

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

RECHTSGUTACHTEN

im Auftrag von

Agora-Energiewende gGmbH

zum Thema:

Windausbau und Artenschutz-Ziele:

**Vorschlag für ein europarechtskonformes
(Ausnahme-)Regime für Windkraft an Land**

von

Dr. Roda Verheyen

Rechtsanwältin und Partnerin bei
Rechtsanwälte Guenther Partner-
schaft, Hamburg,

Prof. Dr. Wolfgang Köck

Leiter des Departments Umwelt- und
Planungsrecht des Helmholtz Zent-
rum für Umweltforschung, Leipzig;
Professor für Umweltrecht an der Ju-
ristenfakultät der Universität Leipzig,
Rechtsanwalt bei Rechtsanwälte
Guenther Partnerschaft, Hamburg
(bis 14.02.2021).

Séverin Pabsch

Mittelweg 150, 20148 Hamburg, Tel.: 040-278494-0, Fax: 040-278494-99, www.rae-guenther.de
Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Inhaltsübersicht

ZUSAMMENFASSUNG	6
EINFÜHRUNG UND GUTACHTERAUFTRAG	14
I. Problembeschreibung: Ausbau der Windenergie und Artenschutz:	
Ein (lösbares) Spannungsverhältnis	14
II. Gutachterauftrag	16
1. TEIL: Das (europäische) Artenschutzrecht: Ein Überblick	17
I. Vogelschutzrichtlinie und FFH-RL: Artenschutzrechtliche Beeinträchtigungsverbote	18
II. Das Signifikanzkriterium	19
III. Unterschiedlicher Schutzbereich: Anwendungsbereich der FFH-RL bei (windkraftsensiblen) Vogelarten nicht eröffnet	21
IV. Unterschiedliche Ausnahmevoraussetzung	22
V. Der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit in der rechtspolitischen Debatte	24
VI. Die Ausnahme in der Genehmigungspraxis	25
VII. Differenzierte Betrachtung von VS-RL und FFH-RL: Vorabentscheidungsverfahren 473/19, C- 474-19 und das EuGH Urteil vom 04.03.2021	26
2. TEIL: Artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand: Änderungsvorschlag auf Tatbestandsebene	27
I. Tatbestand von Art. 5 VS-RL (Vergleich mit Art. 12 FFH-RL)	28
II. Tatbestandsvoraussetzungen und Vorabentscheidungsverfahren C 473/19 und 474/19	29
1. Schutzniveau: Geschützte Vogelarten und Individuenbezug (1. Vorlagefrage)	30
2. Zum Absichtsbegriff der VS-RL (2. Vorlagefrage)	32
3. Betrachtungsraum zur Bewertung des Erhaltungszustands (3.Vorlagenfrage)	34
4. Zu den Störungs- und Zerstörungsverboten (4. Vorlagefrage)	35
5. Würdigung und Schlussfolgerungen	35
a) Geklärt: Schutzniveau von Art. 5 Abs. 1 VS-RL	35
b) Offen: Der Absichtsbegriff von Art. 5 Abs. 1 VS-RL	36
c) (Keine) Auswirkungen auf den Signifikanzansatz des BVerwG	37
III. Änderungsempfehlung zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren für Windenergievorhaben	39
1. Problembeschreibung: Das Erkenntnisvakuum	39

2. Gesetzlicher Sondertatbestand für Vogelschutz: Änderung des Absichtsbegriffs im BNatSchG und Populationsdefinition	40
3. DIE WIND-AN-LAND VERORDNUNG: Präzisierung artenschutzrechtlicher Vorgaben und rechtsverbindliche Verankerung	43
a) Vogelliste.....	44
b) Abstandsvorgaben	45
c) Vermeidungsmaßnahmen	45
d) Nutzung von Daten	46
3. TEIL: Ausnahmeregelung: Grundlagen und Änderungsperspektiven.....	47
I. Ausnahmefähigkeit der Windenergie an Land.....	48
1. Gesetzestext und Tatbestandsvoraussetzungen	48
a) Gesetzestext	48
b) Tatbestandsvoraussetzungen.....	50
2. Vorliegen eines Ausnahmegrundes	51
a) Der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit.....	52
aa) Keine europarechtliche Begriffsdefinition	52
bb) Rechtslage und Rechtsprechung in den Niederlanden	53
cc) Auslegung	55
(1) Zum engen Begriffsverständnis	55
(2) Zum weiten Begriffsverständnis	56
(3) Konkretisierungsfreiheit der Mitgliedstaaten	58
dd) Zwischenergebnis	61
b) Weitere Ausnahmegründe:.....	61
aa) Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses	62
bb) zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt / Auswirkungen auf die Umwelt / Gesundheitsschutz	63
c) Ergebnis zum Vorliegen eines Ausnahmegrundes	63
3. Keine andere zufriedenstellende Lösung:	64
a) Europarechtliches Prüfprogramm.....	65
b) Am Ausbauziel orientierte Alternativenprüfung.....	68
4. Wahrung des günstigen Erhaltungszustandes	70
a) Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie	70

b) Erhaltungszustand der Population: Weiter Betrachtungsraum oder lokale Population.....	71
c) Festlegung des weiträumigen Betrachtungsraumes	74
aa) Grenzüberschreitende Betrachtung oder bundesweiter Betrachtungsraum	74
bb) Bundeslandbezogene Betrachtung	75
d) Bestimmung des Erhaltungszustandes und Verschlechterungsprognose	75
aa) Quantitatives und/oder Qualitative Beurteilungskriterien	76
bb) ORNIS – Kriterium	78
bb) Ausgleichsregelungen und Artenschutzprogramme	79
cc) Ausnahmeausschluss	80
II. Ein strategischer Ansatzes für die Nutzung des Ausnahmeregimes.....	80
1. Zur Idee des strategischen Ansatzes.....	81
2. Zur Vereinbarkeit des strategischen Ansatzes mit dem europäischen Artenschutzrecht	84
a) Die Anforderungen an den Erhaltungszustand im Kontext der Ausnahmeregelungen des europäischen Artenschutzrechts.....	84
b) Der maßgebliche Beurteilungsraum für die Bestandserhaltung.....	85
c) FCS-Maßnahmen und strategischer Ansatz	85
d) Schlussfolgerungen	87
3. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Etablierung einer Finanzierungsverantwortung für Betreiber von Windenergieanlagen zur Bestandserhaltung windenergiegefährdeter Arten.....	88
a) Zur Unterscheidung von Maßnahmenmodell und Abgabenmodell	88
b) Das Abgabenmodell und seine rechtliche Zulässigkeit	89
aa) Gesetzgebungskompetenz des Bundes	90
bb) Zur Rechtsnatur der Artenschutzabgabe – Ausgestaltung als Vorzugslast oder als „Sonderabgabe“?	91
cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Erhebung von „Sonderabgaben“	91
4. Organisatorische und rechtliche Umsetzung des strategischen Ansatzes im.....	93
a) Etablierung von Artenschutzprogrammen	93

b) Etablierung eines leistungsfähigen Monitoringsystems	94
c) Übergangslösungen	95
III. Rechtliche Umsetzung:	95
1. Pauschale Ausnahme kraft Gesetz oder Rechtsverordnung?	95
2. Rechtsverordnung: WIND-AN-LAND VERORDNUNG	99
a) Ausnahmefähige Vogelarten	99
b) Prüfprogramm für die Erteilung einer Ausnahme: Die Gelenknorm	100
3. Dokumentations- und Begründungspflichten	101
4. TEIL: Elemente einer Neuregelung: Normativer Rahmen für das Tötungsverbot und strategisches Ausnahmeregime	102
I. Änderungen im Bundesnaturschutzgesetz	102
1. Tatbestand: Verbindliche Festlegung von windkraftsensiblen Vogelarten: § 44 Abs. 5 S. 6:	102
2. Ausnahmeregime: Festlegung von Ausnahmebedingungen: § 44 Abs. 7 S. 6:	102
II. Wind-an-Land Verordnung	102
1. Erster Teil: Ziele und Anwendungsbereich	102
2. Zweiter Teil – Präzisierung der Signifikanz	103
3. Dritter Teil – Ausnahmeerteilung	104
4. Teil – Artenschutzmaßnahmen und Poolssystem	105

ZUSAMMENFASSUNG

I. Ausgangspunkt: Ausbauprobleme der Windenergie

Der Ausbau der Erneuerbaren Energien (EE), insbesondere der Windenergie an Land, ist für das Gelingen der Energiewende im gesamten Bundesgebiet notwendig.

Der Szenariorahmen der Bundesnetzagentur aus dem Jahre 2018 geht von einem erforderlichen Zubau von Wind-Onshore von zwei bis drei GW pro Jahr aus;¹ Agora Energiewende hat kürzlich sogar einen Bruttozubaubedarf bis 2030 von jährlich 5 GW errechnen lassen. Bis 2030 sollen demnach in Deutschland aus landseitigen Windenergieanlagen mit 80 GW Gesamtleistung 151 Terawattstunden Strom erzeugt werden und bis 2045 aus 145 GW 309 Terawattstunden.² Von dieser Bedarfsabschätzung ist der Ausbau der Windenergie an Land gegenwärtig noch weit entfernt. 2019 betrug der Netto-Zubau lediglich 886 MW. Für 2020 sieht es wieder etwas freundlicher für die Zuwachsraten aus; bedarfsgerecht im Hinblick auf das Erreichen der EE- und Klimaschutzziele ist der Zubau aber bei weitem nicht.³

Die Ursachen für den gegenwärtigen schleppenden Ausbau der landseitigen Windenergie sind vielfältig. Ein wichtiger Faktor ist auch der europarechtlich vorgeschriebene Artenschutz, der in den Zulassungsverfahren für Windenergieprojekte sehr häufig Anlass für Streit bietet.⁴

II. Probleme bei der Anwendung des europäischen Artenschutzes in Deutschland

Der europarechtlich geforderte Artenschutz hat viele Facetten. Diese Untersuchung befasst sich vornehmlich mit dem sog. „**Tötungsverbot**“ und dabei insbesondere mit dem **Vogelschutz**, weil dieser beim Ausbau der Windenergie von besonderer Bedeutung ist.

Das europäische Artenschutzrecht, das in Deutschland durch § 44 f. Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) in nationales Recht umgesetzt worden ist, verbietet das absichtliche Töten wildlebender europäischer Vögel.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) wendet eine individuenbezogene Betrachtung unter ergänzender Einbeziehung artenspezifischer und populationsbiologischer Parameter an, mit der Konsequenz, dass das Tötungsverbot erst dann

¹ Vgl. BNetzA, Genehmigung des Szenariorahmens 2019–2030 v. 15.6.2018, S. 129, 133 und 139.

² Vgl. Prognos, Öko-Institut, Wuppertal-Institut (2021): Klimaneutrales Deutschland 2045. Wie Deutschland seine Klimaziele schon vor 2050 erreichen kann. Zusammenfassung im Auftrag von Stiftung Klimaneutralität, Agora Energiewende und Agora Verkehrswende, S. 15, 25.

³ Vgl. Deutsche Windguard 2020.

⁴ Siehe dazu auch Köck/Bovet, Die Anwendung des Artenschutzes bei der Zulassung von Erneuerbaren-Energien-Projekten, ZUR 2018, 579, 581 ff.

erfüllt ist, wenn ein Vorhaben voraussichtlich zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos für die geschützte Art im Vergleich zum allgemeinen Lebensrisiko führen wird (Signifikanzkriterium).⁵

Bei Windenergieprojekten besteht ein abstraktes Tötungsrisiko nach dem gegenwärtigen Stand der Erkenntnisse insbesondere für Groß- und Greifvögel. Prominenteste Vertreter sind etwa Rotmilan oder der Seeadler. Um zu verhindern, dass Exemplare solch windenergiesensibler Vogelarten durch den Betrieb von WEA getötet werden, müssen in der Praxis Sicherheitsabstände eingehalten werden, was die Standortplanung aufwendig und schwierig macht.

Das Artenschutzrecht ist nicht nur bedeutungsvoll für die Frage, ob Windenergieprojekte-Projekte realisiert werden können, sondern auch ein relevanter Zeitfaktor, weil es i.d.R. aufwendiger Kartierungen und ggf. weitergehender Raumnutzungs- und/oder Habitatanalysen bedarf, um feststellen zu können, ob die Errichtung und der Betrieb der zu genehmigenden Windenergieanlage zu einer (signifikanten) Risikoerhöhung bei der jeweiligen Vogelart führen. Dies bedarf u.U. jahrelanger Beobachtung.

Zugleich besteht Rechtsunsicherheit über die gefundenen Ergebnisse bzw. darüber, ob eine erteilte Genehmigung vor Gericht wegen eines Verstoßes gegen Artenschutzbestimmungen Bestand hat oder aufgehoben wird. Denn verbindliche normative Vorgaben zur Bestimmung einer *signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos* – die weitgehend an Abstandsvorgaben (der Bundesländer) gekoppelt sind – gibt es nicht. Stattdessen ist wird eine Vielzahl sich zum Teil auch widersprechender Verwaltungsvorschriften (sog. Windenergieerlasse) und fachlicher Arbeitshilfen (z.B. Helgoländer Papier) angewendet, deren Anerkennung durch die Gerichte differiert.⁶ Mangels normativer Vorgaben (was auch durch das Bundesverfassungsgericht gerügt worden ist), verwundert es kaum, dass die artenschutzrechtlichen Vorschriften seit Jahren die Gerichte intensiv beschäftigen.

Die Probleme der Anwendung des Artenschutzrechts in der Anlagenzulassung haben in der rechtlichen Debatte dazu geführt, zwei Ansatzpunkte für ein rechtspolitisches Handeln hervorzuheben:

- zum einen die Schaffung von Rechtssicherheit und die Beschleunigung des Verfahrens durch verbindliche (normative) Konkretisierungen des Tötungsverbots bzw. des Signifikanzkriteriums mit Blick auf den Artenschutz bei Windenergieprojekten;⁷ (Tatbestandsebene)

⁵ Grundlegend BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, 9 A 14/07. Übertragen auf WE-Projekte durch BVerwG, Urt. v. 27.6.2013, 4 C 1/12.

⁶ Dazu näher Köck/Bovet, ZUR 2018, 579, 581 ff. Siehe auch Agatz, ZUR 2020, 584, 591 ff.

⁷ Siehe die Zusammenfassung bei Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584, 592 ff.; siehe auch *Frank/Rolshoven*, WEA, Vögel und die Bestimmung des Signifikanzbegriffs: Die Quadratur des Kreises? ZNER 2020, 197 (200)

- zum anderen wird darauf aufmerksam gemacht, dass es im Interesse des notwendigen Windenergieausbaus zukünftig geboten sein wird, in höherem Maße Gebrauch von den Ausnahmemöglichkeiten zu machen, die das europäische Artenschutzrecht bereithält und die in § 45 Abs. 7 BNatSchG verankert sind,⁸ und die rechtlichen Bedingungen für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung rechtssicher zu präzisieren, damit dieser Weg auch praktisch zur Verfügung steht.

Das Gutachten befasst sich mit **beiden Ansatzpunkten** und macht konkrete gesetzgeberische Vorschläge zur rechtlichen Präzisierung des Tötungsverbot bei Windenergieprojekten, zur Zumutbarkeit von Vermeidungsmaßnahmen als eine basale Voraussetzung für das Umschalten auf die Ausnahmemöglichkeiten, sowie für die Anwendung der Ausnahmeveraussetzungen. Mit Blick auf die Ausnahmeveraussetzungen wird ein Systemwechsel in Form eines sog. „**strategischen Ansatzes**“ vorgeschlagen, der insbesondere darauf gerichtet ist, das rechtlich bindende Verschlechterungsverbot der EU Vogelschutzrichtlinie (VS-RL) einzuhalten bzw. die Möglichkeit des Erreichens eines günstigen Erhaltungszustandes weiterhin zu erhalten.

III. **Ergebnisse und Vorschläge im Bereich des Tatbestandes des Tötungsverbot**

Das EU-Naturschutzrecht und insbesondere auch die EU-Vogelschutzrichtlinie enthalten Spielräume für eine eigenständige (gesetzliche) Lösung auf mitgliedstaatlicher Ebene, die von der deutschen Umsetzung bislang nicht ausreichend genutzt worden sind.

1. **Ein Sondertatbestand für den Vogelschutz?**

Ein möglicherweise bedeutender Spielraum hat sich in einem aktuellen Verfahren vor dem EuGH angedeutet:⁹ In ihren Schlussanträgen in der Rechtssache C-473/19 zur schwedischen Umsetzung der VS-RL und der FFH-Richtlinie hat die Generalanwältin *Kokott* die Auffassung vertreten, dass es unionsrechtlich möglich ist, das Tötungsverbot für Vögel differenziert anzuwenden, je nachdem, ob eine Art zielgerichtet getötet werden soll, oder ob dies in Ausübung eines Projekts erfolgt, das ganz andere Ziele hat.¹⁰ Eine solche Interpretation des Tötungsverbot der VS-RL würde es den Mitgliedstaaten gestatten, die Anwendung des Tötungsverbot danach zu differenzieren, ob sog. „Allerweltsarten“ betroffen

⁸ Siehe dazu die rechtsvergleichende Untersuchung von Akerboom / Backes / Bovet / Cavallin / Cliquet / Köck / McGilivray / Mathews / Schoukens / TegnerAnker, in: *Journal for European Environmental and Energy Law* (EEELR) 28 (2019), issue 4, 144-158; siehe auch Backes, ZUR 2018, 587 ff. Aktuell: Hofmann, Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie, NUR 2021, 217.

⁹ Siehe die verbundenen Verfahren Rs. C-473/19 und C-474/19, die forstwirtschaftliche Maßnahmen in einem Waldgebiet in Schweden betreffen. Der EuGH hat hier sein Urteil am 4.3.2021 gesprochen.

¹⁰ Vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 10.9.2020, Rs. C-473/19, Rn. 80 ff.

sind, oder ob es sich um seltene und stark gefährdete Vogelarten handelt.¹¹ Es bestünde die Möglichkeit, bereits auf Tatbestandsebene die Auswirkungen des Individuenverlustes für eine Population – in einem weiten und nicht bloß lokalen Betrachtungsraum – zu betrachten und zur Voraussetzung für eine tatbestandsmäßige Tötung zu machen.

Der EuGH ist in seiner Entscheidung vom 04.03.2021 auf das Tötungsverbot der VS-RL gar nicht eingegangen, weil Schweden – insoweit wie Deutschland – eine einheitliche Umsetzung der FFH-RL und der VS-RL vorgenommen hat.¹² Jedenfalls kann nach dem aktuellen Urteil der in Deutschland angewendete individuenbezogene Signifikanzansatz als europarechtskonform betrachtet werden.

2. **Der Verantwortungsbereich der Projektträger: Präzisierung der artenschutzrechtlichen Vorgaben und rechtsverbindliche Verankerung**

Für die Anwendung des Tötungsverbots zur Sicherung schneller Planungen und Genehmigung von Windkraftanlagen empfehlen die Autoren eine Lösung, die die Verantwortung der Projektträger für den Artenschutz im Umfeld ihrer Anlagen betont, die diese Verantwortung aber durch klare rechtsverbindliche Vorgaben anwendungssicher ausgestaltet und Möglichkeiten der Vereinfachung des Verwaltungsvollzuges nutzt.

Im Einzelnen schlagen wir Folgendes vor:

- Im Rahmen einer Rechtsverordnung soll eine Bundesliste von windenergiesensiblen Vogelarten verankert werden, auf die sich die artenschutzrechtliche Prüfung im Rahmen von Zulassungsverfahren grundsätzlich zu konzentrieren hat (entspricht der UMK-Beschlusslage)¹³. Den Ländern soll das Recht gegeben werden, diese Liste zu ergänzen, falls auf der Länderebene für weitere Arten eine signifikante Risikoerhöhung befürchtet werden muss, alternativ teilen sie im Beteiligungsverfahren abschließend spezifische Arten für die Bundesverordnung mit. Die Liste soll in periodischen Abständen überprüft werden. Aufgrund des EuGH-Urteils v. 04.03.2021 wird zudem eine Öffnungsklausel vorgeschlagen, wonach die Liste durch eine zuständige Behörde (BfN) anhand der neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse angepasst werden soll. Die zuständige Stelle soll – ggf. im Rahmen eines Expertengremiums – den Stand von Wissenschaft und Forschung zur Windkraftsensibilität sammeln, bewerten und den neuesten Erkenntnisstand feststellen. Damit ist sichergestellt, dass die europarechtlichen Vorgaben eingehalten werden.
- Ebenfalls durch Rechtsverordnung (und nicht nur auf der Grundlage unverbindlicher fachlicher Arbeitshilfen) sollen **Abstandsvorgaben** ge-

¹¹ Schlussanträge Kokott, a.a.O., Rn. 88.

¹² EuGH, Urt. v. 4.3.2021, Rs. C-473/19, Rn. 46.

¹³ UMK, Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Risikoerhöhung im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen an Land – Signifikanzrahmen, Dez. 2020.

macht werden und es sollen Möglichkeiten einer Kompensation durch Vermeidungsmaßnahmen eingeräumt werden, wenn der festgelegte Sicherheitsabstand nicht eingehalten werden kann. Die Abstandsvorgaben sind auf der Grundlage des besten verfügbaren Wissens zu bestimmen. Wissensunsicherheiten bei der Abstandsbestimmung dürfen in Anwendung verfassungsrechtlicher Grundsätze politisch gefüllt werden.¹⁴

- Die Rechtsverordnung soll auch Regelungen über die **Zumutbarkeit von Vermeidungsmaßnahmen** enthalten, um den Aufwand für die Vorhabenträger in verhältnismäßigen Grenzen zu halten. Dabei kommt es darauf an, die Unzumutbarkeitsgrenze möglichst präzise durch Kriterien festzulegen. Es muss sichergestellt sein, dass die Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs durch Vermeidungsmaßnahmen nicht gefährdet wird. Vermeidungsmaßnahmen, deren Wirksamkeit ausreichend nachgewiesen sind, sollen **positiv normiert werden**. Sind Vermeidungsmaßnahmen unzumutbar, darf der Projektträger einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung stellen.
- In der Verordnung bzw. durch Änderung des Fachrechts sollen auch weitere Erleichterungen umgesetzt werden, z.B. müssen aktuelle Kartierungen, die bei den Länderbehörden vorliegen, Vorhabenträgern zur Verfügung gestellt werden.

IV. **Ergebnisse und Vorschläge für den Bereich der Ausnahmemöglichkeiten – insbes. zum Vorschlag eines strategischen Ansatzes**

Bisher ist in Deutschland bei Windenergieanlagen eher selten auf die artenschutzrechtlichen Ausnahmemöglichkeiten zurückgegriffen worden;¹⁵ während in anderen EU-Mitgliedstaaten, insbesondere in Holland, davon erheblich Gebrauch gemacht wird.¹⁶ Es besteht aber Anlass zu der Vermutung, dass aufgrund des WE-Ausbaubedarfs künftig in stärkerem Maße von den Ausnahmemöglichkeiten Gebrauch gemacht werden muss¹⁷ und dass es deshalb eines strategischen Ansatzes

¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018, 1 BvR 2523/13 – juris. Bei diesem Gestaltungsauftrag wird auch das Vorsorgeprinzip zu berücksichtigen sein.

¹⁵ Vgl. KNE-Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende, Die Ausnahme im besonderen Artenschutzrecht, 2019, S. 14 ff.

¹⁶ Backes/Ackerboom, Renewable energy projects and species law – a legal comparative research, Utrecht Center for Water, Oceans and Sustainability, 28 May 2018: <https://www.uu.nl/en/news/report-renewable-energy-projects-and-species-protection>; siehe auch Backes, ZUR 2018, 587 ff.

¹⁷ So auch die UMK, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach §45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“ vom 13.05.2020 https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf

bedarf, um den Erfolg der Energiewende und einen wirksamen Artenschutz gleichermaßen gewährleisten zu können.¹⁸

1. Die Ausnahmefähigkeit der Windenergie an Land

Die Autoren legen dar, dass der Ausnahmegrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nicht nur für die Anhang-IV-Arten der FFH-Richtlinie, sondern auch für den Vogelschutz anwendbar ist,¹⁹ dass ungeachtet dessen der **Ausbau der landseitigen Windenergie im Umfang der der gesetzlich festgelegten EE-Ausbauziele der öffentlichen Sicherheit dient**²⁰ und dass im Rahmen der Alternativenprüfung Standortalternativen nur bedingt einbezogen werden müssen.²¹ Vielmehr handelt es sich um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die an dem bezweckten Ausbau der Windenergie an Land zu messen ist. Windenergieprojekte, die dem Ausbauziel dienen, sind daher in der Regel ausnahmefähig, soweit eine signifikante Gefährdung eines geschützten Exemplars nicht durch **zumutbare Vermeidungsmaßnahmen** ausgeschlossen werden kann. Eine gesetzliche Festlegung des Ausbauzieles bzw. Ziele nach Bundesländern ist hilfreich aber nicht zwingend. Ein wesentliches Element des Ausnahmeregimes der VSL-RL ist das Verschlechterungsverbot, das bei Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zwingend zu beachten ist.

2. Ein strategischer Ansatz für die Nutzung des Ausnahmeregimes

Einen **Systemwechsel** schlägt das Gutachten mit Blick auf die Ausnahmevoraussetzung zur **Einhaltung des Verschlechterungsverbotes** vor. Es plädiert für einen sog. „**strategischen Ansatz**“, der dafür sorgt, dass die Einhaltung des Verschlechterungsverbotes vom einzelnen Vorhaben gelöst und durch eine Finanzierungsverantwortung ersetzt wird. Dieser strategische Ansatz ist dadurch charakterisiert,

- dass die Anforderungen, die sich aus dem Verschlechterungsverbot ergeben und die Anforderungen, die sich im Hinblick auf das Erreichen eines günstigen Erhaltungszustands ergeben, nicht dem einzelnen Vorhabenträger auferlegt, sondern als permanente Aufgabe einer professionellen öffentlich-rechtlich oder ggf. auch privatrechtlich organisierten „Agentur“ überantwortet wird, die mittels spezifischer Artenschutzprogramme und darauf bezogener Schutz- und Förderungsmaß-

¹⁸ Siehe dazu schon Backes, ZUR 2018, 587 ff., der von einem „strategischen Einsatz von Schadensminderungs-, Kompensations- und Erhaltungsmaßnahmen“ spricht.

¹⁹ So auch die UMK, Hinweise (a.a.O.); OVG Münster, Beschl. v. 12.3.2021, ZUR 2021, 371; siehe aus der Literatur); Bick/Wulfert, NuR 2020, 250 ff.; Battefeld, ZUR 2020, 436 f.; Karpenstein/Engel, ZUR 2020, 437 ff. A.A.: VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020, ZUR 2020, 430 ff.; Hofmann, Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie, KNE-Gutachten 2020, S. 29 ff.; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen – Rechtswissenschaftliche Stellungnahme erstellt im Auftrag im Auftrag der Naturschutzinitiative e.V, 15.07.2020.

²⁰ Wie hier: VG Wiesbaden, Urt. v. 24.7.2020, 4 K 2962/16 WI; a.A. VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020, ZUR 2020, 430 ff.

²¹ So auch Gellermann, NdsVBl. 2016, 13, 17; Müller-Mitschke, NuR 2015, 741, 747; Ruß, NuR 2016, 595; siehe auch KNE, Die Ausnahme (Fn. 5), S. 11.

nahmen kontinuierlich an der Verbesserung der Erhaltungszustände insbesondere kollisionsgefährdeter Vogelarten auf der für die Verschlechterungsbeurteilung maßgeblichen räumlichen Ebene arbeitet; hierbei ist zunächst zu betonen, dass die finanzielle Ausstattung dieser Programme primär eine öffentliche Aufgabe ist,

- dass die Vorhabenträger, die eine Ausnahme in Anspruch nehmen in Anwendung des Verursacherprinzips dazu verpflichtet werden, sich ergänzend finanziell an der Arbeit der Agenturen zu beteiligen, und
- dass durch ein kontinuierliches Monitoring sichergestellt wird, dass die Verschlechterungsbeurteilung bzw. die Verbesserungsbeurteilung im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahme genehmigung verlässlich getroffen werden kann.

Den Verfassern ist bewusst, dass der Vorschlag einen Regimewechsel für die Anwendung der Ausnahmemöglichkeiten beinhaltet und dass dieser Regimewechsel Zeit für die Umsetzung benötigt; deshalb plädieren wir für einen **Übergangszeitraum** für eine **Zwischenlösung**, die auf der Basis einer Irrelevanzschwelle operiert: soweit ein Vorhaben dem sog. **ORNIS-Kriterium**²² genügt, wird davon ausgegangen, dass eine Verschlechterung durch die Erteilung der Ausnahme genehmigung nicht eintritt. Dies müsste an der Gesamtheit der Ausnahme genehmigungen in Betrachtungsraum (Bundesland) gemessen werden. Der Übergangszeitraum sollte nicht länger in Anspruch genommen werden als max. 3 - 5 Jahre. Dies ist nach dem Maßstab der vorliegenden EuGH Rechtsprechung europarechtskonform.

Arten, deren Population so gefährdet ist, dass auch der Verlust einzelner Exemplare nicht hingenommen werden kann, sollten von den Ausnahmemöglichkeiten ausgenommen werden („**Tabuliste**“). Für diese wäre eine Ausnahme erst möglich, wenn der Erhaltungszustand stabilisiert ist.

3. **Rechtliche Umsetzung**

Die Autoren sprechen sich gegen die z.T. vorgeschlagene Lösung aus, durch ein Gesetz oder eine (Bundes-)Rechtsverordnung eine **allgemeine und pauschale** Ausnahme von dem Tötungsverbot bis zum Erreichen der erforderlichen Ausbauziele zu erteilen, da dieser Ansatz aus unserer Sicht den europarechtlichen Vorgaben eines individuenbezogenen Artenschutzes und dem Verschlechterungsverbot nicht gerecht wird.

Wir schlagen vor, die hier gefundene Lösung eines Ausnahmeregimes durch einen strategischen Ansatz durch eine Rechtsverordnung (Wind-an-Land-Verordnung) verbindlich festzulegen. Durch normative Vorgaben in der Rechts-

²² Das ORNIS-Kriterium besagt, dass ein durch ein Vorhaben verursachter zusätzlicher Verlust von unter 1% der gesamten Sterblichkeitsrate einer Tierart keine negativen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand h

verordnung würden der Genehmigungsbehörde für die Entscheidung im Einzelfall Vorgaben durch ein verbindliches Prüfprogramm gemacht, die auch vor Gericht verbindlich wären. In der Regel (intendiertes Ermessen) wäre einem Vorhabenträger eine Ausnahmegenehmigung zu erteilen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Regelungselemente einer Wind-an-Land-Verordnung sind in Teil 4 des Gutachtens dargestellt.

A. EINFÜHRUNG UND GUTACHTERAUFTRAG

I. Problembeschreibung: Ausbau der Windenergie und Artenschutz: Ein (lösbares) Spannungsverhältnis

Die Diskussion um die Beschleunigung des Ausbaus von Windenergie an Land läuft aktuell auf Hochtouren.

Denn der Ausbau der Erneuerbaren Energien, insbesondere der Windenergie, ist zum Gelingen der klimapolitisch dringenden erforderlichen Energie- und Mobilitätswende im gesamten Bundesgebiet notwendig. Dies gilt bereits für das Erreichen der Klimaschutzziele des Bundesklimaschutzgesetzes 2019; es gilt erst recht für das Erreichen der neuen Klimaschutzziele, die infolge des BVerfG-Beschlusses v. 24.3.2021 erforderlich geworden sind und die ihren Niederschlag im Klimaschutzgesetz 2021 gefunden haben. Der Ausbaubedarf könnte sich darüber hinaus mit Blick auf den objektiv bestehenden Handlungsbedarf zur Erreichung des im Pariser-Klimaschutzabkommen von 2015 definierten Ziels, die globale Erderwärmung auf 1,5 Grad bzw. auf deutlich unter 2°C zu beschränken, sogar noch weiter verschärfen, wenn aufgrund des fortschreitenden Wissens Anpassungen unausweichlich werden.²³

In der rechtspolitischen Debatte um die Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie an Land stehen im Wesentlichen zwei Fragestellungen im Vordergrund: Die Ausweisung von ausreichend Raum bzw. Fläche für Windenergieanlagen im Bundesgebiet einerseits und die Beschleunigung der Genehmigungsverfahren andererseits. Ersteres umfasst die gesetzliche Bedarfsfeststellung, die Flächenausweisung in Raumordnungsprogrammen sowie in der Bauleitplanung samt der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, ebenso das Genehmigungsregime selbst (Erleichterungen im BImSchG, Fachplanungsrecht oder eigenes Gesetz?)

Hinsichtlich der erforderlichen Genehmigungsbeschleunigung gilt insbesondere der **Artenschutz** als eine große Hürde im Genehmigungsverfahren. Artenschutz bedeutet in diesem Zusammenhang vornehmlich streng geschützte **europäischer Vogelarten**, die als windkraftsensibel gelten. Dies sind vornehmlich Groß- und Greifvögel. Als prominentester Vertreter wird gerne der Rotmilan, der Seeadler oder auch der Mäusebussard genannt. Als zeitliche Bremse gilt hier die umfangreiche Begutachtung, die in einem Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen anfällt, sowie bereits zeitlich vorgelagert in Raum- oder Bauleitplanverfahren. Dies betrifft die Kartierungen, sowie ggf. Raumnutzungs- und/oder Habitatanalysen, um zu prüfen, ob die Errichtung und der Betrieb der zu genehmigen Windenergieanlagen im Sinne des von der Rechtsprechung entwickelten und vom Gesetzgeber aufgenommenen Signifikanzkriteriums (§ 44 Abs. 5 BNatSchG) zu

²³ BVerfG Beschluss vom 24. März 2021, [1 BvR 2656/18](#), [1 BvR 96/20](#), [1 BvR 78/20](#), [1 BvR 288/20](#), [1 BvR 96/20](#), [1 BvR 78/20](#). Entwurf zur Novelle des Bundesklimaschutzgesetz (KSG-E) (Drs. 19/30230 vom 02.06.2021).

einer (signifikanten) Risikoerhöhung führt, weil der jeweilige Vogel kollisionsgefährdet ist oder ein ausgeprägtes Meidungsverhalten aufweist.

Dies bedarf teils jahrelanger Beobachtung. Zugleich besteht Rechtsunsicherheit über die gefundenen Ergebnisse bzw. darüber, ob eine erteilte Genehmigung vor Gericht wegen eines Verstoßes gegen Artenschutzbestimmungen Bestand hat oder aufgehoben wird. Denn verbindliche normative Vorgaben über die Bestimmung einer *signifikanten Gefährdung* – die weitgehend an Abstandsvorgaben (der Bundesländer) gekoppelt sind – gibt es nicht. Es verwundert kaum, dass der Ausbau von Windenergieanlagen und der Artenschutz in einem Spannungsverhältnis stehen und dieses seit Jahren die Gerichte bemüht.

Hinsichtlich der (schnelleren) Bewältigung des Artenschutzes lassen sich in der Debatte zwei Grundströmungen beobachten:

1. Zum einen die Schaffung von Rechtssicherheit und die Beschleunigung des Verfahrens durch verbindliche (normative) Vorgaben für das Signifikanzkriterium.²⁴
2. Zum anderen wird diskutiert, ob nicht im Interesse eines beschleunigten Windenergieausbaus vom Artenschutz Ausnahmen nach § 45 VII BNatSchG erteilt werden könnten, bis die Ausbauziele erreicht sind. So wird gefordert, durch Rechtsverordnung eine generelle und allgemeine Ausnahme für WEA zu erteilen, solange bis die erforderliche Stromproduktionsmenge erreicht wurde.²⁵ Der Vorschlag orientiert sich an den sog. Kormoran-Verordnungen der Länder: Mit einer derart konzipierten Ausnahmeverordnung werde die Windenergie nicht von ihrer Verantwortung freigestellt, sondern die Sachverhaltsermittlung, Bewertung, Entscheidung und das Maßnahmenprogramm lediglich von der Genehmigungsbehörde auf den Ordnungsgeber übertragen, was zur fachlichen Qualitätssicherung und Einheitlichkeit der Rechtsausübung führe.²⁶

Die artenschutzrechtliche Ausnahme ist schon länger in der Diskussion. Hierbei ist in der Debatte v.a. das europäische Recht zu beachten, das dem Artenschutz zugrunde liegt [VS-RL]. Dabei wurde unlängst festgestellt, dass der Umgang der Mitgliedstaaten mit dem Artenschutzrecht sehr unterschiedlich ist. Während in den Niederlanden von der Möglichkeit der Ausnahmeerteilung i.S.d. Art. 9 VS-RL in erheblichem Maße Gebrauch gemacht wird,²⁷ hat das BVerwG das Signifi-

²⁴ Frank/Rolshoven, WEA, Vögel und die Bestimmung des Signifikanzbegriffs: Die Quadratur des Kreises? ZNER 2020, 197 (200)

²⁵ Agatz ZUR 2020, S. 593

²⁶ Scharfenstein/Bringewat (2021): Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht, das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen anzupassen? Rechtsgutachten der Rechtsanwaltskanzlei von Bredow Valentin Herz im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität; abrufbar unter: Artenschutz und Windenergie - Stiftung Klima (stiftung-klima.de)

²⁷ Backes, Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz?, ZUR 2018, 587

kanzkriterium gerade entwickelt, um durch diesen *PrüfungsfILTER* eine permanente Ausnahmeerteilung zu verhindern.

Auch politisch wird die Diskussion um einen Ausgleich zwischen Windenergie und Artenschutz aktiv geführt. Im Jahr 2020 wurden im Rahmen der Umweltministerkonferenz (UMK) zu beiden Problembereichen zwei wegweisende Beschlüsse gefasst:

Der Beschluss der Sonder-UMK "Windenergie und Artenschutz: Erarbeitung eines Signifikanzrahmens" vom 11.12. 2020²⁸ und zuvor der Beschluss „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach §45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“ vom 13.05.2020²⁹, wobei schon bei der Beschlussfassung die UMK darauf hinwies, dass sie (die UMK) einen Rahmen zur Bemessung von Signifikanzschwellen für eine wichtige Grundlage zur Anwendung des Ausnahmeinstrumentes halte.³⁰

Die Beschlüsse sind ausführlich sowie an vielen Stellen bemerkenswert und werden für die Praxis sicherlich eine Hilfestellung sein. Allerdings ist die UMK weder der einen *Gedankenrichtung* (verbindliche Normierung) noch der anderen (Verstärkte Anwendung der Ausnahme) wirklich gefolgt. Eine normative Umsetzung oder Änderung ist, soweit ersichtlich, nicht geplant.

II. Gutachterauftrag

Agora Energiewende beauftragte die Autoren im **Herbst 2020** zur Prüfung und Konzeption eines europarechtskonformen Ausnahmeregimes für den Artenschutz – hier dem Vogelschutz – um den Ausbau der Windenergie an Land zu beschleunigen und konkrete Änderungsvorschläge an den geltenden Regelungen zu unterbreiten.

Seit Beginn der Begutachtung wurden mehrere Gutachten zu und Aufsätze dieser Problematik veröffentlicht, Urteile hierzu wurden veröffentlicht, u.a. durch den EuGH, das EEG 2021 wurde umfangreich geändert bzw. wurde beschlossen und die UMK hat den erwarteten und bereits erwähnten Vorschlag zur Vereinheitlichung des Signifikanzkriteriums getroffen. Diese neusten Entwicklungen sind – soweit möglich – in dem Gutachten bis zum Juli 2021 beachtet worden.

Jedoch bleiben auch die jüngeren Vorschläge eine Grundantwort darüber schuldig, wie das Spannungsverhältnis zwischen Artenschutz und Windenergieausbau zugunsten dieser beiden Umwelt- und klimapolitischen Notwendigkeiten rechtlich wie auch fachlich gelöst werden kann. Denn tatsächlich ist der Zustand einiger geschützter Vogelarten besorgniserregend³¹. Auch wird nicht zu bestreiten sein, dass bestimmte Vogelarten durch Windenergieanlagen stark gefährdet sind. Grundsätzlich ist auch unstrittig ein dramatischer genereller Rückgang der Arten-

28 <https://www.umweltministerkonferenz.de/Dokumente-Sonderkonferenzen.html>

29 https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf

30 [https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/endgueltiges-ergebnisprotokoll-](https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/endgueltiges-ergebnisprotokoll-94_umk_1591103085.pdf)

94_umk_1591103085.pdf, TOP 4, S. 1.

31 <https://www.eea.europa.eu/publications/state-of-nature-in-the-eu-2020>

vielfalt zu beklagen, wie zuletzt die EU in ihrer Biodiversitätsstrategie 2030³² problematisierte.

Zugleich wurde ganz grundlegend kritisiert, dass das europäische Artenschutzrecht nicht bei der Population ansetze, sondern beim Individuum, obwohl der Artenschutz nicht dem Individuum, sondern dem Schutz der Population diene. Ansätze für einen verstärkten Populationsschutz, z.B. durch gezielte Artenschutzprogramme, finden sich hingegen kaum.³³ Es besteht also Handlungsbedarf. Zudem sind die jüngsten Schlussanträge der Generalanwältin beim EuGH, Frau Prof. *Kokott*, zum Artenschutz im September 2020 erschienen, denen gerade mit Blick auf den Vogelschutz zu Recht eine „immense Sprengkraft“³⁴ zugesprochen wurde. Der EuGH befasste sich mit diesen Elementen der Schlussanträge allerdings nicht, weil der zur Entscheidung vorgelegte Fall nicht dazu nötigte, abschließend zum Tatbestand des Tötungsverbot der VS-RL Stellung zu nehmen.³⁵ Eine solche Entscheidung kann aber natürlich jederzeit folgen.

Der Leitgedanke des Gutachtens ist es daher „von vorne“, zu beginnen, also bei dem EU-Artenschutzrecht und zu hinterfragen, welche Anforderungen und Umsetzungsmöglichkeiten das Unionsrecht ohne Änderungen des Rechts auf EU Ebene bietet. Der Gebietsschutz bleibt hierbei außer Betracht. Die gefundenen Lösungsmöglichkeiten werden sodann einem Praktikabilitätstest zugeführt und bewertet. Schließlich werden konkrete Gesetzesänderungsvorschläge unterbreitet. Das Gutachten gliedert sich daher in die folgenden Teile:

In **Teil 1** wird das europäische Artenschutzrecht dargestellt sowie die aktuelle rechtliche Diskussion hierüber in Deutschland.

In **Teil 2** werden die Anforderungen des europäischen Artenschutzrechts an die Beeinträchtigungsverbote geprüft und alternative Umsetzungsmöglichkeiten vorgeschlagen.

In **Teil 3** werden die Anforderungen an die Erteilung einer Ausnahme geprüft und hierfür ein neuer, strategischer Ansatz zur Anwendung des Ausnahmeregimes für den Ausbau der Windkraft an Land vorgestellt.

In **Teil 4** werden auf Grundlage der Ergebnisse von den Teilen 1-3 konkrete Regelungsvorschläge unterbreitet.

1. TEIL: Das (europäische) Artenschutzrecht: Ein Überblick

Einschlägiges nationales Artenschutzrecht bei der Erteilung einer Genehmigung von Windenergieanlagen ist v.a. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, wonach es verboten ist, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Hierunter fallen nach § 7 Abs. 1 Nr. 13 lit. b), aa) auch europäische Vogelarten. Für die Erteilung einer Ausnahme von diesen Verboten bietet § 45 Abs. 7 einen abschließenden Katalog von Ausnahmeregründen. Nach der Gesetzesbegründung sollen durch den Aus-

32 KOM (2020) 380 final, Ratsbeschluss zur Annahme vom 16.10.2020: 8219/20 + ADD 1 - COM(2020) 380 final.

33 Köck/Bouvet, Fn. 4.

34 *Frank*, Anmerkungen zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott, ZNER 2020, 412 (414).

35 Fn. 12.

nahmegrund von § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG³⁶ die erneuerbaren Energien (Windkraft) bereits jetzt grundsätzlich ausnahmefähig sein.³⁷ Jedoch besteht weitreichende Rechtsunsicherheit darüber, ob der Ausnahmegrund der „anderen zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ auch im Bereich des Vogelschutzes Anwendung finden kann.³⁸

Hierbei ist aber zu beachten, dass § 44 Abs. 1 BNatSchG als kombinierte Umsetzung der einschlägigen europäischen Artenschutzbestimmungen in Vogelschutz-Richtlinie und der FFH-Richtlinie konzipiert ist. Ausgang jeglicher Überlegungen zur Verbesserung von Anwendung und Wirkung des nationalen Artenschutzregimes sowie zur Schaffung eines Ausnahmeregimes für Windkraftanlagen ist das daher europäische Artenschutzrecht, das in diesem Kapitel kurz dargestellt wird. Hierbei ist auf die Umsetzung in deutsches Recht einzugehen und verstärkt auf die rechtliche Debatte über Anwendung und Anpassung des Artenschutzrechts.

I. Vogelschutzrichtlinie und FFH-RL: Artenschutzrechtliche Beeinträchtigungsverbote

Die Vogelschutzrichtlinie (Richtlinie 2009/147/EG vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten- VS-RL)³⁹, welche die ursprüngliche Richtlinie 79/409/EWG samt ihrer wiederholten Änderung⁴⁰ kodifiziert und ersetzt,⁴¹ sowie die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (Richtlinie 92/43/EWG vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen - FFH-RL)⁴² enthalten spezifische Bestimmungen zum Gebietschutz von Lebensräumen (Ausweisung von Gebieten sowie Unterschutzstellung) und normieren darüber hinaus jeweils einen weitergehenden Schutz von wildlebenden Vogelarten bzw. anderen (ausgewählten) Tier- und Pflanzenarten. Beide Richtlinien normieren Verbote **absichtlicher Beeinträchtigungen der Arten, prominent ist das Verbot der absichtlichen Tötung oder Störung** von geschützten Arten (Art. 5 Buchst a) und d) VS-RL; Art. 12 Abs. 1 Buchst. a) und b) FFH-RL), wobei dem Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) bei dem Betrieb von Windenergieanlagen entscheidende Bedeutung zukommt.⁴³ Fernerhin beinhalten beide Richtlinien die Möglichkeit von Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten (Art. 9 VS-RL; Art. 16 FFH-RL). In der Rechtspraxis wird bislang weitgehend ein Gleichlauf beim Begriff der absichtlichen Tötung

36 „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art,

37 BT-Drs. 18/11939, S. 17.

38 VG Gießen (1. Kammer), Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18,- juris.

39 Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 20 vom 26.1.2010, S. 7–25.

40 Siehe Änderungshistorie: Konsolidierter Text: Richtlinie des Rates vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (79/409/EWG), abrufbar: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A01979L0409-20081223>

41 Richtlinie 2009/147/EG, Erwägungsgrund Nr. 1, Art. 18.

42 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7–50

43 Sieh hierzu nur *Gatz*, in: Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage 2019, Rn. 277ff; *Kupke*, in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Auflage 2018, Kapitel 1, Rn. 147 ff.

von FFH-RL und VS-RL angenommen,⁴⁴ wobei sich der jeweilige Wortlaut der Normen durchaus – wenn auch im Detail nuanciert – unterscheidet. Dabei ist der Tatbestand der absichtlichen Tötung nach der Rechtsprechung des EuGH auch dann erfüllt, wenn sich die Tötung als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns – wie der Zulassung eines Straßenausbauvorhabens – erweist.⁴⁵

II. Das Signifikanzkriterium

Darauf aufbauend hat das BVerwG (für geschützte Arten der FFH-RL und der VS-RL) das sog. Signifikanzkriterium entwickelt.⁴⁶

Für Windenergieanlagen bedeutet dies, dass es zur Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit bei der Genehmigung und Planung Anhaltspunkte dafür bedarf, dass sich das Risiko eines Vogelschlages durch die Windenergieanlagen signifikant, also gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko deutlich, erhöht.⁴⁷ Dieses normative Kriterium der Signifikanz soll dem Umstand Rechnung tragen, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungsrisiko besteht, wobei anzuerkennen ist, dass tierisches Leben nicht in einer unberührten, sondern in einer vom Menschen gestalteten Landschaft existiert. Damit einher geht – so der Ansatz – ein spezifisches Grundrisiko, was auch den Bau von Windenergieanlagen beinhaltet.⁴⁸

Der Tatbestand gilt nur dann als erfüllt, wenn das Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren einen Risikobereich übersteigt, der – trotz Vermeidungsmaßnahmen – mit einem Bauvorhaben im Naturraum immer verbunden ist.⁴⁹ Ob eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für eine bestimmte Art vorliegt, ist insbesondere anhand der artspezifischen Verhaltensweisen, der Häufigkeit des Aufenthaltes im Gefährdungsbereich und der Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen zu bewerten.⁵⁰ Das Signifikanzkriterium hat 2017 Eingang in das Bundes-Naturschutzgesetz gefunden (§ 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG).⁵¹ Nach Auffassung des Gesetzgebers erfordere die Bewertung, ob die Individuen der betroffenen Arten durch das Vorhaben einem signifikant erhöhten Tötungs- und Verletzungsrisiko ausgesetzt sind, eine Berücksichtigung

44 BVerwG, Urteil vom 21. 6. 2006 - 9 A 28/05 = NVwZ 2006, 1161 Rn. 38.

45 EuGH, Urteil vom 30.01.2002 - C-103/00 = BeckRS 2004, 74051; EuGH, Urteil vom 20.10.2005 - C-6/04 = BeckRS 2005, 70813; hierzu: BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 - 4 A 1075/04 -, BVerwGE 125, 116-325, Rn. 560.

46 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 - 4 A 1075/04 = NVwZ 2006, 927, Rn.

BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 - 9 A 3/06 -, BVerwGE 130, 299-383, Rn. 219; BVerwG, Urteil vom 09. Juli 2008 - 9 A 14/07 -, BVerwGE 131, 274-315, - juris Rn. 91.

47 BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 - 9 A 3.06 -, juris, Rn. 219; Urteil vom 09.07.2008 - 9 A 14.07 -, juris, Rn. 91.

48 OVG Münster, Beschl. v. 1.4.2019 - 8 B 1013/18 = NVwZ-RR 2019, 857 Rn. 8.

49 OVG Koblenz, Urt. v. 31.10.2019 - 1 A 11643/17 = NVwZ-RR 2020, 726, Rn. 34.

50 BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 - 9 A 12/10 -, juris, Rn. 99; Urteil vom 18.03.2009 - 9 A 39.07 -, juris, Rn. 58.

51 Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 15.09.2017, BGBl. 2017, I Nr. 64, 3434,

verschiedener **projekt- und artbezogener** Kriterien sowie weiterer **naturschutzfachlicher** Parameter.⁵²

Hinsichtlich der Bestimmung des Signifikanzkriteriums hatte die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit den Behörden mangels normativer Vorgaben zunächst eine gerichtlich nur eingeschränkte **Einschätzungsprärogative** zugebilligt. Denn in der Genehmigungs- und Rechtsprechungspraxis ergeben sich die **projekt- und artbezogenen Kriterien** aus von der Fachwelt empfohlenen Abstandsvorgaben (Abstandskonzept, zw. 1-3 km)⁵³ zwischen der Windenergieanlage und einem Neststandorten einer als windkraftsensibel eingestuften Vogelart.

Hervorzuheben sind die Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW)⁵⁴, das sog. Helgoländer-Papier. Die meisten Bundesländer haben eigene Empfehlungen erstellt.⁵⁵ Zu nennen ist ferner der Mortalitäts-Gefährdungs-Index (MGI) des Bundesamtes für Naturschutz (BfN) nach *Bernotat/Dierschke* (2016)⁵⁶ zu Bewertung eingriffsbedingter Individuenverluste im Rahmen des Signifikanzkriteriums.⁵⁷ In der Praxis ist – anhand der Fülle der Empfehlungen kaum überraschend – bereits unterschiedlich, welche Leitfäden Anwendung finden, welche Vogelarten aufgrund artenbezogener Kriterien durch Windenergieanlagen als gefährdet gelten, weil sie bspw. Kollisionsgefährdet sind oder kein Meidungsverhalten zeigen (z.B. der Mäusebussard)⁵⁸, welche Abstandsradien (zwingend) einzuhalten sind und – im Falle einer Unterschreitung – welche weitergehende Untersuchungen (Raumnutzungsanalysen / Habitatanalysen / Abstandsempfehlungen) fachlich unter welchen Bedingungen vorzunehmen sind.⁵⁹ Diese *Diversität* führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit und damit auch Verzögerung der Genehmigungs- und Planungsverfahren.

Mit Beschluss vom 23.10.2018 entschied das BVerfG, dass sich die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Bereich des Artenschutzes nicht daraus ergeben, dass der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative eingeräumt sei, sondern daraus,

52 Gesetzesbegründung: BT-Drs. 18/11939, S. 17.

53 So Köck/Bovet, Fn. 4, S. 581.

54 <http://www.vogelschutzwarten.de/windenergie.htm>

55 Siehe Auflistung bei der Fachagentur Windenergie an Land. Abrufbar: https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Naturschutz/FA_Wind_UEbersicht_Umgang_mit_Artenschutz_Bundeslaender.pdf

56 *Bernotat/Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen 3. Fassung - Stand 20.09.2016 -, abrufbar: https://www.bfn.de/fileadmin/BfN/planung/eingriffsregelung/Dokumente/Bernotat_Dierschke_2016_01.pdf

; hierzu: *Bernotat*, Naturschutzfachliche Bewertung eingriffsbedingter Individuenverluste – Hinweise

57 hierzu: *Bernotat*, Naturschutzfachliche Bewertung eingriffsbedingter Individuenverluste – Hinweise zur Operationalisierung des Signifikanzansatzes im Rahmen des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot, ZUR 2018, 594.

58 **ablehnend** Bernotat, ZUR 2018, 594, 597; VG Kassel, Urteil vom 17. Februar 2020 – 7 K 6271/17.KS.-juris, Rn. 171 mwN. **bejahend**; VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, Rn. 89, juris

59 Siehe hierzu jüngst: Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 14. Januar 2021 – 9 B 2223/20 –, juris = ZUR 2021, 432; hierzu *Rolshoven*, der neue Windkrafteerlass für Hessen „im Kreuzfeuer“ des VGH Kassel?, ZNER 2021, 36.

dass sich die **naturschutzfachliche Richtigkeit der Ergebnisse objektiv nicht abschließend beurteilen lassen**, weil das artenschutzrechtliche Wissen dafür nicht ausreichend ist.⁶⁰ Zugleich rügte das BVerfG, dass der Gesetzgeber der Verwaltung und den Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen "Erkenntnisvakuum" übertragen dürfe, sondern auf längere Sicht für eine zumindest **untergesetzliche Maßstab-****bildung** zu sorgen habe.⁶¹ M.a.W.: an den Grenzen des Wissens kommt es in besonderer Weise auf demokratische Legitimation an.

Eine einheitliche demokratisch legitimierte Konkretisierung der Anwendung des Signifikanzkriteriums erschien – nicht erst seit dem Beschluss des BVerfG – als das Gebot der Stunde. Im April 2020 wurde der Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln durch WEA, der vom BfN unter Mitwirkung des Kompetenzzentrums Naturschutz und Energiewende erarbeitet worden ist, veröffentlicht und kontrovers diskutiert.⁶² Zuletzt beschloss die Umweltministerkonferenz am 11.12.2020 den bereits erwähnten „Standardisierten Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen“,⁶³ verzichtete aber auf eine normative Verankerung, sondern beließ es bei rechtlich unverbindlichen Bewertungen.

Die Vogelschutzrichtlinie und auch die FFH-RL enthalten kein explizites Signifikanzkriterium. Auch der Leitfaden der Europäischen Kommission zur Umsetzung der FFH-Richtlinie enthält hierzu keine unmittelbaren Ausführungen. Allerdings hat die Europäische Kommission diesen Maßstab bislang nicht gegenüber der Bundesrepublik Deutschland beanstandet. Der EuGH ist bisher auch von dritter Seite nicht in dieser Angelegenheit befasst worden und hat daher nicht darüber entscheiden müssen, ob dieser Maßstab im Einklang steht mit den Vorgaben der VSRL bzw. der FFH-RL.

III. Unterschiedlicher Schutzbereich: Anwendungsbereich der FFH-RL bei (windkraftsensiblen) Vogelarten nicht eröffnet

Ungeachtet der im Folgenden zu betrachtenden Diskussion, ob ggf. das Ausnahmeregime von Art. 16 FFH-RL auf Art- 9 VS-RL übertragbar ist, muss der Regelungsgehalt der Vogelschutzrichtlinie als maßgeblich für die Frage angesehen werden, wie weit das europäische Artenschutzrecht bei windkraftsensiblen Vogelarten reicht. Denn das in Art. 12 FFH-RL normierte Tötungsverbot findet auf Vogelarten keine Anwendung. Hintergrund ist der unterschiedliche Schutzbereich

60 BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 –, BVerfGE 149, 407-421, 1. LS, Rn. 17.

61 BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 –, BVerfGE 149, 407-421, 2. LS, Rn. 24; hierzu: OVG Koblenz, Urt. v. 31.10.2019 – 1 A 11643/17 = NVwZ-RR 2020, 726, Rn. 34 ff

62 Siehe hierzu die Beiträge von *Brandt; Ratzbor; Frank/Rolshoven*, in der ZNER 2020, Nr.3, Juni, Schwerpunkt Artenschutz Bl. 181; 185; 197.

63 <https://www.umweltministerkonferenz.de/Dokumente-Sonderkonferenzen.html>

der voneinander unabhängig wirkenden Richtlinien, deren Dualität auch vom EuGH hingenommen wird.⁶⁴

Nach Art. 1 Abs. 1 VS-RL schützt diese die Erhaltung sämtlicher wildlebenden Vogelarten, die im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten heimisch sind. Sie hat den Artenschutz, die Bewirtschaftung und die Regulierung dieser Arten zum Ziel und regelt die Nutzung dieser Arten. Sie gilt für Vögel, ihre Eier, Nester und Lebensräume, Art. 1, Abs. 2 VS-RL. Der allgemeine Schutzbereich der Vogelschutzrichtlinie ist damit zunächst nicht auf eine spezifische Liste von Vogelarten begrenzt, sondern umfasst alle im Unionsgebiet beheimateten Arten, unabhängig davon, ob die jeweilige Vogelartengebiet heimisch ist oder nicht.⁶⁵ Diese Lesart von Art. 1 Abs. 1 VR-RL findet ihre Bestätigung in den Erwägungsgründen der Richtlinie Nummer 3, 4 und 5.

Art. 5 VS-RL normiert sodann artenschutzrechtliche Verpflichtungen bzw. Verbotstatbestände eben für alle in Artikel 1 fallenden Vogelarten. Das absichtliche Tötungsverbot ist demnach dem Schutzbereich nach auf alle Arten anzuwenden und fast unbegrenzt weit.

Das in Art. 12 FFH-RL normierte Verbot aller absichtlichen Formen der Tötung von aus der Natur entnommen Exemplaren (Art. 1 Buchstabe n) FFH-RL) gilt dagegen nur für die in **Anhang IV Buchstabe a)** der Richtlinie genannten Arten. Vogelarten fallen nicht unter diesen abschließenden Katalog. Art. 13 normiert ein ähnliches Schutzregime für in Anhang IV Buchstabe b) aufgelistete Pflanzenarten. Tier- und Pflanzenarten des Anhangs V fallen in den Schutzbereich von Art. 14/15 FFH-RL. Vogelarten fallen ebenfalls nicht darunter. Im Gegensatz zu den Schutzgebieten enthält die FFH-RL auch sonst keinen Verweis auf die nach der Vogelschutzrichtlinie geschützten Vögel, sodass für diese nur die strengeren Vorgaben der VS-RL Geltung hat, was grundsätzlich auch für die Ausnahmeregelung von Art. 9 VS-RL gilt.⁶⁶

IV. Unterschiedliche Ausnahmeveraussetzung

Aus diesem Grund ist der Gleichlauf der **Ausnahmetatbestände** der beiden Richtlinien Gegenstand heftiger Kontroversen.⁶⁷ Denn Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie enthält einen deutlich ausdifferenzierteren Katalog von Ausnahmegründen als Art. 9 VS-RL, insbesondere

„andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“,

und nennt u.a. die weitere Ausnahmebedingung, dass die Population der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 07.12.2000, C-374/98, Celex-Nr. 61998CJ0374,- juris.

⁶⁵ *Epiney*, in: Umweltrecht der Europäischen Union, 4.Auflage 2019, 9. Kapitel, Rn. 42; EuGH, Urteil vom 08.07.1987 - 247/85= BeckRS 2004, 72603, Rn 6.

⁶⁶ *Epiney*, in: Umweltrecht der Europäischen Union, 4.Auflage 2019, 9. Kapitel Rn. 83.

⁶⁷ Siehe zum Diskussionsstand: Gläß in BeckOK Umweltrecht/Giesberts/Reinhardt, 56. Ed, BNatSchG, § 45 Rn. 51.

ohne Beeinträchtigungen in einem *günstigen Erhaltungszustand* verweilt. Der Ausnahmetatbestand ist weit zu verstehen und eröffnet alle denkbaren öffentlichen Interessen dem hier erforderlichen Abwägungsvorgang, darunter auch für Erneuerbare Energien wie die Windenergie.⁶⁸ Demgegenüber ist Art. 9 der VS-RL seinem Wortlaut nach deutlich enger gefasst und kennt den soeben genannten Grund bzw. Bedingung nicht.⁶⁹ Die allgemeine Bedingung des „günstigen Erhaltungszustands“ findet sich gleichfalls nicht (dafür aber andere Umschreibungen des geforderten Erhaltungszustands in Art. 2 und 3), auch nicht etwa die Voraussetzung einer insgesamt angemessenen Populationsgröße (dafür aber ein Verschlechterungsverbot in Art. 13 VS-RL).

Dennoch hat der Ausnahmetatbestand des Art 16 FFH-RL Eingang in § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG gefunden, und zwar sowohl für die streng geschützten Arten der FFH-RL wie für die europäischen Vogelarten, und er soll auch für die Realisierung von Windkraftprojekten in Anspruch genommen werden können.⁷⁰ Ob Art. 9 VS-RL ebenfalls einen für den Windkraftausbau tauglichen Ausnahmegrund nennt, insb. ob der dort genannte Ausnahmegrund der „**öffentlichen Sicherheit**“ auch für den Ausbau der Windenergie in Anspruch genommen werden kann, ist umstritten.⁷¹ Umstritten ist auch, ob die weitergehenden Ausnahmegründe der FFH-RL auch für den Vogelschutz gelten (wie der nationale Gesetzgeber angenommen hat). Dies wird unter Wertungsgesichtspunkten zwar weitgehend angenommen⁷² aber teilweise in der jüngeren Rechtsprechung auch abgelehnt.⁷³ Das BVerwG hatte zumindest früh Zweifel an der Vereinbarkeit des § 43 Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG a.F. (jetzt § 45 Abs. 7 Nr. 5) mit Art. 9 Abs. 1 VS-RL geäußert.⁷⁴

68 Gläß in BeckOK Umweltrecht/Giesberts/Reinhardt, 56. Ed, BNatSchG, § 45 Rn. 51. Rn. 47.

69 Siehe abgedruckt weiter unten unter Nr. 2 Buchst. a) dieses Kapitels.

70 BT-Drs. Drucksache 18/11939, S. 17. Für Windenergievorhaben nunmehr bestätigt durch OVG Münster, Beschluss vom 12. März 2021 – 7 B 8/21 = ZUR 2021, 371.

71 **Ablehnend:** Gellermann, NuR 2020, 179 (180); ders., in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 92. EL Februar 2020 BNatSchG, § 45 Rn. 24; VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris; **eindeutig bejahend:** VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI –, juris. **Wohl zustimmend:** Bick/Wulfert, NuR 2020, 250; **dafür eintretend, dass alle Ausnahmegründe der Windenergie zugänglich sind:** Sailer, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutz-rechtlichen Ausnahmeregelung, Hintergrundpapier, 11.03.2020; ders. Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, 206.

72 Dolde: Artenschutz in der Planung - Die „kleine“ Novelle zum Bundesnaturschutzgesetz, NVwZ 2008, 121 (125); Karpstein/ Engel, ZUR 2020, 430 (437); Battefeld, ZUR 2020, 430 (436); Lau, Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, NuR 2013, 685 (688); Müller/Klostermeier, Europarechtskonformität der artenschutzrechtlichen Ausnahme vom Tötungsverbot zugunsten von Windenergieanlagen, NVwZ 2020, 774; Ruf, Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises?, NuR 2016, 591 (594); Sailer, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, 206; Lau, Arten- und Gebietsschutz in der Bundesfachplanung, NVwZ 2017, 830: Bundesfachplanung (Netzausbau) steht im Interesse der öffentlichen Sicherheit; Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (593); Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Auflage, § 45 Rn. 30;

73 VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris; wohl zustimmend, Gläß, in: BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt, 56. Edition, Stand: 01.10.2020, BNatSchG, § 45 Rn. 44, 45; kritisch auch Gatz, in: Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage 2019, Rn. 297.

74 BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3/06 Rn. 262; BVerwG Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 –, BVerwGE 130, 299-383, Rn. 219

V. Der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit in der rechtspolitischen Debatte

Der EuGH hat wiederholt betont, dass die Ausnahmetatbestände von Art. 9 VS-RL abschließend sind⁷⁵ und bereits im Jahr 2012 die Republik Polen wegen einer der deutschen Regelung gleichlautenden Norm verurteilt.⁷⁶ Der Übertragbarkeit dieses EuGH-Urteils auf die deutsche Rechtslage wird mit gewichtigen Stimmen entgegengehalten, dass der EuGH sich mit dem Bedeutungsgehalt der Regelung und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht ausreichend auseinandergesetzt habe, da die Republik Polen den Verstoß eingestanden habe und insofern eine differenziertere Betrachtung daher fehle.⁷⁷ Obgleich angesichts des Urteils des EuGH ein „Hineinlesen“ des Ausnahmetatbestands des Art 16 FFH-RL als ungeschriebener Rechtsfertigungsgrund in Art. 9 VS-RL *gewagt sein dürfte*,⁷⁸ wird in der deutschen Rechtspraxis zumindest angenommen, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit in Art. 9 VS-RL und der des öffentlichen Interesses in Art. 16 FFH-RL einen weitgehend gleichen Anwendungsbereich haben.⁷⁹

Im Zuge der Novellierung des Erneuerbaren Energiegesetzes (EEG 2021) gab es Überlegungen, die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien explizit als **öffentliches Interesse und als der öffentlichen Sicherheit** dienend anzuerkennen,⁸⁰ um Klarheit für die Inanspruchnahme von Ausnahmemöglichkeiten herzustellen.⁸¹ Die im Dezember vom Bundestag beschlossene und am 01.01.2022 in Kraft getretene Novelle des EEG 2021⁸² sieht diese Änderung nicht mehr vor. Die Streichung geht auf die Beschlussempfehlung⁸³ des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zurück.

Die hohe Bedeutung der erneuerbaren Energien sei im § 1 EEG 2021 ausreichend verankert. Die hohe Bedeutung des Klimaschutzes und des damit verbundenen Ausbaus erneuerbarer Energien finde sich darüber hinaus im Völker- und Europarecht.⁸⁴

Mit Bezug auf den Artenschutz sei es bereits heute möglich, Ausnahmen vom Artenschutz unter Berufung auf die öffentliche Sicherheit zuzulassen. Dies habe die Umweltministerkonferenz in ihrer Sitzung am 15. Mai 2020 festgestellt.⁸⁵

75 EuGH, Urteil vom 08.06.2006 – C 60/05 –, juris, Rn. 34; Urteil vom 12.07.2007 – C-507/04 –, NuR 2007, 537, Rn. 326; Urteil vom 26.01.2012 – C-192/11 –, NuR 2103, 718, 720; EuGH, Urt. v. 21.6.2018 – C-557/15 = BeckRS 2018, 12064 Rn. 47.

76 Urteil vom 26.01.2012 – C-192/11 –, NuR 2013, 718, 720

77 Müller/Klostermeier, Europarechtskonformität der artenschutzrechtlichen Ausnahme vom Tötungsverbot zugunsten von Windenergieanlagen, NVwZ 2020, 774.

78 Ruß, NuR 2016, 591 (594).

79 Anstatt vieler OVG Lüneburg Urt. v. 25.10.2018 – 12 LB 118/16, BeckRS 2018, 33497 Rn. 217 m.w.N., siehe Fß. Nr. 28; zurückhaltender demgegenüber: Gellermann, in: Landmann/Rohmer, zu § 45 BNatSchG, Rn. 25.

80 § 1 Abs. 5 EEG 2021e.F., Drs. BT_19/23482

81 BT-Drs. 19/23482, S. 93.

82 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 65, ausgegeben zu Bonn am 28. Dezember 2020.

83 BT-Drs. 19/25302, S. 20.

84 BT-Drs. 19/25326, S. 11.

85 Gemeint ist: Beschluss der Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020).

Auch die Europäische Kommission habe festgestellt, dass die zuständigen Behörden eine Ausnahmeregelung im Interesse der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses genehmigen könne, wenn es keine anderweitigen zufriedenstellenden Lösungen gebe und die Ausnahme nicht im Widerspruch zu den Zielen der Vogelschutz- und Habitat-Richtlinie stünde (Mitteilung der Kommission vom 18.11.2020, C(2020) 7730 final.⁸⁶

Aus Sicht des **Gesetzgebers scheint die Diskussion damit geklärt**: Windenergieanlagen dienen der öffentlichen Sicherheit und sind damit nach Art. 9 VS-RL ausnahmefähig. Die Begründung ist jedoch dünn und verweist nur auf den umfangreichen Beschluss der UMK im Mai, den aber die Bundesregierung bei Vorlage des Gesetzentwurfs im Oktober wohl hinreichend berücksichtigt haben wird. Zumindest in der Rechtsliteratur besteht keineswegs Einigkeit darüber, dass der Ausbau der Windenergie unter den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit fällt. Ein im Auftrag der Naturschutzinitiative e.V. erstelltes Rechtsgutachten von *Gellermann*⁸⁷ kommt zu dem Ergebnis, dass die windkraftbedingte Tötung europäischer Vögel aus unionsrechtlichen Gründen weder auf der Grundlage des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG („öffentliche Sicherheit“), noch auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG („andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“) gestützt werden könnte, weil Windenergieanlagen die Voraussetzungen dieser unionsbasierten Vorschriften nicht erfüllten.⁸⁸ Letztlich wird – hier ist *Gellermann* zuzustimmen – der EuGH das letzte Wort haben müssen.

Inwieweit der nationale Gesetzgeber dazu legitimiert ist, den Begriff der öffentlichen Sicherheit zu definieren, hängt maßgeblich davon ab, ob der Begriff der öffentlichen Sicherheit eng zu verstehen ist, nach dem europäischen Primärrecht (entsprechend der Warenverkehrsfreiheit, Art 34) zu definieren ist oder ob er durch den Gesetzgeber eigenständig ausgefüllt und definiert werden kann.⁸⁹ Zudem ist schließlich fraglich, ob Windenergie als kritische Infrastruktur zu bewerten ist.

VI. Die Ausnahme in der Genehmigungspraxis

Eine abschließende Entscheidung zu dieser Frage durch die deutsche Gerichtsbarkeit oder eine Vorlage an den EuGH liegt auch deswegen nicht vor, weil die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme für Windenergieanlagen in der deutschen Rechtspraxis bislang nur eine untergeordnete Rolle eingenommen hat. Lange Zeit sahen die meisten Leitfäden und Empfehlungen der Bundesländer

⁸⁶ BT-Drs. 19/25326, S. 11.

⁸⁷ *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen – Rechtswissenschaftliche Stellungnahme erstellt im Auftrag im Auftrag der Naturschutzinitiative e.V., 15.07.2020, abrufbar: <https://www.naturschutzinitiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>

⁸⁸ Nach Auffassung der Auftraggeber hat das Gutachten zur Streichung von § 1 Abs. 5 EEG 2021 maßgeblich beigetragen, siehe: <https://naturschutz-initiative.de/neuigkeiten/833-15-12-2020-grosser-erfolg-1-absatz-5-eeg-2021-wird-gestrichen>

⁸⁹ Zum Begriff der öffentlichen Sicherheit ausführlich: VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI –, juris, Rn. 114 ff.

eine Ausnahmeprüfung bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen nicht vor. Zu offensichtlich schien, dass es für Windenergieanlagen immer räumliche Alternativen gibt,⁹⁰ oder Windenergieanlagen mangels Ausnahmegrund generell nicht ausnahmefähig seien.⁹¹ Hier scheint sich aber (langsam) eine Trendumkehr abzuzeichnen. Von der Möglichkeit zur Erteilung einer Ausnahme genehmigung wird nunmehr zunehmend Gebrauch gemacht. In den jüngeren Leitfäden der Bundesländer finden sich mittlerweile Ausführungen zur der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG,⁹² die Rechtsprechung (und Auswertungen hierzu) mehren sich.⁹³ Es ist zu erwarten, dass in naher Zukunft dieses Instrument deutlich mehr Anwendung finden wird, um die Ausbauziele im Interesse der Energiewende und des Klimaschutzes zu erreichen.

VII. Differenzierte Betrachtung von VS-RL und FFH-RL: Vorabentscheidungsverfahren 473/19, C- 474-19 und das EuGH Urteil vom 04.03.2021

Für eine rechtssichere Bewältigung des EU-Artenschutzrechts, zumindest für den Bereich Windenergie, ist eine kombinierte Umsetzung der FFH-RL und VS-RL durchaus riskant. Denn es besteht die Gefahr, den jeweiligen unionsrechtlichen Maßstab zu verfehlen. Das Erfordernis einer differenzierten Betrachtung betrifft nicht nur die Erteilung von Ausnahmen, sondern bereits den Tatbestand des Tötungsverbots (und der anderen absichtlichen Verbote). Denn aufgrund des bedeutend unterschiedlichen Schutzzumfangs beider Richtlinien sind Auswirkungen auf die Tatbestandsmäßigkeit der **absichtlichen Tötung (des Absichtsbegriffs)**, deren Definition bislang aus der Rechtsprechung des EuGH zur FFH-Richtlinie stammt, nicht auszuschließen.

Dies gilt insbesondere für die entscheidende Frage, ob die Auswirkungen eines Vorhabens – wie Windenergieanlagen – für die Population einer geschützten Vogelart (statt allein individuenbezogen) bereits auf Ebene des Tötungsverbots betrachtet werden können. Hierzu hatte die Kammer für Land- und Umweltangelegenheiten des Gerichts erster Instanz von **Vänersborg, Schweden**, am 18. Juni 2019 dem EuGH verschiedene Vorlagefragen zur Auslegung von Art. 5 Abs. 1 VS-RL und Art. 12 Abs. 1 FFH-RL vorgelegt. Die Schlussanträge der zuständigen *Generalanwältin Kokott* am 10.09.2020⁹⁴ fanden im Vorfeld der EuGH-Entscheidung viel Aufmerksamkeit, weil die Generalanwältin u.a. vorschlug, das Tatbestandsmerkmal der *absichtlichen* Tötung der VS-RL (nicht der FFH-RL) zu relativieren, soweit eine Vogelart nicht gezielt getötet werden soll, sondern dies nur unbeabsichtigt in Kauf genommene Folge einer Maßnahme ist.

⁹⁰ Hierzu *Köck/Bovet*, Fn. 4, S. 584 Fußnote 56.

⁹¹ *Gatz*, in: Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage 2019, Rn. 297.

⁹² Siehe Liste: [https://www.fachagentur-windener-](https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Naturschutz/FA_Wind_UEbersicht_Umgang_mit_Artenschutz_Bundeslaender.pdf)

[gie.de/fileadmin/files/Naturschutz/FA_Wind_UEbersicht_Umgang_mit_Artenschutz_Bundeslaender.pdf](https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Naturschutz/FA_Wind_UEbersicht_Umgang_mit_Artenschutz_Bundeslaender.pdf)

⁹³ siehe Auflistung bei *Sailer*, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, 206, 207 (Fn. Nr. 13).

⁹⁴ *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282.

In diesen Fällen solle das Tötungsverbot nur gelten **soweit dies notwendig sei, um diese Arten im Sinne von Art. 2 VS-RL auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, und dabei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung trägt.**⁹⁵ Mit anderen Worten: eine nur hingenommene Tötung, etwa durch eine Windenergieanlage, wäre nur dann tatbestandsmäßig, wenn sie auch *Auswirkungen* auf den Erhaltungszustand bzw. die **Population** der jeweiligen Art hätte. Nach *Kokott* seien die Tatbestände der VS-RL und der FFH-RL an neuralgischen Punkten insoweit unterschiedlich, als dass dies einen differenzierten Absichtsbegriff rechtfertige. Der Vorschlag zu einem unterschiedlichen Absichtsbegriff blieb nicht ohne Kritik.⁹⁶

Der EuGH entschied mit seinem Urteil vom 04.03.2021⁹⁷ zwar in aller Klarheit zum Schutzniveau der VSL-RL, dass das artenschutzrechtliche Tötungsverbot der VS-RL exemplarbezogen gilt und nicht nur dann, wenn der Erhaltungszustand einer geschützten Art bedroht oder deren Population auf lange Sicht rückläufig ist.⁹⁸ Allerdings ist festzustellen, dass der EuGH auf den Vorschlag der Generalanwältin zu einem differenzierten *Absichtsbegriff* nicht eingegangen ist, weil es hierauf – nach Auffassung des EuGH – im Vorlageverfahren nicht ankam.⁹⁹

Die möglichen Folgen des Urteils, offene Rechtsfragen und Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten wurden im jüngeren Schrifttum diskutiert.¹⁰⁰

2. TEIL: Artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand: Änderungsvorschlag auf Tatbestandsebene

In **Teil 2** dieses Gutachtens wird geprüft, welche Anforderungen das europäische Artenschutzrecht (VS-RL) an die Verwirklichung der Verbotstatbestände des Art. 5 VS-RL stellt. Hierbei beschränkt sich die Prüfung weitgehend auf das in der Praxis bedeutsame Tötungsverbot in Art. 5 Buchstabe a) VS-RL. Zudem wird das aktuelle Urteil zum Schutzniveau der VS-RL (und der FFH-RL) vom

95 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282, Rn.90, 112, Nr. 3.

96 Siehe hierzu: *Gellermann*, Absicht ist nicht gleich Absicht?, Anmerkungen zu den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* vom 10.09.2020, i.d.Rs. C-473/19, NuR 2020, 841; *Frank*, Anmerkungen zu den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott*, ZNER 2020, 404 (412-414); *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, NuR 2021, 28.

97 EuGH, Urteil vom 4. März 2021 - C-473/19 und C-474/19 = BeckRS 2021, 3244 = ZUR 2021,292 mit Anm. von *Köck* (298).

98 EuGH, BeckRS 2021, 3244, Rn. 45; *Köck*, Keine Erleichterungen im besonderen Artenschutz – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4. März 2021, Rs. C-473/19 und C-474/19 – Skydda Skogen, ZUR 2021, 298

99 hierzu kritisch: *Schmidt/Sailer*, Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht? Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 04.03.2021 - C-473/19, C-474/19, ZNER 2021, 154.

100 Siehe nur: *Köck*, Keine Erleichterungen im besonderen Artenschutz – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4. März 2021, Rs. C-473/19 und C-474/19 – Skydda Skogen, ZUR 2021, 298; *Hofmann*, Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie – Der Klimaschutz und die Auslegung der Ausnahmeregelungen der Vogelschutzrichtlinie, NuR 2021, 217; *Schmidt/Sailer*, Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht? Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 04.03.2021 - C-473/19, C-474/19, ZNER 2021, 154.

04.03.2021.¹⁰¹ in den Kontext der bisherigen Rechtsprechung gesetzt und ein Änderungsvorschlag im Vergleich zur bisherigen Regelung vorgeschlagen.

I. Tatbestand von Art. 5 VS-RL (Vergleich mit Art. 12 FFH-RL)

Kurz ist auf den Tatbestand von Art. 5 sowie die damit zusammenhängenden Fragestellungen einzugehen. Hierfür ist ein Vergleich mit dem artenschutzrechtlichen Pendant der FFH Richtlinie sinnvoll, um die bestehenden Unterschiede hervorzuheben:

Art 5 Abs. 1 VS-RL

Unbeschadet der Artikel 7 und 9 erlassen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz **aller** unter Artikel 1 fallenden **Vogelarten**, insbesondere das Verbot

- a) des **absichtlichen Tötens** oder Fangens, ungeachtet der angewandten Methode;
- b) der **absichtlichen Zerstörung** oder Beschädigung von Nestern und Eiern und der Entfernung von Nestern;
- c) des Sammelns der Eier in der Natur und des Besitzes dieser Eier, auch in leerem Zustand;
- d) ihres **absichtlichen Störens**, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt;
- e) des Haltens von Vögeln der Arten, die nicht bejagt oder gefangen werden dürfen.

Art. 12 Abs. 1 FFH-RL

Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in **Anhang IV Buchstabe a)** genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen; dieses verbietet:

- a) alle **absichtlichen** Formen des Fangs oder der **Tötung** von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten;
- b) jede **absichtliche Störung** dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten;
- c) jede **absichtliche Zerstörung** oder Entnahme von Eiern aus der Natur;
- d) jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten.

Die Tatbestände normieren jeweils ein **absichtliches Tötungs-, Zerstörungs- und Störungsverbot**. Die Tatbestände ähneln sich, weisen aber bei genauerer Betrachtung nicht unerhebliche Unterschiede auf. So verlangt Art. 12 Abs. 1 FFH-RL bspw. ein *strenges Schutzsystem* für die geschützten Arten, während Art.

¹⁰¹ EuGH, Urteil vom 4. März 2021 - C-473/19 und C-474/19 = BeckRS 2021, 3244.

5 Buchst. a) VS-RL lediglich *allgemeine Regelungen* zum Schutz aller europäischen Vogelarten verlangt. Der EuGH scheint darin bislang aber keinen erheblichen Unterschied bzgl. der mitgliedstaatlichen Verpflichtungen zu sehen. Danach muss – entsprechend der FH-RL – ein vollständiger und wirksamer Rechtsrahmen erlassen werden.¹⁰²

Weitgehende Ähnlichkeit weisen die Tatbestände hinsichtlich der Formulierung des Tötungsverbots aus. Verboten ist die absichtliche Tötung¹⁰³, wobei der Bezug zum „Exemplar“ in Art. 5 VS-RL aber fehlt. Auch die Wortlaute des Störungs- bzw. Zerstörungsverbot unterscheiden sich im Detail, zielen aber im Wesentlichen auf die gleichen Schutzzweck ab.

II. Tatbestandsvoraussetzungen und Vorabentscheidungsverfahren C 473/19 und 474/19

Im Folgenden werden die **Tatbestandsvoraussetzungen** von Art. 5 Abs. 1 VS-RL dargestellt und insbesondere die Voraussetzungen des Tötungsverbots geprüft, wobei auf das jüngste Urteil des EuGH und die Schlussanträge zum Vorabentscheidungsverfahren C 473/19 und 474/19 einzugehen ist.¹⁰⁴

Aus dem Normtext zu **Art. 5 Abs. 1 VS-RL** lassen sich zum Tötungsverbot im Wesentlichen die folgenden tatbestandlichen Prüfungspunkte ableiten:

1. Welche Vogelarten fallen unter den **Schutzgehalt** von Art. 5 VS-RL?
2. Welche Bedeutung kommt dem Erhaltungszustand einer Vogelart zu?
Ist der Tötungstatbestand **individuen- oder populationsbezogen**?
3. Wann erfüllt eine Handlung das Merkmal der **Absichtlichkeit**?

Der Schutzzumfang von Art. 5 VS-RL ist durch den EuGH – auch nach dem jüngsten Urteil – nicht abschließend geklärt. Bislang erging die Rechtsprechung zum Artenschutz weitgehend zu Art. 12 FFH-RL.¹⁰⁵ So behandelt auch der Leitfaden der EU-Kommission *zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG* (nur) das Tötungsverbot von Art. 12 FFH-RL.¹⁰⁶

Der EuGH hatte in seinem Urteil vom 04.03.2021¹⁰⁷ zum Vorabentscheidungsverfahren des Gerichts erster Instanz von Vänersborg, Schweden, vom 18. Juni

¹⁰² EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-441/17 = BeckRS 2018, 5422 Rn. 252.

¹⁰³ Das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit finden sich in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht im Wortlaut.

¹⁰⁴ Siehe hierzu oben Teil 1, VII.

¹⁰⁵ Insbes. C-103/00; 221/04; Siehe Rechtsprechungsübersicht des EuGH vom BfN:

<https://www.bfn.de/themen/natura-2000/recht/eugh-urteile.html#c62058>

¹⁰⁶ Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 39. Abrufbar:

https://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_de.pdf

¹⁰⁷ EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 45.

2019 betreffend einer Genehmigung zur Abholzung eines Waldes¹⁰⁸ nunmehr die Gelegenheit, sich zu diesen offenen Fragen bzw. Prüfungspunkten zu äußern. Das schwedische Gericht legte dem Gerichtshof insgesamt 5 Fragen zur Auslegung der Tötungs- Zerstörungs- und Störungsverbote von Art. 12 Abs. 1 FFH-RL und Art. 5 Abs. 1 VS-RL vor, wobei bzgl. der **VS-RL** folgende Fragen hervorzuheben sind:

- 1) Ist Art. 5 VS-RL dahin auszulegen, dass er eine innerstaatliche Rechtspraxis ausschließt, wonach das Verbot lediglich Arten erfasst, die in Anhang I der VS-RL aufgeführt sind oder auf irgendeiner Ebene bedroht sind oder deren Population auf lange Sicht rückläufig ist?
- 2) Sind die Begriffe „**absichtliches Töten/Stören/Zerstören**“ in **Art. 5 Buchst. a bis d** der VS-RL und in **Art. 12 Buchst. a bis c** der FFH-RL dahin auszulegen, dass sie eine innerstaatliche Praxis ausschließen, wonach in dem Fall, dass mit einer Maßnahme offenkundig **ein anderer Zweck verfolgt wird**, als Arten zu töten oder zu stören (z. B. forstwirtschaftliche Maßnahmen oder Erschließung), **ein Risiko bestehen muss, dass sich die Maßnahme negativ auf den Erhaltungszustand der Arten auswirkt, damit die Verbote Anwendung finden?**
- 3) Wenn Frage 2 zu bejahen ist: In welchem Bereich bzw. welcher Ebene ist der Erhaltungszustand der Population zu bewerten?

Im Folgenden werden die Prüfungspunkte anhand der bisherigen und jüngsten Rechtsprechung des EuGH dargestellt:

I. Schutzniveau: Geschützte Vogelarten und Individuenbezug (1. Vorlagefrage)

Der Prüfungspunkt des **Schutzumfangs betrifft schlicht die Frage, welche Vögel unter den Schutz von Art. 5 Abs. 1** fallen.

Ob das Tötungsverbot **individuen- oder populationsbezogen** ist berührt hingegen – wie zu vermuten wäre – nur die Frage danach, ob tatsächlich jedes Individuum einer Vogelart geschützt ist. Dies ist – wie sogleich gezeigt wird – zu bejahen. Die Bedeutung des Populationsbezugs fragt insgesamt nach der Bedeutung, die der Verlust eines Individuums für die Population einer Art verursacht, um das Tötungsverbot überhaupt erst zu aktivieren. Der EuGH hatte sich hierzu bislang nicht geäußert.

Das BVerwG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das **Tötungsverbot individuenbezogen** anzuwenden ist und begründet dies mit dem Art. 5 Buchst. a) (sowie b)) VS-RL einerseits und Art. 5. Buchst. d) VS-RL (Störungsverbot) andererseits. Anders als Art. 5 Buchst. d) verlange das Tötungsverbot

¹⁰⁸ Vorabentscheidungsersuchen des Vänersborgs tingsrätt, mark- och miljödomstolen (Schweden), eingereicht am 18. Juni 2019 – Naturskyddsföreningen i Härryda, Göteborgs Ornitologiska Förening (Rechtssache C-474/19), abrufbar unter: <http://curia.europa.eu>.

nicht, dass sich die Verletzungshandlung als solche auf die Zielsetzung der Richtlinie erheblich auswirke. Die Verbotswirkung lasse sich lediglich im Wege einer Abweichung unter den in Art. 9 VS-RL genannten strengen Voraussetzungen und unter Beachtung der in Art. 13 VRL (Verschlechterungsverbot) normierten Anforderungen überwinden.¹⁰⁹ Deswegen sei das Tötungsverbot der VS-RL (und der FFH-RL) im Ergebnis grundsätzlich **individuenbezogen und nicht durch den Erhaltungszustand der jeweiligen Art begrenzt**.¹¹⁰

Hinsichtlich des Schutzniveaus von Artikel 5 Abs. 1 VS-RL entschied der EuGH nunmehr, dass

„Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie dahin auszulegen ist, dass er einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach die in dieser Bestimmung vorgesehenen Verbote lediglich Arten erfassen, die in Anhang I der Richtlinie aufgeführt sind, die auf irgendeiner Ebene bedroht sind oder deren Population auf lange Sicht rückläufig ist.“¹¹¹

Betreffend die Einschränkung des Schutzbereichs auf in Anhang I aufgeführte Vogelarten folgte der EuGH damit den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* vom 10.09.2020,¹¹² die mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH¹¹³ die Vorlagenfrage ebenso verneinte. Es spiele für Art. 5 VS-RL keine Rolle, ob Vogelarten auf irgendeiner Ebene bedroht oder ob ihre Population auf lange Sicht rückläufig seien. Vielmehr bestünden die Schutzpflichten schon, bevor eine Abnahme der Vogelzahl festgestellt worden sei oder bevor sich die Gefahr des Aussterbens konkretisiert habe.¹¹⁴ Insofern seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, Regelungen zum Schutz sämtlicher wildlebenden Vogelarten zu erlassen, die im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten heimisch sind. Schutzregelungen, die lediglich Arten des Anhangs I der Richtlinie erfassen oder Arten, die auf irgendeiner Ebene bedroht sind oder deren Population auf lange Sicht rückläufig ist, genügen diesen Anforderungen nicht.¹¹⁵ Der EuGH folgte der Generalanwältin *Kokott* und stützt sich neben dem Wortlaut von Art. 5 VS-RL u.a. auf Art. 191 Abs. 2 AEUV, wonach die Umweltpolitik der Union auf ein hohes Schutzniveau abstellt¹¹⁶ sowie auf die Artikel 2, 3, 4 und die Erwägungsgründe (3-5) der VS-RL.¹¹⁷

109 So schon BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 - 4 A 1075/04 = NVwZ-Beil. 2006, 1, Rn. 563; BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 –, BVerwGE 130, 299-383,- juris Rn. 219.

110 BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06 = BeckRS 2008, 38060.

111 EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 45.

112 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282,

113 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282, Rn. 43.

114 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn. 44 mit Verweis auf: „Urteile vom 2. August 1993, Kommission/Spanien (*Santoña*) (C-355/90, ECLI:EU:C:1993:331, Rn. 15), vom 13. Juni 2002, Kommission/Irland (*Moorschneehuhn*) (C-117/00, ECLI:EU:C:2002:366, Rn. 15), und vom 17. April 2018, Kommission/Polen (*Wald von Białowieża*) (C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255, Rn. 262 und 263).“

115 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282, Rn. 112, Nr. 1.

116 EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 38.

117 EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 31-44.

Zumindest im Grundsatz hat der EuGH damit die obigen Prüfungspunkte beantwortet und klargestellt, dass im Artenschutz (auch nach der VS-RL) alle unter Artikel 1 fallenden Vogelarten dem Schutz von Art. 5 VS-RL unterfallen. **Dies impliziert sämtliche Vogelarten im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten.** Schon zuvor hatte der EuGH wiederholt festgestellt, dass die Mitgliedstaaten den Schutzzumfang von Art. 5 VS-RL nicht auf spezifische (heimische) Vögel beschränken dürfen.¹¹⁸ **Der (ggf. gute) Erhaltungszustand der Vogelart ist für diesen sehr weiten Schutzzumfang irrelevant.**

2. Zum Absichtsbegriff der VS-RL (2. Vorlagefrage)

Nach den Urteilen des EuGH insb. in der Rechtssache C-103/00¹¹⁹ sowie der Rechtssache C-221/04¹²⁰ und C-504/14¹²¹ ist das Tatbestandsmerkmal der **Absichtlichkeit in Art. 12 Abs. Buchst. a)-c) FFH-RL** (und nur auf diese Richtlinie bezieht sich diese Rechtsprechung) bereits dann verwirklicht, wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat.¹²² Die Rechtsprechung kann als gefestigt betrachtet werden, weshalb hierauf stützend die EU-Kommission in ihrem Leitfaden folgende Definition vorschlägt:

„Als „absichtliche“ Handlungen sind Handlungen einer Person anzusehen, die angesichts der für die betreffende Art geltenden einschlägigen Rechtsvorschriften und aufgrund der allgemeinen Unterrichtung der Öffentlichkeit weiß, dass ihre Handlungen höchstwahrscheinlich zu einem Verstoß gegen die Artenschutzbestimmungen führen, diesen Verstoß jedoch gewollt begeht oder die vorhersehbaren Folgen ihrer Handlung bewusst in Kauf nimmt.“¹²³

Bislang wurde – soweit ersichtlich – dieser **sehr weitgehende Absichtsbegriff** auf den Tatbestand von Art. 5 VS-RL übertragen, ohne dass der EuGH dies explizit bestätigte.

Generalanwältin *Kokott* sah in dem Vorabentscheidungsverfahren daher eine „willkommene Gelegenheit“, das Spannungsverhältnis Anwendung der artenschutzrechtlichen Verbote und „weitreichende Einschränkungen menschlicher Aktivitäten“ durch die Auslegung des Artenschutzes näher zu untersuchen.¹²⁴ Die Begrenzung des Tötungsverbots nur auf Exemplare solcher besonders gefährdete Arten stellt auch nach Auffassung von *Kokott* einen (berechtigten) Ansatz dar,

118 EuGH, Urt. v. 8.7.1987 – C 247/85 = *BeckRS 2004, 72603*; EuGH Urteil vom 26.01.2021 – C 192/11 (nicht offizielle Übersetzung in NuR 2013,718; EuGH Urt. v. 17.4.2018 – C-441/17= *BeckRS 2018, 5422*).

119 Urteil v. 30.01.2002, Kommission/Griechenland (Meeresschildkröte- *caretta caretta*).

120 Urteil vom 18.05.2006, Kommission/Spanien (Fischotter).

121 Urteil vom 10.11.2016, Kommission/Griechenland (Kyparissia).

122 Urteil vom des Gerichtshofes vom 18. Mai 2006, Kommission/Spanien, Rechtssache C-221/04, Rn. 71

123 Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 40.

124 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = *BeckRS 2020, 22282*, Rn. 5.

das europäische Artenschutzrecht nicht ausufern zu lassen und menschliche Tätigkeiten nicht zu sehr einzuschränken.¹²⁵

So vertrat Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen die Auffassung, der Begriff der Absichtlichkeit der VS-RL und der FFH-RL sei **unterschiedlich** zu definieren, zumindest dann, wenn der Zweck einer infrage stehenden Handlung nicht in der **Beeinträchtigung von Vögeln** liegt, sondern dies nur unbeabsichtigte Folge einer Handlung ist. In diesem Fall sollte das Tötungsverbot der VS-RL nur dann gelten, **soweit dies notwendig sei, um diese Arten im Sinne von Art. 2 VS-RL auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, und dabei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung trägt.**¹²⁶

Dem Vorschlag folgend, würde bei bloßer Inkaufnahme einer Beeinträchtigung der Vogelschutz nunmehr durch eine Gegenüberstellung mit den in Art. 2 genannten ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernisse unter Berücksichtigung wirtschaftlicher und freizeitlicher Erfordernisse relativiert, **ohne dass aber hinreichend deutlich wird**, wie weit die Mitgliedstaaten durch die darin liegende *Abwägung* den Vogelschutz letztlich einschränken können. Als Grenze scheint *Kokott* zumindest implizit den Erhaltungszustand der Art zu sehen¹²⁷, der im Genehmigungsverfahren nunmehr zu beachten wäre. Das würde im Ergebnis dazu führen (können), dass nur Vogelpopulationen mit einem schlechten Erhaltungszustand zwingend unter das Beeinträchtigungsverbot fielen und damit einer **Gefährdungsbetrachtung im Verwaltungsverfahren zuzuführen wären.**

Die **zweite Vorlagefrage zum Begriff der Absichtlichkeit** lässt der EuGH in seinem jüngsten Urteil leider unbeantwortet. Da das vorlegende Gericht nach Auffassung des EuGH festgestellt habe, dass sich aus der (schwedischen) Artenschutzverordnung ergibt, dass sich die Verbote nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c der FFH-RL auch auf Vögel erstrecke, sei die Prüfung der zweiten Vorlagefrage auf die Auslegung dieser Bestimmung (Art. 12 Abs. 1 FFH-RL) zu beschränken.

Zu Art. 12 Abs. 1 Buchstabe a-c der FFH-RL entscheidet der EuGH:

„dass er zum einen einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach die in dieser Bestimmung vorgesehenen Verbote, wenn mit einer menschlichen Tätigkeit wie einer forstwirtschaftlichen Maßnahme oder einer Erschließung offenkundig ein anderer Zweck verfolgt wird als das Töten oder Stören von Tierarten, nur dann Anwendung finden, wenn ein Risiko besteht, dass sich die Maßnahme negativ auf den Erhaltungszustand der betroffenen Arten auswirkt, und zum an-

¹²⁵ *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282, Rn. 39.

¹²⁶ *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282, Rn. 112, Nr. 3.

¹²⁷ *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn. 88. EuGH, Urteil vom 17.04.2018 c-441/17,- juris Rn. 253 ,254.

deren der Schutz dieser Bestimmung auch für die Arten noch gilt, die einen günstigen Erhaltungszustand erreicht haben.“¹²⁸

Der EuGH führt in seiner Begründung u.a. aus, dass sowohl der Wortlaut („Exemplare“) als auch die Systematik der Bestimmungen **dagegen** sprechen, dass die Schutzregelungen davon abhängig seien, dass bestimmte **Maßnahmen mit dem Risiko verbunden sein müssten, dass sie sich negativ auf den Erhaltungszustand der betroffenen Tierart auswirken**.¹²⁹ Der Erhaltungszustand der Art sei vielmehr für die Erteilung einer Ausnahme nach Art. 16 FFH-RL bedeutsam. Damit verneint der EuGH eine Relativierung des Absichtsbegriffs durch die Anerkennung eines **Populationsbezug in Art. 12 FFH-RL**, wenn die fragliche Maßnahme nicht auf die Tötung (oder andere Beeinträchtigungen) ausgerichtet ist, sondern dies nur eine unbeabsichtigte Folge ist.

Auch diesbezüglich folgt der EuGH den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott, die einen solchen Populationsbezug zumindest für Art. 12 Abs. 1 Buchstabe a und c ebenso verneinte.¹³⁰

3. Betrachtungsraum zur Bewertung des Erhaltungszustands (3.Vorlagenfrage)

Die dritte Vorlagenfrage nach dem Betrachtungsraum zur Bewertung des Erhaltungszustands einer Population lässt der EuGH konsequenter Weise offen, da es hierauf mangels Populationsbezugs nicht ankommt.¹³¹

Demgegenüber verwies *Kokott* in den ihren Schlussanträgen auf eine jüngere Entscheidung des EuGH zum Schutz des Wolfs in Finnland vom 10.10.2019,¹³² bei der es um die Beurteilung des Erhaltungszustandes bei der Gewährung einer Ausnahme nach Art. 16 FFH-RL ging. Übertrage man die dort getroffenen Feststellungen auf die Prüfung einer Beeinträchtigung, so seien diese auf Kriterien zu stützen, die die Erhaltung der Populationsdynamik und -stabilität der betreffenden Art langfristig sicherstelle.¹³³

Dabei seien sowohl das Gebiet des Mitgliedstaates als auch die jeweilige biogeografische Region in den Blick zu nehmen, um in einem ersten Schritt den Erhaltungszustand der Population der betreffenden Art und in einem zweiten Schritt die geografischen und demografischen Auswirkungen zu ermitteln, die die Störungen auf diese haben können.¹³⁴

128 EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 78

129 EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 57

130 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn. 112 Nr. 2 (hingegen sprach sich *Kokott* für eine Beachtung der Erhaltungszustand in Art. 12 Abs. 1 Buchst. b. aus).

131 EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 87.

132 EuGH, Urteil vom 10.10.2019, C-674/17, BeckRS 2019, 23630.

133 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn 109. mit Verweis auf Rn. 57.

134 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn 110 mit Verweis auf Rn. 56.

Soweit es bei der Anwendung der Verbote nach Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie (und Art. 12 FFH Richtlinie) auf den Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Art ankomme, sei dieser somit bezogen auf das **Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats** oder, wenn sich die Grenzen des Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden oder das natürliche Verbreitungsgebiet der Art es erfordere, bezogen auf die **betreffenden biogeografischen Regionen** und soweit möglich grenzüberschreitend zu bewerten.¹³⁵

4. Zu den Störungs- und Zerstörungsverboten (4. Vorlagefrage)

Kurz sei erwähnt, dass hinsichtlich der Störungsverbote die Verbote der VS-RL (Art. 5 Buchst. d.) und der FFH-RL (Art. 12 Abs. 1 Buchst. b.) nach *Kokott* in ähnlicher Weise dahingehend auszulegen seien, dass der Erhaltungszustand der betroffenen Arten eine Rolle spiele.¹³⁶ Dies entspricht der deutschen Rechtslage (siehe § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG), wenn auch dort auf die lokale Population abgestellt wird.¹³⁷

Dem ist der EuGH zu Art. 12 Abs. 1 Buchst. b. im Rahmen der 2. Vorlagefrage nicht gefolgt.¹³⁸

Die vierte Vorlagefrage beantwortet der EuGH zu Art. 12 Abs. 1 Buchstabe d) FFH-RL (Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten), der Generalanwältin *Kokott* folgend¹³⁹, dass

„Art. 12 Abs. 1 Buchst. d. der Habitatrichtlinie dahin auszulegen ist, dass er einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach in dem Fall, dass die kontinuierliche ökologische Funktionalität in dem natürlichen Lebensraum der betroffenen Art in einem einzelnen Gebiet trotz Vorsorgemaßnahmen durch Beschädigung, Zerstörung oder Verschlechterung, unmittelbar oder mittelbar, einzeln oder kumulativ mit anderen Maßnahmen verloren geht, das in dieser Bestimmung vorgesehene Verbot erst dann Anwendung findet, wenn sich der Erhaltungszustand der betroffenen Art zu verschlechtern droht.“¹⁴⁰

5. Würdigung und Schlussfolgerungen

a) Geklärt: Schutzniveau von Art. 5 Abs. 1 VS-RL

Damit ist für Art. 5 Abs. 1 VS-RL geklärt, dass sich der Schutzzumfang auf alle europäischen Vogelarten bezieht und hierbei exemplarbezogen gilt und nicht nur dann, wenn der Erhaltungszustand einer geschützten Art bedroht oder deren Po-

135 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn 112 mit Verweis auf Rn. 58.

136 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn. 94-107.

137 Kritisch: *Frank*, Anmerkungen zu den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott*, ZNER 2020, 401, 412.

138 Zu den Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage: Schmidt/Sailer, Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht? Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 04.03.2021 - C-473/19, C-474/19, ZNER 2021, 154, 159.

139 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn. 113 Ziff. 2.

140 EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 86.

pulation auf lange Sicht rückläufig ist.¹⁴¹ Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG, das einen solchen Populationsbezug gleichfalls verneinte.

b) Offen: Der Absichtsbegriff von Art. 5 Abs. 1 VS-RL

Zugleich ist aber festzuhalten, dass der EuGH auf den von Kokott vorgeschlagenen **differenzierten Absichtsbegriff in Art. 5 VS-RL** und die hierfür herausgearbeiteten Unterschiede zwischen Art. 5 VS-RL und Art. 12 VS-RL nicht eingegangen ist.

Generalanwältin *Kokott* begründete ihren Vorschlag gerade mit dem weitreichenden Schutzzumfang von Art. 5 VS-RL, der alle europäischen Vögel umfasst, also auch **Allerweltsarten**, denen man fast überall begegnet. Demgegenüber sei nach *Kokott* die FFH-RL auf wenige, in der Regel sehr seltene Arten beschränkt.¹⁴² Bei Erlass der Vogelschutzrichtlinie habe der Gesetzgeber mit Art. 2 VS-RL klargestellt, dass die Richtlinie nicht darauf abziele, jeden einzelnen Vogel bedingungslos zu schützen.¹⁴³

Die Erhaltung von Allerweltsarten erfordere aber nach *Kokott* in der Regel keine Verbote, die schon eingreifen, wenn eine Beeinträchtigung lediglich in Kauf genommen werde. Zudem enthalte die Vogelschutzrichtlinie, anders als die FFH-Richtlinie, **keine passenden Ausnahmeregelungen**, um die widerstreitenden Interessen zum Ausgleich zu bringen. Während Art. 16 Absatz 1 Buchst. c) der FFH Richtlinie aufgrund aller denkbaren Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses Abweichungen erlaube, komme bei der Vogelschutzrichtlinie, abgesehen von sehr spezifischen Gründen, nur eine vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen in Betracht, die auch noch streng überwacht und selektiv sein müsste (Art. 9 Absatz 1 Buchst. c)¹⁴⁴.

Diese Argumente bleiben vom EuGH unbeantwortet. Ungeachtet der grundsätzlichen Kritik an dem Vorschlag der Generalanwältin¹⁴⁵ können die Überlegungen des EuGH zu Art. 12 Abs. 1 FFH-RL auch nicht auf Art. 5 Abs. 1 VS-RL übertragen werden.¹⁴⁶ Für eine solche Analogie ergibt sich nichts aus dem Urteil.

Vielmehr begründet der EuGH seine Entscheidung zu Art. 12 Abs. 1 a-c FFH-RL neben dem eindeutigen Wortlaut und dem Verhältnis zum Ausnahmeregime in Art. 16 FFH-RL, in dem der Erhaltungszustand zu beachten ist (was in Art. 9 VS-RL so explizit nicht geregelt ist), auch auf Grundlage seiner bisherigen Rechtsprechung zu Art. 12 FFH-RL, deren Übertragbarkeit auf die VS-RL gerade fraglich ist.

141 Köck, ZUR 2021, 299.

142 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn. 79-81.

143 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn. 82.

144 *Kokott*, Generalanwältin beim EuGH, Schlussantrag v. 10.9.2020 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2020, 22282 Rn. 86.

145 *Gellermann/Schumacher*, Absicht ist nicht gleich Absicht, NuR 2020 841, 842; *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutzrecht, NuR 2021, 28,31.

146 Ausführlich: Schmidt/Sailer, Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht? Anmerkung zu EuGH, Ur. v. 04.03.2021 - C-473/19, C-474/19, ZNER 2021, 154, 156.

Der EuGH stellt in seinen Urteilsausführungen hingegen klar, dass die Mitgliedstaaten gem. Art. 14 VS-RL strengere Schutzmaßnahmen ergreifen können, als sie in der VS-RL vorgesehen sind.¹⁴⁷ Damit bestätigte der EuGH die schwedische Rechtslage, die Vorgaben von Art. 12 FFH-RL auf die geschützten Vogelarten zu übertragen und stellt im Umkehrschluss heraus, dass die VS-RL weniger strenge Anforderungen stellt.

Eine eindeutige und finale Antwort auf die Frage zum Absichtsbegriff in Art. 5 VS-RL – in Abgrenzung zur FFH-RL – lässt der EuGH nach wie vor unbeantwortet.¹⁴⁸

c) (Keine) Auswirkungen auf den Signifikanzansatz des BVerwG

Eine (implizite) Absage an den Signifikanzansatz des BVerwG und des deutschen Gesetzes ist in der Entscheidung nicht zu erkennen, und zwar unabhängig davon, ob der Ansatz von *Kokott* ggf. in einer späteren Entscheidung des EuGH bestätigt oder abgelehnt würde.¹⁴⁹

Wie oben gezeigt, setzt der Signifikanzansatz gerade nicht an den Erhaltungszustand der Population einer Vogelart an, sondern an dem individuellen und spezifischen (signifikanten) Risiko eines Exemplars, durch ein konkretes Vorhaben gefährdet zu werden.

Richtig ist allerdings, dass die als **windkraftsensibel** klassifizierten Vogelarten auch anhand von artenspezifischen Verhaltensweisen und der allgemeinen Gefährdungslage einer Art identifiziert werden, um daran die signifikante Gefährdungssteigerung des Individuums gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko **abstrakt** bestimmen zu können. Die Parameter, die für die Beurteilung der Signifikanz herangezogen werden, sind damit auch die **Biologie der Art**,¹⁵⁰ wodurch populations- und artbezogene Gesichtspunkte bei der Auswahl von windkraftsensiblen Arten de facto durchaus Berücksichtigung finden.¹⁵¹

Diesen Ansatz verfolgt insbesondere der Mortalitäts-Gefährdungs-Index: Der **Mortalitäts-Gefährdungs-Index (MGI)** sind die *Bernotat/ Dierschke* entwickelten „Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen 20.09.2016“,¹⁵² um zu begründen, bei welchen sehr häufigen, ubiquitären und populationsbiologisch „robusten“ Arten im Rahmen von Planungs- bzw. Genehmigungsentscheidungen gegebenenfalls keine weitergehenden Ermittlungen zum projektbedingten Tötungsrisikonotwendig sind.¹⁵³

147 EuGH, Urteil vom 04.3.2021 – C-473/19, C-474/19 = BeckRS 2021, 3244, Rn. 47

148 Schmidt/Sailer, Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht? Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 04.03.2021 - C-473/19, C-474/19, ZNER 2021, 154.

149 Köck, ZUR 2021, 298, 299; Lau, Erleichterungen im besonderen Artenschutzrecht, NuR 2021, 28,31.

150 BVerwG, Urt. v. 6.4.2017 – 4 A 16/16= NVwZ-RR 2017, 768 Rn. 75.

151 Lau, Erleichterungen im besonderen Artenschutzrecht, NuR 2021, 28,31.

152 *BERNOTAT, D. & DIERSCHKE, V.* (2016): Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen – 3. Fassung – Stand 20.09.2016, 460 Seiten, abrufbar:

https://www.bfn.de/fileadmin/BfN/planung/eingriffsregelung/Dokumente/Bernotat_Dierschke_2016_01.pdf
153 BVerwG Beschl. v. 8.3.2018 – 9 B 25.17 = BeckRS 2018, 7740 Rn. 28.; erläuternd: *Bernotat*, ZUR 2018, 596.

Hierbei wird verdeutlicht, bei welchen Arten und Konstellationen tendenziell schon einzelne Individuenverluste als im artenschutzrechtlichen Sinne signifikant erhöht zu werten sind und bei welchen Arten tendenziell eher nicht.¹⁵⁴

In einem ersten Schritt wurde ein Mortalitäts-Gefährdungs-Index für die Relevanz anthropogener Mortalität bewertet¹⁵⁵ (Reproduktionsrate/ Erhaltungszustand), sodann in einem zweiten Schritt die vorhabentypspezifische Mortalitätsgefährdung von Arten¹⁵⁶ ermittelt und der Bewertung zugeführt. Im Hinblick auf die Gefährdung von Vogelarten an WEA zeigt sich eine hohe Übereinstimmung der Ergebnisse mit dem sog. Helgoländer-Papier¹⁵⁷ (LAG VSW 2015).¹⁵⁸ Bei den Vögeln sind insbesondere die Großvögel und die Meeresvögel aufgrund ihrer Populationsbiologie besonders empfindlich gegenüber zusätzlichen Verlusten, wobei innerhalb der Greifvögel auch deutliche Unterschiede im Ergebnis auftreten.¹⁵⁹

Durch diesen Signifikanzansatz werden im Ergebnis gerade die Allerweltsarten, die Generalanwältin Kokott bei ihrer differenzierten Lösung im Blick hatte, nicht als windkraftsensibel betrachtet, sondern Groß- und Greifvögel, die häufig einen schlechten Erhaltungszustand aufweisen, und z.T. auf der roten Liste als gefährdete Arten geführt werden.

Gleichwohl ist ein erheblicher Unterschied zwischen dem Regelungsregime des Signifikanzkriteriums und dem Vorschlag der Generalanwältin Kokott festzustellen:

Denn der Signifikanzansatz bleibt nicht bei der abstrakten Gefährdung einer Art – also einer **Gefährdungsbetrachtung**¹⁶⁰ – stehen, sondern knüpft an das individuelle Gefährdungsrisiko des jeweiligen Exemplars im Einwirkungsbereich eines Vorhabens an – hier der Windenergieanlage (i.d.R. durch Abstandsempfehlungen). Die Signifikanzschwelle stellt auf die **Erkennbarkeit** der Risikoerhöhung für das einzelne Individuum ab, ohne die von einer absichtlichen Tötung nicht gesprochen werden könnte.¹⁶¹

Der ggf. gute Erhaltungszustand der Population der Vogelart des als gefährdet identifizierten Exemplars ist demgegenüber unerheblich und zwar unabhängig davon, ob zur Bestimmung des Erhaltungszustandes ein lokaler oder weiter Betrachtungsraum (wie von Kokott vorgeschlagen wurde) zu wählen ist (denn je größer der Betrachtungsraum gezogen wird, desto eher wird eine Verschlechterung ausgeschlossen werden können, da die einzelnen Vorhaben kleinräumige Auswirkungen bewirken und keine Verschlechterung innerhalb eines großen Betrachtungsraumes)¹⁶².

154 *Ebenda*

155 *BERNOTAT, D. & DIERSCHKE*, Kap. 6, S. 47 ff.; Kap. 7 S. 62 ff.; Methodik: S. 18.

156 *BERNOTAT, D. & DIERSCHKE*, Kap. 8, S. 65.

157 *Bernotat*, ZUR 2018, 591.

158 http://www.vogelschutzwarten.de/downloads/lagvsw2015_abstand.pdf

159 *BERNOTAT, D. & DIERSCHKE*, S. 57.

160 *Köck*, ZUR 2021, 292, 299.

161 *Bick/Wulfert*, Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, 346, 347.

162 *Bick/Wulfert*, Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, 346, 351.

Insofern kann der Signifikanzansatz weiterhin angewandt werden. Am Rande sei erwähnt, dass der in einigen Mitgliedstaaten gewählte bzw. praktizierte vorwiegend populationsbezogene Ansatz (u.a. Belgien / Dänemark)¹⁶³ vermutlich nicht in Übereinstimmung mit den EU-rechtlichen Vorgaben steht.¹⁶⁴

III. Änderungsempfehlung zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren für Windenergievorhaben

1. Problembeschreibung: Das Erkenntnisvakuum

Die bisherigen Rechtsunsicherheiten in der Genehmigungs- und Planungspraxis und die Rechtsprechungsdivergenz sind darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber es bislang nicht unternommen hat, das vom BVerfG gerügte „**Erkenntnisvakuum**“ durch normative Vorgaben zu füllen. Die Bestimmung der signifikanten Risikoerhöhung für das einzelne Exemplar bleibt mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden, was **die abstrakte Gefährdungslage** betrifft (allgemeine Windkraftsensibilität, z.B. Mäusebussard¹⁶⁵) und was die konkrete Gefährdungslage eines Exemplars betrifft bzw. deren Feststellung, wenn fraglich ist, welche Leitfäden und Abstandsempfehlungen zur **konkreten Bestimmung der Gefährdung** heranzuziehen sind.¹⁶⁶

Dieser Umstand ist, sowie die damit verbundene Länge der Genehmigungsverfahren, für den erforderlichen Ausbau der Windenergie nicht mehr hinnehmbar. Eine Vereinfachung muss gefunden werden, um den Windenergieausbau und den Artenschutz in einen besseren Einklang zu bringen.

Zugleich hat sich auf Grundlage der bisherigen nationalen – europarechtskonformen – Regelungen eine ausdifferenzierte Verwaltungs- und Planungspraxis entwickelt, auf die schon aus ganz praktischen Gründen aufgebaut werden sollte. Eine entscheidende Vereinfachung läge daher darin, die Verwaltungspraxis auf Ebene des Tatbestandes durch **normative Vorgaben** rechtsicherer zu gestalten und das Erkenntnisvakuum zu füllen, mithin der Verwaltung engere Entscheidungsvorgaben zu machen.

Naheliegend erscheint es daher, eine **abschließende Liste derjenigen Vogelarten** zu normieren, die in einem Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen sind (bundesweit oder zumindest auf Ebene der Bundesländer). Ebenso die zur Bestimmung des individuellen Risikos heranzuziehenden Parameter (v.a. die Abstandsempfehlungen), um Rechtssicherheit zu generieren.

163 Backes/Ackerboom, Renewable energy projects and species law – a legal comparative research, Utrecht Center for Water, Oceans and Sustainability, 28 May 2018: <https://www.uu.nl/en/news/report-renewable-energy-projects-and-species-protection>, S. 254

164 So schon *Backes*, ZUR 2020, 591.

165 **ablehnend** Bernotat, ZUR 2018, 594, 597; VG Kassel, Urteil vom 17. Februar 2020 – 7 K 6271/17.KS., juris, Rn. 171 mwN. **bejahend**; VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, Rn. 89, juris.

166 Siehe hierzu jüngst: Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 14. Januar 2021 – 9 B 2223/20 –, juris = ZUR 2021, 432; hierzu *Rolshoven*, der neue Windkrafteerlass für Hessen „im Kreuzfeuer“ des VGH Kassel?, ZNER 2021, 36.

In diese Richtung ist der Beschluss der Sonder-UMK "Windenergie und Artenschutz: Erarbeitung eines Signifikanzrahmens" vom 11.12. 2020¹⁶⁷ zu verstehen, der 12 windkraftsensible Arten listet, die in einem Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen sein sollen, wobei die Länder diese Liste durch die Aufnahme weiterer Vogelarten für Genehmigungsverfahren in Ihrem Landesgebiet ergänzen können. Allerdings ist auch der Vorschlag der UMK bzw. die Vogelliste rechtlich unverbindlich, sodass ein grundlegender Gewinn von Rechtssicherheit damit nicht erreicht werden kann.

Daher schlagen die Autoren zur Vereinfachung und zur Schaffung von Rechtssicherheit die normative Konkretisierung der besten Erkenntnisse zur Bestimmung der Signifikanz in Form rechtsverbindlicher Normen vor. Zugleich ist eine solche abgeschlossene Liste mit der Rechtsprechung des EuGH und dem strengen Schutzregime der VS-RL in Einklang zu bringen:

Denkbar sind hierfür im Wesentlichen zwei Ansätze: eine rein gesetzliche Lösung, also die Schaffung eines Sondertatbestands für den Vogelschutz (a) oder aber eine – explizit für die Windenergie – zu erlassene Rechtsverordnung (b). Die Autoren sprechen sich im Ergebnis für eine Normativierung durch Rechtsverordnung aus, bei der neben einer rechtsverbindlichen Liste mit Vogelarten auch Abstandsempfehlungen und die Nutzung von Kartierungsdaten geregelt werden soll:

2. Gesetzlicher Sondertatbestand für Vogelschutz: Änderung des Absichtsbegriffs im BNatSchG und Populationsdefinition

Für eine rechtsverbindliche Umsetzung wäre zunächst zu erwägen, einen **Sondertatbestand für den Vogelschutz zu etablieren** und damit dem Vorschlag von *Kokott* zu folgen.

Wenn Vögel nicht gezielt, sondern nur als Nebenfolge eines auf andere Ziele gerichteten Projekts getötet werden, gilt das exemplarbezogene Tötungsverbot nach Auffassung der Generalanwältin *Kokott* nur insoweit, als dies nötig ist, um die betreffende Vogelart „auf einen Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht und dabei den wirtschaftlichen und freizeithlichen Erfordernissen Rechnung trägt“.¹⁶⁸

Damit würde also der Erhaltungszustand einer Art die Grenze zulässiger Eingriffe bilden und in den Mittelpunkt rücken. Nur Vogelarten mit einem kritischen Erhaltungszustand (bzw. sehr seltene Arten) würden bei nicht bezweckter Tötung unter den Tatbestand fallen.

Dieses Vorgehen hätte **den Vorteil**, dass die abstrakte Bestimmung in einem Genehmigungsverfahren zu berücksichtigender Vogelarten bei nicht bezweckten Tötungen abschließend durch den Parameter des Erhaltungszustands erfolgen

¹⁶⁷ <https://www.umweltministerkonferenz.de/Dokumente-Sonderkonferenzen.html>

¹⁶⁸ Vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* v. 10.9.2020, Rs. C-473/19, Rn. 90.

könnte und eine abgeschlossene Liste von Vogelarten (die nicht nur für Windenergievorhaben gelten würde) Rechtssicherheit generieren würde.¹⁶⁹ Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH ließe sich zur **Bestimmung des Erhaltungszustandes** einer Vogelartpopulation auf grenzüberschreitende biogeografische Regionen innerhalb des EU-Gemeinschaftsgebietes abstellen, in denen die Art vorkommt. Die lokale Population am Vorhabenstandort oder innerhalb eines Landkreises wäre für die Beurteilung des Erhaltungszustandes nicht entscheidend. Jedoch könnte aus Gründen der Effektivität der Betrachtungsraum innerhalb eines Mitgliedstaates beschränkt werden (z.B. ein Bundesland).

Innerhalb des gewählten Betrachtungsraumes wäre der Erhaltungszustand der Population einer Vogelart zu bestimmen und – sodann durch eine Rechtsverordnung – eine abschließende Liste windkraftsensibler Vogelarten zu normieren, deren Erhaltungszustand auch bei einem weiten Betrachtungsraum nicht positiv ist. In einem Genehmigungsverfahren wäre die Bestimmung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots nur noch für diejenigen Vogelarten vorzunehmen, die gelistet sind **und** im jeweiligen Vorhabenraum auch tatsächlich vorkommen.

Durch ein **regelmäßiges Monitoring** würde sichergestellt, dass keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der nicht gelisteten Arten eintritt. Damit würde man den allgemeinen Schutzpflichten der VS-RL gerecht, die nach ständiger Rechtsprechung des EuGH für die Mitgliedstaaten schon bestehen, bevor eine Abnahme der Vogelzahl festgestellt wird oder bevor sich die Gefahr des Aussterbens einer geschützten Vogelart konkretisiert.¹⁷⁰

Mit anderen Worten: Die Gutachter wüssten zu Beginn der Planung rechtssicher, welche Vogelarten in den Blick zu nehmen sind und müssten sich nicht nachgelagert dem Vorwurf ausgesetzt sehen, eine Vogelart missachtet oder ungenügend geprüft zu haben, weil die Windkraftsensibilität der Art umstritten ist. So ist z.B. der umstrittene Mäusebussard nicht auf der Vogelliste des UMK-Beschluss vom Dezember 2020 gelistet. Zudem würde hier durch ein ständiges Monitoring der Erhaltungszustand der Arten überprüft werden, was ein frühzeitiges Gegensteuern ermöglichte.

Für die Umsetzung müsste die bisherige kombinierte Umsetzung von FFH-RL und VS-RL in § 44 Abs. 1 BNatSchG hinsichtlich des **Absichtsbegriffs** aufgegeben werden. Die notwendige Unterscheidung zwischen geschützten Arten nach Anhang VI der FFH-RL und allen europäischen Vogelarten erfolgte dadurch, den Begriff der Absicht in § 44 Abs. 1 BNatSchG – anders als bislang – aufzunehmen und den Signifikanzansatz „neu zu justieren“.¹⁷¹

¹⁶⁹ Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Frank*, der von einem populationsbezogenen Signifikanzansatz spricht, *Frank*, Anmerkungen zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott, ZNER 2020, 401, 413; siehe auch *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutzrecht, NuR 2021, 28, 31.

¹⁷⁰ EuGH, Urt. vom 17.04.2018, C-441/17, - juris Rn 262.

¹⁷¹ *Frank*, Anmerkungen zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott, ZNER 2020, 401, 413.

Dieses Vorgehen könnte als *artenschutzrechtlicher Idealzustand* beschrieben werden, weil auf großräumlicher Ebene behördlicherseits der Erhaltungszustand (gefährdeter) Vogelarten untersucht werden und in den Mittelpunkt der Prüfung rücken würde. Die Verbreitung der Vogelarten in einem großräumigen Untersuchungsgebiet würde bekannt und die artenschutzrechtliche Verträglichkeit eines Vorhabens würde nicht mehr an der Gefährdung eines Individuums gemessen werden, sondern an der seiner Populationsverträglichkeit. Damit würde man dem Ausgleich zwischen menschlichen Aktivitäten und dem Artenschutz am ehesten gerecht. Vogelarten mit unbestreitbar gutem Erhaltungszustand würden nicht beachtet werden müssen (soweit das Monitoring zu keinem anderen Ergebnis führt), seltene und gefährdete Vogelarten würden im Ganzen – nicht nur lokal betrachtet – in den Blick genommen.

Diesem Vorschlag **stehen aber erhebliche rechtliche Unsicherheiten entgegen.**

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass der EuGH dem Ansatz und der Begründung von *Kokott* folgt, solange durch ein Monitoring sichergestellt ist, dass die Bestände kontinuierlich beobachtet werden und deshalb tatsächlich sichergestellt ist, dass erkannten Bestandsgefährdungen wirksam begegnet wird.¹⁷²

Dennoch sprechen aus unserer Sicht grundlegende Erwägungen für einen im Ausgangspunkt individuenbezogenen Ansatz bei der Anwendung auch des vogelenschutzrechtlichen Tötungsverbotes, weil es darum gehen muss, dass der Projektträger sein Projekt möglichst umweltschonend durchführt, also darauf zu achten hat, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen nicht mit einer signifikanten Risikoerhöhung für geschützte Arten verbunden ist. Gibt man diese Anforderung auf und stellt von vorn herein nur auf einen populationsbezogenen Ansatz ab, werden – unabhängig von der Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit – perverse Anreize gesetzt, die der bisherigen Grundphilosophie zuwiderlaufen. Grundsätzlich soll jede Anlage, und jedes Verhalten geschützte Vogelarten, auch einzelne Individuen, möglichst nicht töten.

Unser Plädoyer für das Festhalten am Signifikanzansatz ist allerdings nicht gleichbedeutend mit einem Festhalten an der gegenwärtigen normativen Ausgestaltung und der Verwaltungspraxis; denn wir halten es für rechtlich möglich und im Interesse des Ausbaus der Windenergie auch für notwendig, die Regelprüfung zu konzentrieren auf diejenigen Vogelarten, die in besonderer Weise als windenergiesensibel und damit als potenziell durch Windenergievorhaben signifikant gefährdet identifiziert worden sind (dazu sogleich unter 3.).

Auch **praktische Gründe** sprechen gegen einen Sondertatbestand für den Vogelschutz: Die hierfür erforderliche **Datenlage über den Erhaltungszustand** der relevanten Vogelarten und für das erforderliche Monitoring liegen bundesweit nicht vor und würden in einem sehr aufwändigen und langwierigen Prozess erhoben und gepflegt werden müssen. Entsprechende Daten dürften derzeit nur bei

¹⁷² Die Abnahme der Vogelzahl muss festgestellt werden, bevor sich die Gefahr des Aussterbens einer geschützten Vogelart konkretisiert. Siehe hierzu oben und EuGH, Urt. vom 17.04.2018, C-441/17,- juris Rn 262.

denjenigen Bundesländern bestehen, in denen durch bundeslandweite Raumordnungsprogramme Vorranggebiete für Windenergie ausgewiesen werden.¹⁷³.

3. DIE WIND-AN-LAND VERORDNUNG: Präzisierung artenschutzrechtlicher Vorgaben und rechtsverbindliche Verankerung

Insoweit plädieren wir für eine andere Lösung: explizit nur für **Windenergievorhaben** und zur Beschleunigung des Windenergieausbaus schlagen wir eine Rechtsverordnung vor, die

- eine für das Genehmigungs- und Planungsverfahren abschließende Liste von windkraftsensiblen Vogelarten enthält, auf die sich die artenschutzrechtliche Prüfung im Rahmen des Zulassungsverfahrens zu konzentrieren hat (Regelliste).
- die Abstandsvorgaben normiert sowie die berücksichtigungsfähigen Vermeidungsmaßnahmen nennt
- und die Nutzung der vorhandenen Daten (Kartierungen aus der Raumordnungs- und Bauleitplanung) regelt und zwar auch wenn diese im Rahmen von anderen Projekten erhoben wurden.

Der aus unserer Sicht erhebliche Vorteil einer solchen Rechtsverordnung liegt darin, dass den Genehmigungsbehörden eine allgemeinverbindliche Vorgabe als *Anleitung* gegeben würde, anhand derer die signifikante Risikoerhöhung festzustellen ist. Der Unterschied zu einer rein gesetzlichen Lösung liegt u.E. in der **ermessenslenkenden** Wirkung in Genehmigungsverfahren, indem verbindliche Prüfungsparameter vorgegeben werden. Soweit die in der Verordnung normierten Kriterien erfüllt sind, ist von einer signifikanten Risikoerhöhung auszugehen. Zugleich bleibt die **individuelle Gefährdungslage des Exemplars** beachtet, was bei einer rein gesetzlichen Regelung schwierig wäre. Durch die periodische Überprüfung der Liste, ist zudem gewährleistet, dass sie dem Stand der wissenschaftlichen und fachlichen Erkenntnisse entspricht, was wiederum der EuGH fordert.

Denn der Vorschlag beruht dogmatisch auf dem individuellen Signifikanzansatz und ist daher europarechtskonform. Die konkrete Gefährdungslage eines Exemplars im Einzelfall bliebe Prüfungsgegenstand. In Anbetracht des bislang nicht nachgekommenen Arbeitsauftrags des BVerfG an den Gesetzgeber erscheint die Normierung auch verfassungsrechtlich geboten.

Für diese Änderung bedarf es des Einfügens einer Ermächtigungsgrundlage in § 44 BNatSchG, um eine entsprechende Rechtsverordnung auf Bundesebene erlassen zu können. In **Teil IV** werden die wesentlichen Regelungsaspekte für die Wind-an-Land Verordnung und Änderungen im BNatSchG vorgestellt.

Im Einzelnen:

¹⁷³ Beispielsweise Schleswig-Holstein.

a) Vogelliste

Die Auswahl der Vogelarten würde der im UMK-Beschluss genannten **12 windkraftsensiblen Vogelarten entsprechen** (als Anhang der Verordnung)¹⁷⁴, und müssen fachlich begründbar sein. Hierzu wäre – gemeinsam mit den Abständen – eine wissenschaftliche Darlegung im Gesetzgebungsverfahren erforderlich, um die Regelung europarechtlich abzusichern. Die Bundesländer sollen eine abweichende bzw. ergänzende Liste per Rechtsverordnung festlegen können, soweit in ihrem Land noch weitere Arten als windkraftsensibel gelten sollten, die nicht unter den 12 Vogelarten aufgeführt sind. Hierfür ist den Bundesländern eine Frist zu setzen (z.B. 16 Monate ab Inkrafttreten). Bei Verstreichen der Frist würden die Bundesverordnung und die dort aufgeführten Vogelarten abschließend als windkraftsensibel gelten. Alternativ könnten die Bundesländer auch mit Ausschlussfrist aufgefordert werden, ihre Arten zur Bundesliste zu melden – dies würde den Vollzug weiter vereinfachen. Die Vogelliste bzw. die Rechtsverordnung wäre in den Genehmigungsverfahren **verbindlich und abschließend**.

In der Rechtspraxis würden die Gerichte die Verbindlichkeit der Rechtsverordnung ggf. bezweifeln, wenn neue, gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über eine windkraftsensible Art bestehen und diese Vogelart nicht gelistet ist, hierdurch also ein Verstoß gegen das höherrangige Europarecht bestünde, die Liste ggf. nicht anzuwenden wäre.¹⁷⁵

Um den weiten Schutzzumfang von Artikel 5 VS-RL und dem Individuenbezug weiterhin gerecht zu werden, ist daher durch eine **Öffnungsklausel** sicherzustellen, dass aktuelle Erkenntnisse zur Windkraftsensibilität von Vogelarten **Eingang in die Verordnung** finden können. Zugleich ist festzulegen, wie der Erkenntnisstand festgestellt wird.

Hierfür erfolgen eine **periodische Überprüfung** und Aktualisierung der Liste. Ein Zeitraum von 5 Jahren erscheint angemessen. Soweit die Überprüfung ergibt, dass die Liste nicht mehr dem Stand der wissenschaftlichen und fachlichen Erkenntnisse entspricht, ist sie zu aktualisieren. Zugleich ist eine Bundesbehörde – z.B. das BfN – zuständig dafür, die aktuellen wissenschaftlichen und fachlichen Erkenntnisse zu sammeln, zu bewerten und den aktuellen Stand der Wissenschaft zur Windkraftsensibilität von Arten festzustellen. Hierfür könnte ein Expertengremium einberufen werden. Sollte sich bereits vor einer periodischen Überprüfung zeigen, dass Änderungsbedarf an der Vogelliste während der 5-jährigen Periode aufkommt, kann das BfN eine **Empfehlung hierzu aussprechen** und der Ordnungsgeber tätig werden. Die Gerichte würden anhand der Empfehlung den neusten wissenschaftlichen Stand anwenden.

174 UMK, Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Risikoerhöhung im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen an Land – Signifikanzrahmen, Dez. 2020.

175 EuGH Urteil vom 20.12.2017 - C-664/15 (protect) = BeckRS 2017, 137723.

Hierfür eruiert das BfN – was im Wesentlichen jetzt bereits passiert – auf Grundlage der allgemeinen Umweltbeobachtungspflichten nach dem BNatSchG aktuelle Erkenntnisse.¹⁷⁶

Diese „einseitige“ Festlegung der Zuständigkeit zur Festlegung der Windkraftsensibilität entspricht den Vorgaben des BVerfG, wonach das Erkenntnisvakuum durch den Gesetzgeber zu schließen ist. Durch die regelmäßige Aktualisierung der Liste und Anwendung individuenbezogenen Signifikanzansatzes ist die Europarechtskonformität gewahrt.

b) Abstandsvorgaben

Ebenfalls sollten in der Rechtsverordnung Abstandsvorgaben für die gelisteten windenergiesensiblen Vogelarten normiert werden. Die Abstandsvorgaben sind auf der Grundlage des besten verfügbaren Wissens zu bestimmen. Hierzu wurden seitens der UMK ebenfalls Aussagen gemacht.¹⁷⁷

Hierfür wurden jüngst im Rahmen eines Auftrags der Stiftung Klimaneutralität Vorschläge für eine normative Umsetzung unterbreitet.¹⁷⁸ Wissensunsicherheiten bei der Abstandsbestimmung dürfen in Anwendung der vom BVerfG verlangten Konkretisierung gefüllt werden.¹⁷⁹ **Auch hier wird eine regelmäßige Aktualisierung vorgenommen.**

c) Vermeidungsmaßnahmen

Zudem sollte die Möglichkeit einer Kompensation durch Vermeidungsmaßnahmen eingeräumt werden, wenn Abstandsgebote im Einzelfall nicht eingehalten werden können. Diesbezüglich gibt es bereits eine Reihe von Vorschlägen und Untersuchungen¹⁸⁰. Im Rahmen des Auftrags der Stiftung Klimaneutralität sind die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht nur der Windkraftsensibilität sondern auch zu Vermeidungsmaßnahmen zusammengefasst worden, darauf könnte aufgebaut werden.¹⁸¹

Für die Durchführung der Vermeidungsmaßnahmen soll – wie bisher – der Projektträger verantwortlich bleiben, weil er am besten in der Lage ist, seine Anlage artenschutzgerecht zu steuern bzw. an oder im engen Umfeld seiner Anlage für die Durchführung von Vermeidungsmaßnahmen Sorge zu tragen. Ist das nicht der

176 § 6 BNatSchG: Beobachtung von Natur und Landschaft

177 Sonder-UMK "Windenergie und Artenschutz: Erarbeitung eines Signifikanzrahmens" vom 11.12. 2020, S.5.

178 Reichenbach/Aussieker (2021): Windenergie und der Erhalt der Vogelbestände – Regelungsvorschläge im Kontext einer gesetzlichen Pauschalausnahme. Fachgutachten der Arbeitsgruppe für regionale Struktur- und Umweltforschung GmbH (ARSU) im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität; abrufbar unter:

<https://www.stiftung-klima.de/de/themen/energie/artenschutz-und-windenergie/>.

179 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018, 1 BvR 2523/13, ZUR 2019, Rn. 24. Bei diesem Gestaltungsauftrag wird auch das Vorsorgeprinzip zu berücksichtigen sein.

180 BfN-Skripten 518: „Wirksamkeit von Maßnahmen gegen Vogelkollisionen an Windenergieanlagen“; Fachagentur Windenergie an Land: „Vermeidungsmaßnahmen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen“; BfN-Skripten 571: „Technische Systeme zur Minderung von Vogelkollisionen an Windenergieanlagen“.

181 Fn. 178.

Fall, kann er bei Unzumutbarkeit ins Ausnahmeregime übergehen. Zwar bestehen in der Praxis i.d.R. Pachtverträge und damit Möglichkeiten, im direkten Umfeld der Anlagen Zugriff auf Flächen für Vermeidungsmaßnahmen sicherzustellen, dies ist aber nicht immer der Fall.

Vermeidungsmaßnahmen, deren Wirksamkeit ausreichend nachgewiesen sind, sollen in einer **Positivliste** gefasst und der Rechtsverordnung angehängt werden. In die Rechtsverordnung ist eine entsprechende Vermutungsregelung aufzunehmen, die sicherstellt, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung von in der Positivliste genannten Vermeidungsmaßnahmen vermutet wird, dass diese wirksam sind. Vermeidungsmaßnahmen, die als wirkungsvoll eingeschätzt werden, aber noch nicht in die Positivliste aufgenommen worden sind, sollen durch ein maßnahmenbegleitendes Monitoring evaluiert werden, wie dies auch gegenwärtig in der Zulassungspraxis schon geschieht.¹⁸² Die Evaluierungsergebnisse werden genutzt, um die getroffene Entscheidung ggf. nachzubessern und um die Positivliste zu aktualisieren.¹⁸³

Die Rechtsverordnung soll auch Regelungen über die **Zumutbarkeit von Vermeidungsmaßnahmen** enthalten, um den Aufwand in verhältnismäßigen Grenzen zu halten. Dabei kommt es darauf an, die Unzumutbarkeitsgrenze möglichst präzise durch Kriterien festzulegen. Es muss sichergestellt sein, dass die Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs durch Vermeidungsmaßnahmen nicht gefährdet wird. Sind Vermeidungsmaßnahmen unzumutbar, darf der Projektträger einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung stellen. Die Verordnung soll auch sicherstellen, dass die Ausnahmegenehmigung idR zu erteilen ist, wenn die Ausnahmevoraussetzungen erfüllt sind (intendiertes Ermessen).

d) Nutzung von Daten

In der Verordnung bzw. durch Änderung des Fachrechts sollen auch weitere Erleichterungen umgesetzt werden:

Alle aktuellen Kartierungen, die bei den Länderbehörden und regionalen Planungsstellen vorliegen, sollten Vorhabenträgern zur Verfügung gestellt werden. Die Verordnung verpflichtet alle Vorhabenträger zur Datenübermittlung an die Behörde und die Behörde zur zentralen Datensammlung, wohl zumeist durch eine Landesbehörde. Hat vor dem Genehmigungsverfahren ein **Bauleitplanungsverfahren** stattgefunden und sind die Daten und Analysen zeitlich noch fachlich vertretbar (z.B. 5 Jahre), soll grundsätzlich die Inbezugnahme auf diese Daten ausreichen; es sei denn, dass durch zwischenzeitliche Ereignisse ein „Sonderfall“ gegeben ist. Bei Planungen auf Ebene der Raumordnung gilt dasselbe, wenn die Datenqualität fachlich ausreichend ist.

Zur Abklärung, ob eine Listenart im Bereich der geplanten Anlagen vorhanden ist, wäre damit ggf. immer noch eine Aktualisierung erforderlich, zusätzlich auch die Prüfung von Vermeidungsmaßnahmen, aber (bei alleinigem Bezug auf Ab-

¹⁸² Siehe zur Monitoringpraxis im gegenwärtigen Zulassungsverfahren Ruß, ZUR 2017, 602 ff.; Köck/Bovet, ZUR 2018, 584 f.

¹⁸³ Siehe zur rechtstechnischen Umsetzung Ruß, ZUR 2017, 602 ff.

stände) grundsätzlich keine komplizierte Raumnutzungs- und/oder Habitatanalyse mit Auswirkungsprognose. Damit verkürzen sich die Zeiträume für das Genehmigungsverfahren deutlich, weil sich eben dann die Ausnahmemöglichkeit eröffnet. Die Rechtsverordnung lässt dies ausdrücklich zu.

Im Ergebnis bliebe es beim – europarechtlich ausreichenden – Signifikanzansatz mit klaren Leitplanken für die Genehmigungsbehörden. So wie bereits heute wird ein Vorhaben auch oft den Tatbestand des Tötungsverbots erfüllen – könnte dann aber in die Ausnahme gehen, sofern die projektbezogenen Vermeidungsmaßnahmen nicht greifen. Mit dem Ausnahmeregime befasst sich der folgende Teil.

3. TEIL: Ausnahmeregelung: Grundlagen und Änderungsperspektiven

Es wird rekapituliert: Bisher ist in Deutschland bei Windenergieanlagen eher selten auf die artenschutzrechtlichen Ausnahmemöglichkeiten zurückgegriffen worden,¹⁸⁴ während in anderen EU-Mitgliedstaaten, insbesondere in Holland, davon erheblich Gebrauch gemacht wird.¹⁸⁵ Es besteht aber Anlass zu der Vermutung, dass man aufgrund des WE-Ausbaubedarfs künftig in stärkerem Maße von den Ausnahmemöglichkeiten Gebrauch machen muss¹⁸⁶ und dass es deshalb eines **strategischen Ansatzes** bedarf, um den Erfolg der Energiewende und einen wirksamen Artenschutz gleichermaßen gewährleisten zu können.¹⁸⁷

Die am 31.12.2020 in Kraft getretenen Regionalpläne I-II für Windenergie in Schleswig-Holstein belegen diese Annahme.¹⁸⁸ Dort wurden zur Ausweisung von Vorranggebieten im gesamten Landesgebiet insgesamt 16 Ausnahmegenehmigungen für den Seeadler in Aussicht gestellt. Begründet wurde für die raumordnerische Abwägung die prognostizierte Ausnahmegenehmigungen damit, dass sich der Erhaltungszustand des Seeadlers in Schleswig-Holstein hierdurch insgesamt nicht verschlechtere.¹⁸⁹

Die Erteilung einer Ausnahme bleibt indes mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden. Daher wird in **Teil 3** dieses Gutachten das Ausnahmeregime betrachtet, Änderungsperspektiven werden geprüft.

184 Vgl. KNE-Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende, Die Ausnahme im besonderen Artenschutzrecht, 2019, S. 14 ff.

185 Backes/Ackerboom, Renewable energy projects and species law – a legal comparative research, Utrecht Center for Water, Oceans and Sustainability, 28 May 2018: <https://www.uu.nl/en/news/report-renewable-energy-projects-and-species-protection>; siehe auch Backes, ZUR 2018, 587 ff.

186 So auch die UMK, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach §45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“ vom 13.05.2020 https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf

187 Siehe dazu schon Backes, ZUR 2018, 587 ff., der von einem „strategischen Einsatz von Schadensminderungs-, Kompensations- und Erhaltungsmaßnahmen“ spricht.

188 Alle Planungsdokumente sind abrufbar unter: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/L/landesplanung_raumordnung/raumordnungsplaene/raumordnungsplaene.html

189 Siehe **Ziff 5.8.3 (G) 4**, Textteil des Regionalplans für den Planungsraum I in Schleswig-Holstein Kapitel 5.8 (Windenergie an Land) 29.12.2020, S. 6, 16; **Ziff. 5.7.3 G (1)** Textteil des Regionalplans für den Planungsraum II in Schleswig-Holstein Kapitel 5.7 (Windenergie an Land) 29.12.2020, S. 5, 12; **Ziff. 5.7.3 G (2)** Textteil des Regionalplans für den Planungsraum III in Schleswig-Holstein Kapitel 5.7 (Windenergie an Land) 29.12.2020, S. 5, 14.

Hierbei sind zwei Grundfragen zu trennen:

1. unter welchen rechtlichen und fachlichen Kriterien ist eine Ausnahme von dem Verbotstatbestand möglich, sowie
2. wie erfolgt die Erteilung der Ausnahme unter Einhaltung der zuvor definierten Voraussetzungen und Kriterien in der Praxis?

In einem ersten Schritt ist auf die generelle Ausnahmefähigkeit von Windenergie einzugehen (**I**). Sodann wird in einem zweiten Schritt ein neuer strategische Ansatz zur Erfüllung der Anforderungen des Verschlechterungsverbot bzw. der Anforderungen für das Erreichen eines günstigen Erhaltungszustandes vorgestellt (**II**). Zudem ist in einem weiteren Schritt die rechtliche Umsetzung zu prüfen und insbesondere zu fragen, ob eine allgemein-generelle Ausnahme von Artenschutz in Form einer Rechtsverordnung möglich ist (angelehnt an die sog. Kormoran - Verordnungen), wie teilweise gefordert¹⁹⁰, oder die Ausnahme im Einzelfall zu erteilen ist. In diesem Zusammenhang wird kurz auf die Dokumentationspflichten nach Art. 9 Abs. 2 VS-RL eingegangen (**III**).

I. Ausnahmefähigkeit der Windenergie an Land

1. Gesetzestext und Tatbestandsvoraussetzungen

Zunächst ist der einschlägige Gesetzestext, Art. 9 VS-RL, mit dem der FFH-RL, Art. 16, darzustellen und hieraus die Tatbestandsvoraussetzungen samt Prüfungsabfolge abzuleiten.

a) Gesetzestext

Artikel 9 VS-RL

(1) Die Mitgliedstaaten können, sofern es **keine andere zufriedenstellende** Lösung gibt, aus den nachstehenden Gründen von den Artikeln 5 bis 8 abweichen:

- a) – **im Interesse der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit,**
 - im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt,
 - zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern,

Art. 16 FFH-RL

(1) Sofern es **keine anderweitige zufriedenstellende Lösung** gibt und unter der Bedingung, daß die **Populationen** der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem **günstigen Erhaltungszustand verweilen**, können die Mitgliedstaaten von den Bestimmungen der Artikel 12, 13 und 14 sowie des Artikels 15 Buchstaben a) und b) im folgenden Sinne abweichen:

- a) zum Schutz der wildlebenden Tiere und Pflanzen und zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume;

¹⁹⁰ Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (592).

– **zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt;**

b) zu Forschungs- und Unterrichtszwecken, zur Aufstockung der Bestände, zur Wiederansiedlung und zur Aufzucht im Zusammenhang mit diesen Maßnahmen;

c) um unter streng überwachten Bedingungen selektiv den Fang, die Haltung oder jede andere vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen zu ermöglichen.

(2) In den in Absatz 1 genannten Abweichungen ist anzugeben,

a) für welche Vogelarten die Abweichungen gelten;

b) die zugelassenen Fang- oder Tötungsmittel, -einrichtungen und -methoden;

c) die Art der Risiken und die zeitlichen und örtlichen Umstände, unter denen diese Abweichungen getroffen werden können;

d) die Stelle, die befugt ist zu erklären, dass die erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, und zu beschließen, welche Mittel,

b) zur Verhütung ernster Schäden insbesondere an Kulturen und in der Tierhaltung sowie an Wäldern, Fischgründen und Gewässern sowie an sonstigen Formen von Eigentum;

c) im Interesse der **Volksgesundheit** und der **öffentlichen Sicherheit** oder aus **anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt;**

d) zu Zwecken der Forschung und des Unterrichts, der Bestandsauffüllung und Wiederansiedlung und der für diese Zwecke erforderlichen Aufzucht, einschließlich der künstlichen Vermehrung von Pflanzen;

e) um unter strenger Kontrolle, selektiv und in beschränktem Ausmaß die Entnahme oder Haltung einer begrenzten und von den zuständigen einzelstaatlichen Behörden spezifizierten Anzahl von Exemplaren bestimmter Tier- und Pflanzenarten des Anhangs VI zu erlauben.

(2) Die Mitgliedstaaten legen der Kommission alle zwei Jahre einen mit dem vom Ausschuss festgelegten Modell übereinstimmenden Bericht über die nach Absatz 1 genehmigten Ausnahmen vor. Die Kommission nimmt zu diesen Ausnahmen binnen zwölf Monaten nach Erhalt des Berichts Stellung und unterrichtet darüber den Ausschuss.

(3) In den Berichten ist folgendes anzugeben:

a) die Arten, für die die Ausnahmeregelung gilt, und der Grund der Ausnahme, einschließlich der Art der Risiken sowie gegebenenfalls der verworfenen Alternativlösungen und der benutzten wissenschaftlichen

Einrichtungen und Methoden in welchem Rahmen von wem angewandt werden können;

e) welche Kontrollen vorzunehmen sind.

(3) Die Mitgliedstaaten übermitteln der Kommission jährlich einen Bericht über die Anwendung der Absätze 1 und 2.

(4) Die Kommission achtet anhand der ihr vorliegenden Informationen, insbesondere der Informationen, die ihr nach Absatz 3 mitgeteilt werden, ständig darauf, dass die Auswirkungen der in Absatz 1 genannten Abweichungen mit dieser Richtlinie vereinbar sind. Sie trifft entsprechende Maßnahmen.

b) Tatbestandsvoraussetzungen

Die Normen ähneln sich in weiten Bereichen. Die Absätze 2, 3 (4) regeln jeweils Berichtspflichten der Mitgliedstaaten bei der Erteilung von Ausnahmen. Zu beachten ist, dass nach Abs. 2 VS-RL bzw. Abs. 3 FFH- Richtlinie bei Erteilung einer Ausnahme spezifische Angaben zu machen sind. Dies betrifft u.a. die Vogelart, den Grund der Ausnahme, die Art der Risiken und die zeitlichen und örtlichen Umstände, unter denen diese Abweichungen getroffen werden können sowie das Tötungsmittel selbst.

Im Übrigen ergeben sich die Tatbestandsvoraussetzung für die Erteilung einer Ausnahme jeweils aus Absatz 1. Zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach Art. 16 FFH-RL sind nach Auffassung der EU-Kommission drei Ebenen bzw. Prüfungsschritte zu unterscheiden¹⁹¹:

1. Nachweis des Vorliegens eines oder mehrerer Gründe (nach Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben a) bis e),
2. Fehlen einer anderen zufriedenstellenden Lösung,
3. Gewährleistung, dass die Populationen trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen.

Daten;

b) die für Fang oder Tötung von Tieren zugelassenen Mittel, Einrichtungen oder Methoden und die Gründe für ihren Gebrauch;

c) die zeitlichen und örtlichen Umstände der Ausnahmegenehmigungen;

d) die Behörde, die befugt ist, zu erklären, daß die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, bzw. zu kontrollieren, ob sie erfüllt sind, und die beschließen kann, welche Mittel, Einrichtungen oder Methoden innerhalb welcher Grenzen und von welchen Stellen verwendet werden dürfen sowie welche Personen mit der Durchführung betraut werden;

e) die angewandten Kontrollmaßnahmen und die erzielten Ergebnisse.

¹⁹¹ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 60.

Nach dem Leitfaden der EU-Kommission soll, bevor die zweite und dritte Bedingung geprüft werden könne, die erste Bedingung erfüllt sein. Praktisch mache es wenig Sinn, die Frage der zufriedenstellenden Alternativen und die Auswirkung auf den Erhaltungszustand zu prüfen, wenn die Handlungen, auf die sich die Ausnahme bezieht, nicht unter die in Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben a) bis e) aufgeführten Gründe falle.¹⁹²

Diese Grundsätze sind überzeugend und ohne Weiteres auf Art. 9 VS-RL übertragbar, obwohl der augenfälligste Unterscheid zwischen den Normen darin liegt, Art. 9 VS-RL den Erhaltungszustand der Population im natürlichen Verbreitungsgebiet als Voraussetzung gerade nicht nennt, sowie den Ausnahmegrund „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ nicht kennt.

2. Vorliegen eines Ausnahmegrundes

Eine zentrale (und sehr umstrittene) Fragestellung ist, ob die Errichtung von Windenergieanlagen einem der Ausnahmegründe von Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) zugeordnet werden kann. Hierbei fokussiert sich die aktuelle Rechtsdebatte darauf, ob Windenergieanlagen im Interesse der **öffentlichen Sicherheit** liegt, bzw. **zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses** von Art 16 FFH-RL auf die VS-RL übertragbar ist.¹⁹³ Als weiterer Ausnahmegrund könnte der **Schutz der Pflanzen- und Tierwelt** angenommen werden.

Der hierzu geführte Rechtsdiskurs ist trotz des eindeutigen Beschlusses der UMK vom 13.05.2020,¹⁹⁴ in dem sich ausdrücklich dafür ausgesprochen wird, für die Zulassung von Windenergievorhaben den Ausnahmegrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses sowie das Interesse der öffentlichen Sicherheit, heranzuziehen, nicht eindeutig entschieden.¹⁹⁵ Auch die Rechtsprechung ist (bislang) uneins. Hat das Verwaltungsgericht Gießen mit seinem vielbeachteten Urteil vom 22.01.2020¹⁹⁶ die Ausnahmefähigkeit von Windenergie gänzlich verneint, hat das Verwaltungsgerichts Wiesbaden mit Urteil vom 24.07.2020¹⁹⁷ zumindest den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit für Windenergieanlagen als einschlägig erachtet. Beiden Entscheidungen ist gleich, dass die Berufung zugelassen wurde. Oberverwaltungsgerichtliche Entscheidungen sind – soweit ersichtlich – zu den Verfahren bislang nicht ergangen. Insoweit

192 EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S.60.

193 siehe hierzu bereits 1. Teil.

194 Beschluss der Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020).

195 Ablehnend: *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen – Rechtswissenschaftliche Stellungnahme erstellt im Auftrag im Auftrag der Naturschutzinitiative e.V., 15.07.2020, abrufbar: <https://www.naturschutzinitiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>; und Faller, Rechtsgutachten: Der Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ im Gesetzentwurf zur EEG Novelle 2021 im Zusammenhang mit Windenergieanlagen; Auftraggeber: Bundesinitiative VERNUNFTKRAFT e.V. und Verein für Naturschutz und Gesundheit Sensbachtal e. V., 22.10.2020. abrufbar unter: https://www.caemmerer-lenz.de/fileadmin/user_upload/CL-Rechtsgutachten_-_EEG_Novelle_2021.pdf

196 1 K 6019/18,- juris (die Berufung wurde zugelassen); *BeckRS 2020, 3133*.

197 4 K 2962/16.WI,- juris (die Berufung wurde zugelassen).

ist auf diese Problematik, obgleich hierzu bereits umfangreich publiziert wurde, einzugehen.

a) Der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit

Der Ausnahmegrund ergibt sich aus Art. 9 Abs. 1 Buchst. a) 1. Spiegelstrich.

aa) Keine europarechtliche Begriffsdefinition

Soweit ersichtlich, hat der **EuGH** den Begriff der öffentlichen Sicherheit der VS-RL bzw. FFH-RL noch nicht explizit bestimmt.

Die **Europäische Kommission** macht in ihrem „Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie“ zu Art. 16 Ab. 1 FFH-RL keine spezifische Unterscheidung zwischen öffentliche Sicherheit, Volksgesundheit und anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, sondern wertet diese als spezifische Gründe des (übergeordneten Begriffs des) öffentlichen Interesses.¹⁹⁸ Hierbei stützt sich die Kommission auf verschiedene Urteile des EuGH. Auch im Leitfaden der Kommission „**Entwicklung der Windenergie und Natura 2000**“¹⁹⁹ heißt es hierzu lediglich, dass

„in erster Linie Gründe *„im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit oder [...] andere[...] zwingende[...] Gründe[...] des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt“* in Betracht kämen.“²⁰⁰

Im jüngeren „Leitfaden zu Windkraftprojekten und den Naturschutzvorschriften der EU“ vom 18.11.2020²⁰¹ ergeben sich hierzu keine weiteren Erkenntnisse.

Hingegen werden in der Literatur verschiedene **Urteile des EuGH** herangezogen, um die Nutzung erneuerbarer Energien dem Begriff der öffentlichen Sicherheit zuzuordnen.²⁰² Ein häufig zitiertes Urteil des EuGH ist das Urteil „**Schwarze Sulm**“ vom 04.05.2016.²⁰³ Die EU-Kommission hatte der Republik Österreich vorgeworfen, dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Wasserrahmenrichtlinie²⁰⁴ verstoßen zu haben, dass sie den Bau eines Wasserkraftwerks an der Schwarzen Sulm bewilligt habe.²⁰⁵ Fraglich war u.a., ob der Bau im übergeordneten öffentlichem Interesse nach Art. 4 Abs. 7 Wasserrahmenrichtlinie steht. Hierbei stellt der u.a. EuGH fest, „(...) dass der Bau eines Wasserkraftwerks wie

198 EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), III. Artikel 16 Ziff. 20, S. 62.

199 EU-Kommission, Leitfaden „Entwicklung der Windenergie und Natura 2000“, Dezember 2012.

200 EU-Kommission, Leitfaden „Entwicklung der Windenergie und Natura 2000“, Dezember 2012, S.20.

201 C (2020) 7730 final, abrufbar:

https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/wind_farms_de.pdf

202 Siehe jüngst: Beschluss der Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020), S. 5.

203 EuGH, Urteil vom 04.05.2016- C 346/14.

204 Richtlinie 2000/60/EG.

205 EuGH, Urteil vom 04.05.2016, C-346/14,- juris Rn. 27.

des von dem streitigen Vorhaben betroffenen **tatsächlich im übergeordneten öffentlichen Interesse** liegen kann.“²⁰⁶ Ähnlich äußerte sich der EuGH in dem ebenfalls regelmäßig herangezogenem **Urteil²⁰⁷ vom 29.07.2019, Rechtssache C - 411/17**, ein Vorabentscheidungsersuchen des Cour Constitutionnelle (Belgien). Das Vorabentscheidungsverfahren erging im Rahmen eines Rechtsstreits über ein Gesetz, mit dem das Königreich Belgien zum einen vorgesehen hatte, die industrielle Stromerzeugung eines abgeschalteten Kernkraftwerks für die Dauer von fast zehn Jahren wieder aufzunehmen, und zum anderen wurde der Endtermin, der ursprünglich für die Außerbetriebnahme und die Einstellung der industriellen Stromerzeugung eines in Betrieb befindlichen Kernkraftwerks vorgesehen war, um zehn Jahre aufgeschoben²⁰⁸ Der EuGH stellt u.a. fest, dass die Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaats ein zwingender Grund des **überwiegenden öffentlichen Interesses** im Sinne von Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 FFH-RL sein könne.²⁰⁹

Auch in den Urteilen des **EuGH vom 04.06.2002, Rechtssache 503/99²¹⁰ und vom 08.11.2012, Rechtssache C- 244/11²¹¹** finden sich ähnliche Feststellungen des Gerichtshofes. Hieraus lässt sich aber keine spezifische Begriffsdefinition „der öffentlichen Sicherheit“ i.S.d. Art. 9 VS-RL ableiten.

bb) Rechtslage und Rechtsprechung in den Niederlanden

Lohnend – wenn im Ergebnis auch nicht verbindlich – ist ein Blick auf die Rechtslage und Rechtsprechung in den Niederlanden.

Nach den Ergebnissen der bereits angesprochen internationalen Studie²¹² „Renewable energy projects and species law – a legal comparative research“ ist in Hinblick auf die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen die Rechtslage und Rechtsprechung in den Niederlanden zu betrachten. In den Niederlanden wird nach den Ergebnissen der Studie das europäische Artenschutzrecht am präzisesten umgesetzt – im Vergleich zu den Ländern Dänemark, Deutschland, Belgien und Vereinigtes Königreich.²¹³ In den Niederlanden ist bei der Zulassung von Anlagen nachzuweisen, dass die Errichtung der Betrieb nicht zu einer Störung bzw. Tötung auch nur eines zusätzlichen Exemplare führt. Ist eine Beeinträchtigung zu erwarten, kann die Anlage nach Erteilung einer Befreiung (Art. 9 Vogelschutzrichtlinie) zugelassen werden.²¹⁴ Diese Vorgehensweise führt dazu, dass die Ausnahmetatbestände in den untersuchten Ländern nur in den Niederlanden relevant sind, währenddessen in den anderen Ländern die Verwirklichung der Verbotstat-

206 EuGH, Urteil vom 04.05.2016, C-346/14,- juris Rn. 69.

207 *Sailer*, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutz-rechtlichen Ausnahmeregelung, Hintergrundpapier, 11.03.2020, S. 12.

208 EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-411/17,- juris, Rn. 2.

209 EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-411/17,- juris, Rn 155-157.

210 EuGH, Urteil vom 04.06.2002, C-503/99 (Kommission/Belgien), -, juris. Rn. 46-47

211 EuGH, Urteil vom 08. November 2012 – C-244/11 (Kommission/Griechenland)–, juris Rn. 66-68.

212 *Backes/Ackerboom*, Renewable energy projects and species law – a legal comparative research, Utrecht Center for Water, Oceans and Sustainability, 28 May 2018: <https://www.uu.nl/en/news/report-renewable-energy-projects-and-species-protection>

213 *Backes/Ackerboom*, Renewable energy projects and species law – a legal comparative research, Utrecht Center for Water, Oceans and Sustainability, 28 May 2018, S. 26.

214 *Backes*, Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz, ZUR 2018, 587 (589).

bestände nicht übertreten werden (teilweise unter Anwendung eines Populationsbezugs).²¹⁵

Als Ausnahmetatbestand wird das Interesse der **öffentlichen Gesundheit und Sicherheit** herangezogen, sowie das Interesse der Sicherheit der Luftfahrt (Art. 9 Abs. 1 Buchstabe a) 2. Spiegelstrich) sowie zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt (Art. 9 Abs. 1 Buchstabe a) 3. Spiegelstrich).²¹⁶ Nach der Studie ist in der Rechtsprechung die Frage, warum einer dieser Ausnahmegründe einschlägig ist, nicht viel diskutiert.²¹⁷ Ausnahmen seien generell angezeigt, da Windenergie im Interesse der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit liege sowie für den Schutz der Pflanzen- und Tierwelt und stünde zudem mit den Empfehlungen der EU-Kommission im Leitfaden Natura 2000 und Windkraft im Einklang. Gleichwohl ist in der Studie – die auf Grundlage von Interviews erstellt wurde – auch dargestellt, dass dies eine ziemlich pragmatische Interpretation („fairly pragmatic interpretation“) von Art. 9 Vogelschutzrichtlinie sei, die der niederländische Council of State bislang aber akzeptiert habe.²¹⁸

Soweit ersichtlich, stimmen die niederländischen Gerichte dieser Auslegung tatsächlich zu.²¹⁹ Hierbei wird wohl explizit auf den Klimawandel und die Versorgung mit Elektrizität verwiesen. Der Klimawandel habe Auswirkungen auf die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Gesundheit sowie auf die Flora und Fauna. Eine Ausnahme für ein Windpark stehe im Interesse der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit.²²⁰

Festzuhalten bleibt, dass eine Ausnahmegenehmigung mit dem Grund der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit erteilt wird, weil die Stromversorgung mit Erneuerbaren Energien diesen Interessen – als Maßnahme gegen den Klimawandel – angesehen wird. Demgegenüber wird der Grund „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ bei Vögeln nicht angewandt.²²¹ Dies streitet dafür, den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit, ungeachtet der Frage, ob der Auffangtatbestand der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses für Art. 9 Vogelschutzrichtlinie ebenfalls heranzuziehen.

215 *Backes*, Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz, ZUR 2018, 587 (590).

216 *Backes/Ackerboom*, Renewable energy projects and species law – a legal comparative research, Utrecht Center for Water, Oceans and Sustainability, 28 May 2018, S. 28; 116 (4.1.2); *Backes*, Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz, ZUR 2018, 587 (590).

217 *Backes/Ackerboom*, Renewable energy projects and species law – a legal comparative research, Utrecht Center for Water, Oceans and Sustainability, 28 May 2018, S. 116

218 *Backes/Ackerboom*, Renewable energy projects and species law – a legal comparative research, Utrecht Center for Water, Oceans and Sustainability, 28 May 2018, S. 117

219 *Backes*, Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz, ZUR 2018, 587 (590) mit Verweis auf ABRvS 18 February 2015, no. 201402971/1/A3 ECLI:NL:RVS:2015:438,

220 Raad van State, 04.05.2016, 201508490/1/R6. ECLI:NL:RVS:2016:1227 Ziff. 7.1, 7.2 (nach freier Übersetzung).

221 *Backes*, Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz, ZUR 2018, 587 (590).

cc) Auslegung

Streitig bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit in der (inländischen) Rechtsdebatte sind im Wesentlichen zwei Fragestellungen: Zum einen, ob der Begriff der öffentlichen Sicherheit eng auszulegen ist und damit die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der öffentlichen Sicherheit zu Art. 36 AEUV zu beachten ist oder aber ob ein weites Auslegungsverständnis angebracht ist.²²² Zum anderen ist Diskussionsgegenstand, ob Windenergievorhaben „kritische Infrastrukturvorhaben“ sein können, da das BVerwG für Infrastrukturvorhaben die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit bereits anerkannte (ohne allerdings eine abschließende Begriffsdefinition vorzunehmen).²²³ Einstimmigkeit besteht indes darüber, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit nicht gleichlaufend mit dem ordnungsrechtlichen (polizeirechtlichen) Begriff der öffentlichen Sicherheit ist.²²⁴ Dies ist aufgrund des europarechtlichen Kontextes auch überzeugend. Ob der Begriff hingegen durch das europäische Primärrecht oder aber das Sekundärrecht determiniert wird, ist tatsächlich nicht eindeutig. Ob die im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung tatsächlich für eine enge Begriffsverständnis streitet, wie zum Teil behauptet²²⁵, ist gleichfalls fraglich, da die Ausführungen hierzu im Detail sehr unterschiedlich wirken.²²⁶

(I) Zum engen Begriffsverständnis

Nach den Vertretern eines **engen Begriffsverständnisses** unterfielen hierunter 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.²²⁷ Angelehnt an die Rechtsprechung des EuGH zur Ausnahmenvorschrift des Primärrechts (Art. 36 AEUV), also zur Einschränkung der Grundfreiheiten wie der Warenverkehrsfreiheit, bedürfe es einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Die Sicherheit der Energieversorgung spiele indes nur dann eine Rolle, wenn für die Existenz des Staates unverzichtbare und nicht anders zu befriedigende Versorgungsbedürfnisse in Rede stünden. Begründet wird die enge Auslegung damit, dass der EuGH im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie wiederholt entschieden habe, dass sie Aufzählung der Abweichungsgründe abschließend sei und eng ausgelegt werden müsse.²²⁸ Die Pflicht zur unionsrechtskonformen Interpretation gebiete es, den Ausnahmecharakter zu beachten, was für eine ausruhende Interpretation keinen Raum lasse. Die Tatsache, dass in der FFH-Richtlinie der Auffangtatbestand der „anderen zwingenden Gründe des überwiegenden öf-

222 Siehe hierzu ausführlich: VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI,- juris, Rn. 116.

223 BVerwG, Urteil vom 09. Juli 2008 – 9 A 14/07 –, BVerwGE 131, 274-315,- juris Rn. 124 – 125; so auch schon in: BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 - 4 A 1075/04,- juris Rn. 566 ff.

224 Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Auflage, § 45 Rn. 30

225 Gellermann/Faller, Fn. 195.

226 insoweit verzichtet das Verwaltungsgericht Wiesbaden in seiner ausführlichen Darstellung des Streitgegenstandes auf eine gleichlautende Aussage.

227 Gellermann/ Faller, a.a.O.

228 Gellermann/Faller, a.a.O.

fentlichen Interesses“ sowie das „Interesse der öffentlichen Sicherheit“ normiert sei, hingegen in der Vogelschutzrichtlinie sich der Auffangtatbestand gar nicht finde, verdeutlichte, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit nicht in einer Weise ausgelegt werden dürfe, die ein Großteil derjenigen Fälle erfassen, die dem Auffangtatbestand unterfielen.

Zudem habe der EuGH mit Blick auf Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 2 FFH-Richtlinie für Recht erkannt, dass für die Beeinträchtigung eines Natura 2000-Gebietes nur die Abwendung einer tatsächlichen schwerwiegenden Gefahr für die Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaates als rechtfertigender Grund des öffentlichen Interesses geltend gemacht werden könne. Dies decke sich mit den Überlegungen des EuGH zu den primärrechtlichen Ausnahmenvorschriften und berechtige den Schluss, dass der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit nicht anders zu verstehen sei. Damit wird im Ergebnis ein Abstandsgebot zwischen den Ausnahmegründen gefordert.

In der deutschen Rechtsprechung und im Schrifttum hat das Urteil des **VG Gießen vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18** große Beachtung gefunden. Das Verwaltungsgericht hat darin die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für drei Windenergieanlagen grundsätzlich als mit der VS-RL für unvereinbar erklärt. Der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG (andere zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses) sei wegen der abschließenden Aufzählung der Ausnahmegründe in Art. 9 Abs. 1 V-RL auf europäische Vogelarten nicht anwendbar.²²⁹ Eine für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen erteilte Ausnahme vom Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG lasse sich auch nicht auf das in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG genannte Merkmal "öffentliche Sicherheit" stützen. Das Verwaltungsgericht Gießen übernimmt den strengen Maßstab des europäischen Gerichtshofs zur Einschränkung des freien Warenverkehrs.²³⁰ Für das VG Gießen war nicht erkennbar, dass ohne eine Ausnahme unter dem Gesichtspunkt der "öffentlichen Sicherheit" der Bestand der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der staatlichen Einrichtung sowie einer funktionierenden Wirtschaft gefährdet wäre, insbesondere stünde nicht zu befürchten, dass ohne eine solche Ausnahme die Versorgungssicherheit mit elektrischer Energie nicht gewährleistet werden könne.²³¹ In Anbetracht des Umstandes, dass in der Bundesrepublik Deutschland seit nahezu 20 Jahren eine Stromüberproduktion erfolge, sei eine solche Annahme auch mit Blick auf die absehbare Zukunft nicht zu befürchten.²³²

(2) Zum weiten Begriffsverständnis

Vertreter eines **weiten Begriffsverständnisses** weisen zu Recht darauf hin, dass das BVerwG bereits im Jahr 2000 feststellte, dass die artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelungen zwar eng auszulegen seien (hier zu Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 1 FFH-Richtlinie), aber die EuGH Rechtsprechung zu primärrechtlichen Re-

229 VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI.,- juris 1.Leitsatz.

230 VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris Rn. 119.

231 VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris Rn. 123-124.

232 VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris Rn. 124; so wohl auch Gellermann, Fn.195, S.15.

gelung nicht ohne weiteres auf die Sekundärregelungen übertragbar seien.²³³

Auch in späteren Entscheidungen legte das BVerwG die Ausnahmegründe von Art. 9 (und der FFH-RL) ebenfalls nicht mehr am engen Maßstab des europäischen Primärrechts aus. Bei Infrastrukturvorhaben sah das BVerwG die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit und relativierte die Darlegungsanforderungen im Vergleich zum Gebietsschutz sogar.²³⁴

In beachtlichen Teilen der Rechtsprechung wird eine weite Auslegung des Begriffs vertreten.²³⁵

Das **VG Darmstadt** entschied 2018 (vom VG Gießen kritisch erwähnt), dass unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit in Art. 9 Abs. 1 lit. a) VS-RL auch Windkraftanlagen fielen, die der nachhaltigen Energieversorgung und dem Klimaschutz dienen.²³⁶ Das Urteil wurde vom **VGH Kassel** (ohne eigenständige Begründung) bestätigt.²³⁷

V.a. aber das **OVG Rheinland-Pfalz entschied mit Urteil vom 6.11.2019**²³⁸, bestätigt vom **BVerwG mit Beschluss vom 15.07.2020**²³⁹ u.a. zur Erteilung einer Ausnahme für den Neubau einer zweiten Rheinbrücke, dass in der Rechtsprechung weitgehend Einigkeit darüber herrsche, dass der Unionsgesetzgeber nicht beabsichtigt habe, durch ein enges Verständnis der Vorschrift praktisch alle Infrastrukturprojekte, wie z. B. Straßen, deren Errichtung oder Betrieb zwangsläufig zur Beeinträchtigung von Vögeln führten, zu untersagen; unter Berücksichtigung insbesondere der sich **aus Art. 2 der Vogelschutzrichtlinie** ergebenden Zielsetzung der VS-RL sei vielmehr der Begriff der öffentlichen Sicherheit in Art. 9 Abs. 1 Buchstabe a) Vogelschutzrichtlinie **weit und dahingehend auszulegen**, dass er auch den Schutz des Staates und der sonstigen Träger öffentlicher Gewalt und **kollektiver Schutzgüter** umfasse; der im Begriff der öffentlichen Sicherheit angelegte Schutz des Staates sei außer auf bereits vorhandene Einrichtungen auch auf solche in Planung zu erstrecken; damit erfasst dieser **Begriff einen Großteil der Fälle, die im Rahmen der FFH-Richtlinie regelmäßig als zwingende Gründe des öffentlichen Interesses eine Abweichung von Verbotstatbeständen ermöglichen**.²⁴⁰ Daher seien Verkehrsinfrastrukturprojekte, die öffentliche Zwecke erfüllten, einer Ausnahme zugänglich.²⁴¹

233 Sailer, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Hintergrundpapier, 11.03.2020, S. 11 m.w.N.

mit Verweis auf: BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2000 – 4 C 2/99 –, Rn. 40, juris.

234 BVerwG, Urteil vom 09. Juli 2008 – 9 A 14/07 –, BVerwGE 131, 274-315,,- juris Rn. 124 – 125; so auch schon in: BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 - 4 A 1075/04,- juris Rn. 566 ff

235 Siehe Aufzählung: Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI,- juris, Rn. 116.

236 VG Darmstadt, Beschluss vom 24. August 2018 – 6 L 4907/17.DA –, Rn. 166 - 167, juris.

237 Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 06. Januar 2020 – 9 B 1876/18 –, Rn. 28 - 29, juris.

238 OVG Koblenz, Urteil vom 06.11.2019 – 8 C 10240/18 = BeckRS 2019, 47063.

239 BVerwG, Beschluss vom 15.07.2020 – 9 B 5.20 = BeckRS 2020, 20357, Rn. 23 (kein durchgreifender Zulassungsgrund)

240 OVG Koblenz Ur. v. 6.11.2019 – 8 C 10240/18= BeckRS 2019, 47063 Rn. 242; siehe auch: Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 21. August 2009 – 11 C 318/08.T –, Rn. 771, juris.

241 OVG Koblenz Ur. v. 6.11.2019 – 8 C 10240/18= BeckRS 2019, 47063 Rn. 244, mit Verweis auf: OVG NRW, Urteil vom 29. März 2017 - 11 D 70/09.AK -, juris, Rn. 949 und BayVGH, Urteil vom 19. Februar

Dieser weiten Auslegung hat sich die **UMK** ausdrücklich angeschlossen. Danach erfasse der Begriff „neben dem Schutz der zentralen Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und Vermögen des Einzelnen auch den Schutz von Einrichtungen des Staates oder [...] von sonstigen durch Private betriebenen, dem öffentlichen Interesse dienenden Einrichtungen und kollektive Schutzgüter und sei außer auf bereits vorhandene Einrichtungen auch auf solche, die sich noch in der Planung befinden, zu erstrecken.“²⁴² Mit Verweis auf die o.g. Rtsp. des EuGH zur Bedeutung der Energieversorgung gelten die Erwägungen zur Sicherung der Energieversorgung auch bei der Zulassung von WEA.

Nach dem **UMK Beschluss** sei die Errichtung von Windenergieanlagen vor dem Hintergrund der Bedeutung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien als Maßnahme des Klimaschutzes und zur Sicherstellung der Energieversorgung ein öffentlicher Belang i.S.v. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG, der in der Einzelfallabwägung bei Vorliegen der übrigen Ausnahmevoraussetzungen, (...) die artenschutzrechtlichen Belange in bestimmten Fällen überwiegen könne. Denn die Bundesrepublik Deutschland habe sich in Übereinstimmung mit und zur Umsetzung von Völker- und Unionsrecht zur Reduktion von Kohlenstoffdioxid-Emissionen verpflichtet, Windenergie einen maßgeblichen, wenn nicht den tragenden Teil, einer auf erneuerbaren Technologien basierten Energieversorgung stellen werde²⁴³ (mit Verweis auf § 3 Nr. 21 lit. b EEG). Dass Deutschland derzeit (noch) Strom im Umfang von netto 51 TWh (2018) bzw. rund 37 TWh (2019) exportiert habe, stehe dem Überwiegen des öffentlichen Interesses am Ausbau der Windenergie nicht entgegen, denn die krisensichere Funktion der Stromnetze und damit der Stromversorgung in Europa bei enger zusammenwachsenden Strommärkten und europaweit ansteigenden Anteilen fluktuierender erneuerbarer Energien sei ebenso sicherzustellen.²⁴⁴ Die UMK tritt der anderslautenden Auffassung explizit entgegen. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden lässt daher die Frage nach der abschließenden Begriffsdefinition offen und stuft den streitgegenständlichen Windpark als kritische Infrastrukturmaßnahme ein.²⁴⁵

(3) Konkretisierungsfreiheit der Mitgliedstaaten

Dem weiten Begriffsverständnis ist zu folgen. Dafür, dass der europäische Gesetzgeber eine enge Begriffsdefinition bei Richtlinienerrlass im Blick hatte, gibt es keine Hinweise.

Alleine die Tatsache, dass der Begriff in der Richtlinie nicht weiter definiert wird, erlaubt es im Umkehrschluss nicht, auf die Rechtsprechung des EuGH zu den im Primärrecht verbürgten Grundfreiheiten abzustellen, weil dort in Art. 36 AEUV Ausnahmen von dem Verbot von Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen (u.a.) aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit möglich sind. Es handelt sich hierbei um die Grundfreiheiten zur Gewährleistung des Funktionierens des europäischen Bin-

2014 - 8 A 11.440 u.a. -, juris, Rn. 849 ff. sowie OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23. August 2017 - 2 K 66/16 -, juris, Rn. 192, jeweils m.w.N

242 UMK, S. 5 mit Verweis auf: HessVGH, Urt. v. 21.08.2009 – 11 C 318/08.T –, juris Rn. 771

243 Ausführlich: UMK, S.5/6

244 Ausführlich: UMK, S.9

245 VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI.- juris, Rn. 120 ff.

nenmarktes.²⁴⁶ Art. 36 AEUV ermöglicht eine Ausnahme vom Grundsatz des freien Warenverkehrs und ist daher restriktiv auszulegen.²⁴⁷ Hieraus lassen sich keine Rückschlüsse auf den Bedeutungsgehalt eines Richtlinien textes ableiten, wie das BVerwG bereits richtig klarstellt hat.²⁴⁸

Vielmehr ist zu beachten, dass der EuGH im **Schwarze Sulm** Urteil bei der Auslegung des **Begriffs des öffentlichen Interesses** nach Art. 4 Abs. 7 der Wasserrahmenrichtlinie²⁴⁹ den Mitgliedstaaten einen Ermessenspielraum zuspricht.

Nach dem EuGH sei den Mitgliedstaaten bei der Prüfung der Frage, ob ein konkretes Vorhaben in einem solchen Interesse liegt, ein **gewisses Ermessen einzuräumen**. Die Richtlinie (...) die auf der Grundlage von Art. 175 Abs. 1 EG (jetzt Art. 192 Abs. 1 AEUV) erlassen worden sei, lege nämlich allgemeine Grundsätze und einen Handlungsrahmen für den Gewässerschutz fest und solle die grundlegenden Prinzipien und Strukturen für den Schutz und den nachhaltigen Gebrauch von Wasser in der Union koordinieren, integrieren und langfristig weiterentwickeln. Diese Grundsätze und dieser Rahmen sind seien später von den Mitgliedstaaten durch den Erlass konkreter Maßnahmen weiterzuentwickeln. Somit ziele diese Richtlinie **nicht auf eine vollständige Harmonisierung** der wasserrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten ab (...).²⁵⁰

Dieses für die Wasserrahmenrichtlinie angenommene Ermessen kann zumindest grundsätzlich auch auf anderes Sekundärrecht übertragen werden, dass auf Art. 175 EG bzw. Art. 192 AEUV erlassen wurde, was für die VS-RL zutrifft. Es ist nicht ersichtlich, dass das Artenschutzrecht einen weitergehenden Harmonisierungsgrad aufweist als die Wasserrahmenrichtlinie. Denn auch im Artenschutzrecht erfolgte keine vollständige und abschließende Regelung des Artenschutzes. Regt das Unionsrecht etwa nur die Ergreifung bestimmter Maßnahmen an oder lässt es die Frage offen, ob bestimmte Maßnahmen getroffen werden müssen, liegt keine erschöpfende Regelung der entsprechenden Frage durch das Unionsrecht vor.²⁵¹ Die VS-RL verlangt von den Mitgliedstaaten hinsichtlich des Artenschutzes „erforderliche Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung“²⁵². Es obliegt also den Mitgliedstaaten, diese allgemeinen Vorgaben zu konkretisieren und weiterzuentwickeln. Dies kann sich nicht nur auf die Schaffung der „allgemeinen Regeln“ beziehen, sondern zwangsläufig auch auf die Ausnahmegründe.

Der Ausnahmegrund für Windenergieanlagen ist daher in Art. 9 VS-RL zu finden und liegt darin, dass der erforderliche *Abstand* zwischen den Ausnahmegründen nicht zu überspannen ist. Eine Auslegung angelehnt an Art. 9 Berner-

246 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz, 71. EL August 2020, AEUV Art. 34 Rn. 13-19.

247 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz, 71. EL August 2020, AEUV Art. 36 Rn. 2 mit Verweis auf: EuGH 7/61, Slg. 1961, 695 (720) – Kom./ Italien; 13/68, Slg. 1968, 680 (694) – Salgoil; 46/76, Slg. 1977, 5 Rn. 12, 15 – Bauhuis; 113/80, Slg. 1981, 1625 Rn. 7 – Kom./Irland

248 BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2000 – 4 C 2/99 –, Rn. 40, juris.

249 Richtlinie 2000/60/EG vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik

250 EuGH, Urteil vom 04.05.2016, C-346/14, - juris Rn. 70.

251 *Epiney*, in: Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Auflage 2019, 1. Teil, Rn. 65.

252 Art. 5 Abs. 1 VS-RL.

Abkommen²⁵³ zeigt, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit dem **Schutz öffentlicher Kollektivinteressen** enthält, deren Sicherstellung der (moderne und an Grundrechten gebundene) Staat für seine Bevölkerung sicherzustellen hat. Demgegenüber sind andere, vorrangige öffentliche Belange (Art. 9 Abs. 1 3. Spiegelstrich Berner-Abkommen) weiter zu verstehen. Diese müssen auch – aber nicht ausschließlich – im kollektiven Interesse stehen. Anders lässt sich die Aufzählung im Berner-Abkommen nicht deuten.²⁵⁴ Zudem ist Art. 2 VS-RL zu beachten und bei der Auslegung heranzuziehen. Art. 2 VS-RL stellt nach dem EuGH keine eigenständige Abweichung von der durch die Vogelschutzrichtlinie geschaffenen allgemeinen Schutzregelung dar.²⁵⁵ Dies spricht aber gerade dafür, bei der Erteilung von Ausnahmen ökologische, wissenschaftliche und kulturelle Erfordernisse zu beachten und den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung zu tragen.

Daraus folgt wiederum, dass Windenergieanlagen zumindest dann dem Interesse der öffentlichen Sicherheit dienen, wenn hierdurch Kollektivinteressen geschützt werden, deren Schutz der Staat zu verantworten hat. Eine einzelne Windenergieanlage vermag dies nicht unbedingt zu rechtfertigen, weil ein Kollektivinteresse nicht erfüllt wird. Demgegenüber ist aber die Energieversorgung und die Umstellung des Stromproduktionsprozesses auf Erneuerbarer Energien zur Begegnung des Klimawandels, zur Begrenzung des durchschnittlichen Temperaturanstiegs auf deutlich unter 2 °C und damit die Erfüllung des Pariser Klimaschutzabkommens von 2015 ganz offensichtlich im Kollektivinteresse und berührt die Grundverantwortung des (Verfassungs-)Staates.²⁵⁶ Soweit es eine gesellschaftliche und demokratische Entscheidung darüber gibt, die Stromproduktion auf Erneuerbare Energien und damit auch auf Windenergie umzustellen, ist die öffentliche Sicherheit also berührt. Eine konkrete Gefährdung der Energieversorgung ohne Erteilung der Ausnahmegenehmigung bedarf es hingegen nicht, um eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit annehmen zu können.

Unabhängig davon, dass die *konkrete Gefahr* für grundlegende gesellschaftliche Interessen in den Folgen des Klimawandels liegt²⁵⁷, ist entscheidend, dass die Umsetzung der nationalen und europäischen Klimaschutzziele gefährdet ist, wenn der Ausbau erneuerbarer Energien – und das heißt nach den gegenwärtigen Erkenntnissen wesentlich auch der Ausbau der landseitigen Windenergie - auf geeigneten und zur Verfügung stehenden Flächen nicht zeitnah erfolgt. Über die

253 Siehe hierzu bereits oben Teil 2.

254 a.A. Gellermann, Fn.195, S. 12

255 EuGH Urt. v. 23.4.2020 – C-217/19 = BeckRS 2020, 6609 Rn. 85,

256 Siehe hierzu: Callies, Abstand halten: Rechtspflichten der Klimaschutzpolitik aus planetaren Grenzen, ZUR 2019, 385. Franz, Klimaschutz und Menschenwürde, UPR 2020, 1; Groß, Die Ableitung von Klimaschutzmaßnahmen aus grundrechtlichen Schutzpflichten, NVwZ 2020, 337; Sachverständigenrat für Umweltfragen (SUR), Sondergutachten, 27.06.2019: Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen - Zur Legitimation von Umweltpolitik, abrufbar unter:

https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2016_2020/2019_06_SG_Legitimation_von_Umweltpolitik.html

257 Vgl. dazu auch Beschluss des BVerfG vom 24.03.2021, Fn. 14

Umstellung der Energieversorgung im Interesse des Klimaschutzes darf der Mitgliedstaat selbstverständlich entscheiden.²⁵⁸

Soweit also ein Windpark oder auch eine einzelne Windenergieanlage diesem definierten Ziel zuzuordnen ist, kann zugleich die öffentliche Sicherheit berührt sein. Entscheidend ist aber, dass diese Zuordnung objektiv möglich ist. Hierfür muss der Staat bzw. der Gesetzgeber objektive Maßstäbe ansetzen, an denen erkennbar wird, dass die jeweils zu genehmigende Windenergieanlage dem übergeordneten Interesse der öffentlichen Sicherheit auch zuzuordnen ist. Dies kann durch Festsetzung von Mindeststrommengen erfolgen, die durch Windenergie produziert werden sollen, durch Flächenvorgaben in den Bundesländern oder andere Bedarfsfestlegungen. Entsprechende Weichenstellungen sind bereits erfolgt (EEG-Ausbaupfad landseitige Windenergie) bzw. werden voraussichtlich in absehbarer Zeit durch die Gesetzgebung des Bundes und der Länder auch räumlich konkretisiert werden. Solange diese Mengenvorgaben nicht erfüllt sind, kann grundsätzlich jede Windenergieanlage, die Strom in das allgemeine Netz einspeist, unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit fallen.

Indem der Gesetzgeber Klimaschutzziele und durch das EEG 2021 Steigerungsraten festsetzt (z.B. 65 % Anteil Erneuerbarer Energien, § 1 Abs. 1 EEG 2021) bzw. Ausbaupfade festlegt (§ 4 EEG- 2021), ist die Annahme der öffentlichen Sicherheit begründet.²⁵⁹ Zugleich ist aber bei Erteilung der jeweiligen Ausnahme zu begründen, weshalb die zu genehmigende Windenergieanlage zur Zielerreichung tatsächlich auch erforderlich ist. Je größer die Stromlücke zur Erreichung des Ausbauziels noch ist, desto eher wird dies anzunehmen sein. Gleiches gilt bei zunehmenden Zeitdruck, also der Ausbaupfad in zeitlicher Hinsicht ohne die Anlage nicht sicher erreicht werden kann. Sind die Ausbauziele erreicht oder fast erreicht, steigt das Begründungserfordernis. Daher wird dringend empfohlen, die Ausbauziele weiter zu konkretisieren²⁶⁰ und mindestens auf Ebene der Bundesländer herunter zu brechen.

dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist es daher überzeugend, dass Windenergievorhaben dann dem Interesse der öffentlichen Sicherheit dienen, wenn der Gesetzgeber beabsichtigt, seine Energieproduktion auf Erneuerbare Energien und damit auch auf Windenergie umzustellen und die hierfür ggf. festzusetzenden Ausbauziele noch nicht erreicht wurden. Windenergieprojekte sind in diesem Zusammenhang als kritische Infrastrukturmaßnahmen grundsätzlich ausnahmefähig.²⁶¹

b) Weitere Ausnahmegründe:

258 Siehe hierzu: *Bovet/Dross/Kindler*, Bundesweite Flächenvorgabe für den Ausbau von Windenergie an Land, NVwZ 2020, 754.

259 Siehe weitergehende Begründung für das öffentliche Interesse von Windkraft: So auch Beschluss Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020).

260 Verheyen, Windenergie an Land Gesetz, Mai 2020, <https://www.greenpeace-energy.de/blog/aktuelles/9748/sowie>; Kment, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen

für Windenergieanlagen, <https://www.stiftung-klima.de/de/themen/energie/flaechen-wind/>

261 Andeutend: *Bick/Wulfert*, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, NuR 2020, 25

aa) Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ging – zumindest bislang – davon aus, dass der Auffangtatbestand der „zwingenden überwiegenden Gründe des öffentlichen Interesses“ in Art. 9 VS-RL aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, und um Wertungswidersprüche mit der FFH-RL zu vermeiden, als ungeschriebener Ausnahmegrund hineinzulesen ist. Das – vielfach kommentierte – Urteil des VG Gießen hat nicht zu einer Meinungsänderung geführt.²⁶² Das **OVG Berlin-Brandenburg** stellte sich in seinem Beschluss zu den (frühzeitigen) Rodungsarbeiten für das Tesla-Gelände am 20.02.2020 dem VG Gießen explizit entgegen und folgt der Auffassung, wonach Art. 9 VS-RL um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Interessen“ zu erweitern sei.²⁶³ Das OVG Münster hat dies kürzlich in einem Windenergiefall bestätigt und entschieden, dass für die Inanspruchnahme der Ausnahmemöglichkeiten vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot von einer Gleichstellung der Ausnahmemöglichkeiten des Art. 16 FFH-RL und des Art. 9 VS-RL auszugehen sei und demgemäß der Ausnahmegrund der überwiegenden öffentlichen Interessen auch mit Blick auf den Vogelschutz geltend gemacht werden könne.²⁶⁴

Dennoch sind Erwägungen des VG Gießen, weshalb der Ausnahmegrund der „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ nicht auf Art. 9 übertragbar sein soll,²⁶⁵ mit Blick auf die eher einschränkende Auslegung des Ausnahmekatalogs der VS-RL durch die Generalanwältin *Kokott*, nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen. Richtig ist zwar, dass der EuGH eine dezidierte Auseinandersetzung mit den Ausnahmegrund unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Frage der (beabsichtigten oder unbeabsichtigten) Harmonisierung der VS-RL und FFH-RL bislang vermissen lässt.²⁶⁶ Zu beachten ist aber auch, dass der Grundsatz der auch im Unionsrecht verankerte Verhältnismäßigkeitsgrund ggf. in der Alternativenprüfung Berücksichtigung gefunden hat²⁶⁷ und daher nicht mehr auf Ebene des Ausnahmegrundes zu beachten ist. Auch hierüber wird der EuGH das letzte Wort haben.

Zugleich können die Schlussanträge von *Kokott* aber auch dahingehend verstanden werden, bei Erteilung einer Ausnahme die „eröffneten Spielräume“ zu nutzen und damit die Ausnahmefähigkeit für Windenergieanlagen, auch auf Grundlage des Auffangtatbestandes zu begründen.²⁶⁸ Dies ist im Ansatz überzeugend, wenn

262 **Kritisch:** *Rietzler*, jurisPR-UmwR 4/2020 Anm. 2 (Anmerkung); *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250; *Müller/Klostermeier*, NVwZ 2020, 774; *Battefeld*, ZUR 2020, 436; *Karpenstein/Engel*, ZUR 2020, 437; **eher zustimmend:** *Gellermann*, NuR 2020, 178.

263 Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20. Februar 2020 – OVG 11 S 8/20 –, Rn. 39, juris mit Verweis auf: *Schütte/Gerbig* in: *Schlacke, GK-BNatSchG, Kommentar*, 2. Auflage, § 45 Rz. 32 f. m.w.N

264 OVG Münster, Beschluss vom 12.3.2021- 7 B 8/21 = ZUR 2021, 371 ff.

265 VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris Rn. 105-115.

266 *Müller/Klostermeier*, Europarechtskonformität der artenschutzrechtlichen Ausnahme vom Tötungsverbot zugunsten von Windenergieanlagen, NVwZ 2020, 774

267 *Schütte/Gerbig*, *Schlacke, GK-BNatSchG*, 2. Auflage, § 45 Rn. 41

268 *Lau*, NuR 2021, 28, 31;

mit dieser Begründung auch eine weite Auslegung des Ausnahmetatbestandes der öffentlichen Sicherheit herzuleiten wäre, wie hier vorgeschlagen.

bb) zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt / Auswirkungen auf die Umwelt / Gesundheitsschutz

Ob Windenergieanlagen auch unter den Schutz der Pflanzen- und Tierwelt dienen, weil Windenergie dem Klimaschutz und damit letztlich auch dem Schutz der Pflanzen- und Tierwelt zu Gute kommt, wird – soweit ersichtlich – nur vereinzelt vertreten²⁶⁹. Der Ausnahmetatbestand wird überwiegend zu Bewältigung artenschutzinterner Konfliktlagen, also bei invasiven Arten, als einschlägig erachtet.²⁷⁰

Demgegenüber wird teilweise der Ausnahmetatbestand der „maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ nach § 45 Abs. 7 Nr. 4 BNatSchG bemüht²⁷¹, der seine Grundlage aber ebenfalls in Art. 16 FFH-RL hat und nicht in Art. 9 VS-RL.²⁷² Nach wohl überwiegender Auffassung bedarf es mit Blick auf die sog. **Leybucht-Entscheidung**²⁷³ des EuGH eine „konkrete unmittelbare positive Auswirkung auf die Umwelt“ durch das zu genehmigende Vorhaben, nicht lediglich eine abstrakte Verbesserung, was bei Windenergie aber der Fall wäre.²⁷⁴ Hiergegen wird eingewandt, dass die EuGH- Entscheidung zum Habitatschutz (Art. 6 FFH-RL) erging und auf den Artenschutz nicht ohne Weiteres übertragbar sei.²⁷⁵

Mit Blick auf die Genehmigungspraxis in den Niederlanden scheint es zumindest geboten, den Schutz der Pflanzen- und Tierwelt für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung **auch** heranzuziehen. Jedoch ist zu konstatieren, dass die Verknüpfung von Windenergie mit dem Klima- und Umweltschutz am ehesten dem öffentlichen Interesse / der öffentlichen Sicherheit zugeordnet werden kann. Hierauf – und auf den Ausnahmegrund der Gesundheit des Menschen beruft sich das Land Schleswig-Holstein zur Prognostizierung von Ausnahmegenehmigungen für den Seeadler, ohne jedoch eine rechtsverbindliche Begriffsdefinition für sich in Anspruch zu nehmen.²⁷⁶

c) Ergebnis zum Vorliegen eines Ausnahmegrundes

Abschließend ist zum Vorliegen eines Ausnahmegrundes festzuhalten, dass der Ausbau der Windenergie als Klimaschutzmaßnahme der öffentlichen Sicherheit dient. Der Ausnahmegrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentli-

269 Verheyen, in Greenpeace Energy, Gutachten „Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemnissen im öffentlichen Interesse“, S.29. Abrufbar auf: <https://www.greenpeace-energy.de/presse/artikel/rechtsgutachten-zeigt-ausbau-der-windkraft-an-land-kann-deutlich-erleichtert-werden.html>. Siehe mit Blick auf die holländische Praxis aber auch Backes/Akerboom et.al., a.a.O.

270 Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Auflage, § 45 Rn. 25.

271 Sailer, ZNER 2020., 206, S. 211; Ruß, NuR 2016, 591 (592); VG des Saarlandes, Urteil vom 19. September 2007 – 5 K 58/06 –, Rn. 98, juris

272 Ebenfalls kritisch: Gellermann, S. 9/10.

273 EuGH, Urt. v. 28.02.1991- C- 57/89 = NVwZ 1991, 559, Rn. 25.

274 Gläß, in BeckOK UmweltR, 56. Ed. 1.10.2020, BNatSchG § 45 Rn. 44.

275 Sailer, a.a.O.

276 Siehe Begründung zu Ziff. 5.8.3 (4), S. 16, Regionalplan Planungsraum I.

chen Interesses steht Windenergievorhaben nach h.M. gleichfalls zur Verfügung. Der Ausnahmegrund der Schutz der Pflanzen- und Tierwelt sollte flankierend herangezogen werden. Nicht überzeugend ist es hingegen, keinen Ausnahmegrund als einschlägig zu erachten.

3. Keine andere zufriedenstellende Lösung:

VS-RL und FFH-RL verlangen zur Erteilung einer Ausnahme, dass es *keine andere bzw. anderweitige zufriedenstellende Lösung* gibt. In Deutschland findet sich in Art. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG die Wortwahl der „*zumutbaren Alternativen*“. Wie weit die in diesem Wortlaut angelegte Alternativenprüfung reicht, ist umstritten und unionsrechtlich ebenfalls ungeklärt.

Nach dem BVerwG steht der Begriff der Alternative im Habitatschutz nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL und der einschlägigen Umsetzungsregelung in engem Zusammenhang mit den *Planungszielen*, die mit dem Vorhaben verfolgt werden. Eine Alternativlösung setze voraus, dass sich die zulässigerweise verfolgten Planungsziele trotz ggf. hinnehmbarer Abstriche auch mit ihr erreichen lassen.²⁷⁷ Inwieweit aber die für den FFH-Gebietsschutz entwickelten Leitlinien der Alternativenprüfung auf das Artenschutzrecht tatsächlich übertragbar sind, scheint noch offen.²⁷⁸ Geklärt ist hingegen, dass an die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung keine strengeren Anforderungen zu stellen sind als im Gebietsschutz.²⁷⁹

Nach dem BVerwG darf ein Vorhabenträger von einer Alternativlösung Abstand nehmen, die technisch an sich machbar und rechtlich zulässig ist, ihm aber Opfer abverlangt, die außer Verhältnis zu dem mit ihr erreichbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen. Eine Alternativlösung darf schließlich ggf. auch aus naturschutzexternen Gründen als unverhältnismäßiges Mittel verworfen werden.²⁸⁰

In der Rechtspraxis ist bei Erteilung einer Ausnahmegenehmigung umstritten ist, inwieweit bei der Alternativenprüfung zumutbare *Standort- und Ausführungsalternativen* in die Prüfung einzubeziehen sind, bzw. im welchem Maße denkbare Alternativen für den Vorhabenträger zumutbar sind.

So wird teilweise vertreten, dass vorhandene Standortalternativen für Windenergieanlagen dem Vorhabenträger auch dann objektiv zumutbar sind, wenn der Alternativstandort mit dem Erwerb des Grundeigentums verbunden ist oder der Erwerb mangels Verkaufsbereitschaft des Eigentümers nicht möglich ist.²⁸¹

Demgegenüber wird auch vorgetragen, dass es zum Windenergieausbau in dem für eine Vollversorgung erforderlichen Umfang insgesamt keine andere zufriedenstellende Lösung gebe, was sich aus den Ausbauzielen der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie ergebe.²⁸² Hierbei wird der Ausgangspunkt der Alternativenprüfung ein anderer, nämlich die politische Zielsetzungen.

277 BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 –, BVerwGE 130, 299-383, Rn. 170

278 *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, § 45 Rn. 41

279 BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 –, BVerwGE 130, 299-383, Rn. 240

280 BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1075/04 –, BVerwGE 125, 116-325, - juris Rn. 567

281 *Gatz*, 43, Rn. 296

282 *Agatz*. Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZURr 2020, 584 (592).

Die UMK empfiehlt in ihrem Beschluss vom Mai 2020 ein abgeschichtetes Vorgehen.²⁸³ Alternativen, welche eindeutig höhere Beeinträchtigungsrisiken verursachen als die Vorzugsalternative, könnten in der Regel auf Basis einer Grobana-lyse im Vorfeld ausgeschieden werden. Gleiches gelte für Alternativen, die zwar unter artenschutzrechtlichen Gesichtspunkten günstiger seien, aber unzweifelhaft unzumutbar seien, da ihre Nachteile offensichtlich außer Verhältnis zu den artenschutzrechtlichen Vorteilen stünden.²⁸⁴ Eine (erforderliche) Standortalternative sei vorzugswürdig, wenn sie aus naturschutzfachlicher Sicht weniger einschneidend ist, beispielsweise, weil an einem Alternativstandort keine besonders ge-schützten Arten betroffen sind, wobei auf die Ausweisung von Vorranggebieten in Regionalpläne und Flächennutzungspläne verwiesen wird. Auch Ausführungs-alternativen seien zu prüfen. Es darf bezweifelt werden, dass in der Gerichtspra-xis durch die Hinweise und die beachtliche Aufarbeitung der umfangreichen Rechtsprechung tatsächlich auch Rechtssicherheit in Form einheitlicher Recht-sprechung erreicht werden kann.

Das VG Wiesbaden geht auf Grundlage einer Auslegung der VS-Richtlinie davon aus, dass Standortalternativen und Ausführungsalternativen zu prüfen seien. Al-ternativstandorte müssten aber tatsächlich realisierbar sein, wozu gehöre, dass dem Vorhabenträger die Fläche auch zur Verfügung steht, d.h. dieser er sie an-eignen oder pachten könne.²⁸⁵ Wann dies der Fall ist, bleibt aber offen. Auch in räumlicher Perspektive ist der Untersuchungsraum streitig. Nach dem VG Wies-baden seien Nachbargemeinden des geplanten Standortes noch von dem Suchbe-reich umfasst sein. Je weiter entfernt der Alternativstandort liege, desto mehr sei davon auszugehen, dass es sich um ein gänzlich anders Vorhaben handele.²⁸⁶ Damit werden keine klaren Raumgrenzen gesetzt.

Die Alternativenprüfung bleibt danach aber stets **vorhabenbezogen**. Fraglich - und von *Agatz* zu Recht hervorgehoben - ist, ob die Alternativenprüfung für den Ausbau von Windenergieanlagen nicht vielmehr in Kohärenz zu dem Ausnahme-grund stehen sollte, der herangezogen wird. Soweit – wie hier – der Ausbau der Windenergie in die öffentliche Sicherheit gestellt wird, könnte die Alternativen-prüfung gleichfalls von politischen Weichenstellungen, wie der Festlegungen über eine räumliche Verteilung der Windlasten zwischen den Bundesländern bzw. Flächenausweisungen für die Windnutzung in einem Gebiet, gestellt wer-den.

a) Europarechtliches Prüfprogramm

Der **EuGH** hat zur Ausnahmegenehmigungen nach Art. 16 FFH-RL, bzgl. der Entnahme des Wolfes entschieden:

„Außerdem verpflichtet Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie die Mitglied-staaten, eine genaue und angemessene Begründung für die Annahme dar-

283 UMK, S. 12

284 UMK, S. 12

285 VG Wiesbaden Fn 197, Rn. 129.

286 VG Wiesbaden Fn 197, Rdnr. 131.

zutun, dass es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt, **um die Ziele zu erreichen**, auf die die fragliche Ausnahmeregelung gestützt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Juni 2007, Kommission/Finnland, C-342/05, ECLI:EU:C:2007:341, Rn. 31).

Diese Begründungspflicht ist nicht erfüllt, wenn die Entscheidung über eine Ausnahme **weder Angaben** zum Fehlen einer anderen zufriedenstellenden Lösung enthält noch auf die in diesem Zusammenhang relevanten technischen, rechtlichen und wissenschaftlichen Berichte verweist (vgl. entsprechend Urteile vom 16. Oktober 2003, Ligue pour la protection des oiseaux u. a., C-182/02, ECLI:EU:C:2003:558, Rn. 14, und vom 21. Juni 2018, Kommission/Malta, C-557/15, ECLI:EU:C:2018:477, Rn. 50 und 51).²⁸⁷

Der EuGH gibt keine Begriffsdefinition, hebt aber das hohe Begründungserfordernis hervor. Dies gilt auch für Art. 9 VS-RL.²⁸⁸ Ansatzpunkt hierfür ist aber das jeweils mit der Ausnahme verfolgte Ziel. Die Europäische Kommission verweist in Ihrem Leitfaden²⁸⁹ auf die **Rechtssache C-10/96**²⁹⁰ und **C-182/02**²⁹¹ zu Art-9 VS-RL und schlägt zur Prüfung der Frage, ob es „keine andere zufriedenstellende Lösung“ eine dreigeteilte Prüfung vor:

1. Welches Problem oder welche spezifische Situation gilt es zu regeln?
2. Gibt es andere Lösungen?
3. Wenn ja, sind sie als Lösung für das Problem oder für die spezifische Situation, für das/die die Abweichung beantragt wird, geeignet?

Die erste Prüfungsfrage setze voraus, dass ein besonderes Problem oder eine besondere Situation vorliege. Die zuständigen nationalen Behörden seien aufgefordert, dieses Problem oder diese Situation zu lösen, indem sie von den möglichen Alternativen die auswählen, die am ehesten geeignet ist, den besten Schutz für die betreffende Art zu gewährleisten gleichzeitig das Problem/die Situation zu lösen. Zu den möglichen Lösungen könnten alternative Standorte (oder Trassen), andere Größenordnungen oder Entwicklungspläne bzw. alternative Aktivitäten, Prozesse oder Methoden gehören.²⁹² Ein Rückgriff auf die Ausnahmegenehmigung müsse der letzte Ausweg sein.²⁹³ Eindeutig scheint, dass EuGH das objektive Vorliegen der Notwendigkeit der Ausnahme verlangt.²⁹⁴

Der vorgeschlagene Prüfungsaufbau läuft nach Auffassung der Verf. letztlich auf eine *Verhältnismäßigkeitsprüfung* hinaus. Die Ausnahme muss demnach erforderlich sein, es darf kein mildereres, gleich wirksames Mittel der Zielerreichung

287 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 49-50.

288 EuGH Urt. v. 21.6.2018 – C-557/15 = BeckRS 2018, 12064 Rn. 50.

289 Leitfaden EU-Kommission, S. 65.

290 EuGH, Urteil vom 12.12.1996 - C-10/96 = BeckRS 2004, 74025.

291 EuGH, Urteil vom 16.10.2003 - C-182/02 = BeckRS 2004, 74749.

292 Leitfaden EU-Kommission, S. 37.

293 Leitfaden EU-Kommission, S. 38.

294 EuGH, Urteil vom 15.12.2005 - C-344/03 = BeckRS 2005, 70992, Rn. 33; Leitfaden EU-Kommission, S. 42.

geben.²⁹⁵ In den Schlussanträgen zu dem Vorabentscheidungsverfahren aus Frankreich zum Fang von Vögeln unter **Verwendung von Leimruten** unterstreicht Generalanwältin *Kokott* ebenfalls die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Frage nach einer anderen zufriedenstellenden Lösung:²⁹⁶

„Die Verbote der Art. 5 bis 8 der Vogelschutzrichtlinie sind Maßnahmen, die Freiheiten einschränken, um die Ziele der Richtlinie zu verwirklichen (...) Vielmehr bedürfen die eng auszulegenden Ausnahmen vom Vogelschutz einer Begründung. Auch die auf dieser Grundlage getroffenen Maßnahmen müssen geeignet und erforderlich sein, um die jeweiligen Ziele zu erreichen, da andernfalls ihr Ziel die Anwendung der Ausnahme nicht rechtfertigt. Vor allem aber dürfen die Auswirkungen der Maßnahmen auf den Vogelschutz nicht außer Verhältnis zu dem jeweiligen Ziel stehen.“²⁹⁷

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 17.03.2021 die Bedeutung der Begründung über das Fehlen „anderer zufriedenstellender Lösung“ hervorgehoben und dass aus Gründen der Rechtssicherheit die nationale Regelung die Kriterien für die Abweichung klar und präzise anführen und die mit ihrer Anwendung betrauten Stellen verpflichtet sind, sie zu berücksichtigen.²⁹⁸

Die Umsetzung dieses europarechtlichen Prüfungsprogramms fand bereits Eingang in die deutsche Rechtsprechung: Das **OVG Magdeburg** hatte über die Rechtmäßigkeit und Europarechtskonformität der sog. Kormoranverordnung des Landes Sachsen-Anhalt zu entscheiden, welche dem Schutz der natürlichen Fischfauna und der Abwendung erheblicher fischereiwirtschaftlicher Schäden durch Kormorane (*Phalacrocorax carbo*) dient. Zu diesem Zweck dürfen die dazu berechtigten Personen Kormorane in bestimmten Bereichen bejagen und die Entstehung neuer Brutkolonien verhindern. Durch diese Maßnahmen sollen Kormorane bei drohenden Schäden aus diesen Bereichen „vergrämt werden.“²⁹⁹ Das OVG Magdeburg nahm gleichfalls eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit vor und entschied, dass gemessen an der Zielsetzung die Kormoranverordnung erforderlich sei, da gleich geeignete Maßnahmen, die im Hinblick auf den Kormoran einen geringeren Eingriff in das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG darstellen, nicht ersichtlich seien.³⁰⁰

Die Entscheidung des OVG Magdeburg könnte dahin deuten, dass eine Ausnahmeerteilung im Wege des intendierten Ermessens zulässig sein dürfte. Nicht durch den EuGH entschieden ist die Frage, ob die Ausnahmeprüfung gänzlich unabhängig vom einzelnen Vorhaben bzw. dem Umfang der Ausnahmen erfolgen darf.

295 *Köck*, NuR 2018, 812 (815).

296 Generalanwältin beim EuGH (*Kokott*), Schlussantrag v. 19.11.2020 – C-900/19 = BeckRS 2020, 31298 Rn. 23 ff.

297 Generalanwältin beim EuGH (*Kokott*), Schlussantrag v. 19.11.2020 – C-900/19 = BeckRS 2020, 31298 Rn. 28, 29.

298 EuGH, Urteil vom 17.03.2021 – C-900/19 = BeckRS 2021, 4433, Rn. 29.

299 OVG Magdeburg Ur. v. 22.11.2017 – 2 K 127/15 = BeckRS 2017, 140766 Rn. 9.

300 OVG Magdeburg Ur. v. 22.11.2017 – 2 K 127/15 = BeckRS 2017, 140766 Rn. 104; nachfolgend (Zurückweisung der Beschwerde gegen Nichtzulassung der Revision) BVerwG, Beschluss vom 31.07.2018 – 4 BN 13.18.

In Deutschland sind insbesondere die Kormoran-Verordnungen einiger Bundesländer und deren Anerkennung durch Landesgerichte Anlass dafür gewesen, großzügig Bereichsausnahmen durch generell-abstrakte Rechtsetzung auch für die Windenergie vorzuschlagen.³⁰¹ Die Verfasser sind der Auffassung, dass hier Zurückhaltung geboten ist,³⁰² weil die Kormoran-Verordnungen immerhin klare Eingrenzungen in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht enthalten³⁰³ und damit die Ausnahmen deutlich begrenzen. Deutlich schwerer aber wiegt, dass der EuGH in seinem jüngsten Urteil v. 17.3.2021³⁰⁴ zum Vogelschutz mit Blick auf die Leimrutenjagd in bestimmten französischen Regionen deutlich gemacht hat, dass die Mitgliedstaaten bei einer Ausnahmeerteilung verpflichtet sind, „sicherzustellen, dass jeder Eingriff, der geschützte Arten betrifft, nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt wird, die mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sind, in der auf die in Art. 9 Abs. 1 und 2 der Richtlinie vorgesehenen Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug genommen wird.“³⁰⁵ Pauschalen Bereichsausnahmen dürfte damit die Grundlage entzogen sein.

b) Am Ausbauziel orientierte Alternativenprüfung

Dies spricht dafür, die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung als einen auf das damit verbundene Ziel bezogenen **Abwägungsprozess** zu verstehen. Drin liegt eine Differenz zur Alternativenprüfung beim Gebietsschutz, die dadurch charakterisiert ist, dass der Standort des Vorhabens (des Projekts) im Schutzgebiet gerade im Mittelpunkt der Gesamtbetrachtung steht. Dieser Abwägungsprozess ist als Ausprägung des im Unionsrecht geltenden allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu verstehen.³⁰⁶

Insofern ist es unter der gegenwärtigen Rechtslage auch nicht überzeugend, den Antragsteller auf Standortalternativen zu verweisen, die außerhalb von ausgewiesenen Konzentrationszonen (Vorrangflächen für Windenergie) liegen, wenn die Vorhabenrealisierung innerhalb von Konzentrationszonen beabsichtigt ist und Alternativstandorte schon im Rahmen der Planung geprüft worden sind³⁰⁷ oder auf die der jeweilige Antragsteller tatsächlich keinen Zugriff hat.³⁰⁸ Dies ist verhältnismäßig im o.g. Sinn.

301 Siehe den Regelungsvorschlag der Stiftung Klimaneutralität: <https://www.stiftung-klima.de/de/themen/energie/artenschutz-und-windenergie/>.

302 Siehe insoweit die Kritik am Urteil des OVG Magdeburg v. 22.11.2017 zur Kormoranverordnung des Landes Sachsen-Anhalt etwa bei Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, zu § 45, Rn. 59.

303 Siehe nur die Kormoran-Verordnung des Landes Sachsen-Anhalt v. 14.9.2014 und das dazu ergangene Urteil des OVG Magdeburg v. 22.11.2017.

304 Rs. C-900/19.

305 EuGH, Urt. v. 17.3.2021, Rs. C-900/19, Rn. 29 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 21.6.2018, Rs. C-557/15.

306 Generalanwalt beim EuGH Schlussantrag v. 8.5.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 8027 Rn. 47 mit Verweis auf: Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Kommission/Finnland (C-342/05, ECLI:EU:C:2006:752, Nr. 24.

307 So auch Gellermann, NdsVBl. 2016, 13, 17; Müller-Mitschke, NuR 2015, 741, 747; Ruß, NuR 2016, 595; siehe auch KNE, Die Ausnahme (Fn. 5), S. 11.

308 Ruß, NuR 2016, 591 (595); Sailer a.a.O.; Agatz a.a.O.; a.A.: OVG Lüneburg Beschl. v. 11.5.2020 – 12 LA 150/19 = BeckRS 2020, 9926 Rn. 50,

Das Ziel der Ausnahmegenehmigung für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen liegt im Interesse der öffentlichen Sicherheit, soweit hiermit die Umstellung des Energiesektors auf Erneuerbare Energien erreicht werden muss um die verbindlichen Klimaziele erreichen zu können. Die erforderliche Festlegung des Ausbaubedarfs (oder Flächenausbau) durch den Gesetzgeber ist damit das **legitime Ziel**, dass erreicht werden muss.

Zur hinreichenden Konkretisierung sprechen sich die Autoren dafür aus, die **Ausbauziele für Windenergie** an Land durch ein Bundesgesetz festzulegen und auf die Bundesländer – lastengerecht – zu verteilen. Sobald die jeweiligen Ausbauziele in einem Bundesland erreicht sind, wäre das legitime Ziel erreicht. Daran ist auch die **Geeignetheit** der Ausnahmegenehmigung zu messen, wobei weniger den Artenschutz einschneidende Maßnahmen als Alternative zur Erreichung der Ausbau- und Klimaziele nicht vorhanden sind. Hierbei ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu beachten, sodass auf andere Energiequellen, die theoretisch als Vergleichsmaßstab angesetzt werden könnten, nicht abzustellen ist (im UMK-Beschluss findet sich ein ähnlicher Gedanke unter dem Stichwort der Systemvariante).³⁰⁹

Im Rahmen der **Erforderlichkeit** und **Angemessenheit im engeren Sinne** wird die erforderliche Abwägung zwischen dem legitimen Zweck des Windkraftausbaus und dem Zweck der Richtlinie, dem Artenschutz, im Einzelfall vorzunehmen sein. Hierbei ist die Abwägung aber nicht an der Realisierung eines Windenergievorhabens an einem spezifischen Alternativ-standort zu messen, sondern am oben genannten übergeordneten Ziel des Windausbaus insgesamt. Standortalternativen können bei dieser Betrachtungsweise also nicht im gleichen Mittelpunkt stehen wie bei anderen Infrastrukturvorhaben, bei denen der (meist öffentliche) Vorhabenträger theoretisch auf alle denkbaren Flächen Zugriff hat.³¹⁰ Neuer Maßstab wäre es also, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung für die Stromerzeugung aus Wind gibt, und dass die zu genehmigende Windkraftanlage zur Erreichung des Energieziels beiträgt, da hierfür auch aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nur bestimmte Gebiete in Betracht gezogen werden können (und müssen). Diesen rechtlichen Ansatz verfolgt, soweit ersichtlich, auch die Niederlande.³¹¹

Damit würde der Behörde ein intendiertes Ermesse vorgegeben. Soweit auch die übrigen Ausnahmevoraussetzungen erfüllt sind, *soll* die Ausnahmegenehmigung erteilt werden. Die Behörde kann im Einzelfall von der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung absehen, müsste aber mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründen und darlegen, weshalb keine Ausnahme erteilt werden soll. Solange die Ausbauziele noch nicht erreicht wurden, kann von der Erforderlichkeit der Ausnahmeerteilung aber grundsätzlich ausgegangen werden.

309 Sonder-UMK "Windenergie und Artenschutz: Erarbeitung eines Signifikanzrahmens" vom 11.12. 2020, SS. 11

310 Eine dennoch sehr detaillierte Auswertung der Rtsp. zu Standort- und Ausführungsalternativen: Beschluss Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020), Kap. 3

311 ECLI:NL:RVS:2015:438 Ziff. 9.5 (freie Übersetzung)

Anhand dieses Prüfungsmaßstabs wird damit die Erteilung einer Ausnahme anhand der übergeordneten Zielsetzung verobjektiviert. Die Ausnahmeerteilung bemisst sich nicht mehr an den subjektiven Zugriffsmöglichkeiten des jeweiligen Antragstellers, sondern an realen Alternativvorhaben, die an anderen Standorten zur Genehmigung stehen oder voraussichtlich stehen könnten.

4. Wahrung des günstigen Erhaltungszustandes

Auch bei Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach Art. 9 VS-RL ist es erforderlich, dass der Erhaltungszustand der Population einer betroffenen Art in einem günstigen Erhaltungszustand bleibt oder sich zumindest nicht verschlechtert.

a) Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie

Aus der Vogelschutzrichtlinie ergibt sich, anders als in der FFH-RL, diese Tatbestandsvoraussetzung nicht unmittelbar. Nach Art. 13 VS-RL darf die Anwendung der aufgrund dieser Richtlinie getroffenen Maßnahmen in Bezug auf die Erhaltung aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten nicht zu einer Verschlechterung der derzeitigen Lage führen. Daraus ist abzuleiten, dass die Erteilung der Ausnahme zumindest nicht zu einer Verschlechterung der derzeitigen Lage führen darf.³¹²

In der innerstaatlichen Norm § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG ist nur dieses Verschlechterungsverbot normiert³¹³. Auf die weitergehenden Anforderungen von Art. 16 FFH-RL (günstiger Erhaltungszustand im natürlichen Verbreitungsgebiet) wird durch den Verweis auf Art. 16 FFH-RL verwiesen.³¹⁴ Auch der in Art. 2 VL-RL niedergelegte Auftrag an die Mitgliedstaaten, die Bestände aller unter Artikel 1 VS-RL fallenden Vogelarten auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, impliziert, den Erhaltungszustand der betroffenen Art zu berücksichtigen. Auch wenn die Anforderungen von Art. 16 FFH-RL strenger sind als die von Art. 9 VS-RL, ist die Rechtsprechung hierzu grundsätzlich übertragbar. Der EuGH hat die Parallelen der Richtlinien bereits wiederholt erwähnt:

„In Bezug auf die Auslegung der Vogelschutzrichtlinie und der Habitatrichtlinie ist noch hinzuzufügen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zwar hinsichtlich Letzterer Abweichungen bei ungünstigem Erhaltungszustand zugelassen werden können, die Gewährung solcher Ausnahmen zum einen aber nur unter außergewöhnlichen Umständen stattfinden kann und eine solche Gewährung zum anderen im Licht des Vorsorgeprinzips beurteilt werden muss (vgl. in diesem Sinne in Bezug auf die Habitatrichtlinie Urteil vom 10. Oktober 2019, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, C-674/17, ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 68 und 69 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Auch wenn bei der Auslegung dieser beiden Richtlinien die jeweiligen Besonderheiten berücksichtigt werden, **kann**

312 Schütte/Gerbig, in: Schlacke GK-BNatSchG, 2. Auflage, § 45Rn. 46.

313 „(...) und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert (...)“

314 Gellermann, in: Landmann/Rohmer UmweltR, 93. EL August 2020, BNatSchG § 45 Rn. 31.

diese Auslegung daher nicht als unterschiedlich angesehen werden, soweit sie in den Grenzen ihrer Besonderheiten entsprechende Erwägungen beinhaltet, die sich u. a. auf das jeweilige Schutzsystem beziehen³¹⁵

Die Erhaltung der Populationsdynamik und -stabilität der betreffenden Art ist damit langfristig sicherzustellen.³¹⁶ Das Nettoergebnis sollte trotz der Ausnahmegenehmigung für eine Art immer neutral oder positiv sein, auch wenn der Erhaltungszustand der Population nicht günstig ist.³¹⁷ Eine Ausnahme ist auch dann *ausnahmsweise* zulässig, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass sie nicht geeignet ist, den ungünstigen Erhaltungszustand der Populationen weiter zu verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands zu behindern.³¹⁸ Hierbei ist der in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankerte Vorsorgegrundsatz zu beachten.³¹⁹

Hinsichtlich der Beurteilung des Erhaltungszustandes und der Auswirkungen einer Ausnahme ist daher zu prüfen, i) wie der tatsächliche Erhaltungszustand der Population der betroffenen Vogelart zu bewerten ist und ii) welche Auswirkungen durch die Ausnahme auf die Population zu erwarten ist. Dies macht es aus Sicht der Verf. auch schwer nachvollziehbar, wie eine generelle, pauschale Ausnahmeerteilung wie etwa bei der Kormoran Verordnung europarechtskonform sein könnte. Denn über die konkreten Verluste aufgrund der Ausnahme ist dort nichts bekannt (hierzu weiter unten).

b) Erhaltungszustand der Population: Weiter Betrachtungsraum oder lokale Population

Dabei ist fraglich, wie weitreichend der Betrachtungsraum gewählt werden muss um beurteilen zu können, ob eine Verschlechterung für die Population (bzw. die Bestände, Art- 2 VS-RL) eintritt.³²⁰ Zu klären ist, ob zur Bewertung des Erhaltungszustandes der Population auf einen großräumigen Prüfungsraum abzustellen ist oder auf die lokale Population im Einwirkungsbereich der Windenergieanlagen. Je größer der Bezugsraum gewählt wird, desto eher kann wegen der kleinräumigen Auswirkungen des jeweiligen Windkraftvorhabens eine Verschlechterung ausgeschlossen werden.³²¹ Dieser Ansatz spricht eigentlich gegen einen weiten Bezugsraum, der sich auf das natürliche Verbreitungsgebiets (i.S.d. Art. 16 FFH-RL) bzw. der biogeografischen Ebene erstreckt auf mehrere Mitgliedstaat-

315 EuGH Urt. v. 23.4.2020 – C-217/19 = BeckRS 2020, 6609 Rn. 84

316 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 57

317 Leitfaden EU-Kommission, S. 69, Ziff. 51; EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007, Kommission/Finnland, C-342/05, ECLI:EU:C:2007:341, - juris Rn. 29; EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019 – C-674/17 –, Rn. 68, juris,

318 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 68

319 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 69 (66).

320 Siehe hierzu auch schon Teil 2.

321 Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346 (351)

tes³²², auch deswegen, weil die zu erstellenden Populationsmodelle und Populationsgefährdungsanalysen auf so weite Bezugsräume durch einzelne Vorhabenträger kaum zu leisten ist.³²³

Die VS-RL oder FFH-RL definieren den Begriff der *Population* oder des *Erhaltungszustandes* nicht. Die EU-Kommission definiert den Begriff der Population als eine Gruppe von Individuen derselben Art, die zur selben Zeit am selben Ort leben und sich miteinander fortpflanzen (können) (d. h. sie verbindet ein gemeinsamer Genpool).³²⁴ Der Generalanwalt im Tapiola-Fall des EuGH, Henrik *Saugmandsgaard Øe* schließt sich dieser Definition grundsätzlich an.³²⁵

Hinsichtlich des Betrachtungsraums ist die Tapiola-Entscheidung des **EuGH vom 10. Oktober 2019** zu betrachten. Hintergrund der Entscheidung ist ein Vorabentscheidungsersuchen der *Korkein hallinto-oikeus* (Oberstes Verwaltungsgericht, Finnland) zur Auslegung von Art. 16 Abs. 1 Buchst. e FFH-Richtlinie betreffend die Aufhebung von zwei Entscheidungen, mit denen die Behörde für das Jagdjahr 2015- 2016 die Tötung von Wölfen im Rahmen der sogenannten „bestandspflegerischen“ Jagdausübung gestattet hatte. Der EuGH entschied u.a. – dem Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* folgend³²⁶, dass in Bezug auf die Ausnahmen keine Bewertung des Erhaltungszustands der Populationen der betreffenden Art sowie der **voraussichtlichen Auswirkungen** der in Betracht gezogenen Ausnahme auf diesen bezogen auf das **Hoheitsgebiet** des betreffenden Mitgliedstaats oder gegebenenfalls bezogen auf die betreffende **biogeografische Region, wenn sich die Grenzen dieses Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden** oder das **natürliche Verbreitungsgebiet** der Art **dies erfordert**, und soweit möglich grenzüberschreitend vorgenommen wurde.³²⁷

Der EuGH knüpft hierbei an eine frühere Entscheidung an³²⁸ und erhöht die Anforderungen an die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung sogar.³²⁹ Für die Beurteilung des günstigen Erhaltungszustandes ist also auf eine **großräumige Betrachtung**³³⁰ abzustellen und nicht auf die lokale Population, hierbei ist nicht bereits an den Grenzen der Mitgliedstaaten halt zu machen,³³¹ wohl aber an den Grenzen von Drittstaaten.³³² Zugleich stellen aber EuGH und Generalanwalt klar, dass die Bewertung der Auswirkung einer Ausnahme bezogen auf das Gebiet einer **lokalen Population** im Allgemeinen erforderlich ist, um ihre Auswirkung auf den Erhaltungszustand der Population in einem größeren Rahmen bestimmen

322 EuGH Urt. v. 14.6.2007 – C 342/05 = BeckRS 2007 70400, beck-online; EuGH Gerichtsmitteilung v. 10.10.2019 – C-674/17, BeckEuRS 2019, 620963, beck-online; Leitfaden EU-Kommission, S. 67.

323 Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346 (352)

324 Leitfaden EU-Kommission, S. 67.

325 Generalanwalt beim EuGH Schlussantrag v. 8.5.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 8027 Rn. 80

326 Generalanwalt beim EuGH Schlussantrag v. 8.5.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 8027 Rn. 2.

327 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 81.

328 EuGH, Urt. v. 14.6.2007 – Rs.: C-342/05, ECLI:EU:C:2007:341

329 *Borwieck*, Die geplante Änderung des BNatSchG zur erleichterten Entnahme von Wölfen im Lichte der Tapiola-Entscheidung des EuGH, ZUR 2020, 50 (51)

330 Schon im Vorfeld *Köck*, NuR 2018, 812 (815).

331 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 58

332 Generalanwalt beim EuGH Schlussantrag v. 8.5.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 8027 Rn. 85.

zu können. Da nämlich eine Ausnahme konkreten Anforderungen und spezifischen Situationen Rechnung tragen müsse, werden sich ihre Folgen in der Regel am unmittelbarsten in dem von ihr betroffenen lokalen Gebiet bemerkbar machen. Auch hänge der Erhaltungszustand der Population (in dem Fall des Wolfs) auf nationaler oder biogeografischer Ebene außerdem von der kumulierten Auswirkung der verschiedenen, die lokalen Gebiete betreffenden Ausnahmen ab.³³³ Allerdings berührt das mögliche Abstellen auf die lokale Population nicht den Nachweis eines günstigen Erhaltungszustands durch Verweis auf grenzüberschreitende Regionen.³³⁴ Hierbei verweist der Generalanwalt ausdrücklich auch auf den Leitfaden der EU-Kommission, wonach eine angemessene Bewertung der Auswirkungen einer spezifischen Ausnahme in vielen Fällen - wenn nicht in den meisten – auf einer niedrigeren Ebene als der biogeografischen Region stattfinden müsse, um ökologisch aussagekräftig zu sein. Als eine nützliche Ebene biete sich dabei die (lokale) Population an.³³⁵ Der Generalanwalt stellt in seinen Schlussanträgen nochmal hervor, dass die Rechtsprechung zu Art. 9 der VS-RL, wonach die Mitgliedstaaten von den Verpflichtungen zum Schutz der wildlebenden Vogelarten unter vergleichbaren Bedingungen wie nach Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie abweichen können, auch für die Zwecke der Auslegung von Art. 16 Abs. 1 FFH-RL relevant sei. Insbesondere habe der Gerichtshof entschieden, dass sich jede Abweichung nach Art. 9 der VS-RL auf wissenschaftliche Daten der Geografie, des Klimas, der Umwelt und der Biologie stützen müsse. Dieser Grundsatz (sowie andere) sei auf Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie übertragbar.³³⁶

Daraus kann grundsätzlich das Vorgehen abgeleitet werden, dass zunächst auf die **lokale Population** der jeweils betroffenen Art abgestellt werden kann. Soweit durch das Vorhaben keine Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der lokalen Population festzustellen sind, kann eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden. Soweit aber die lokale Population durch das Vorhaben negativ betroffen ist, kann – muss aber auch – eine **weiträumige Betrachtung** erfolgen um eine Ausnahmegenehmigung erteilen zu können.

Dieses Vorgehen scheint bereits jetzt h.M. zu sein³³⁷ und entspricht auch dem Vorschlag der UMK³³⁸. Die UMK schlägt bzgl. der lokalen Betrachtung vor, auf Landschaftseinheiten, Waldgebiete, Grünlandkomplexe, Gewässer und sonst abgrenzbare Gebiete abzustellen. Die (deutsche) Rechtsprechung hat bereits anerkannt, dass es zulässig sein kann, bei der Beantwortung der Frage, ob sich der Erhaltungszustand einer die Grenzen von Bundesländern übergreifenden Population (im Sinn von § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG) verschlechtern wird, nur auf die

333 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 59, Generalanwalt beim EuGH Schlussantrag v. 8.5.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 8027 Rn. 83.

334 Generalanwalt beim EuGH Schlussantrag v. 8.5.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 8027 Rn. 87.

335 Leitfaden EU Kommission, S. 68, Ziff. 46.

336 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 60, schon zuvor: Generalanwalt beim EuGH Schlussantrag v. 8.5.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 8027 Rn. 45.

337 Siehe Nachweise in der Rechtsprechung bei BeckOK UmweltR/*Gläß*, 56. Ed. 1.10.2020, BNatSchG § 45 Rn. 58a.

338 Beschluss Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020). S. 19

im Gebiet desjenigen **Bundeslandes** vorhandene Teilpopulation abzustellen, dessen Behörden über die Zulassung einer Ausnahme vom naturschutzrechtlichen Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) zu befinden haben.³³⁹

c) Festlegung des weiträumigen Betrachtungsraumes

Damit ist allerdings nichts über die Bestimmung des weiten Betrachtungsraums im Einzelfall gesagt, soweit bei lokaler Betrachtung eine Verschlechterung prognostiziert wird. Der UMK-Beschluss vom 13.05.2020 ist diesbezüglich nicht eindeutig. Fast beiläufig wird erwähnt, dass der Betrachtungsraum auf die Populationen begrenzt sei, die innerhalb der Bundesrepublik Deutschland vorkommen. Ggf. könne mit Blick auf die föderale Struktur die Population des jeweiligen Bundeslandes berücksichtigt werden.³⁴⁰ Die verkürzten Ausführungen verwundern, da die Festlegung des weiträumigen Betrachtungsraumes für die Bestimmung des Erhaltungszustandes ganz wesentlich ist.

aa) Grenzüberschreitende Betrachtung oder bundesweiter Betrachtungsraum

Nach den o.g. Grundsätzen des EuGH wäre zu überlegen, ob zur Bestimmung des Erhaltungszustandes bzw. der Verschlechterung nicht eine grenzüberschreitende Populationsbetrachtung sinnvoll ist. Soweit also eine betroffene Art innerhalb einer biogeografischen Region (im natürlichen Verbreitungsgebiet) sich über Mitgliedstaaten erstreckt und insgesamt positiv ist, könnte eine Ausnahme in einem Mitgliedstaat erteilt werden. Jedoch erscheint dies nicht zielführend. Auch wenn ein grenzüberschreitender Betrachtungsraum im Einzelfall europarechtlich zulässig ist, bleibt es dabei, dass jeder Mitgliedstaat an die Zielsetzung der VS-RL gebunden ist. Dem wird der Mitgliedstaat nicht gerecht, wenn er daraufsetzt, die Population in einer biogeografischen Region innerhalb eines anderen Mitgliedstaates werde sich nicht verschlechtern. Fernerhin wird die kumulierende Wirkung mehrerer Vorhaben nicht beachtet werden können.

Demgegenüber wäre es aber denkbar, innerhalb der Bundesrepublik den Erhaltungszustand einer Population zu bestimmen. Soweit – bspw. – die Verbreitung und der Erhaltungszustand einer (windkraftsensiblen und zu beachtenden) Vogelart in einem bestimmten Bundesgebiet positiv ist, ließe sich konstatieren, dass der Erhaltungszustand im Hoheitsgebiet für diese Art insgesamt positiv ist, sodass es auf den kleinräumigen Erhaltungszustand der Population den einzelnen Bundesländern nicht ankäme. Soweit also beispielsweise der Rotmilan in Süddeutschland in einem guten Erhaltungszustand ist, könnte in Norddeutschland eine Ausnahme erteilt werden, in Süddeutschland bezogen auf Rotmilan nicht oder nur sehr eingeschränkt. Umgekehrt wäre der Seeadler zu nennen, der weitgehend in Norddeutschland verbreitet ist. Dies würde bezogen auf die windkraftsensiblen

339 VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14.1875, 22 B 14.1876 = ZUR 2016, 562

340 UMK, S. 20 mit Verweis auf: EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (2007), S. 69; Leitfaden zur Beachtung artenschutzrechtlicher Belange beim Ausbau der Windenergienutzung im Saarland, S. 19.

Vogelarten also eine Konzentration der Populationsbetrachtung in einem Bundesgebiet bedeuten. Die Konzentration könnte dadurch erfolgen, dass das Bundesgebiet entsprechend der Populationsverteilung von windkraftsensiblen Vogelarten in Regionen (z.B. Norddeutschland/ Süd-West) erfolgt. Dies hätte eine deutliche Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens zur Folge, weil je nach Region schnell klar würde, ob eine Ausnahme mit Blick auf den Erhaltungszustand überhaupt in Betracht zu ziehen ist.

Diesem Gedanken stehen aber gleichfalls gewichtige Argumente entgegen: Zum einen bedarf es hierfür einer nationalen Datenlage die es erlaubt, den Erhaltungszustand der windkraftsensiblen Vogelarten im gesamten Bundesgebiet beurteilen zu können. Es ist nicht ersichtlich, dass eine solche dezidierte, aktuelle Datenlage existiert. Zum anderen verlangt ein solches Vorgehen eine behördliche Koordination und Abstimmung. Soweit eine Ausnahme in einem Bundesland bzw. in einer Bundesregion erteilt werde sollte, müsste die Ausnahme auf bundeszentraler Ebene geprüft werden um beurteilen zu können, ob eine Verschlechterung ausgeschlossen ist und um die kumulierenden Vorhaben zu berücksichtigen. Ein nationales Monitoring der Erhaltungszustände aller windkraftsensiblen Vogelarten wäre erforderlich. Zuletzt müssten die Bundesländer sich auf dieses Vorgehen einigen, also bestimmen, in welchen Bundesländern bzw. bundesländerübergreifenden Regionen welche Vogelart einen günstigen Erhaltungszustand behalten soll – und wo nicht. Dies scheint gleichfalls nicht wahrscheinlich.

bb) Bundeslandbezogene Betrachtung

Daher sollte anstatt einer bundesweiten Lösung eine bundeslandbezogene Lösung gewählt werden. Entscheidend sollte also der Erhaltungszustand der Vogelpopulationen innerhalb eines Bundeslandes sein. Dieses Vorgehen ist kohärent zu dem o.g. Vorschlag, eine in sich abgeschlossene und verbindliche Liste von windkraftsensiblen Vogelarten mit Ergänzungen pro Bundesland festzulegen. Den Bundesländern wäre es damit überlassen bei der zu erteilenden Ausnahme zu prüfen, ob auf lokaler Ebene eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes eintritt. Soweit dies bejaht wird, würde als Gesamtbetrachtungsraum das Bundesland herangezogen werden, um die Auswirkungen der Ausnahme prognostizieren zu können. Soweit der Erhaltungszustand im übrigen Bundeslandgebiet positiv oder zumindest neutral bliebe, könnte die Ausnahme erteilt werden.

d) Bestimmung des Erhaltungszustandes und Verschlechterungsprognose

Nachdem der (weite) Betrachtungsraum bestimmt wurde, ist der Erhaltungszustand der jeweiligen Arten innerhalb dieses Raums zu bestimmen. Dies ist zuallererst eine fachliche Frage und wäre für jede (betroffene) Vogelart individuell zu bestimmen. Die Güte des Erhaltungszustands bestimmt sich nach dem BVerwG danach, ob auf Grund der Daten über die Populationsdynamik anzunehmen ist, dass die Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes, dem sie

angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird und ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich auch weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen der Art zu sichern.³⁴¹ Abstrakt betrachtet sind die populationsbezogenen Auswirkungen des hypothetischen Individuenverlust zu prognostizieren.

Die systemische Frage, die sich an diesem Prüfungsprunkt stellt, ist, ob die Populationsimplikationen durch den Vorhabenträger zu prüfen ist oder aber ein behördliches, raumbezogenes, zentrales Monitoring, mithin eine Informationskonzentration erfolgt wie sie auf Tatbestandsebene bereits angesprochen wurde.³⁴² Denn aus Sicht der Autoren ist ein einzelner Vorhabenträger nicht in der Lage, die erforderliche Datenlage zur Bestimmung des Erhaltungszustandes einer betroffenen Art sowie die Populationsauswirkungen in einem weiteren Beurteilungsraum wie einem Bundesland (oder eines Teiles hiervon) – jedenfalls nicht ohne erheblichen Kosten- und Zeitaufwand – zu generieren.

Insofern ist neben der fachlichen Beurteilung einer Population auf abstrakter Ebene zu definieren, anhand welcher systemischen Methodik und anhand welcher Datenlage die Populationsimplikationen eines prognostizierten Individuenverlustes zu bestimmen ist.

aa) Quantitatives und/oder Qualitative Beurteilungskriterien

Ob durch den hypothetischen Individuenverlust eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population eintritt, kann abstrakt betrachtet anhand von zwei Ansätzen bestimmt werden: Eine quantitative Bewertung sowie eine qualitative Bewertung des Individuums für die Population. Die quantitative Bewertung stellt auf die (zuvor festzustellende) Gesamtanzahl von Individuen im Betrachtungsraum ab und setzt die hierdurch ermittelte Population mit dem hypothetischen Individuenverlust in Relation.

Die qualitative Bewertung setzt an die Bedeutung des – hypothetisch – zu verlierenden Individuums für die Gesamtheit der jeweiligen Population an. Hier wird neben dem Gefährdungs- und Seltenheitsgrad auch zu beachten sein, dass sich Vogelpopulationen innerhalb des gewählten Betrachtungsraums i.d.R. nicht arithmetisch gleichmäßig verteilen, sondern – je nach Art – in bestimmten Gebieten konzentrieren (sog. Dichtezentren³⁴³). Die in den Dichtezentren lebenden Bestände dienen ihrer Funktion nach als Quellpopulationen, in denen in der Regel ein Überschuss an Nachwuchs produziert wird, sodass die Erhaltung eines günstigen Erhaltungszustands möglich ist, wenn der Schutz der betreffenden Quellpopulationen im Land (Gebiete mit hoher Siedlungsdichte, „Dichtezentren“) ge-

341 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 - 4 A 1075/04 = NVwZ-Beil. 2006, 1, Rn. 571.

342 Siehe Teil 2, S. 35

343 Siehe zu Dichtezentren: *Wegner, N.* (2021): Rechtliche Einordnung von Dichtezentren im Planungsverfahren. Hrsg. KNE gGmbH.

währleistet wird und dadurch Individuenverluste ausgeglichen werden, die außerhalb der Dichtezentren eintreten.³⁴⁴

Der Leitfaden in Baden-Württemberg zur artenschutzrechtlichen Ausnahmen (2015)³⁴⁵ führt beispielsweise aus, dass eine artenschutzrechtliche Ausnahme für Arten der Rote-Liste-Kategorie 0 (ausgestorben oder verschollen), Kategorie 1 (vom Erlöschen bedroht), Kategorie 2 (stark gefährdet), Kategorie R (Arten mit geografischer Restriktion) sowie Kategorie 3 (gefährdet, mit weniger als 100 Brutpaaren im Land) in der Regel nicht in Betracht komme. Denn in diesen Fällen müsse davon ausgegangen werden, dass die Tötung einzelner Individuen zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population im Land führe.³⁴⁶ Zudem wird für den Rotmilan davon ausgegangen, dass eine artenschutzrechtliche Ausnahme in Dichtezentren nicht in Betracht komme, da Verluste in den Dichtezentren als populationsrelevant anzusehen seien. Ein Dichtezentrum liege ab einer Siedlungsdichte von mehr als 3 Revierpaaren je 34km² vor.³⁴⁷

In diesem Zusammenhang ist erneut auf die Festlegung von Vorranggebieten für Windenergie in Schleswig-Holstein einzugehen. Die in Schleswig-Holstein identifizierten Dichtezentren für Seeadlervorkommen wurden als weiche Tabuzonen klassifiziert und sollen grundsätzlich von Windkraftanlagen freigehalten werden.³⁴⁸

Obgleich einige der ausgewiesenen Vorrangflächen vollständig oder zumindest teilweise in potenziellen Beeinträchtigungsbereich eines Seeadlerbrutplatzes liegen und daher eine Verwirklichung des Beeinträchtigungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht auszuschließen ist, konnten für landesweit 16 Brutpaare

344 VGH München Urt. v. 27.5.2016 – 22 BV 15.1959, = BeckRS 2016, 50118 Rn. 49 mit Hinweis auf den Leitfaden aus Baden-Württemberg: Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen, Ministerium für ländliche Räume und Verbraucherschutz, 01.07.2015, abrufbar: https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/5_Energie/Erneuerbare_Energien/Windenergie/MLR_Hinweise_artenschutzrechtliche_Ausnahme_WEA.pdf
ebenda, S. 14/15.

345 Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen, Ministerium für ländliche Räume und Verbraucherschutz, 01.07.2015, abrufbar: https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/5_Energie/Erneuerbare_Energien/Windenergie/MLR_Hinweise_artenschutzrechtliche_Ausnahme_WEA.pdf
346 ebenda, S. 14/15.

347 ebenda, S. 14.

348 Kap. 2.4.2.19, Gesamtträumliches Plankonzept zur Teilfortschreibung des Landesentwicklungsplanes (LEP) 2010 (Kapitel 3.5.2) sowie zur Teilaufstellung der Regionalpläne für den Planungsraum I (Kapitel 5.8), den Planungsraum II (Kapitel 5.7) und den Planungsraum III (Kapitel 5.7) in Schleswig-Holstein (Windenergie an Land)29. Dezember 2020, abrufbar unter: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/L/landesplanung_raumordnung/raumordnungsplaene/raumordnungsplaene_wind/Downloads/201229_gesamtrauemliches_plankonzept.pdf?__blob=publicationFile&v=3

Ausnahmegenehmigungen aufgrund der Gesamtbestandsgröße der Population und der positiven Bestandsprognose in Aussicht gestellt werden.³⁴⁹

Als Population der Art wurde der Landesbestand betrachtet. Der Seeadlerbrutbestand in Schleswig-Holstein sei in den letzten Jahren stetig auf 125 Revierpaare (Stand 2020) gestiegen. Die Art sei nach der Roten Liste der Brutvögel Schleswig-Holsteins ungefährdet und damit in einem günstigen Erhaltungszustand. Das Dichtezentrum der Seeadlerpopulation sei als weiches Tabukriterium definiert und damit als Quellpopulation geschützt. Ein weiterer Anstieg der Population, insbesondere durch die Ausweitung des Brutareals, gilt als wahrscheinlich. Demgegenüber wurde eine Ausnahme bzgl. des überregionalen Vogelzuges und Wiesenvogelbrutgebietes nicht in Aussicht gestellt. Eine pauschale Annahme eines günstigen Erhaltungszustandes konnte nicht angenommen werden.³⁵⁰

Das Beispiel aus Schleswig-Holstein zeigt, dass durch eine übergeordnete Behördenstruktur (hier die Landesregierung) ein kontinuierliches landesweites Monitoring und damit eine Informationskonzentration hinsichtlich der Populationsbestände erfolgen kann – und damit eine quantitative als auch qualitative Prognose hinsichtlich populationsbezogener Auswirkungen von Ausnahmegenehmigungen erlaubt. Denn im allgemeinen gilt der Seeadler als kollisionsgefährdete und planungsrelevante (windkraftsensibile) Vogelart.³⁵¹ Auch nach dem **MGI** gilt der Seeadler als kollisionsgefährdet und die vorhabentypspezifische Mortalitätsgefährdung wird mit A4 noch in die höchste Gefährdungsklasse kategorisiert.³⁵²

bb) ORNIS – Kriterium

Die maximale Anzahl von Individuen, deren (theoretischer) Verlust für die Population des jeweiligen Raumes verkraftbar ist, könnte alternativ an dem sog. *ORNIS-Kriterium* orientiert werden. Das ORNIS-Kriterium, das in der niederländischen Praxis angewandt wird,³⁵³ besagt, dass ein durch ein Vorhaben verursachter zusätzlicher Verlust von 1 % der gesamten jährlichen Sterblichkeitsrate einer Tierart keine negativen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand hat.³⁵⁴

Der EuGH hat das 1 % Kriterium nach derzeitigem wissenschaftlichem Kenntnisstand akzeptiert.³⁵⁵ Im Urteil zum finnischen Wolf im Jahr 2019 sah der EuGH den Verlust von 15 % der Wolf-Population aber als zu viel an.³⁵⁶ Nach *Backes* wird das Kriterium in den Niederlanden unabhängig vom tatsächlichen ökologischen Status der Art und der Größe der Population angewandt, also auch dann, wenn eine Art einen ungünstigen Erhaltungszustand aufweist. Bei Überschreitung der 1 % werde dann die sog. „Potential Biological Removal Method“ angewandt.

349 Begründung zu 5.8.3 (4), S. 16 Regionalplanung Planungsraum I.

350 Begründung zu 5.8.3 (4), S. 19 Regionalplanung Planungsraum I.

351 UMK, Tabelle 1: Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten mit besonderer Planungsrelevanz, S.5.

352 *Bernotat/Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen 3. Fassung - Stand 20.09.2016 -, S. 104, 111.

353 *Backes*, ZUR 2018 (590).

354 *Ebenda*.

355 EuGH Urt. v. 23.4.2020 – C-217/19 = BeckRS 2020, 6609 Rn. 90, 91, Leitfaden EU-Kommission S. 63 (Ziff.28)

356 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 65.

Hiermit lasse sich ein genauerer Eindruck von den Vorhabenfolgen gewinnen. Dabei werde auf die unterschiedlichen Wirkweisen bei verschiedenen Arten und auf die Unterschiede im tatsächlichen Erhaltungszustand eingegangen.³⁵⁷ Dies sei vergleichbar mit dem in Deutschland angewandten **Mortalitäts-Gefährdungs-Index** für die Bestimmung des signifikanten Tötungsrisikos, wenn auch in einem anderen Zusammenhang.³⁵⁸

Das **s-Kriterium** würde bei einer Gesamtbetrachtung aller Ausnahmegenehmigungen im Betrachtungsraum als quantitativ-pauschales Bewertungskriterium herangezogen werden, soweit der Erhaltungszustand der Art als gut zu bewerten ist und qualitative Aspekte nicht zu berücksichtigen sind. Der entsprechende Austausch zwischen den Behörden eines Landes bzw. über das BfN wäre anzuordnen, was im Rahmen der hier präferierten Rechtsverordnung unproblematisch erfolgen kann.

bb) Ausgleichsregelungen und Artenschutzprogramme

Im Zusammenhang mit dem Erhaltungszustand werden auch Ausgleichsmaßnahmen zu berücksichtigen sein, um eine Verschlechterung auszuschließen.

Während vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen)³⁵⁹ das Risiko einer absichtlichen Tötung von Exemplaren einer geschützten Art zu verhindern suchen, können **Ausgleichsmaßnahmen** (FCS-Maßnahmen³⁶⁰) dazu dienen, dass sich der Erhaltungszustand trotz der negativen Folgen der Ausnahme im Ergebnis nicht verschlechtert.³⁶¹ Auch die EU-Kommission verweist hierauf und stellt fest, dass auch wenn Ausgleichsmaßnahmen in Artikel 16 nicht erwähnt und somit nicht obligatorisch seien, sie eine Ausnahme eher begründen können, wenn das Risiko besteht, dass die Ausnahme eine schädliche Wirkung nach sich ziehen könnte.

Zugleich weist die Kommission darauf hin, dass hierdurch die anderen Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahme nicht unbeachtlich werden.³⁶² Die Europakonformität der FCS-Maßnahmen ist mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach der Erhaltungszustand sich im Ergebnis durch die Ausnahme nicht verschlechtern darf, (neutral) anerkannt.³⁶³ FCS-Maßnahmen sind Unterstützungsmaßnahmen für die jeweiligen Populationen, die im Unterschied zu

357 Backes, Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz?, ZUR 2018, 587, 590 mit Verweis auf: Backes/Akerboom, Member State report: The Netherlands, in: Backes/Akerboom (Fn. 5), S. 116 ff.

358 *Ebenda*.

359 Continuous ecological functionality-measures, / Maßnahmen für die dauerhafte ökologische Funktion (44 Abs. 5 S. 2,3 BNatSchG

360 Measures to ensure favorable conservation status/ Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes,

361 Landmann/Rohmer UmweltR/Gellermann, 92. EL Februar 2020, BNatSchG § 45 Rn. 26

362 Leitfaden EU-Kommission, S. 70/71.

363 Lau/Wulfert/Müller-Pfannenstiel, Maßnahmenbevorratung im Artenschutz, NuR 2019, 721 (724) mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 14.6.2007- C-342/05, Rn. 39; Ruß, ZUR 2016, 591 (596);

CEF-Maßnahmen nicht bereits mit der Vorhabenrealisierung wirksam sein müssen. Hier können vielmehr eine zeitliche Verzögerung und ein **größerer räumlicher Bezugsraum** zulässig sein, so dass z. B. eine Optimierung der Habitategewinnung auch in einiger Distanz zu einer Windenergieanlage als FCS-Maßnahme gewertet werden kann.³⁶⁴ Der Populationsbezug der Ausgleichsmaßnahmen erlaubt eine vorhabenübergreifende Betrachtung. Denkbar sind Flächenpools oder Ökokonten die eingerichtet werden, zugleich könnten bestehende Artenhilfsprogramme oder bereits bestehende Ausgleichsareale erweitert werden.³⁶⁵

In fachlicher Hinsicht wird artspezifisch beurteilt werden müssen, zu welchem Zeitpunkt die Wirksamkeit der Maßnahmen gegeben sein muss, um ausschließen zu können, dass eine vorübergehende Beeinträchtigung des Erhaltungszustands zu irreversiblen Schäden führt.³⁶⁶ Angesetztes Ziel dieses Ausgleichs ist es, die finanziellen Ressourcen, die derzeit in aufwändige Artenschutzprüfungen der Einzelprojekte gesteckt werden in die Artenschutzabgabe umzuleiten und so deutlich effektiver und flexibler eingesetzt werden.³⁶⁷ Die Ausgleichsmaßnahmen (die im Folgenden noch genauer zu betrachten sind), sind durch Artenschutzprogramme³⁶⁸ (§ 38 Abs. 2 BNatSchG) und Monitoring³⁶⁹ zu begleiten.

cc) Ausnahmeausschluss

Von einer Ausnahmeregelung wird dann abgesehen werden müssen, wenn nach der Prüfung der besten verfügbaren wissenschaftlichen Daten eine Ungewissheit darüber bestehen bleibt, ob der günstige Erhaltungszustand der Populationen einer vom Aussterben bedrohten Art trotz dieser Ausnahmeregelung gewahrt oder wiederhergestellt werden kann.³⁷⁰

II. Ein strategischer Ansatz für die Nutzung des Ausnahmeregimes

Der folgende Vorschlag eines strategischen Ansatzes zielt auf die Voraussetzung, dass eine Ausnahme auch bei Vorliegen eines Ausnahmegrundes nur dann erteilt werden darf, wenn sich der **Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet nicht weiter verschlechtert**. Wie gezeigt, steht es den Mitgliedstaaten zu, den Betrachtungsraum zur Bestimmung der Population über den eingeschränkten Einwirkungsbereich eines Vorhabens hinaus weiter zu fassen. Darüber hinaus dürfen die Mitgliedstaaten die po-

364 Ruß, ZUR 2018, 18.

365 Beschluss Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.05.2020). Kap. 4.3, S. 23.

366 Lau/Wulfert/Müller-Pfannenstiel, Maßnahmenbevorratung im Artenschutz, NuR 2019, 721 (725)

367 Agatz, ZUR 2020, 584 (593).

368 Siehe Köck/Bovet, ZUR 2018, 584.

369 Ruß, Artenschutzrechtliche Monitoring-Auflagen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, Teil I und II, ZUR 2017, 602 und 2018, 18.

370 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 66.

pulationsbezogenen Auswirkungen anhand verschiedener qualitativer und quantitativer Parameter bestimmen.

Um die Erfüllung dieser Voraussetzung in der Genehmigungspraxis auch gewährleisten zu können, ist es notwendig, das Ausnahmekriterium der Erhaltung der Artenbestände bzw. langfristig auch der Verbesserung der Artenbestände bis zum Erreichen eines günstigen Erhaltungszustandes mittels eines strategischen Ansatzes zu verfolgen.

1. Zur Idee des strategischen Ansatzes

Der strategische Ansatz ist dadurch charakterisiert,

- dass die Anforderungen, die sich aus dem Verschlechterungsverbot ergeben und die Anforderungen, die sich im Hinblick auf das Erreichen eines günstigen Erhaltungszustands ergeben, nicht dem einzelnen Vorhabenträger auferlegt, sondern als permanente Aufgabe einer professionellen öffentlich-rechtlich oder auch privatrechtlich organisierten „Agentur“ überantwortet wird, die mittels spezifischer Artenschutzprogramme und darauf bezogener Schutz- und Förderungsmaßnahmen kontinuierlich an der Verbesserung der Erhaltungszustände insbesondere kollisionsgefährdeter Vogelarten auf der für die Verschlechterungsbeurteilung maßgeblichen räumlichen Ebene arbeitet;
- dass die Vorhabenträger in Anwendung des Verursacherprinzips dazu verpflichtet werden, sich finanziell an der Arbeit der Agenturen zu beteiligen, wenn sie Ausnahmen in Anspruch nehmen, und
- dass durch ein kontinuierliches Monitoring sichergestellt wird, dass die Verschlechterungsbeurteilung bzw. die Verbesserungsbeurteilung im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahme genehmigung verlässlich getroffen werden kann.

Das hier als „strategischen Ansatz“ bezeichnete Konzept ist für das deutsche (Naturschutz-) Recht nicht neu, sondern wird im Rahmen der naturschutzrechtlichen und baurechtlichen Eingriffsregelung bereits angewendet. Hinzuweisen ist,

- auf den städtebaulichen Eingriffsausgleich, der dadurch charakterisiert ist, dass der Eingriffsausgleich auf die Planungsebene vorgezogen und von der planenden Gemeinde durchgeführt wird (§ 1a Abs. 3 BauGB); die Vorhabenträger, die auf der Grundlage der städtebaulichen Planung ihre Bauvorhaben verwirklichen, sind zur Kostentragung nach Maßgabe von § 135a ff. BauGB) verpflichtet;³⁷¹

371 Dazu näher Köck, Die städtebauliche Eingriffsregelung, NuR 2004, S. 1-6.

- auf die rechtlichen Möglichkeiten der Bevorratung von Kompensationsmaßnahmen gem. § 16 BNatSchG sowie den sog. Flächenpool- und „Ökokonto“-Regelungen auf landesnaturenschutzrechtlicher Grundlage.³⁷²

Beide Modelle sind seit vielen Jahren rechtlich etabliert; sie sind im Kontext der Eingriffsregelung allerdings nicht für spezifisch artenschutzrechtliche Indikationen konzipiert, und sie sind Ausdruck einer gesetzlich verankerten Verpflichtung des Verursachers, erhebliche Eingriffe in Natur und Landschaft durch Maßnahmen des Naturschutzes auszugleichen oder zu ersetzen (§ 15 Abs. 2 BNatSchG). Demgemäß ist für den strategischen Ansatz im Hinblick auf die Anforderungen des Artenschutzes darauf zu achten, dass er spezifisch auf den Artenschutz gerichtet ist und dass er auch im Hinblick auf das Verschlechterungsverbot (Art. 13 VS-RL, § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG) das Verursacherprinzip zugrunde legt. Gegenüber dem status quo ante verspricht ein strategischer Ansatz, der diese Voraussetzungen erfüllt, Vorteile sowohl für den Natur- und Artenschutz, als auch für den weiteren Ausbau der landseitigen Windenergie.

- Der Artenschutz kann profitieren, weil die Artenschutz Aufgabe einem Akteur überantwortet wird, der sich mit Professionalität und Sachverstand gerade diesem Geschäft widmet und der auf die nötigen finanziellen Mittel für seine Aufgabenerledigung zurückgreifen kann, weil die Vorhabenträger als Verursacher spezifischer Risiken für geschützte Arten zur anteiligen Kostentragung herangezogen werden.
- Der Ausbau der landseitigen Windenergie kann profitieren, weil an einer wesentlichen Voraussetzung für die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen, nämlich an der Sicherung und ggf. Verbesserung des Erhaltungszustandes, kontinuierlich gearbeitet wird und der Erhaltungsstatus durch ein verlässliches Monitoring dokumentiert ist.
- Der Anwendungsumfang kann auf andere Regime und Bereiche ausgeweitet werden, denn Windkraftanlagen sind schon offensichtlich nicht einziger Auslöser der Biodiversitätskrise insgesamt.

Die Anwendung des strategischen Ansatzes stärkt insbesondere die Erarbeitung und Durchführung spezifischer Artenhilfsprogramme, deren Aufstellung die Europäische Kommission schon in ihrem Guidance-Dokument aus dem Jahre 2007 empfohlen hatte.³⁷³ Solche Artenhilfsprogramme sind in Deutschland bereits für einige geschützte Arten etabliert.³⁷⁴ Ihre Ausarbeitung beruht auf § 38 Abs. 2

³⁷² Siehe dazu schon die Beiträge in: Köck/Thum/Wolf (Hrsg.), Praxis und Perspektiven der Eingriffsregelung, Baden-Baden 2005. Vgl. auch Ekardt/Hennig, NuR 2013, 694, 698 ff. Siehe jüngst insbesondere auch im Hinblick auf die Nutzungsmöglichkeit für die Implementation des Artenschutzes:

Lau/Wulfert/Müller-Pfannenstiel, NuR 2019, 721-731.

³⁷³ Vgl. Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EWG, 2007, S. 63 (Rn. 54): „species conservation plans“.

³⁷⁴ Vgl. etwa die Dokumentation durch das Landesamt für Natur-, Umwelt- und Verbraucherschutz (LANUV) in NRW: <https://www.lanuv.nrw.de/natur/artenschutz/artenschutzprogramm/>

BNatSchG und nimmt Bezug auf entsprechende Pflichten des Völker- und Europarechts. Insbesondere im Bereich der sog. „Verantwortungsarten“,³⁷⁵ also solcher Arten, für deren Erhalt Deutschland eine besondere Verantwortung trägt, weil relevante Populationen dieser Arten gerade in Deutschland beheimatet sind, werden solche Programme erarbeitet und sind bereits jetzt relevant für die Windenergienutzung, weil einige kollisionsgefährdete Arten, wie etwa der Rotmilan, zugleich auch „Verantwortungsarten“ sind.³⁷⁶ Artenhilfsprogramme und sonstige vorbeugende Schutzmaßnahmen werden durch öffentliche Mittel seitens des Bundes bzw. der Länder getragen.³⁷⁷ Soweit Private eingebunden sind in die Durchführung solcher Programme, z.B. Landwirte, die im Interesse des Artenschutzes besondere Pflegemaßnahmen durchführen, werden sie dafür bezahlt.³⁷⁸ Gegenwärtig spielen Artenhilfsprogramme allerdings noch keine besondere Rolle in den Verfahren zur Planung und Genehmigung von WEA.³⁷⁹ In den Leitfäden zum Artenschutz bei der Planung und Genehmigung von WEA sind sie nicht erwähnt, auch nicht im Zusammenhang mit Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen.³⁸⁰ Gleiches gilt für die „Maßnahmenbevorratung“ (Ökokonto), die im Rahmen der Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zwar seit vielen Jahren praktiziert wird, aber für die Erfüllung artenschutzrechtlicher Verpflichtungen bislang keine besondere Beachtung gefunden hat.³⁸¹ Hier soll nun angesetzt werden, indem vorgeschlagen wird, vermehrt Artenhilfsprogramme mit Blick auf Tötungsrisiken, die von Windenergieprojekten ausgehen können, raumspezifisch zu erarbeiten, entsprechende Maßnahmen kontinuierlich durchzuführen und durch eine finanzielle Heranziehung der Projektträger zu den Kosten der Programmdurchführung verursachergerecht umzulegen. In der Sache kann dabei in vielerlei Hinsicht zurückgegriffen werden auf die gesetzgeberischen Lösungen, die auf der Bundesebene und auch auf der Landesebene im Zusammenhang mit der sog. Maßnahmenbevorratung und deren Refinanzierung ergriffen worden sind. Mit Blick auf Artenhilfsprogramme und Artenhilfsprojekte ist hierbei – entsprechend der Ökokontokonzepte – darauf zu achten, dass die

375 Siehe die Auflistung der „Verantwortungsarten“ auf der Website des Bundesamtes für Naturschutz: <https://biologischevielfalt.bfn.de/bundesprogramm/foerderschwerpunkte/verantwortungsarten.html>

376 Siehe etwa das Artenhilfsprogramm ‚Rotmilan‘ des Landes Sachsen-Anhalt aus dem Jahre 2014.

377 Dazu instruktiv das Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE) mit einer tabellarischen Übersicht über die Artenhilfsprogramme bzw. Artenhilfsprojekte in den Bundesländern; siehe <https://www.naturschutz-energiewende.de/fragenundantworten/181-laender-uebersicht-artenhilfsprogramme-windenergiesensiblen-vogelarten/>

378 Dazu näher Schütte/Gerbig, in: GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, zu § 38, Rn. 8.

379 Das Artenhilfsprogramm ‚Rotmilan‘ des Landes Sachsen-Anhalt berücksichtigt zwar auch die Gefährdungen des Rotmilans durch Windenergieanlagen, das Hilfsprogramm wird aber nicht als „Kompensationsstrategie“ eingesetzt.

380 Siehe dazu auch die Synopse der Fachagentur Windenergie an Land, 2017. Hinzuweisen ist etwa auf den Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen, hrsg. vom Umweltministerium NRW, 2012, den Leitfaden Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen (Nds. MinBl. Nr. 7/2016, S. 212-225), oder auf die „Arbeitshilfe Vogelschutz und Windenergienutzung des Bayerischen Landesamtes für Umwelt, 2017.

381 Siehe auch die Überlegungen von Lau/Wulfert/Müller-Pfannenstiel, NuR 2019, 721 ff.

Flächen, auf denen solche Programme und Projekte durchgeführt werden, zweckgemäß gesichert werden.³⁸²

Im Folgenden wird geprüft,

- ob der strategische Ansatz im Einklang steht mit den Ausnahmeveraussetzungen des europäischen Artenschutzrechts,
- ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, Projektträger dazu zu verpflichten, durch Geldleistung Artenschutzhilfsprogramme (Maßnahmebevorratungen) zu finanzieren, die darauf gerichtet sind, im relevanten Beurteilungsraum für die Nichtverschlechterung bzw. die Verbesserung kollisionsgefährdeter Vogelarten zu sorgen;
- was der Staat in organisatorischer Hinsicht leisten muss, damit von den Ausnahmemöglichkeiten Gebrauch gemacht werden kann und was auf der Ebene des BNatSchG zu tun ist, um den strategischen Ansatz rechtlich umzusetzen, insbesondere welcher gesetzlicher Ermächtigungen es bedarf, um ein entsprechendes Konzept mit bundesweiter Geltung zu verankern, welcher Anwendungsbereich für den strategischen Ansatz zugrunde zu legen ist (Fokussierung auf Windenergie), wie die Beurteilungsräume zu bestimmen sind, auf die sich die Verschlechterungs- bzw. die Verbesserungsprognose zu beziehen hat, und wie für die nötige Rechtssicherheit bei der Anwendung des strategischen Ansatzes Sorge getragen wird.

2. Zur Vereinbarkeit des strategischen Ansatzes mit dem europäischen Artenschutzrecht

a) Die Anforderungen an den Erhaltungszustand im Kontext der Ausnahmeregelungen des europäischen Artenschutzrechts

Das europäische Artenschutzrecht verlangt von den Mitgliedstaaten, dass bei einem vorhabenbezogen prognostizierten Verstoß gegen das Tötungsverbot, das Vorhaben nur dann zugelassen werden darf, wenn die Ausnahmeveraussetzungen vorliegen.³⁸³ Diese wurden oben ausführlich dargestellt und bewertet. An dieser Stelle sei wiederholt: Während die Ausnahmegründe und die Alternativenprüfung unmittelbar mit dem Vorhaben verknüpft sind und nach Auffassung der Autoren auch nach europarechtlichen Maßstäben bleiben müssen, ist die Ausnahmevoraussetzung des Erhaltungszustandes eine Anforderung, die **nicht zwingend durch das Vorhaben bzw. durch den Vorhabenträger zu erfüllen ist, sondern die auf der räumlichen Skala des Verbreitungsgebiets der jeweils betroffenen Art sicherzustellen ist.** In Art. 2 VSRL findet sich die Zielvorgabe, dass die europäischen Vogelarten auf einen Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen sind, der den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernis-

³⁸² Dazu näher Lau/Wulfert/Müller-Pfannenstiel, NuR 2019, 721, 726.

³⁸³ Vgl. Art. 16 Abs. 1 FFH-RL; Art. 9 Abs. 1 VSRL.

sen entspricht, wobei auch den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung zu tragen ist. Das klingt im Ausgangspunkt weniger ambitioniert, als die Zielvorgabe der FFH-RL, die einen günstigen Erhaltungszustand anvisiert.³⁸⁴

b) Der maßgebliche Beurteilungsraum für die Bestandserhaltung

Auf welche räumliche Skala es für die Bestandserhaltung ankommt, ist in diesem Gutachten oben unter I.4. näher dargelegt. An dieser Stelle kann es daher bei wenigen Ausführungen bleiben: Das Guidance-Dokument der Europäischen Kommission, das allerdings nur für die FFH-RL und nicht für die VS-RL entwickelt worden ist, verweist auf die biogeographische Region des jeweiligen Mitgliedstaates, mahnt aber an, dass vielfach auch kleinere Maßstäbe zugrunde zu legen sind.³⁸⁵ Das BVerwG hat in einer Entscheidung, in der es um den Bau einer Bundesautobahn ging, entschieden, dass „im Rahmen der Ausnahme nicht der Erhaltungszustand des von dem Vorhaben unmittelbar betroffenen lokalen Vorkommens maßgeblich (sei), sondern eine gebietsbezogene Gesamtbetrachtung anzustellen (sei), die auch die anderen (Teil-)Populationen der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet in den Blick nimmt.“³⁸⁶ Die UMK hat im Mai 2020 in ihren Hinweisen zu § 45 Abs. 7 BNatSchG darauf verwiesen, dass für die Verschlechterungsbeurteilung auf einen regionalen Raum (Naturraum) bzw. den Landesraum abzustellen sei.³⁸⁷ Wirkt sich das Vorhaben allerdings direkt auf ein Dichtezentrum der durch ein WEA-Vorhaben betroffenen Art aus, muss der räumliche Rahmen für die Verschlechterungsbeurteilung möglicherweise enger gesteckt werden, weil dann davon ausgegangen werden muss, dass Verluste verschlechterungsrelevant sein werden.³⁸⁸

c) FCS-Maßnahmen und strategischer Ansatz

In den Windenergieerlassen der Länder und auch in den UMK-Hinweisen wird im Zusammenhang mit dem Erhaltungszustand auch das Erfordernis von FCS-Maßnahmen angesprochen, also solcher Maßnahmen, die notwendig sind, um den rechtlich gebotenen Erhaltungszustand zu gewährleisten. Die UMK-Hinweise gehen davon aus, dass solche FCS-Maßnahmen durch die Genehmigungsbehörde anzuordnen sind und verweisen auf das Guidance-Dokument der EU-Kommission.³⁸⁹

384 Siehe näher zum Begriff des „günstigen Erhaltungszustandes: Art. 1 lit i) FFH-RL; dazu: Köck, NuR 2018, 812, 817 f.

385 Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EWG, 2007, S. 61.

386 Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.3.2013, 9 A 22/11, Rn. 135 – A 44 Kassel-Herleshausen.

387 Siehe UMK, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergieanlagen, Stand. 13.5.2020, S. 20; siehe auch Ruß/Sailer, a.a.O., S. 21.

388 Zu Recht findet sich daher in der Arbeitshilfe Vogelschutz und Windenergienutzung des Bay. Landesamtes für Umwelt der schlussfolgernde Hinweis, dass eine Ausnahme in Dichtezentren nicht in Betracht kommt (S. 19).

389 Vgl. UMK-Hinweise (a.a.O.), S. 20 mit Fn. 96.

Das Guidance Document der Kommission betont demgegenüber aber, dass die FCS-Maßnahmen zunächst einmal unabhängig von dem in den Bestand eingreifenden Vorhaben sind.³⁹⁰ Dem ist zu folgen: Soweit es bei den FCS-Maßnahmen nicht um lokale Maßnahmen im Einwirkungsbereich des WEA-Vorhabens geht, wird man davon ausgehen müssen, dass der Projektträger für diese Maßnahmen nicht unmittelbar zuständig ist und dass hier auch keine unmittelbaren Anordnungen in der Genehmigung zu treffen sind. Dies auch deshalb, weil es dem Projektträger idR nicht möglich sein wird, ausgleichende Maßnahmen in u.U. weiter entfernten Räumen umzusetzen. Gerade deshalb spricht auch das Guidance-Dokument der EU-Kommission prominent die Erarbeitung von „species conservation plans“ an.³⁹¹

Wer diese Pläne aufzustellen hat und mit welchen Maßnahmen sie umzusetzen sind, sagt das Guidance Document nicht. Wichtig ist nur, dass ihre Implementation so angelegt sein muss, dass es auf der hierfür maßgeblichen räumlichen Ebene nicht zu Verschlechterungen kommt und die Möglichkeit des Erreichens günstiger Erhaltungszustände nicht verhindert wird;³⁹² denn nur dann taugen sie dafür, dass die begehrte Ausnahmegenehmigung erteilt werden darf.

Für die Praxis der Genehmigungserteilung ist allerdings gleichwohl eine Verknüpfung von Genehmigungsantrag und Prognose des Erhaltungszustandes im maßgeblichen Beurteilungsgebiet notwendig; denn die Behörde benötigt eine solche Prognose mit Blick auf den jeweiligen Genehmigungsantrag, um prüfen zu können, ob die Ausnahmevoraussetzungen vorliegen, siehe oben. Die Anordnung von FCS-Maßnahmen gegen den WEA-Betreiber beruht daher im Wesentlichen auf genehmigungspraktischen Gründen, sie sind aber nicht zwingend die einzige Form des Nachweises, dass die Ausnahmevoraussetzungen vorliegen.

Ebenfalls denkbar wäre, den Nachweis über ein an die Artenhilfsprogramme gekoppeltes Informationssystem zu führen und/oder über Regelungen zur Finanzierungsverantwortung für die nötige Verknüpfung zu sorgen. **Dies scheint uns vorzugswürdig zu sein.** In praktischer Hinsicht bedeutet das aber, dass die ohnehin bestehende staatliche Verantwortung für die Implementation der Vorgaben des europäischen Naturschutzrechts so wahrgenommen wird, dass der Staat ein leistungsfähiges System des Artenschutzes etabliert, sich dabei geeigneter Dritter bedient und durch Finanzierungsregelungen sicherstellt, dass Projektträger, die in besonderer Weise von einem solchen System profitieren, zur anteiligen (verursachergerechten) Kostentragung herangezogen werden. Auf die dafür notwendigen organisatorischen und rechtlichen Umsetzungsschritte wird unter 5.1 eingegangen. Um diese Voraussetzungen zu schaffen, wird es u.U. notwendig sein, für eine Übergangszeit eine pragmatische Zwischenlösung zu etablieren, die sich am *de minimis*-kriterium zu orientieren hätte. Auch darauf wird unter 5.1 näher eingegangen (siehe unten 5.1.3).

390 Guidance-Dokument (a.a.O.), S. 63 (Rn. 55).

391 Guidance-Dokument (a.a.O.), S. 63 (Rn. 54).

392 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.6.2007, C-342/05, Rn. 29.

d) Schlussfolgerungen

Der strategische Ansatz lässt sich nach alledem in Einklang bringen mit den Vorgaben des europäischen Artenschutzrechts, und das Guidance Document der Europäischen Kommission spricht mit den „species conservation plans“ diese Strategie sogar selbst prominent an.

Wenngleich das europäische Artenschutzrecht nicht explizit gebietet, dass Projektträger, die eine Ausnahmegenehmigung beantragen, zu den Kosten der ausnahmesichernden Artenschutzprogramme herangezogen werden, sprechen nicht nur die erwähnten genehmigungspraktischen Gründe und konzeptionelle Gründe (siehe oben 3.3), sondern auch primärrechtliche Erwägungen dafür, die Projektträger zur anteiligen Kostenanlastung heranzuziehen. Die primärrechtlichen Erwägungen speisen sich aus dem Zusammenspiel von Verursacherprinzip und Beihilfeverbot:

- Das in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankerte Verursacherprinzip verpflichtet den europäischen Gesetzgeber dazu, seine Umweltpolitik auf dem Grundsatz des Verursacherprinzips aufzubauen. Wenn sich – wie gezeigt – die unmittelbare Verursacheranlastung nicht realisieren lässt, weil das umweltbelastende Projekt durch ein kontinuierlich betriebenes Artenhilfsprogramm ausgeglichen wird, entsprechen finanzielle anteilige Kostenanlastungen an solchen Programmen dem Verursacherprinzip in adäquater Weise.³⁹³
- Das in Art. 107 Abs. 1 AEUV verankerte Beihilfeverbot, verbietet es den Mitgliedstaaten, Unternehmen aus staatlichen Mitteln Beihilfen zu gewähren, soweit dadurch der Wettbewerb verfälscht oder der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann. Staatlich finanzierte Artenhilfsprogramme ermöglichen es einzelnen Projektträgern Projekte zu realisieren, die sie wegen Verstößen gegen artenschutzrechtliche Verbote sonst nicht realisieren könnten. Das staatliche Hilfsprogramm für Arten wirkt daher wie eine Beihilfe für diejenigen Windenergieprojektentwickler, die nicht durch eigene Maßnahmen die Vereinbarkeit ihres Projekts mit dem europäischen Artenschutzrecht sicherstellen können.

Auch wenn diese Erwägungen möglicherweise nicht zwingend dazu führen müssen, auf eine unionsrechtlich begründete Kostenverantwortung von Projektträgern für Artenschutzhilfsprogrammen zu erkennen, die den Handlungsspielraum dieser Projektträger erweitern, steht es den Mitgliedstaaten doch frei, auf der Grundlage des nationalen Rechts eine solche Kostenverantwortung zu verankern (siehe oben 3.3). Ob das nationale Recht es zulässt, eine entsprechende Finanzierungsverantwortung zu etablieren, wird im Folgenden erörtert.

³⁹³ Siehe dazu auch Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV-Kommentar, 5. Aufl. 2016, zu Art. 191AEUV, Rn. 39 m.w.N.

3. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Etablierung einer Finanzierungsverantwortung für Betreiber von Windenergieanlagen zur Bestandserhaltung windenergiegefährdeter Arten

a) Zur Unterscheidung von Maßnahmenmodell und Abgabenmodell

Eine Finanzierungsverantwortung für Betreiber von Windenergieanlagen zur Bestandserhaltung windenergiegefährdeter Arten ist in unterschiedlichen Variationen konstruierbar. Zu unterscheiden sind

- Das **Maßnahmenmodell**, das dadurch charakterisiert ist, dass der WEA-Betreiber eine öffentlichrechtlich oder privatrechtlich organisierten professionellen Agentur für spezifische FCS-Maßnahmen bezahlt, die dieser projektunabhängig bevorratend in dem für die Ausnahmegenehmigung maßgeblichen Beurteilungsraum durchführt.
- Das **Abgabenmodell**, das dadurch charakterisiert ist, dass auf gesetzlicher Grundlage eine öffentliche Abgabe erhoben wird, die dazu dient, Artenhilfsprogramme im Interesse der Bestandserhaltung bzw. der Bestandsverbesserung windenergiegefährdeter Arten zu finanzieren und die von all den WEA-Betreibern erhoben wird, deren Anlagenbetrieb zu einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko führt und eine Ausnahmegenehmigung beantragt haben.

Das **Maßnahmenmodell** entspricht in konzeptioneller Hinsicht der Maßnahmenbevorratung des § 16 BNatSchG und hierauf aufbauender Konstruktionen auf landesrechtlicher Grundlage (§ 16 Abs. 2 BNatSchG). Es ist eng angelehnt an das Konzept der FCS-Maßnahmen, enthält aber Flexibilisierungen, indem pflichtentbindend auf Maßnahmebevorratungen Dritter zurückgegriffen werden kann.³⁹⁴ Besondere verfassungsrechtliche Fragen wirft dieses Modell nicht auf; denn es beruht letztlich auf einem Vertragsschluss zwischen einer Maßnahme bevorratenden Agentur und einem WEA-Betreiber über die Zurechnung einer FCS-Maßnahme in einem Raum, der für die Verschlechterungsbeurteilung maßgeblich ist. Dementsprechend geht es hier auf der Finanzierungsseite um einen Preis, der für eine konkrete Leistung gezahlt wird und nicht um eine finanzverfassungsrechtlich zu beurteilende Abgabenlösung.

Die Probleme, die das Maßnahmenmodell aufwirft, liegen daher nicht in der rechtlichen Zulässigkeit von Maßnahmenbevorratung und deren Finanzierung, sondern in der tatsächlichen Wirksamkeit und ihren rechtlichen Voraussetzungen. Denn anders als die im Kontext der Eingriffsregelung praktizierte Maßnahmenbevorratung, funktioniert das artenschutzrechtliche Maßnahmenmodell nur dann, wenn der Erfolg eintritt, d.h., wenn durch die Maßnahmen tatsächlich sichergestellt ist, dass es nicht zu einer Verschlechterung der durch das WEA-Projekt gefährdeten Arten im maßgeblichen Beurteilungsraum kommen wird.³⁹⁵ Um dies

³⁹⁴ Vgl. dazu auch Lau/Wulfert/Müller-Pfannenstiel, NuR 2019, 721, 725 ff.

³⁹⁵ Ekardt/Hennig (NuR 2013, 694, 697) haben darauf hingewiesen, dass nach Erkenntnissen des SRU in seinem Umweltgutachten 2002 die Kompensationsmaßnahmen auf der Grundlage der Eingriffsregelung nur

zu gewährleisten, muss es belastbare Daten über den Artenbestand im maßgeblichen Beurteilungsraum geben, die Wirksamkeit einer Maßnahme muss valide belegt sein (wobei mit Fiktionen/Vermutungen gearbeitet werden kann, wenn der Erfolg der Maßnahmen einem Monitoring unterliegt, das periodisch ausgewertet wird und ggf. zu Anpassungen führt), und es muss sichergestellt sein, dass ein und dieselbe Maßnahme nicht mehrfach verbucht werden kann, wenn unterschiedliche WEA-Betreiber für denselben Raum bestandssichernde Maßnahmen nachfragen. Darüber hinaus muss rechtlich sichergestellt sein, dass die Agentur die notwendigen Befugnisse hat, um für den maßgeblichen Raum die FCS-Maßnahmen durchführen zu können und dass diese Maßnahmen ausreichend gesichert sind. Das sind sie jedenfalls dann, wenn dieser Raum dauerhaft ein Vorrangraum für den Artenschutz bleibt oder wenn auf andere Weise sichergestellt ist, dass die für die Ausnahmegenehmigung relevanten Artenbestände nicht (mehr) gefährdet sind.³⁹⁶

b) Das Abgabenmodell und seine rechtliche Zulässigkeit

Demgegenüber ist das Abgabenmodell dadurch charakterisiert, dass die FCS-Verpflichtung durch eine am Schädpotenzial der Anlage bemessene öffentliche Abgabe abgelöst wird, die zur Finanzierung von spezifischen Artenschutzmaßnahmen im maßgeblichen Beurteilungsraum eingesetzt wird (Artenschutzabgabe). Wird eine solche Abgabe erhoben, ist jedenfalls sichergestellt, dass der Artenschutz über genügend Mittel verfügt, um seine Ziele erreichen zu können. Der Konnex zwischen der Abgabenerhebung und der Erteilung der Ausnahmegenehmigung ist aber weniger unmittelbar verknüpft, als im Maßnahmenmodell. Damit das Abgabenmodell praktisch funktionieren kann, müssen die Artenschutzmaßnahmen dort wirken, wo sie genehmigungstechnisch benötigt werden. Dies lässt sich deutlich einfacher sicherstellen, wenn klar ist, wo die künftigen Windnutzungsräume sein werden (Bindung an räumliche Planung).

Die rechtlichen Voraussetzungen für die Erhebung einer solchen Abgabe hängen davon ab, ob sie als Steuer oder als nichtsteuerliche Abgabe konzipiert ist; denn Steuern werden auf der Grundlage der Steuergesetzgebungskompetenz erhoben (Art. 105 f. GG), während Nichtsteuern auf der Grundlage der Sachgesetzgebungskompetenzen zu erheben sind (Art. 70 ff. GG). Letztere bedürfen als geldliche Einnahmen des Staates, die jenseits der Voraussetzungen der Finanzverfassung erhoben werden, einer besonderen Rechtfertigung, um die Finanzverfassung vor einer Aushöhlung zu bewahren³⁹⁷ (Steuerstaatsdoktrin).

Unterschieden werden innerhalb der nichtsteuerlichen Abgaben gemeinhin die sog. Vorzugslasten, also Beiträge und Gebühren, und die Sonderabgaben, die in

in $\frac{3}{4}$ der Fälle ausreichend und dass lediglich 50% der Maßnahmen von so guter Qualität gewesen seien, dass von einem echten Ausgleich gesprochen werden könne. Mit Blick auf die Erfordernisse des Artenschutzes ist hier deshalb anzumerken, dass solche Quoten nicht ausreichend sind.

³⁹⁶ Differenzierend dazu Lau/Wulfert/Müller-Pfannenstiel, NuR 2019, 721, 726, die darauf hinweisen, dass das für die Maßnahmen Anlass gebende Vorhaben und seine Wirkungen in Bezug auf die (...) geschützten Arten mit zunehmendem Zeitablauf mehr und mehr in den Hintergrund tritt und aufgrund der natürlichen Dynamik durch andere Kausalketten überlagert wird.

³⁹⁷ Siehe nur BVerfGE 93, 319, 342 ff. – Wasserpfeffig.

Literatur und Rechtsprechung in einem langjährigen Prozess als eine eigenständige Form der nichtsteuerlichen Abgabe herausgearbeitet worden sind.³⁹⁸ Da es einen *numerus clausus* der Abgabeformen nicht gibt,³⁹⁹ ist die Palette der nichtsteuerlichen Abgaben erweiterbar. So hat das BVerfG mittlerweile eine Reihe von Abgaben eigener Art neben Beitrag, Gebühr und Sonderabgabe gestellt.⁴⁰⁰ Eine Abgabe zur Finanzierung von Artenschutzmaßnahmen kann nicht als Steuer erhoben werden, da eine solche Abgabe nicht unter den Kanon der in Art. 106 GG auf Bund und Länder verteilten Steuern subsumiert werden kann. Gem. hM ist die Steuerverteilungsregelung des Art. 106 GG als abschließende Aufzählung zulässiger Steuern anzusehen.⁴⁰¹ Folgt man dieser Auffassung, kann eine Artenschutzabgabe nur als eine nichtsteuerliche Abgabe erhoben werden. Innerhalb der nichtsteuerlichen Abgaben wäre eine Gebühren- bzw. Beitragslösung denkbar, oder eine Konstruktion als sonstige nichtsteuerliche Abgabe (Sonderabgabe; Abgabe sui generis). Bevor den unterschiedlichen Implikationen dieser Abgabeformen nachgegangen wird, soll zunächst ein Blick auf die Gesetzgebungskompetenzen gerichtet werden; denn die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben beruht, wie bereits erwähnt, auf den Sachgesetzgebungskompetenzen.

aa) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Erhebung einer Abgabe von Windenergiebetreibern zur Finanzierung von Artenschutzprogrammen, die der Bestandserhaltung bzw. der Bestandsverbesserung von windenergiegefährdeten Arten dient, folgt aus der Sachmaterie Naturschutz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG).⁴⁰² Grundsätzlich haben die Länder im Bereich der Sachmaterie des Naturschutzes eine Abweichungskompetenz (Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG). Da das Recht des Artenschutzes aber zu den „abweichungsfesten Kernen“⁴⁰³ des Naturschutzrechts zählt, ist eine entsprechende Bundesregelung abweichungsfest.⁴⁰⁴

398 Grundlegend BVerfGE 55, 274, 306 ff. – Berufsausbildungsabgabe. Nachfolgeentscheidungen des BVerfG haben sich insbesondere darum bemüht, die Sonderabgabe als eine Auffangkategorie mit unterschiedlichen Typen weiter zu entwickeln. Exemplarisch dafür stehen die Entscheidungen zur Schwerbehindertenabgabe (BVerfGE 57, 139, 167) und zur Investitionshilfe (BVerfGE 67, 256, 275 ff.). Diese Bemühungen können mittlerweile wohl als gescheitert gelten. Als Sonderabgabe wird heute im Wesentlichen der Typus der Finanzierungsabgabe bezeichnet, für den paradigmatisch die Berufsausbildungsabgabe steht. Für alle anderen vormals unter der Sonderabgabenform gefassten Typen bietet es sich an, sie ihrer Eigenart entsprechend als eigenständige nichtsteuerliche Abgabenform einzuordnen (a. A. wohl P. Kirchhof, Nichtsteuerliche Abgaben, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 119, Rn. 88 ff.). Siehe zum Ganzen auch Sacksofsky, **Umweltschutz durch nichtsteuerliche Abgaben**, 2000.

399 Vgl. BVerfGE 82, 159, 181 – Absatzfondgesetz; BVerfGE 93, 319, 342 – Wasserpfeffig; siehe auch Köck JZ 1993, 62.

400 Beispielhaft kann hier auf die Fehlbelegungsabgabe im Wohnungsbaurecht verwiesen werden, die vom BVerfG als „Abschöpfungsabgabe“ bezeichnet worden ist; siehe BVerfGE 78, 249, 266 ff. – Fehlbelegungsabgabe.

401 BFHE 141, 369, 372.

402 Seiler, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 74 Rn. 102.1.

403 Zum Begriff BT-Drs. 16/813, S. 11.

404 Köck/Wolf, NVwZ 2008, 353, 356; Das hat aber nicht zur Folge, dass die Residualkompetenz der Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG beschränkt wird. Diese Unterscheidung – zwischen der Abweichungsgesetzgebungskompetenz der Länder gem. Art. 72 Abs. 3 und der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz der Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG – ist wichtig, denn die Länder können nach wie vor Regelungen für das

Trotz der starken Stellung des Bundes bei der Regelung artenschutzrechtlicher Sachverhalte, darf nicht übersehen werden, dass es für die Implementierung artenschutzrechtlicher Programme auf die Länder ankommen wird, zumal der Länderebene eine große Bedeutung für die Beurteilung des Erhaltungszustandes zukommt. Die starke Stellung der Länder bei der Ausführung der Gesetze drückt sich insbesondere auch in den Regelungen des Art. 84 GG aus.⁴⁰⁵

bb) Zur Rechtsnatur der Artenschutzabgabe – Ausgestaltung als Vorzugslast oder als „Sonderabgabe“?

Die weiteren rechtlichen Voraussetzungen zur Erhebung einer Artenschutzabgabe hängen davon ab, ob eine solche Abgabe als traditionelle Vorzugslast im Sinne einer Gebühr oder eines Beitrages oder als nichtsteuerliche Abgabe jenseits von Gebühr oder Beitrag konzipiert werden soll. Während Gebühren oder Beiträge durch ihren Gegenleistungszusammenhang charakterisiert sind und vor der Finanzverfassung problemlos gerechtfertigt werden können, sind nichtsteuerliche Abgaben, die nicht in einem solchen Gegenleistungszusammenhang stehen, sondern voraussetzungslos zur Finanzierung einer öffentlichen Sachaufgabe erhoben werden, nur unter engen finanzverfassungsrechtlichen Voraussetzungen zulässig, weil sie eine starke Nähe zur Steuer aufweisen.

Eine Artenschutzabgabe, die so ausgestaltet wird, dass sie als Gebühr erhoben werden könnte, müsste so gefasst sein, dass sie dem Ausgleich einer individuell für den Gebührenzahler erbrachten Leistung dient und in ihrer Höhe dem Wert dieser Leistung entspricht (Äquivalenzprinzip). Eine solche Ausgestaltung würde die Abgabe in die Nähe des bereits erörterten Maßnahmenmodells bringen (siehe oben 4.1), so dass hiervon zunächst Abstand genommen wird, weil keine signifikanten Vorteile gegenüber dem Maßnahmenmodell erkennbar sind.

cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Erhebung von „Sonderabgaben“

Als eine sog. „Sonderabgabe“ bzw. als eine nichtsteuerliche Abgabe eigener Art, unterliegt die Artenschutzabgabe strengen Zulässigkeitsbedingungen. Die höchsten Zulässigkeitshürden, hat die Rechtsprechung des BVerfG für sog. Finanzierungs-Sonderabgaben errichtet, also solchen nichtsteuerlichen Abgaben, die zur Finanzierung einer öffentlichen Aufgabe erhoben werden.⁴⁰⁶ Sonderabgaben dürfen nicht zur Gewinnung von Mitteln für den allgemeinen Staatsbedarf, sondern nur zur Finanzierung besonderer Aufgaben eingesetzt werden.⁴⁰⁷ Sie müssen daher nach ständiger Rechtsprechung folgende Anforderungen erfüllen:

Recht des Artenschutzes erlassen, *soweit* der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, vgl. Petschulat, ZUR 2016, 523ff., 524. Insofern stellt sich die Frage, ob den Ländern ein Regelungsspielraum für die Einführung einer Artenschutzabgabe verbleibt, solange der Bund keine Regelung einführt.

405 Abweichungsrechte, soweit durch Bundesgesetze die Behördeneinrichtung oder das Verwaltungsverfahren vorgegeben wird (Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG).

406 BVerfGE 55, 274, 300 = NJW 1981, 329 (Berufsausbildungsabgabe). Dazu schon Köck, Die Sonderabgabe als Instrument des Umweltschutzes, 1991.

407 BVerfG, Beschl. v. 05.03.2009 – 2 BvR 1824/05 (Hamburger Stellplatzablöse).

- Die Abgabe muss einem legitimen Sachzweck dienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausreicht;
- es muss eine homogene Gruppe in Anspruch genommen werden, die ausreichend von der Allgemeinheit und anderen Gruppen abgegrenzt ist und die eine besondere Nähe zu dem verfolgten Sachzweck aufweist und hierfür eine besondere Sachverantwortung trägt;
- die Verwendung der Abgabe muss überwiegend im Interesse der in Anspruch genommenen Gruppe erfolgen (gruppennützige Aufkommensverwendung);
- die Notwendigkeit der Auferlegung der Abgabepflicht muss in angemessenen Zeitabständen überprüft werden.⁴⁰⁸

Weniger strenge Anforderungen werden demgegenüber an nichtsteuerliche Abgaben gerichtet, die eine besondere Lenkungs- oder Antriebsfunktion haben,⁴⁰⁹ die der Ablösung einer an sich bestehenden Rechtspflicht dienen⁴¹⁰ oder die einen besonderen rechtlichen Vorteil abgelten sollen, auf den kein Anspruch besteht.⁴¹¹ Für die Artenschutzabgabe wäre zu überlegen, ob sie so ausgestaltet werden kann, dass sie nicht als Finanzierungs-Sonderabgabe, sondern als eine der anderen erwähnten nichtsteuerlichen Abgaben eigener Art zu qualifizieren ist. Denkbar wäre etwa, wegen des Ermessenscharakters der Ausnahmegenehmigung auf einen besonderen rechtlichen Vorteil zu erkennen, oder sie in einen Rechtspflichtenzusammenhang zu stellen, indem die Ausnahmevoraussetzung der Bestandserhaltung als eine Rechtspflicht des Projektträgers konzipiert, die durch Entgeltzahlung abgelöst werden kann. Alle diese Konstruktionen weisen aber weitreichende Implikationen und Unwägbarkeiten auf, so dass hier zunächst geprüft wird, ob die Artenschutzabgabe auch den strengen Voraussetzungen genügen kann, die die Rechtsprechung an Finanzierungs-Sonderabgaben geknüpft hat. Die Abgabe wird von WEA-Projektträgern erhoben, um Artenschutzprogramme zu finanzieren, die dazu dienen, die Population windenergiegefährdeter Arten in einem stabilen Zustand zu halten bzw. auf einen günstigen Erhaltungszustand hinzuwirken. Dies ist ein legitimer Sachzweck, für den die WEA-Betreiber eine besondere Sachverantwortung tragen, wie sogleich zu zeigen sein wird. Die Gruppe der verpflichteten Vorhabenträger, die den Bau und Betrieb von WEA betreiben und dabei den Erhaltungszustand der Populationen einer Art beeinträchtigen können, sind von anderen Gruppen hinreichend abgrenzbar. Sie sind durch eine besondere Interessenlage gekennzeichnet, weil sie in hohem Maße raumbeanspruchend sind und damit in besonderer Weise auch in Konflikt mit den Artenschutzzielen kommen können. Insoweit weist diese Gruppe auch eine

408 BVerfG, Beschl. v. 18.05.2004 – 2 BvR 2374/99 (Klär Schlamm-Entscheidungsfonds), m.w.N.

409 BVerfGE 57, 139 = NJW 1981, 2107 (Schwerbehindertenabgabe).

410 BVerwG, Urt. v. 04.07.1986 – Az. 4 C 50/83 – naturschutzrechtliche Ausgleichsabgabe (Ersatzgeld).

411 Exemplarisch dafür steht der sog. Wasserpfennig; dazu BVerfGE 93, 319, 342 ff.

besondere Nähe oder Beziehung zu dem verfolgten Sachzweck auf und trägt eine besondere Sachverantwortung dafür, dass dieser Zweck erreicht wird.⁴¹² Der Artenschutz ist zwar keine spezifische Aufgabe der Betreiber von Windenergieanlagen, sondern eine gesellschaftliche Aufgabe, aber für WEA-Projektträger, deren Projekt ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für geschützte Arten beinhaltet, begründet die Verursacherverantwortung auch eine entsprechende Sachnähe. Es drängt sich geradezu auf, dass derjenige, der zurechenbar gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verstößt, auch eine besondere Verantwortung dafür trägt, dass durch die ausreichende Finanzierung von Artenschutzprogrammen eine Verschlechterung des Bestandes geschützter Arten vermieden wird. Die Verwendung des Abgabebaufkommens für die Finanzierung von Artenschutzprogrammen liegt auch im Interesse der WEA-Projektträger und ist damit gruppennützig; denn sie ziehen einen besonderen Nutzen aus der Verwendung der Abgabe, weil auf diese Weise eine elementare Voraussetzung für eine artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung sichergestellt werden kann.⁴¹³ Demgemäß genügt die Artenschutzabgabe den Anforderungen, die das BVerfG an sog. Finanzierungs-Sonderabgaben richtet und darf zulässigerweise erhoben werden.

4. Organisatorische und rechtliche Umsetzung des strategischen Ansatzes im

Naturschutzrecht Der programmatische Ansatz trägt dem Umstand Rechnung, dass die Energiewende ein nationales Projekt im Interesse des globalen Klimaschutzes und einer nachhaltigen Energieversorgung ist. Er ist von der Überzeugung getragen, dass die Energiewende nur dann gelingen kann, wenn die **rechtlichen Rahmenbedingungen** darauf abgestimmt sind. Mit Blick auf den Natur- und Artenschutz zeichnet sich die Notwendigkeit die Energiewende begleitender Natur- und Artenschutzprogramme als gesellschaftliche bzw. staatliche Aufgabe ab. Obwohl dies so ist, sprechen gute Gründe dafür, bei den Projektträgern von EE-Projekten, insbesondere bei den WEA-Projektträgern, den Anreiz für eine naturschutz- und artenschonende Projektierung hochzuhalten und das Verursacherprinzip zu beachten.

Insbesondere dort, wo praktische Gründe dafür sprechen, dass FCS-Maßnahmen effektiver und effizienter durch kollektive Akteure umgesetzt werden können, sollte dem **Verursacherprinzip in Form einer Finanzierungsverantwortung Rechnung getragen werden**. Die folgenden Ausführungen sprechen wichtige organisatorische und rechtstechnische Voraussetzungen des programmatischen Ansatzes an.

a) Etablierung von Artenschutzprogrammen

Der strategische Ansatz setzt voraus, dass spezifische **Artenschutzprogramme** für windenergiegefährdete Arten, insbesondere für windenergiegefährdete Vogel-

412 Ausführlich zur diesbezüglichen Rechtsprechung des BVerfG Hummel, DVBl 2009, 874.

413 Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 18.5.2004, NVwZ 2004, 1477 – Klärschlamm-Entschädigungsfonds.

arten, aufgesetzt werden und dass dies auf der räumlichen Ebene geschieht, die für Ausnahmegenehmigungen maßgeblich sind. Die organisatorische Kraft dafür hat am ehestens der Staat, in diesem Fall also die Länder, auf die es für die Verschlechterungsbeurteilung ankommt. Denkbar ist auch die Etablierung einer Artenschutzstiftung oder eine andere geeignete Rechtspersönlichkeit, die die Aufgaben des Artenschutzes im Interesse der Energiewende übernimmt und die Programme zur Bestandserhaltung bzw. –verbesserung (windenergie-)gefährdeter Arten entwickelt, Befugnisse zur Durchsetzung der Programme erhält und kontinuierliche Erhaltungs- und Verbesserungsmaßnahmen beauftragt bzw. selbst umsetzt. Alternativ dazu wäre auch die **Etablierung von Artenschutzprojekten** denkbar, wie dies einige Länder schon praktizieren.

Nicht notwendig ist es, diese Programme ausschließlich durch Projektträger der Energiewende zu finanzieren; denn der Artenschutz ist jenseits der besonderen Verantwortung raumbeanspruchender Vorhaben immer auch eine öffentliche Aufgabe, die mit staatlichen Mitteln zu erfüllen ist. Wegen der besonderen Sachverantwortung der Projektträger, ist es aber zulässig und am Maßstab des Verursacherprinzips gemessen auch geboten, die Verursacher zusätzlich heranzuziehen. Für die Durchführung dieser Programme bietet es sich an, langfristige Verträge mit leistungsfähigen Naturschutzakteuren zu schließen. Denkbar wäre, das Abgabenaufkommen in einen vom Haushalt getrennten **Naturschutzfonds/Artenschutzfonds** zu verwalten und aus dem Fonds spezifische Artenschutzprojekte zu finanzieren. Ausreichend wäre es aber auch, wenn durch Gesetz festgeschrieben wird, dass die Gelder, die durch die hier vorgeschlagene Artenschutzabgabe erhoben werden, zweckgebunden für Maßnahmen des Artenschutzes in dem für die Bestandserhaltung maßgeblichen Beurteilungsraum zu verausgaben sind. Vorbild dafür wäre die Regelung über das sog. Ersatzgeld im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (§ 15 Abs. 6 S. 7 BNatSchG).

b) Etablierung eines leistungsfähigen Monitoringsystems

Der strategische Ansatz setzt zweitens voraus, dass ein leistungsfähiges Monitoringsystem etabliert wird, das in der Lage ist, zuverlässig den Erhaltungszustand (windenergie-)gefährdeter Arten abzubilden und Trendaussagen (Verschlechterung bzw. Verbesserung) zu machen. Auch für dieses Element bietet sich eine staatliche Lösung an, die möglicherweise am besten auf der Landesebene umgesetzt werden könnte. Ein solches System dient den Aufgaben des § 6 BNatSchG und ist in § 6 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG auch mit Blick auf den Artenschutz ausdrücklich angesprochen.

Ob diese Aufgabe bereits gegenwärtig in einer Weise erfüllt wird, dass sie im Rahmen des Ausnahmeregimes nutzbar ist, wäre zu prüfen. Falls nicht, muss es aufgebaut werden. Auch dafür könnten Mittel der Artenschutzabgabe eingesetzt werden, weil Vorhabenträger in besonderer Weise von einem solchen System profitieren.

c) Übergangslösungen

Die Etablierung und Umsetzung von Artenschutzprogrammen und die Etablierung leistungsfähiger Monitoringsysteme benötigt Zeit. Deshalb dürfte es für einen Übergangszeitraum verantwortlich sein, wenn eine temporäre Zwischenlösung verfolgt wird. Eine solche Zwischenlösung könnte orientiert werden am sog. ORNIS-Kriterium, das der EuGH mit Blick auf die Jagd geschützter Arten genutzt hat⁴¹⁴ und das auch in anderen Mitgliedstaaten der EU, z.B. in den Niederlanden,⁴¹⁵ im Rahmen des Ausnahmeregimes als Maßstab genutzt wird. „Das ORNIS-Kriterium besagt, dass ein durch ein Vorhaben verursachter zusätzlicher Verlust von unter 1% der gesamten Sterblichkeitsrate einer Tierart keine negativen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand hat.“⁴¹⁶ Ob dieses Kriterium, das in Deutschland in anderen Zusammenhängen eher unter dem Begriff der „Irrelevanzschwelle“ bekannt ist, wirklich angemessen ist, um dauerhaft Aussagen über die Nichtverschlechterung machen zu können, ist zweifelhaft, weil auch viele kleine – je für sich unbedeutende Auswirkungen – in der Summe sehr erhebliche Auswirkungen haben können. Für eine Übergangszeit von 3-5 Jahren aber dürfte es verantwortlich sein, bei fehlendem leistungsfähigen Monitoringsystem und bei einem zwar etablierten, aber noch in Umsetzung befindlichen, Artenschutzprogramm für die Ausnahmeentscheidung mit Blick auf den Erhaltungszustand auf ein solches Kriterium abzustellen

III. Rechtliche Umsetzung:

Für die rechtliche Umsetzung ist es entscheidend, eine einheitliche Anwendung des Regelungsregimes und eine Verfahrensvereinfachung zu erreichen.

Auch hierfür sind – aufbauend auf der bisherigen Regelungs- und Verwaltungspraxis – im Wesentlichen zwei Vorgehen denkbar: Die Erteilung einer pauschalen oder auch gesetzlich angeordneten Ausnahmegenehmigung (1) oder – angelehnt an den obigen Vorschlag auf Tatbestandsebene – eine ermessenslenkende Rechtsverordnung (2). Die Autoren sprechen sich auch hier für die in Teil II. vorgeschlagene Lösung einer „Wind-an-Land Verordnung“ aus.

1. Pauschale Ausnahme kraft Gesetz oder Rechtsverordnung?

Zunächst ist dem Ansatz nachzugehen, ob bereits durch ein Gesetz oder eine (Bundes-)Rechtsverordnung eine **allgemeine und pauschale** Ausnahme von dem Tötungsverbot bis zum Erreichen der erforderlichen Ausbauziele erteilt werden könnte.

Nach § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG können durch die Landesregierungen Ausnahmen durch allgemeine Rechtsverordnungen zugelassen werden. Von dieser Möglichkeit wurde mit Blick auf in der Praxis problematische Beeinträchtigungen der Fischereiwirtschaft durch Kormorane Gebrauch gemacht sowie teilweise bei der

414 Vgl. EuGH, Urt. v. 9.12. 2004, Rs. C-79/03, Rn. 36.

415 Vgl. Backes, ZUR 2018, 587, 590.

416 Backes, ebenda.

Entnahme von Wölfen.⁴¹⁷ Die Kormoranverordnungen sehen zur Abwendung erheblicher fischereiwirtschaftlicher Schäden und zum Schutz der natürlich vorkommenden Tierwelt für abschlussberechtigte Personen eine zeitlich und örtlich beschränkte allgemeine Ausnahme vom Tötungsverbot und Störungsverbot vor (siehe Niedersächsische Kormoranverordnung vom 09.06.2010 (NKormoran-VO)⁴¹⁸. Demgegenüber dienen die Wolfsverordnungen lediglich dazu, das Prüfprogramm der Behörden zur Erteilung von Ausnahmegenehmigungen konkret vorzubereiten.

Von *Agatz* ist vorgeschlagen worden, eine „generalisierte Ausnahme“ per Verordnung für einen fest definierten Bedarf an Windenergieanlagen zu erlassen. Es mache rechtlich und tatsächlich keinen Unterschied, ob eine Verordnung als untergesetzliches Regelwerk die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme konkret und abschließend regelt und die Behörde verpflichtet, die Ausnahme ohne eine eigene Einzelfallbewertung zu erteilen, wenn die definierten Voraussetzungen erfüllt seien **oder**, ob der konkret vorliegende Fall unter die Verordnung falle und somit eine Ausnahme bereits gegeben sei. Hierbei müsse die Ausnahmegewährung durch eine Verordnung die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG unter Beachtung des Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG erfüllen.⁴¹⁹

Weiter schlägt *Agatz* vor, dass sich die Ausnahme auf alle Vogelarten beziehen möge, um eine Entlastung der Genehmigungsverfahren von aufwändigen Kartierungen, Artenschutzgutachten und gerichtlichen Überprüfungen gewährleisten zu können (Entkopplung). Für einzelne, seltene Arten könne eine Rückausnahme vorgesehen werden.

Für die windenergiesensiblen Arten sei eine Analyse des Erhaltungszustands und seiner Entwicklung unter der gewährten Ausnahme vorzunehmen – beides lasse sich sehr viel besser im Rahmen einer einheitlichen, zentralen Bewertung vornehmen als unkoordiniert in jedem Einzelzulassungsverfahren.⁴²⁰

Fernerhin wäre auch eine gesetzliche Definition der Ausnahmekriterien mit gesetzlichem Automatismus denkbar. In einem jüngst von der Stiftung Klimaneutralität veröffentlichten Regelungsvorschlag⁴²¹ wird für die Erteilung einer Ausnahme vorgeschlagen, dass zur Vereinfachung und Beschleunigung der Zulassung von Windenergieanlagen für diese eine bis zum Erreichen der Klimaneutralität geltende artenschutzrechtliche Ausnahme **gesetzlich geregelt** wird. Die Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot soll durch Schutzabstände um nachgewiesene Nistplätze für einige wenige Vogelarten eindeutig begrenzt werden.

417 Siehe im Einzelnen: Gläß, in: BeckOK UmweltR, 56. Ed. 1.10.2020, BNatSchG § 45 Rn. 63.

418 Nds. GVBl. 2010, 255

419 *Agatz*. Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584, 593.

420 *Agatz*, ZUR 2020, 584

421 Stiftung Klimaneutralität: Klimaschutz und Artenschutz - Wie der Zielkonflikt beim Ausbau der Windenergie konstruktiv aufgelöst werden kann. Ein Regelungsvorschlag (Mai 2021); basierend auf: *Scharfenstein/Bringewat* (2021): Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht, das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen anzupassen? Rechtsgutachten der Rechtsanwaltskanzlei von Bredow Valentin Herz im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität; abrufbar unter: **Artenschutz und Windenergie - Stiftung Klima (stiftung-klima.de)**

Vorgeschlagen wird „eine gesetzlich definierte und damit allgemein geltende Ausnahme vom Tötungsverbot durch einen neu einzuführenden § 45b zu schaffen, wonach Errichtung, Betrieb und Änderung von Windenergieanlagen an Land für zulässig erklärt wird, wenn die Anlagen sich nicht innerhalb des unmittelbaren Nahbereichs einer besetzten Fortpflanzungsstätte (sog. Innerer Schutzabstand) oder so nah an einer Fortpflanzungsstätte (sog. Äußerer Schutzabstand) befinden, dass Errichtung und Betrieb nur bei gleichzeitiger Durchführung von artspezifischen Schutzmaßnahmen naturschutzfachlich vertretbar ist.“⁴²²

Den dargestellten Vorschlägen ist gemein, dass durch die pauschale Erteilung einer Ausnahmegenehmigung das Verwaltungsverfahren erheblich verkürzt würde, da wesentliche Prüfungspunkte antizipiert und der Entscheidungsspielraum der Behörden minimiert wird. Bei einer gesetzlichen Regelung, würden zudem die Klagemöglichkeiten gegen die Ausnahmeentscheidung weitgehend eingeschränkt, weil der Anwendungsbereich des UmwRG sich nicht auf gesetzliche Regelungen erstreckt. Hier gelte – trotz aller völkerrechtlichen Bedenken – nur der Verfassungsmaßstab⁴²³. Gegen die Rechtsverordnung wäre ggf. noch ein Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO möglich bzw. eine Inzidenzkontrolle auf der Basis einer Drittanfechtungsklage.

Dabei ist fraglich, ob ein solches „pauschales Ausnahmeregime“ dem restriktiven Verständnis des EuGH zu den Ausnahmetatbeständen entspricht, der den Ausnahmecharakter von Art. 9 VS-RL i.S. einer singulären Abweichung von den Vorgaben der VS-RL wiederholt betont hat.⁴²⁴ Zu Art. 16 Abs. 1 FFH-RL stellte der EuGH fest, dass eine Ausnahme nur eine konkrete und **punktueller Anwendung** sein könne, mit der konkreten Erfordernissen und besonderen Situationen begegnet wird.“⁴²⁵

Konkret ist zu fragen, ob es europarechtlich zulässig ist, Windenergieanlagen, die gewissen Basisvoraussetzungen genügen, pauschal eine gesetzliche Ausnahme zuzubilligen, ohne dass eine Behörde das Einhalten von Ausnahmevoraussetzungen zu prüfen hätte. Die Frage ist am Maßstab von Art. 9, Art. 13 und Art. 2 VSRL zu beantworten.

- Aus Art. 9 Abs. 1 VS-RL ergibt sich, dass bestimmte Ausnahmegründe vorliegen müssen. Insofern bedarf es im Gesetz jedenfalls einer Regelung, die mindestens ausführt, dass für eine Anlage, die bestimmten Basisvoraussetzungen genügt, vermutet wird, dass sie im Interesse der öffentlichen Sicherheit notwendig ist (dazu oben I.2.).
- Aus Art. 9 Abs. 2 VSRL ergibt sich, dass für eine Ausnahme bestimmte Eingrenzungen vorzunehmen sind. Auch dazu müsste die gesetzliche Regelung Aussagen treffen, u.a. muss auch die Stelle ange-

422 Scharfenstein/Bringewat (2021), - Zusammenfassung -, S. 3, abrufbar unter: **Vorlage - Brief Original (stiftung-klima.de)**

423 Siehe kitsch zur Legalplanung: Wegener: Verkehrsinfrastrukturgenehmigungen durch Gesetz und ohne fachgerichtlichen Rechtsschutz?, ZUR 2020, 195.

424 EuGH, Urt. v. 21.6.2018 – C-557/15 = BeckRS 2018, 12064.

425 EuGH Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17 = BeckRS 2019, 23630 Rn. 41.

geben werden, die befugt ist zu erklären, dass die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Es stellt sich die Frage, wie diese Voraussetzung erfüllt werden kann, wenn das Gesetz unmittelbar die Ausnahme gebietet.

- Schließlich müssen die Ausnahmen auch mit dem Verschlechterungsverbot (Art. 13) und mit den Zielen der VSRL (Art. 2) vereinbar sein.

Wie oben bereits betont hat der EuGH in seinem jüngsten Urteil v. 17.3.2021⁴²⁶ zum Vogelschutz mit Blick auf die Leimrutenjagd in bestimmten französischen Regionen deutlich gemacht hat, dass die Mitgliedstaaten bei einer Ausnahmeerteilung verpflichtet sind, „sicherzustellen, dass jeder Eingriff, der geschützte Arten betrifft, nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt wird, die mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sind, in der auf die in Art. 9 Abs. 1 und 2 der Richtlinie vorgesehenen Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug genommen wird.“⁴²⁷

Zudem wird auch bei einer auf den Windenergieausbau beschränkten und temporär enger gestalteten pauschalen Ausnahme diese *Umkehrung des Regimes* mehrere Jahre Geltung beanspruchen. Der Individuenschutz der VS-RL würde zudem sehr unterlaufen – welche Individuen und wie viele die Ausnahmen betrifft, wäre mglw. gar nicht zu ermitteln. Die Beurteilung des Erhaltungszustandes einer Art in einem spezifischen Raum und die Beurteilung des Individuenverlustes eben für diesen Erhaltungszustand werden zudem nur eingeschränkt bei Erlass einer Rechtsverordnung generalisierend antizipiert werden können. Ähnliches könnte bei einer gesetzlichen Regelung angenommen werden, weil die Prüfung der Ausnahmevoraussetzungen nicht mehr im Einzelfall erfolgen kann. Formell fehlt jedenfalls die vom EuGH geforderte Einzelfallentscheidung.

Hinzu kommt, dass sich die Konzeption der bestehenden Rechtsverordnungen Bedenken ausgesetzt sieht. Dazu wurde bereits oben ausgeführt.⁴²⁸ So wurden zwar die Kormoranverordnungen bislang als rechtmäßig erachtet.⁴²⁹ Die europarechtliche Konformität dieser allgemeinen Ausnahmeerteilung ist aber mangels **Alternativenprüfung und Berücksichtigung des Erhaltungszustandes zweifelhaft**.⁴³⁰

Ungeachtet dessen, trägt auch die behauptete Parallelität zur Kormoranverordnung, die für den Vorschlag angeführt wird, nur sehr partiell; denn die Kormoranverordnungen sind nach sachlichem Anwendungsbereich, Zeit und Ort begrenzt,⁴³¹ während die Ausnahmebestimmung für die landseitige Windenergie überall und bis zum Erreichen der Klimaneutralität, also bis zum Jahre 2045, gel-

426 Rs. C-900/19.

427 EuGH, Urte. v. 17.3.2021, Rs. C-900/19, Rn. 29 unter Hinweis auf EuGH, Urte. v. 21.6.2018, Rs. C-557/15.

428 Siehe oben, 3. Teil, Abschnitt I, Nr. 3 (S. 74)

429 OVG Magdeburg Urte. v. 22.11.2017 – 2 K 127/15 = BeckRS 2017, 140766; folgend: BVerwG, Beschluss vom 31.07.2018 - 4 BN 13.18 = BeckRS 2018, 20395

430 *Schütte/Gerbig*, Schlacke § 45 Rn. 59; a.A: *Scharfenstein/Bringewat* (2021), S.49/50.

431 Siehe § 3 der Kormoran-Verordnung des Landes Sachsen-Anhalt v. 14.9.2014; dazu auch OVG Magdeburg, Urte. v. 22.11.2017, Rn.

ten soll. Außerdem verpflichtet die Kormoran-Verordnung die zuständige Behörde dazu, die Bestandsentwicklung fortlaufend zu beobachten⁴³² und ermächtigt die Behörde, die Ausnahme durch Verwaltungsakt ihrerseits einzugrenzen.⁴³³ Damit sind in der Kormoran-Verordnung eine Reihe von Sicherungsmechanismen etabliert, um zu gewährleisten, dass eine Abkehr von der Notwendigkeit der Einzelgenehmigung den Zielen der VS-RL genügen kann.⁴³⁴ Eine pauschale Ausnahmegenehmigung ohne solche Eingrenzungen, begegnet rechtlichen Bedenken.⁴³⁵

Dies hat der EuGH in seiner jüngsten Entscheidung zur Leimrutenjagd in Frankreich noch einmal deutlich gemacht.⁴³⁶ Der EuGH betonte in der Entscheidung den Begründungszwang der zuständigen Stellen über das Fehlen „anderweitiger Lösungen“ und stellte fest, dass nicht davon ausgegangen werden [könne], dass „eine nationale Regelung, mit der von der Ausnahmeregelung des Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie Gebrauch gemacht wird, die aus Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie hervorgehenden Anforderungen an die Begründungspflicht erfüllt, wenn sie **lediglich die Angabe enthält**, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gebe, ohne diese Angabe durch eine eingehende Begründung zu untermauern, die sich auf die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse stützt und die Gründe enthält, aus denen die zuständige Stelle zu dem Schluss kam, dass sämtliche Voraussetzungen für die Genehmigung einer Abweichung im Sinne von Art. 9 der Richtlinie, darunter die Voraussetzung, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt, erfüllt seien.“⁴³⁷

Dies spricht aus Sicht der Autoren dafür, dass das Vorliegen von abstrakt-generellen Kriterien im Einzelfall für jede Ausnahme von der zuständigen Stelle (der Behörde) positiv festzustellen ist.

2. Rechtsverordnung: WIND-AN-LAND VERORDNUNG

Wird die Alternativenprüfung als Verhältnismäßigkeitsprüfung verstanden, wird eine Entscheidung im Einzelfall getroffen werden müssen. Daher sind wir der Auffassung, dass durch eine Rechtsverordnung die Voraussetzungen und Bedingungen als ermessenslenkende Vorschrift für die behördliche Praxis ausgestaltet werden sollten. Für diesen Teil der **Wind-an-Land Verordnung** ist ebenfalls eine Ermächtigungsgrundlage im BNatSchG zu normieren.

Eine Ausnahmegenehmigung würde erteilt werden, wenn der Vorhabenträger dies beantragt. Gegen die behördliche Entscheidung zur Erteilung einer Ausnahme bliebe der Rechtsweg offen, allerdings ggf. ohne aufschiebende Wirkung. Regelungsvorschläge werden in **Teil 4** unterbreitet. In der „Wind-an-Land Verordnung“ wäre u.a. zu regeln:

a) Ausnahmefähige Vogelarten

432 Siehe § 8 der Kormoran-Verordnung für das Land Sachsen-Anhalt; siehe hierzu auch OVG Magdeburg, Urt. v.22.11.2017, Rn. 267.

433 Siehe § 7 Kormoran-Verordnung des Landes Sachsen-Anhalt.

434 Dazu auch OVG Magdeburg, Urt. v. 22.11.2017, Rn. 192 ff.

435 OVG Lüneburg Beschl. v. 11.5.2020 – 12 LA 150/19, BeckRS 2020, 9926 Rn. 47

436 EuGH, Urt. v. . 17.3.2021, Rs. C-900/19, Rn. 29.

437 EuGH, Urteil vom 17.03.2021 – C-900/19 = BeckRS 2021, 4433, Rn. 32.

In der Rechtsverordnung ist festzulegen, für welche Vogelarten eine Ausnahme-genehmigung erteilt werden kann bzw. für welche Vogelarten dies ausgeschlossen ist. Hierfür könnte als Anlage eine (weitere) Vogelliste angefügt werden. Dies ist eine fachliche Frage und am Erhaltungszustand der jeweiligen Vogelarten in einem Betrachtungsgebiet zu entscheiden. Hierfür könnte ein bundesweiter Betrachtungsraum gewählt werden. Zielführend und praxisnah wäre ein am Bundesland ausgerichteter Betrachtungsraum (besonders große Bundesländern könnten wiederum in abgeschlossene Teilgebiete gegliedert werden). Dieses Vorgehen ist europarechtskonform.

So wäre es ein gangbarer Weg, eine **Bestandsliste der gefährdeten Populationen** im Bezugsraum anzufertigen sowie für die darin lebenden Vogelarten eine maximale Anzahl von Individuen zu bestimmen, die der hypothetischen Gefährdung einer Tötung ausgesetzt werden könnten. Zugleich ist zu bestimmen, welche Vogelartenpopulationen einen Individuenverlust nicht (mehr) verkraften. Der EuGH hat für einen Bestandspflegeplan und eine nationale Regelung, die die Höchstzahl der Individuen festlegt, die in einem Jagdjahr im Hoheitsgebiet getötet werden dürfen, als relevanten Faktor bezeichnet für die Feststellung, dass die jährliche kumulative Wirkung einzelner Ausnahmegenehmigungen der Wahrung oder Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustands der Populationen der betreffenden Art nicht schadet

Daraus würde sich ergeben, dass für alle auf dieser Liste **nicht stehenden Vogelarten** grundsätzlich eine Ausnahme erteilt werden könnte. Für die gelisteten Arten nur im Rahmen des in der Verordnung niedergelegten Umfangs. **Fernerhin muss durch ein regelmäßiges Monitoring der Erhaltungszustand der Populationen erfasst werden.** Dies erfolgt letztlich dadurch, dass alle erteilten Ausnahme durch eine zentrale Stelle erfasst werden. Dadurch wird zum einen sichergestellt, dass alle windkraftsensiblen Vogelarten im Genehmigungsverfahren beachtet würden, die Erteilung einer Ausnahme aber koordiniert im festgelegten Betrachtungsraum (Bundesland) erfolgt.

Allerdings bedarf die Entwicklung einer solchen Liste eines zeitlichen Vorlaufs, sodass auch hier zunächst eine Übergangslösung anhand des ORNIS-Kriteriums herangezogen werden sollte.

b) Prüfprogramm für die Erteilung einer Ausnahme: Die Gelenknorm

In der Rechtsverordnung ist der Verwaltung zudem die Prüfung eines Antrags auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung ermessenslenkend vorzugeben. Hierbei sollte – wie in Teil II vorgestellt – gleichfalls eine „Soll-Vorschrift“ und damit intendiertes Ermessen normiert werden. Die Vorschrift ist so auszugestalten, dass bei Vorliegen der dort normierten Bedingungen die Ausnahmegenehmigung erteilt werden soll. Nur bei atypischen Fällen ist die Ausnahmegenehmigung nicht zu erteilen.

In den Tatbestandsbedingungen ist zu normieren, dass

- die Ausnahmegründe im o.g. Sinne anhand von Ausbauzielen auszulegen sind,

- der Umgang des Verschlechterungsverbots anhand des strategischen Ansatzes, also Sicherung in der Übergangszeit durch ORNIS und danach über das bundeslandspezifische Monitoring der Wirksamkeit der Artenschutzprogramme
- sowie die Alternativenprüfung (Verhältnismäßigkeitsprüfung).

Hierbei ist hinsichtlich der **Alternativenprüfung** anhand einer Regelung vorzugeben, dass die Erteilung einer Ausnahme *in der Regel* alternativlos und verhältnismäßig ist, soweit die Ausbauziele im Betrachtungsraum (Bundesland) noch nicht erfüllt sind und zumutbare Vermeidungsmaßnahmen nicht zu einem Ausschluss der signifikanten Risikoerhöhung führten. Anhand dieser **Gelenknorm** würde der Übergang zwischen Tatbestandsebene und Ausnahmeregime geschaffen.

Eine Alternativenprüfung nach dem bisherigen Verständnis, insbesondere die Prüfung von Alternativflächen, entfielen. Um die europarechtlich erforderliche Einzelfallprüfung zu ermöglichen, dürfte die zuständige Behörde nur in **atypischen Fällen** von der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung absehen. Wie oben dargestellt, wären dies Sonderfälle, in denen die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung und der damit einhergehende (hypothetische) Individuenverlust offenkundig außer Verhältnis zum erreichten Zweck stünde, weil das Ausbauziel durch die fragliche Windenergieanlage nicht oder nur absolut minimal gefördert würde. Es handelt sich also um eine Art Härtefallregelung. Mit dieser Letztentscheidung der Verwaltung im Einzelfall (Verhältnismäßigkeitsprüfung) bliebe die Europarechtskonformität gewahrt.

3. Dokumentations- und Begründungspflichten

Die in Art. 9 Abs. 2-4 VS-Richtlinie aufgeführten Dokumentations- und Berichtspflichten sind zu beachten. Dies umfasst insbesondere für welche Vogelarten die Abweichungen gelten; die zugelassenen Fang- oder Tötungsmittel, -einrichtungen und -methoden; die Art der Risiken und die zeitlichen und örtlichen Umstände, unter denen diese Abweichungen getroffen werden können sowie die zuständigen Stellen Art. 9 Abs. 2 Buchst. a)-d).

Hierbei ist zu beachten, dass der EuGH die Begründungsanforderungen zur Erteilung einer Ausnahme hoch ansetzt.⁴³⁸ Die Beweismittel, die die erforderlichen Voraussetzungen für eine Abweichung von der Schutzregelung der VS-RL belegen sollen, müssen auf überzeugenden wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen. Es müssen die besten wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Verfügung stehen.⁴³⁹ In Bezug auf die Genehmigung von Abweichungen nach Art. 9 müssen zahlreiche Gesichtspunkte der Geografie, des Klimas, der Umwelt und der Biolo-

438 EuGH Urt. v. 21.6.2018 – C-557/15 = BeckRS 2018, 12064 Rn. 47.

439 EuGH Urt. v. 23.4.2020 – C-217/19 = BeckRS 2020, 6609 Rn. 70.

gie sowie insbesondere der Fortpflanzung der Arten und ihrer jährlichen Gesamtsterblichkeitsrate aufgrund natürlicher Ursachen berücksichtigt werden.⁴⁴⁰ Damit werden die Anforderungen an die Bestimmung eines günstigen Erhaltungszustandes sowie der zu verneinenden Verschlechterung anhand aktueller wissenschaftlicher Erkenntnisse bzw. Erhebungen nachgewiesen werden müssen.

4. TEIL: Elemente einer Neuregelung: Normativer Rahmen für das Tötungsverbot und strategisches Ausnahmeregime

Auf Grundlage der in Teil 2-3 hergeleiteten Änderungsoptionen- und -vorschläge, werden folgende Rechtsänderungen und Rechtssetzung zugunsten eines Regimewechsels vorgeschlagen:

I. Änderungen im Bundesnaturschutzgesetz

1. Tatbestand: Verbindliche Festlegung von windkraftsensiblen Vogelarten: § 44 Abs. 5 S. 6:

„Die Bundesregierung wird ermächtigt durch Rechtsverordnung festzulegen, welche geschützten europäischen Vogelarten nach § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 13 Buchst. b), bb), Art. 1 VS-RL bei der Planung und Genehmigung von Windenergievorhaben für die Prüfung der Beeinträchtigungsverbote von Abs. 1 Nr. 1 zu berücksichtigen sind. Eine signifikante Risikoerhöhung nach Abs. 5 S. 2 Nr. 1 ist in der Regel anzunehmen, wenn die in der Verordnung niedergelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Die Verordnung kann weitergehende Regelungen durch die Länder zulassen.“

2. Ausnahmeregime: Festlegung von Ausnahmebedingungen: § 44 Abs. 7 S. 6:

„Die Bundesregierung wird ermächtigt durch Rechtsverordnung Näheres zu den Ausnahmevoraussetzungen festzulegen. Eine Ausnahme soll erteilt werden, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind.“

II. Wind-an-Land Verordnung

1. Erster Teil: Ziele und Anwendungsbereich

Im ersten Teil der Verordnung sind die Ziele und der Anwendungsbereich im Allgemeinen zu bestimmen. Die Verordnung regelt hierbei nur den Umgang mit windkraftsensiblen Vogelarten im Hinblick auf das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 sowie die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die Genehmigung von Windkraftanlagen an Land.

Im Wesentlichen wäre in einem (vorgezogenen) ersten Teil zu regeln:

- **Das Ziel** der Verordnung liegt darin sicherzustellen, Genehmigungsverfahren rechtssicher zu beschleunigen und dass Ausnahmegenehmigung in der Regel zu erteilen sind, wenn die Ausnahmevoraussetzungen erfüllt sind (intendiertes Ermessen).
- Es ist Bezug zu nehmen auf die über § 1 Abs. 2 und § 4a EEG festgelegten (Ausbau-) Ziele, oder – was vorzugswürdig wäre – auf ganz konkrete Aus-

⁴⁴⁰ EuGH Urt. v. 21.6.2018 – C-557/15 = BeckRS 2018, 12064 Rn. 62.

bauziele für Wind an Land für einzelne Bundesländer (Bezugsraum). Letzteres dürfte für die ausreichende Zurverfügungstellung von Windflächen in den Bundesländern ohnehin erforderlich sein und wird richtigerweise gefordert.

- Es ist klarzustellen, dass die Erreichung dieser Ziele das Interesse der **öffentlichen Sicherheit** berührt.
- Vorzugeben ist, dass die Definition der **windkraftsensiblen Arten** und der Abstandsvorgaben abschließend ist. Die Länder können innerhalb von 2 Jahren nach Inkrafttreten der Verordnung eine ergänzte Liste verabschieden. Die Vogelliste im Anhang ist im Hinblick auf Vogelarten und Abstandsvorgaben periodisch zu überprüfen (5 Jahre). Soweit die Überprüfung ergibt, dass die Listen nicht mehr dem Stand der wissenschaftlichen und fachlichen Erkenntnisse entsprechen, ist die Liste zu aktualisieren. Zur einheitlichen Bewertung von wissenschaftlichen Erkenntnissen ist eine Bundesbehörde zu bestimmen (z.B. das BfN), in der ein Expertengremium die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse sammelt, bewertet und abschließend zusammenfasst. Ggf. ist für die Anpassung der Liste ein vereinfachtes Verordnungsverfahren zu wählen.
- Zur weiteren Klärung der Ausnahmesituation wäre die Option einzufügen, nach der Übergangszeit bei fachlicher Notwendigkeit Tabuarten in einen Anhang aufzunehmen, für die die Erteilung einer Ausnahme generell ausgeschlossen sein soll. Der Betrachtungsraum wäre hier das Bundesland. Auch diese Liste wird alle 5 Jahre überprüft.
- Zu normieren ist, dass die Abstandsvorgaben horizontal vom jeweiligen Objektmittelpunkt aus gemessen werden (Turmmittelpunkt, Neststandort, Brutplatz, Reviermitte usw.). Hierbei ist der Gefahrenbereich einer WEA der vom Rotor umfasste Luftraum, ggf. zuzüglich eines festzulegenden Abstands. Anzuknüpfen wäre ggf. an die Vorschläge des Gutachtens Reichenbach/Aussieker, 2021⁴⁴¹ in dem der Sachstand, Abstände und möglich Vermeidungsmaßnahmen fachlich zusammengefasst und begründet sind.
- Sich im Gefahrenbereich der WEA aufhaltende Exemplare windkraftsensibler Vogelarten sind grundsätzlich relevant für die Signifikanzbewertung. Der Abstand berücksichtigt, dass aufgrund des artspezifischen Verhaltens eine gewisse Variabilität der Flugverläufe besteht.

2. Zweiter Teil – Präzisierung der Signifikanz

Im zweiten Teil der Verordnung ist der Genehmigungsbehörde ein Prüfprogramm zur Bestimmung einer signifikanten Gefährdung vorzugeben:

441 Siehe Fn. 178.

(1) Eine signifikante Risikoerhöhung nach § 44 Absatz 5 Satz 2 Nummer 1 BNatSchG ist nur dann festzustellen, wenn

- a) ein Exemplar einer in Anhang 1 als windkraftsensibel eingestuften Vogelart
- b) sich mit einer erhöhten Häufigkeit im Gefahrenbereich einer WEA aufhält.

Dies ist anzunehmen, wenn das Exemplar im Abstandsbereich nach Anhang 1 seine Fortpflanzung- und Ruhestätte hat.

Bei der Feststellung sind Kartierungen und Untersuchungen aus vorgelagerten Raum- und Bauleitplanungen heranzuziehen, soweit die Ergebnisse nicht älter als 5 Jahre sind und eine fachlich ausreichende Standortgenauigkeit aufweisen (siehe hierzu schon oben). Auf Raumnutzungsuntersuchungen kann in diesem Fall verzichtet werden. Die Länder halten eine Datenbank vor, die auf Antrag des Vorhabenträgers einsehbar ist und in die alle behördlich vorhandenen Kartierungen und Raumanalysen eingestellt werden.

(2) Eine signifikante Risikoerhöhung kann ausgeschlossen werden, wenn der Antragsteller

(a) anhand von Habitatanalysen **oder**

(b) durch zumutbare Vermeidungsmaßnahmen nachweist, dass eine signifikante Risikoerhöhung für das Exemplar ausgeschlossen ist.

Zumutbare Vermeidungsmaßnahmen sind nur: (fachlich zu bestimmen und ausreichend bestimmt zu regeln)

Führen zumutbare Vermeidungsmaßnahmen nicht zu einem Ausschluss der signifikanten Risikoerhöhung, kann der Projektträger einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung stellen.

3. Dritter Teil –Ausnahmeerteilung

Im dritten Teil der Verordnung ist das Ausnahmeregime mit dem strategischen Ansatz zu normieren:

(1) Die zuständige Behörde soll auf Antrag des Vorhabenträgers nach Maßgabe der folgenden Vorschriften nach § 45 Abs. 7 BNatSchG eine Ausnahme von dem Verbot nach § 44 Abs.1 Nr. 1 BNatSchG erteilen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) Das Vorhaben erfüllt die Ausnahmegründe von § 45 Abs. 7 Nr. 4, 5, soweit es zur Erreichung der in [...] normierten Ausbauziele von Windenergie an Land beiträgt.
- b) für das betroffene Exemplar ist eine Ausnahmegenehmigung nach Anhang 2 nicht ausgeschlossen,
- c) zumutbare Vermeidungsmaßnahmen führen nicht zu einem Ausschluss der signifikanten Risikoerhöhung,
- d) eine Verschlechterung des Erhaltungszustands der betroffenen Vogelart im Betrachtungsraum ist ausgeschlossen.

- e) der Betrachtungsraum ist das jeweilige Bundesland, in dem das Vorhaben errichtet werden soll, soweit keine abweichenden Vorgaben gemacht werden.
- f) der Antragssteller gewährleistet selbst oder durch Teilnahme an einem System nach Teil 4 einen artenschutzrechtlichen Ausgleich. Für eine Übergangszeit von 5 Jahren bis zum (...) ist die Voraussetzung von d) erfüllt, soweit der durch die in der Gesamtheit erteilten Ausnahmegenehmigungen verursachte Verlust unter 1% der gesamten Sterblichkeitsrate der Vogelart bleibt. Näheres regelt Teil IV dieser Verordnung.

Soweit die Voraussetzungen a-f erfüllt sind, liegen in der Regel keine anderweitigen zumutbaren Lösungen vor. Die Ausnahme wird unter der Auflage nachträglicher Auflagen erteilt, um die Bedingung zu c) dauerhaft sicherstellen zu können. (2) Die Bundesländer bestimmen eine zuständige Behörde für eine ausreichende Datenlage für die Verschlechterungsprüfung nach d). um ein dauerhaftes Monitoring durchzuführen.

4. Teil – Artenschutzmaßnahmen und Poolssystem

Den notwendigen artenschutzrechtlichen Ausgleich und Nachweis des Ausschlusses einer Verschlechterung kann der Antragssteller

a) selbst (also wie herkömmlich, FCS Maßnahmen)
oder

b) durch Teilnahme an einem System nach dieser Verordnung erfüllen.

Entscheidet sich der Vorhabenträger für (b) gibt er die Verantwortung für den Nachweis ausbleibender Verschlechterung ab. Die Genehmigungsbehörde prüft im Genehmigungsverfahren nur das Vorliegen der Teilnahme.

Die Verordnung regelt das vorhabenunabhängige System zur Sicherung des Ausschlusses einer Verschlechterung mit drei Hauptelementen und einem vierten Hilfselement:

- (1) einem leistungsfähigen Artenschutzprogramm für windenergiegefährdete Vogelarten,
- (2) einem leistungsfähigen Monitoring, das Verschlechterungen und Trends verlässlich anzeigt und
- (3) einem Finanzierungsmechanismus, der sicherstellt, dass Vorhabenträger, die eine Ausnahmegenehmigung benötigen, zur Finanzierung des Systems beitragen.
- (4) Für eine Übergangsphase (Vorschlag 4 Jahre) sollte jenseits dessen eine pragmatische Entscheidung am Maßstab des ORNIS-Kriteriums eingeführt werden.

Die Verordnung regelt im Einzelnen folgendes:

- Entscheidet sich der Vorhabenträger für das Poolsystem, ist die Landesbehörde für die Beurteilung der Verschlechterung zuständig. Bezugsrahmen ist das Bundesland.
- Als Ziel wird festgelegt die Etablierung eines Poolsystems durch private oder öffentliche Träger, die zum einen die FSC-Maßnahmen übernehmen und zum anderen mittels spezifischer Artenschutzprogramme und darauf bezogener Schutz- und Förderungsmaßnahmen kontinuierlich die Verbesserung der Erhaltungszustände, insbesondere kollisionsgefährdeter Vogelarten auf der für die Verschlechterungsbeurteilung maßgeblichen räumlichen Ebene (Bundesland) sicherstellen, so dass eine Verschlechterung durch Inanspruchnahme von Ausnahmen verhindert werden kann.
- Vorschriften für die „Zuverlässigkeit“ von Artenschutzagenturen. Bestätigung der Eignung des Trägers /der Agentur.
- Umfang des Ausgleichs und das Verhältnis zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung.
- Verhältnis zum Gebietsschutz.
- Generelle Definition von Maßnahmen, die zum Ausgleich geeignet sind.
- Bestätigung der Eignung der Maßnahmen durch Behörden aufgrund einer prognostischen Betrachtung
- Rahmenbedingungen der finanziellen Beteiligung.
- Die Verordnung öffnet das System für Einzahlungen durch Dritte bzw. die Bundesländer, um generell die Voraussetzungen für Ausnahmen im öffentlichen Interesse (Ausbau/Erreichung der Ziele) zu sichern

- Behördliche Festlegung des Umfangs des notwendigen Ausgleichs auf Grundlage der Daten aus Teil II und III.
- Übergangszeitraum für 3-5 Jahre, bis das System funktioniert: soweit ein Vorhaben dem sog. **ORNIS-Kriterium** genügt, wird davon ausgegangen, dass eine Verschlechterung nicht eintritt.
- Voraussetzungen für Nachforderungen wg. dennoch eingetretener Verschlechterung gegenüber Agentur

Anhang 1 (windkraftsensibile Vogelarten)

Anhang 2 – Negativliste (Bund oder direkt nur Länder)

(Optional)