projekt Nr. 047/16, 23.01.2019, S. 3.

Rückgang der Kohleverstromung berücksichtigt, um das Klimaschutzziel für das Jahr 2030 zu erreichen.

Schließlich hat das Fraunhofer-Institut erst unlängst eine Studie vorgelegt,⁵⁸ in der mögliche Entwicklungen des deutschen Energiesystems bis zur Mitte des Jahrhunderts untersucht wurden, die zu einer Reduktion energiebedingter CO₂-Emissionen um mindestens 95% bis zum Jahr 2050 gegenüber dem Vergleichswert des Jahres 1990 führen. Es wurden verschiedene Szenarien der Transformation des Energiesystems betrachtet, zu denen u.a. das Szenario *Inakzeptanz* zählte, bei dem eine Entwicklung unterstellt wurde, in der größere Infrastrukturprojekte nicht im bisher angenommenen Umfang zur Transformation der Systeme beitragen können. Dabei besteht nach Einschätzung der Experten „die Möglichkeit einer stärkeren Nutzung der Photovoltaik, wenn der Windausbau nicht im optimalen Maße gelingt“.⁵⁹

Vor diesem Hintergrund gibt es keinen Anlass zu der Befürchtung, dass die Existenz der Bundesrepublik Deutschland und der heimischen Wirtschaft sowie das Überleben der Bevölkerung unter dem Aspekt der Energieversorgungssicherheit davon abhängen könnte, dass zugunsten der Windenergienutzung artenschutzrechtliche Ausnahmen auf der Grundlage des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG erteilt werden. Abgesehen davon, dass Behinderungen beim Ausbau der Windenergie nach den Angaben des Fraunhofer-Instituts durch eine verstärkte Nutzung der Photovoltaik kompensiert werden können, deren Potenziale in Deutschland noch bei Weitem nicht ausgeschöpft sind,⁶⁰ darf ohnehin nicht der Eindruck erweckt werden, als ließe sich eine Windkraftnutzung hierzulande ausschließlich unter Inanspruchnahme artenschutzrechtlicher Ausnahmen realisieren. Konflikte mit dem im Vordergrund stehenden Tötungsverbot entstehen typischerweise, wenn Vögel oder Fledermäuse durch den Betrieb einer Windenergieanlage einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt werden. Das setzt nach den Erkenntnissen des Bundesverwaltungsgerichts voraus, dass es „zu einer häufigen Frequentierung des betroffenen Raumes“ kommt.⁶¹ Finden am gewünschten Standort nur gelegentliche Flüge des Rotmilans, des Mäusebussards oder anderer windkraftsensibler Greif- oder Großvögel statt, löst dies die Verbotsfolge des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht aus. Wo keine Konflikte mit dem Tötungsverbot entstehen, kann sich die Windkraftnutzung ungestört entfalten. Selbst wenn am Standort eine hohe Aktivitätsdichte zu verzeichnen ist, wird das Verbot nicht aktiviert, wenn der Träger des Vorhabens fachwissenschaftlich anerkannte Vermeidungsmaßnahmen (z.B. temporäre Abschaltung) ergreift, die ein signi-

⁵⁸ Fraunhofer-Institut für Solare Energiesysteme ISE (Sterleche et al.), Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem. Die deutsche Energiewende im Kontext gesellschaftlicher Verhaltensweisen, Februar 2020.

⁵⁹ Fraunhofer ISE (Fn. 58), Energiesystem, S. 7

⁶⁰ Fraunhofer ISE, Aktuelle Fakten zur Photovoltaik in Deutschland, Fassung vom 10.06.2020, S. 38, im Internet abrufbar unter der Adresse: <https://www.ise.fraunhofer.de/content/dam/ise/de/documents/publications/studies/aktuelle-fakten-zur-photovoltaik-in-deutschland.pdf> (letzter Aufruf: 06.07.2020).

⁶¹ BVerwG, Urt. v. 14.7.2011, 9 A 14.10, juris Rn. 99; Beschl. v. 08.03.2018, 9 B 25.17, juris Rn. 11; Urt. v. 27.11.2018, 9 A 8.17, juris Rn. 98; ebenso OVG Münster, Urt. v. 29.03.2017, 11 D 70/09.AK, juris Rn. 552; ähnlich VGH München, Beschl. v. 19.08.2015, 22 ZB 15.457, juris Rn. 24: „Deutlich erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit“.

fikant erhöhtes Tötungsrisiko „auf Normalmaß“ absenken (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG).⁶² Die Notwendigkeit einer sich auf § 45 Abs. 7 BNatSchG gründenden Ausnahme besteht daher von vornherein nur bei dem Teil der Windenergieanlagen, die an Standorten errichtet und betrieben werden sollen, die sich selbst unter Einsatz von Vermeidungsmaßnahmen aus artenschutzrechtlicher Sicht als problematisch erweisen. Bereiten Verbote des Artenschutzes daher nicht der Windkraftnutzung als solcher, sondern nur der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen an konfliktträchtigen Standorten Hindernisse, kann auch aus diesem Grunde nicht ernstlich angenommen werden, dass die Sicherheit der Energieversorgung der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Zulassung solcher Anlagen ins Feld geführt werden könnte.⁶³

d. Fazit

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass der auf die Interessen der öffentlichen Sicherheit verweisende Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG nicht herangezogen werden kann, um die Erteilung einer Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu rechtfertigen.

III. Handlungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers?

Angesichts der aktuell von Unsicherheit geprägten Lage verwundert nicht, dass der Ruf nach dem Gesetzgeber schon wieder laut wird. Dessen Bewegungsraum ist allerdings aus unionsrechtlichen Gründen eng begrenzt.

1. Erweiterung der Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat in einer „Aufgabenliste“ den Vorschlag unterbreitet, zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren einen weiteren Ausnahmegrund für den Ausbau der erneuerbaren Energien in den § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG aufzunehmen.⁶⁴ Da die Mitgliedstaaten Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten nur aus den in Art. 9 Abs. 1 V-RL und Art. 16 Abs. 1 FFH-RL abschließend genannten Gründen zulassen dürfen, verbietet sich die Einführung eines solchen Ausnahmegrundes, der nicht als Konkretisierung der Interessen der öffentlichen Sicherheit begriffen werden kann. Die hiervon umfasste Stromversorgungssicherheit sieht sich hierzulande weder aktuell noch perspektivisch tatsächlich oder schwerwiegenden Gefahren ausgesetzt. Dafür bietet der aktuelle Monitoringbericht des Wirtschaftsministeriums anschaulichen Beleg.

2. Harmonisierung des Artenschutzes auf unionsrechtlicher Ebene

Die im Schrifttum erwogene Option, auf europäischer Ebene einen Rechtsetzungsprozess mit dem Ziel in Gang zu setzen, den Katalog des Art. 9 Abs. 1 V-RL um den

⁶² Beschreibung und Bewertung möglichen Vermeidungsmaßnahmen bei *Blew et al.*, Wirksamkeit von Maßnahmen gegen Vogelkollisionen an Windenergieanlagen, BfN-Skripten 518/2018.

⁶³ Darauf hat bereits das *VG Gießen*, Urt. v. 22.01.2020, 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, 206 (213) zu Recht aufmerksam gemacht.

⁶⁴ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (BMWi), Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, 07.10.2019, im Internet abrufbar unter der Adresse: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/staerkung-des-ausbaus-der-windenergie-an-land.pdf?__blob=publicationFile&v=16 (letzter Aufruf: 06.07.2020).

Ausnahmegrund der „*zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses*“ zu erweitern, mag theoretisch in Erwägung gezogen werden. Ob einem derartigen Vorhaben Erfolg beschieden wäre, darf allerdings füglich bezweifelt werden.

In einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV), dessen es zur Änderung der Vogelschutz-Richtlinie bedürfte, gebührt der Europäischen Kommission das Initiativ- bzw. Vorschlagsrecht. Ohne einen Vorschlag der Kommission wird das Gesetzgebungsverfahren nicht in Gang gesetzt. Zwar kann der mit einfacher Mehrheit beschließende Rat die Kommission zur Vorlage von Vorschlägen auffordern (Art. 241 S. 1 AEUV), indessen ändert dies nichts daran, dass es dem pflichtgemäß zu betätigenden Ermessen der Kommission obliegt, ob und inwieweit sie von ihrem Initiativrecht Gebrauch macht.⁶⁵ Nachdem schon die letzte Kommission unter ihrem Präsidenten Jean-Claude Juncker mit dem Versuch gescheitert ist, eine „*Verschmelzung*“ und „*Modernisierung*“ der Vogelschutz- und FFH-Richtlinie zu erreichen, dürfte die Neigung der derzeitigen Kommission eher gering ausgeprägt sein, einen neuerlichen Anlauf zu unternehmen. Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer Harmonisierung der artenschutzrechtlichen Ausnahmevorschriften auf europäischer Ebene kommt, ist daher als gering einzuschätzen.

3. Einführung der Ausnahme für „vernünftige Nutzungen“ von Vogelarten

Art. 9 Abs. 1 Buchst. c V-RL gestattet es den Mitgliedstaaten, von den Verboten zum Schutz europäischer Vogelarten abzuweichen, um unter streng überwachten Bedingungen den Fang, die Haltung oder jede andere vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen zu ermöglichen. Dieser Ausnahmegrund wurde bislang nicht in das deutsche Recht übernommen, indessen wurde seine Überführung in das nationale Recht im Schrifttum als eine der Handlungsmöglichkeit des Gesetzgebers gewertet, um der Windkraftnutzung in Fällen der Betroffenheit von Vögeln Raum zu geben.⁶⁶

Da der Betrieb von Windenergieanlagen weder mit einem Fang noch einer Haltung von Vögeln einhergeht, könnte die vorhabenbedingte Tötung allenfalls als „*vernünftige Nutzung*“ eingestuft werden.⁶⁷ Der Wortlaut der Vorschrift legt dies nicht eben nahe, zumal die Vögel nicht getötet werden, um von den Exemplaren einen wie auch immer gearteten Gebrauch zu machen. Immerhin hat der EuGH erst unlängst den parallel gelagerten Ausnahmegrund des Art. 16 Abs. 1 Buchst. e FFH-RL, der eine Entnahme und Haltung einer begrenzten Anzahl von Exemplaren des Anhang IV FFH-RL unter bestimmten Bedingungen gestattet, in der Weise interpretiert, dass der Begriff der Entnahme auch die Tötung von Wölfen umfasst.⁶⁸ Das spricht dafür, dass auch die in der Betriebsphase einer Windenergieanlage erfolgende Tötung von Vögeln noch als vernünftige Nutzung bewertet werden kann. In der Sache hilft dies allerdings nicht weiter, weil sich die durch Art. 9 Abs. 1 Buchst. c V-RL eröffnete Mög-

⁶⁵ Gellermann, in: Streinz (Fn. 22), Art. 293 Rn. 8 m.w.N.

⁶⁶ Sailer (Fn. 32), Handlungsmöglichkeiten, S. 6 ff.

⁶⁷ In dieser Hinsicht VGH München, Urt. v. 19.02.2014, 8 A 11.40040, juris Rn. 851; Sailer (Fn. 22), Handlungsmöglichkeiten, S. 7.

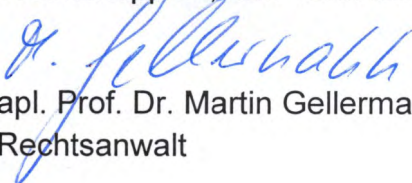
⁶⁸ EuGH, Urt. v. 10.10.2019, Rs. C-674/17, Tapiola, ECLI:EU:C:2019:851 Rn. 32.

lichkeit nur auf bestimmte Vogelarten „in geringer Menge“ bezieht. Diese Begrenzung bringt es mit sich, dass sich die Ausnahme von vornherein auf eine zuvor festzulegende Anzahl von Individuen beziehen muss. Das ist bei der Windkraftnutzung nicht gewährleistet, weil der Betrieb der Anlagen nicht auf die Tötung von Vögeln abzielt, sondern es sich um an sich unerwünschte Folgen des Anlagenbetriebs handelt, deren Opferzahlen nicht von vornherein bestimmbar sind. Insoweit verspricht die Übernahme des Ausnahmegrundes des Art. 9 Abs. 1 Buchst. c V-RL für die Windkraftnutzung keinen Gewinn, weil hierbei die Bedingung der Tötung einer begrenzten Zahl von Individuen nicht eingehalten werden kann.

C. Keine Rechtssicherheit ohne Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union

Wenn § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG derzeit keine Möglichkeit bietet, einer Windkraftnutzung Raum zu geben, die mit den Verboten zum Schutz europäischer Vogelarten in Konflikt gerät, und der nationale Gesetzgeber aus eigener Kraft nicht im Stande ist, diesem Rechtszustand abzuweichen, führt letztlich kein Weg daran vorbei, den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege der Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) um Klärung der Frage zu ersuchen, ob Art. 9 Abs. 1 V-RL tatsächlich in der Weise auszulegen ist, dass Vorhaben der Windkraftnutzung die unionsbasierten Hürden des Artenschutzrechts nicht überwinden können, wenn sie die Tötung einzelner Vögel zur Folge haben. Mit Rücksicht darauf, dass die diesbezüglichen Auslegungsprobleme spätestens seit dem im Jahre 2012 ergangenen Polen-Urteil bekannt sein müssten, ist dieser Schritt längst überfällig und im Übrigen unausweichlich, um den Investoren und den Genehmigungsbehörden eine Grundlage zu bieten, auf deren Basis in rechtlich gesicherter Weise über Vorhaben der Windkraftnutzung an Standorten befunden werden kann, die sich aus avifaunistischer Sicht als konfliktrichtig erweisen. Es bleibt daher zu hoffen, dass die sich im Berufungsverfahren gegen das Urteil des Verwaltungsgericht Gießen bietende Gelegenheit zur Klärung der sich um Art. 9 Abs. 1 V-RL rankenden Auslegungsfragen auch tatsächlich genutzt wird. Andernfalls ist die Praxis – um im eingangs erwähnten Bild zu bleiben – darauf verwiesen, dem „Lastesel der Energiewende“ nur jenen Bewegungsraum zu gewähren, den die Umzäunung der artenschutzrechtlichen Verbote erlaubt.

Westerkappeln, den 15.07.2020



apl. Prof. Dr. Martin Gellermann
Rechtsanwalt