

**Würzburger Berichte zum  
Umweltenergierecht**

**Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten  
zur Weiterentwicklung der artenschutz-  
rechtlichen Ausnahmeregelung**

**Hintergrundpapier**

erstellt von

*Ass. iur. Frank Sailer*

Entstanden im Rahmen des Vorhabens

„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

**# 49**

11.03.2020

**Zitiervorschlag:** *Frank Sailer*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail [mail@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:mail@stiftung-umweltenergierecht.de)

Internet [www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg, IBAN DE16790500000046743183,

BIC BYLADEM1SWU

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Anlass und Hintergrund .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Rechtliche Vorgaben.....</b>	<b>3</b>
<b>C. Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten im artenschutzrechtlichen Ausnahmeregime .....</b>	<b>5</b>
I. Harmonisierung des Artenschutzrechts auf europäischer Ebene.....	5
II. Umsetzung des Ausnahmegrundes der vernünftigen Nutzung von Vogelarten .....	6
III. Angleichung des Ausnahmegrundes der günstigen Auswirkungen auf die Umwelt .....	8
IV. Konkretisierung der bestehenden Ausnahmegründe und sonstiger Anforderungen .	11
1. Energieversorgungssicherheit als Teil der öffentlichen Sicherheit .....	11
2. Klimaschutz als Teil des Umweltschutzes .....	13
3. Nutzung der erneuerbaren Energien im öffentlichen Interesse .....	14
4. Anforderungen an die Alternativenprüfung und die Wahrung des Erhaltungszustands.....	15
V. Einschränkung des behördlichen Ermessensspielraums.....	17
<b>D. Ergebnis .....</b>	<b>17</b>

## A. Anlass und Hintergrund

Das besondere Artenschutzrecht enthält bestimmte Verbote zum Schutz von Tieren und Pflanzen der besonders geschützten Arten einschließlich deren Fortpflanzungs- und Ruhestätten sowie ein Störungsverbot zum Schutz von Tieren der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten<sup>1</sup>. So ist es etwa gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verboten, „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“. Daneben ist es nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verboten, „Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören“. Von diesen Verboten können die Behörden gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG Ausnahmen zulassen. Die wesentlichen Voraussetzungen hierfür sind:

- das Vorliegen eines Ausnahmegrundes
- das Fehlen zumutbarer Alternativen
- die Wahrung des Erhaltungszustands der Populationen der jeweiligen Art

Die Möglichkeiten einer solchen Ausnahme wurden für Windenergieanlagen zunächst verbreitet pauschal abgelehnt. Bereits in einer ersten [Untersuchung von 2016](#) konnte aber aufgezeigt werden, dass dies weder mit den (europa-)rechtlichen Vorgaben noch der übrigen Rechtsprechung in Einklang stand<sup>2</sup>. In der Zwischenzeit ist die Ausnahmeerteilung auch bei Windenergieanlagen – wie bei anderen Infrastrukturvorhaben – in der Behörden- und Gerichtspraxis angekommen<sup>3</sup>. Die ersten obergerichtlichen Entscheidungen bestätigen die Ausnahmepaxis bei Windenergieanlagen<sup>4</sup>. Auch in der europäischen Gerichtsbarkeit ist dies grundsätzlich anerkannt<sup>5</sup>. Etliche Leitfäden der Länder sehen die Ausnahmemöglichkeit bei Windenergieanlagen vor<sup>6</sup> und auch der

---

<sup>1</sup> Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 44 Rn. 6.

<sup>2</sup> Ruß/Sailer, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 21 vom 08.04.2016 und hierzu Ruß, NuR 2016, 591 ff.; zuvor auch schon etwa Hinsch, ZUR 2011, 191, 196 f.

<sup>3</sup> Agatz, Windenergie-Handbuch, 16. Aufl. 2019, S. 205 f. Zur Praxis in den Ländern etwa Nds. LT-Drs. 17/7860 und Hess. LT-Drs. 19/3853.

<sup>4</sup> Siehe etwa VGH Kassel, Beschl. v. 21.02.2019 – 9 B 182/19, juris Rn. 16, 34; Beschl. v. 06.01.2020 – 9 B 1876/18, UA S. 11 f. (unveröffentlicht); Beschl. v. 06.11.2018 - 9 B 765/18, juris Rn. 50; OVG Münster, Beschl. v. 20.02.2018 – 8 B 838/17 bzw. 8 B 840/17, juris Rn. 29 ff.; grundsätzlich auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.12.2016 - 12 ME 85/16, juris Rn. 36; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.11.2015 - OVG 10 A 7.13, juris Rn. 45; zudem VG Frankfurt (Main), Beschl. v. 07.01.2019 – 8 L 3176/18.F, UA S. 17 f. (unveröffentlicht); VG Münster, Urt. v. 12.07.2018 – 10 K 4940/16, juris Rn. 68 ff.; VG Osnabrück, Beschl. v. 20.06.2016 – 2 B 2/16, juris Rn. 133; zuvor schon VG Saarlouis, Urt. v. 19.09.2007 – 5 K 58/06, juris Rn. 96 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zum Habitatschutz EuGH, Urt. v. 25.07.2018 – C-164/17, Rn. 55 ff.; Kokott, Schlussanträge vom 03.09.2015 – C-141/14 Rn. 130 ff.

<sup>6</sup> So etwa *Ministerium für ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg*, Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen, 2015; siehe im Übrigen die Nachweise bei Agatz, Windenergie-Handbuch, 16. Aufl. 2019, S. 205 f.

Gesetzgeber selber geht hiervon aus<sup>7</sup>. Dennoch sind die Unsicherheiten bei einer Ausnahmeerteilung nach wie vor hoch, sei es wegen der unscharfen und vielfach noch nicht hinreichend geklärten Anforderungen, der unterschiedlichen Handhabung in den Bundesländern oder der uneinheitlichen Rechtsprechung<sup>8</sup>. Zum Teil gibt es weiterhin Stimmen, die die Ausnahmeerteilung für Windenergieanlagen grundsätzlich oder wegen vorhandener Alternativstandorte ablehnen<sup>9</sup>, was teils auch in der Rechtsprechung rezipiert wird<sup>10</sup>.

Bereits im Hinblick auf die geregelten Ausnahmegründe in § 45 Abs. 7 BNatSchG stellt sich die Frage, welche davon bei Windenergieanlagen herangezogen werden können. Nach Ansicht der Europäischen Kommission kommen bei Windparks verschiedene Ausnahmegründe in Betracht und zwar in erster Linie Gründe im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit, wegen positiver Folgen für die Umwelt oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses<sup>11</sup>. In den Niederlanden akzeptieren die Gerichte den Ausnahmegrund „Schutz der Pflanzen- und Tierwelt“<sup>12</sup>. Der Ausbau der erneuerbaren Energien diene zur Begrenzung des Klimawandels und damit zugleich dem Schutz von Flora und Fauna. Dieser Grundgedanke kommt im deutschen Recht auch in § 1 Abs. 3 Nr. 4 Hs. 3 BNatSchG zum Ausdruck, wonach dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch die zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien eine besondere Bedeutung bei der dauerhaften Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts zukommt. Die Hessische Landesregierung stützt sich bei der Änderung des Landesentwicklungsplans 2017 auf die „öffentliche Sicherheit“ in Form der Versorgungssicherheit durch erneuerbare Energie<sup>13</sup>. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) urteilte zum wasserrechtlichen Ausnahmeregime schließlich, dass „die Förderung erneuerbarer Energiequellen, die für die Union von hoher Priorität ist, u. a. im Hinblick darauf gerechtfertigt [ist], dass die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt und zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen und die Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen beschleunigen kann“<sup>14</sup>.

In Deutschland wird bei Erneuerbare-Energien-Anlagen dagegen meist allein der Ausnahmegrund „aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG für einschlägig erachtet. Die aufgezählten Beispiele zeigen jedoch,

---

<sup>7</sup> BT-Drs. 18/11939, S. 17.

<sup>8</sup> Zuletzt ablehnend VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 102 ff.; dagegen wiederum OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.02.2020 – OVG 11 S 8.20, juris Rn. 39.

<sup>9</sup> So etwa Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 297, 263; Lütkes, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 45 Rn. 46 mit Verweis auf erstinstanzliche Urteile aus dem Jahr 2010 und 2013; Köck/Bovet, ZUR 2018, 579, 583 f. und 586; Müggenborg, NuR 2016, 657, 662.

<sup>10</sup> VG München, Urt. v. 29.03.2016 – 22 B 14.1875, juris Rn. 67; VG Halle (Saale), Urt. v. 25.10.2016 – 2 A 4/15 HAL, juris Rn. 99; VG Gießen, Urt. v. 03.09.2019 – 3 K 250/16.GI, juris Rn. 95.

<sup>11</sup> EU-Kommission, Leitfaden „Entwicklung der Windenergie und Natura 2000“, Dezember 2012, S. 20.

<sup>12</sup> Backes, ZUR 2018, 587, 590.

<sup>13</sup> Hess LReg, 3. Änderung des Landesentwicklungsplans Hessen 2000, Beschl. v. 27.03.2017, S. 86.

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 73 (Schwarze Sulm).

dass eine solche Verengung auf diesen Ausnahmegrund nicht zwingend ist, vielmehr – vergleichbar etwa dem Straßenbau<sup>15</sup> – auch unterschiedliche Gründe nutzbar gemacht werden könnten („Begründungsbündel“). In diesem Zusammenhang schlägt das Bundeswirtschaftsministerium zudem die „Aufnahme eines weiteren Ausnahmegrundes beim Artenschutz für den Ausbau von erneuerbaren Energien in § 45 Abs. 7 Nr. 4 BNatSchG“ vor<sup>16</sup>.

Vor diesem Hintergrund will die vorliegende Untersuchung gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten für eine Weiterentwicklung der Ausnahmeregelung aufzeigen, um dadurch auch die Rechtssicherheit einer Ausnahmeerteilung zu erhöhen. Sie stellt damit zugleich eine Aktualisierung der Untersuchung von 2016 dar und führt diese fort.

## B. Rechtliche Vorgaben

Die Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG lautet wie folgt:

*„Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen*

- 1. zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden,*
- 2. zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt,*
- 3. für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung oder diesen Zwecken dienende Maßnahmen der Aufzucht oder künstlichen Vermehrung,*
- 4. im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder*
- 5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.*

*Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2009/147/EG sind zu beachten. (...)“*

---

<sup>15</sup> Vgl. nur OVG Magdeburg, Urt. v. 23.08.2017 – 2 K 66/16, juris Rn. 191 ff.

<sup>16</sup> Bundeswirtschaftsministerium, Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, Aufgabenliste zur Schaffung von Akzeptanz und Rechtssicherheit für die Windenergie an Land, 7. Oktober 2019.

Bei diesem Ausnahmeregime handelt es sich um eine zusammengefasste Umsetzung der Ausnahmeregelungen aus Art. 16 der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie 92/43/EWG und aus Art. 9 der Vogelschutz-Richtlinie 2009/147/EG bzw. 79/409/EWG<sup>17</sup>. Die Ausnahmegründe in den beiden Richtlinien stellen sich wie folgt dar:

Ausnahmegründe nach Art. 16 der FFH-Richtlinie <sup>18</sup>	Ausnahmegründe nach Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie <sup>19</sup>
<p>a) zum <b>Schutz der wildlebenden Tiere und Pflanzen</b> und zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume;</p> <p>b) zur Verhütung ernster Schäden insbesondere an Kulturen und in der Tierhaltung sowie an Wäldern, Fischgründen und Gewässern sowie an sonstigen Formen von Eigentum;</p> <p>c) im <b>Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit</b> oder <b>aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt</b>;</p> <p>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;</p> <p>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 IV zu erlauben.“</p>	<p>a) — <b>zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt</b>;</p> <p>— zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern</p> <p>— <b>im Interesse der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit</b>,</p> <p>— im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt,</p> <p>b) zu Forschungs- und Unterrichtszwecken, zur Aufstockung der Bestände, zur Wiederansiedlung und zur Aufzucht im Zusammenhang mit diesen Maßnahmen;</p> <p>c) um unter streng überwachten Bedingungen selektiv den Fang, die Haltung oder <b>jede andere vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen</b> zu ermöglichen.“</p>

<sup>17</sup> BT-Drs. 16/5100, S. 13.

<sup>18</sup> Hervorhebungen durch Verfasser.

<sup>19</sup> Hervorhebungen durch Verfasser. Reihenfolge aus Darstellungsgründen teils angepasst.

## C. Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten im artenschutzrechtlichen Ausnahmeregime

Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass die in den europäischen Artenschutz-Richtlinien vorgesehenen Ausnahmegründe abschließend und zudem eng auszulegen sind<sup>20</sup>. Mögliche Änderungen im Ausnahmeregime des § 45 Abs. 7 BNatSchG müssen mit den Vorgaben der beiden europäischen Artenschutz-Richtlinien vereinbar sein.

### I. Harmonisierung des Artenschutzrechts auf europäischer Ebene

Wie eben aufgezeigt, unterscheidet sich das Ausnahmeregime der FFH-Richtlinie vom Ausnahmeregime der Vogelschutz-Richtlinie, das insbesondere keinen Ausnahmegrund des „überwiegenden öffentlichen Interesses“ oder der „positiven Folgen für die Umwelt“ kennt, so dass deren Anwendung auf geschützte Vogelarten umstritten und nicht abschließend geklärt ist (siehe sogleich). Dies erscheint umso problematischer, da sich die Vogelschutz-Richtlinie auf sämtliche wildlebenden, in Europa heimischen Vogelarten und damit insbesondere auch auf sämtliche Altweltsarten erstreckt<sup>21</sup>. Die Vogelschutz-Richtlinie stellt daher die praktisch weitreichendere Richtlinie im Vergleich zur FFH-Richtlinie dar<sup>22</sup>, zeichnet dies aber im Ausnahmeregime nicht nach.

Zwar ist im Bereich des Habitatschutzes innerhalb der beiden Richtlinien bereits eine Harmonisierung erfolgt. So tritt nach Art. 7 der FFH-Richtlinie u. a. auch das habitatschutzbezogene Ausnahmeregime der FFH-Richtlinie an die Stelle der entsprechenden Vorgaben der Vogelschutz-Richtlinie<sup>23</sup>. Eine vergleichbare Harmonisierung ist im Bereich des Artenschutzes der Richtlinien jedoch bislang unterblieben<sup>24</sup>. Daher wird zwar insbesondere zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen der Ausnahmegrund der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ nach bislang herrschender Auffassung auf die Vogelschutz-Richtlinie übertragen<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, Rn. 30; EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn. 324 ff.; EuGH, Urt. v. 26.01.2012 – C-192/11, Rn. 37 ff., 73 = NuR 2013, 718, 720 und 722; siehe auch BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075/04, juris Rn. 563 a. E.

<sup>21</sup> Vgl. auch VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 09.02.2017 – 3 L 121/17.NW, juris Rn. 43; *Dolde*, NVwZ 2008, 121, 125.

<sup>22</sup> *Lau*, NuR 2013, 685, 688.

<sup>23</sup> Hierzu etwa EuGH, Urt. v. 11.07.1996 – C-44/95, Rn. 36 ff.

<sup>24</sup> Vgl. auch VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 111; *Lau*, NuR 2013, 685, 689 f.

<sup>25</sup> So etwa OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.02.2020 – OVG 11 S 8.20, juris Rn. 39; VGH München, Urt. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 846 ff., insbes. Rn. 851; VGH Kassel, Urt. v. 21.08.2009 – 11 C 318/08.T, juris Rn. 772 f., 777; VG Münster, Urt. v. 12.07.2018 – 10 K 4940/16, juris Rn. 68 ff.; VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 09.02.2017 – 3 L 121/17.NW, juris Rn. 65 ff.; im Ergebnis auch OVG Magdeburg, Urt. v. 23.08.2017 – 2 K 66/16, juris Rn. 193; offenlassend BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 262; OVG Lüneburg, Urt. 12.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 232; OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. 278 f.; aus der Literatur statt vieler *Dolde*, NVwZ 2008, 121, 125; *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 744 f.; *Gellermann*, NdsVBl. 2016, 13, 17.



Diese erlaube nämlich auch die als Freizeitbeschäftigung ausgeübte Jagd und müsse daher erst recht einen Ausnahmegrund auch für vorhabenbedingte Verbotsverletzungen vorsehen<sup>26</sup>. Allerdings hatte der EuGH 2012 zur Umsetzung der Richtlinie in das polnische Naturschutzrecht entschieden, dass die Vogelschutz-Richtlinie einen vergleichbaren Ausnahmegrund nicht erwähne<sup>27</sup>. Die Möglichkeit der Übertragung wird daher teils auch abgelehnt<sup>28</sup>. Mit den Argumenten für eine Übertragung im Rahmen des Vollzugs setzte sich der Gerichtshof dabei allerdings nicht auseinander<sup>29</sup>.

Vor diesem Hintergrund könnte auf europäischer Ebene jedenfalls eine stärkere Angleichung der Ausnahmeregime auch im Bereich des Artenschutzes erwogen werden. In diesem Zuge könnte etwa ein neuer Ausnahmegrund der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt“ nach dem Vorbild von Art. 16 Abs. 1 lit c FFH-Richtlinie in die Vogelschutz-Richtlinie aufgenommen werden. Dass die Nutzung der erneuerbaren Energien im Interesse des Umwelt- und Klimaschutzes im öffentlichen Interesse liegt, hat der EuGH in seiner Entscheidung „Schwarze Sulm“ bereits bestätigt<sup>30</sup>. Alternativ könnte die Nutzung der erneuerbaren Energien direkt als Ausnahmegrund – ggf. in beide Richtlinien – aufgenommen werden. Zuständig für eine solche Anpassung wäre allerdings die europäische Gesetzgebung. Deutschland könnte jedoch politisch zumindest darauf hinwirken.

## II. Umsetzung des Ausnahmegrundes der vernünftigen Nutzung von Vogelarten

Die Vogelschutz-Richtlinie sieht allerdings einen weiteren, bislang nicht ins deutsche Recht umgesetzten Ausnahmegrund vor. Nach Art. 9 lit c der Richtlinie können Ausnahmen auch erteilt werden, um „unter streng überwachten Bedingungen selektiv den Fang, die Haltung oder jede andere vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen zu ermöglichen“<sup>31</sup>. Als eine solche vernünftige Nutzung hat der EuGH etwa den Fang, die Veräußerung und die Haltung von wildlebenden Vögeln zur Benutzung als lebende Lockvögel, zu Liebhaberzwecken auf Messen und Märkten oder zu bloßen Freizeitzielen, um Vogelliebhabern das Jagen und Beschaffen von

---

<sup>26</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.02.2020 – OVG 11 S 8.20, juris Rn. 39; VG Münster, Urt. v. 12.07.2018 – 10 K 4940/16, juris Rn. 68 ff., insbes. Rn. 70.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 26.01.2012 – C-192/11, Rn. 36 ff., insbes. Rn. 39 = NuR 2013, 718, 720; hierzu *Lau*, NuR 2013, 685, 687 ff.

<sup>28</sup> So etwa *Lau*, NuR 2013, 685, 688; *Möckel*, NuR 2014, 381, 389; jüngst auch VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 105 ff.; vgl. zudem OVG Münster, Urt. v. 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 946 ff., 961 f.

<sup>29</sup> Siehe auch VGH München, Urt. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 851 mit dem Hinweis, dass einem Vertragsverletzungsverfahren beim EuGH gerade kein konkretes (Infrastruktur-)Projekt zugrunde liegt; vgl. auch *Lau*, NuR 2013, 685, 690. Weiterhin für eine Übertragungsmöglichkeit etwa *Gellermann*, NdsVBl. 2016, 13, 17.

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 67 ff., insbes. Rn. 72 f.

<sup>31</sup> Ausführlich hierzu *Lau*, NuR 2013, 685, 688 f.

Vögeln für ihre Volieren zu ermöglichen, eingeordnet<sup>32</sup>. Dem Ausnahmegrund könnte somit eine Art Auffangfunktion zukommen<sup>33</sup>. Da ein Nutzen in diesem Sinne auch das Töten umfasst und es nicht auf einen individualisierten Zugriff auf betroffene Vögel ankommt<sup>34</sup>, scheint über diesen Ausnahmegrund daher erst recht eine lediglich vorhabenbedingte Tötung wild lebender Vögel ausnahmefähig zu sein<sup>35</sup>. Dies ist jedoch vom EuGH – soweit ersichtlich – bislang nicht geklärt worden. Einerseits stellt der EuGH allgemein auf das Bedürfnis einer engen Auslegung der Ausnahmebestimmungen in den Richtlinien ab, andererseits betont er bei der Vogelschutz-Richtlinie, dass diese neben freizeitbedingten auch wirtschaftlichen Erfordernissen Rechnung trage und der Schutz der Vögel gegen diese Erfordernisse abgewogen werden müsse<sup>36</sup>.

Eine solche Ausnahmemöglichkeit ist nach Art. 9 lit c der Vogelschutz-Richtlinie zudem u. a. auf „geringe Mengen“ zu beschränken. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bei der Nutzung dieses Ausnahmegrundes daher für jede geschützte Art eine landesweite Obergrenze auf der Grundlage streng wissenschaftlicher Erkenntnisse festzulegen<sup>37</sup>. Diese kann nicht unter Bezugnahme auf einen absoluten Wert bestimmt werden, sondern ist als Verhältnis zur Größe des Bestandes der betroffenen Art sowie ihrer jährlichen Vermehrungsfähigkeit und Sterblichkeitsrate zu setzen<sup>38</sup>. Hierbei sind zahlreiche Gesichtspunkte der Geografie, des Klimas, der Umwelt und der Biologie sowie insbesondere der Fortpflanzung der Arten und ihrer jährlichen Gesamtsterblichkeitsrate aufgrund natürlicher Ursachen zu berücksichtigen<sup>39</sup>. Letztlich ist hierüber zu gewährleisten, dass die Bestände der betroffenen Arten auf ausreichendem Niveau gehalten werden<sup>40</sup>. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist nach derzeitigem wissenschaftlichem Kenntnisstand als „geringe Menge“ eine Entnahme von weniger als 1 % der jährlichen Gesamtsterblichkeitsrate des betroffenen Bestands (Durchschnittswert) bei den Arten, die nicht bejagt werden dürfen, und von 1 % bei den Arten, die bejagt werden dürfen, anzusehen (sog. ORNIS-Kriterium)<sup>41</sup>. Dabei ist bei Zugvogelarten unter „betroffenem Bestand“ der Bestand in den Regionen zu verstehen, aus denen die größten Kontingente kommen, die durch die Region, in der von der Ausnahme Gebrauch gemacht wird, während des Zeitraums ihrer Anwendung ziehen. Allerdings beziehen sich diese Vorgaben auf die Vogeljagd, so dass fraglich ist, ob und in welchem Umfang sie für vorha-

---

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 08.07.1987 – 262/85, Rn. 38; EuGH, Urt. v. 12.12.1996 – C-10/96, Rn. 16, 24; EuGH, Urt. v. 16.10.2003 – C-182/02, Rn. 11; EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn. 197.

<sup>33</sup> So *Lau*, NuR 2013, 685, 689; a. A. wohl *Sharpston*, Schlussanträge vom 26.07.2017 – C-557/15, Rn. 87.

<sup>34</sup> VGH München, Urt. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 851.

<sup>35</sup> VGH München, Urt. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 851; *Lau/Steeck*, NuR 2008, 386, 391 f.; *Sobotta*, NuR 2007, 642, 649; *Lau*, NuR 2013, 685, 688; vgl. auch VGH Kassel, Urt. v. 21.08.2009 – 11 C 318/08.T, juris Rn. 772.

<sup>36</sup> EuGH, Urt. v. 08.07.1987 – 262/85, Rn. 8.

<sup>37</sup> EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn. 199 ff.; EuGH, Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Rn. 28 f., 41.

<sup>38</sup> EuGH, Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Rn. 31 mit Verweis auf den 11. Erwägungsgrund der Vogelschutz-Richtlinie.

<sup>39</sup> EuGH, Urt. v. 21.06.2018 – C-557/15, Rn. 62; EuGH, Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Rn. 25.

<sup>40</sup> EuGH, Urt. v. 21.06.2018 – C-557/15, Rn. 66, 74; EuGH, Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Rn. 32.

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 21.06.2018 – C-557/15, Rn. 63; EuGH, Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Rn. 26.

benbedingte „Entnahmen“ herangezogen werden können. Da auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt<sup>42</sup>, wäre nämlich zu berücksichtigen, dass Vorhaben, die im öffentlichen Interesse liegen, schwerer wiegen als die zum Privatvergnügen einzelner durchgeführte Vogeljagd<sup>43</sup>. Zudem hat das Kriterium der geringen Menge keine absolute Bedeutung, sondern bezieht sich auf die Erhaltung der Gesamtpopulation und die Vermehrung der fraglichen Art<sup>44</sup>. Da es dem EuGH – wie bereits erwähnt – bei diesem Kriterium also letztlich darum geht, dass die Bestände der betroffenen Arten auf ausreichendem Niveau gehalten werden, wird eine Parallele zum Ausnahmeregime der FFH-Richtlinie vorgeschlagen<sup>45</sup>. Hiernach müssen für die Erteilung einer Ausnahme „die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen“<sup>46</sup>, wobei Ausnahmen auch bei einem ungünstigen Erhaltungszustand zulässig sind, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass sie nicht geeignet sind, den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen zu verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands zu behindern<sup>47</sup>. Eine entsprechende Anforderung sieht § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG für die Ausnahmeerteilung bereits heute schon vor.

Schließlich wäre bei einer Umsetzung dieses Ausnahmegrundes noch auf das Erfordernis der strengen Überwachung und der Selektivität zu achten, wonach die Ausnahme vor allem im rechten Verhältnis zu den Bedürfnissen stehen muss, die sie rechtfertigen, und eine effektive Kontrolle gewährleistet sein muss<sup>48</sup>.

### **III. Angleichung des Ausnahmegrundes der günstigen Auswirkungen auf die Umwelt**

Nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG können Ausnahmen auch im Interesse „der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ erteilt werden. Dieser Ausnahmegrund scheint auch beim Ausbau der erneuerbaren Energien wegen des damit verfolgten Umwelt- und Klimaschutz in Betracht zu kommen (vgl. § 1 Abs. 1 EEG, § 1 Abs. 3 Nr. 4 Hs. 3 BNatSchG)<sup>49</sup>. So stellt auch die Europäische Kommission u. a. auf den Ausnahmegrund der „positiven Folgen für die Umwelt“

---

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – C-76/08, Rn. 57.

<sup>43</sup> *Lau*, NuR 2013, 685, 689; VGH München, Urt. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 851.

<sup>44</sup> EuGH, Urt. v. 27.04.1988 – 252/85, Rn. 28.

<sup>45</sup> *Lau*, NuR 2013, 685, 689. Siehe zur vergleichbaren Anforderung aus Art. 13 der Vogelschutz-Richtlinie BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075/04, juris Rn. 570; VGH Kassel, Urt. v. 21.08.2009 – 11 C 318/08.T, juris Rn. 775.

<sup>46</sup> Zur Parallele nach Art. 13 der Vogelschutz-Richtlinie VGH Kassel, Urt. v. 21.08.2009 – 11 C 318/08.T, juris Rn. 775.

<sup>47</sup> EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, Rn. 68.

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – C-76/08, Rn. 57; EuGH, Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Rn. 43; *Lau*, NuR 2013, 685, 689.

<sup>49</sup> VG Saarlouis, Urt. v. 19.09.2007 – 5 K 58/06, juris Rn. 98; *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 21 vom 08.04.2016, S. 6 ff.; *Ruß*, NuR 2016, 591 f.; vgl. auch *Faßbender/Gläß*, in: Böttcher/Faßbender/Waldhoff, Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2014, § 9 Rn. 114.

bei Windparks ab<sup>50</sup>. Allerdings wird dieser Ausnahmegrund nach deutschem Verständnis sehr eng verstanden und gefordert, dass die mit der jeweiligen Maßnahme einhergehenden Umweltverbesserungen unmittelbar und kausal nachweisbar sein müssen<sup>51</sup>. Hintergrund dieser Interpretation ist die Leybucht-Entscheidung des EuGH von 1991, in der der Gerichtshof auf „gleichzeitig konkrete positive Auswirkungen“ für die Umwelt abstellte<sup>52</sup>. Da bei einer Windenergieanlage nur von mittelbaren, kausal nicht nachweisbaren positiven Auswirkungen auf die Umwelt bzw. das Klima ausgegangen wird, wird dieser Ausnahmegrund hier allgemein abgelehnt<sup>53</sup>.

Ein solch enges Verständnis ist jedoch nicht zwingend. Zum einen stellt sich bereits die Frage, ob die Leybucht-Entscheidung überhaupt in dieser Weise für das Verständnis dieses Ausnahmegrundes herangezogen werden kann. Dieser Ausnahmegrund wurde nämlich überhaupt erst als Reaktion auf dieses Urteil von der europäischen Gesetzgebung in die FFH-Richtlinie aufgenommen<sup>54</sup> und der Gerichtshof selber hat sich zum genauen Begriffsverständnis – soweit ersichtlich – bislang nicht näher geäußert<sup>55</sup>. Auch das BVerwG hat dies ausdrücklich offengelassen<sup>56</sup>. Entscheidender ist jedoch zum anderen, dass die Leybucht-Entscheidung zum Habitatschutz erging und gerade nicht zum Bereich des Artenschutzes. Daher ist zusätzlich fraglich, ob diese Entscheidung auf den Artenschutz übertragbar ist. In der Rechtsprechung des BVerwG ist zwar anerkannt, dass im Artenschutz zumindest keine strengeren Anforderungen gelten als im Habitatschutz<sup>57</sup>. Häufig wird daher von einem inhaltlichen Gleichlauf zwischen den Anforderungen im Habitatschutz und im Artenschutz ausgegangen<sup>58</sup>. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Schutzregimen besteht jedoch darin, dass der Artenschutz allgemein und nicht nur in ausgewiesenen Schutzgebieten gilt. Es spricht daher vieles dafür, dass hier weniger strenge Anforderungen an eine Ausnahme zu stellen sind als im Bereich des strengen Systems des Habitatschutzes. Insoweit hat auch

---

<sup>50</sup> Siehe oben Fn. 11.

<sup>51</sup> Vgl. statt vieler *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 297, 263; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 17.

<sup>52</sup> EuGH, Urt. v. 28.02.1991 – C-57/89, Rn. 25 f. = NVwZ 1991, 559 und hierzu *Kokott*, Schlussanträge vom 30.11.2006, C-342/05, Rn. 53; BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20/05, juris Rn. 124 a. E.; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, 90. EL 2019, § 45 BNatSchG Rn. 23, § 34 BNatSchG Rn. 46.

<sup>53</sup> Siehe etwa *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 297, 263; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 90. EL. 2019, § 45 BNatSchG Rn. 23, § 34 Rn. 46; zudem VG Halle (Saale), Urt. v. 23.11.2010 – 4 A 34/10, juris Rn. 72; jüngst auch VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 117.

<sup>54</sup> Vgl. *EU-Kommission*, Natura 2000 – Gebietsmanagement, Die Vorgaben des Artikels 6 der Habitat-Richtlinie 92/43/EWG, C(2018) 7621 final, S. 84 f. Über Art. 7 der FFH-Richtlinie findet die Regelung auch im Habitatschutz der Vogelschutz-Richtlinie Anwendung.

<sup>55</sup> Siehe allenfalls EuGH, Urt. v. 11.09.2012 – C-43/10, Rn. 125, 128.

<sup>56</sup> BVerwG, Urt. v. 11.08.2016 – 7 A 1/15, juris Rn. 124; BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20/05, juris Rn. 124.

<sup>57</sup> BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 239.

<sup>58</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 08.11.2007 – 8 C 11523/06, juris Rn. 188; *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rn. 29.

das BVerwG festgestellt, dass die Anforderungen an eine Ausnahmeerteilung im Artenschutz weniger streng sind als im Habitatschutz<sup>59</sup>. Dies gilt umso mehr, als der Ausnahmegrund der maßgeblichen günstigen Auswirkungen auf die Umwelt selbst im Habitatschutz überhaupt nur dann zur Anwendung kommt, wenn von dem Projekt im jeweiligen Schutzgebiet vorkommende prioritäre natürliche Lebensraumtypen oder prioritäre Arten betroffen werden können (§ 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG). Ist dies nicht der Fall, können auch weitreichendere Allgemeinbelange des Umweltschutzes für eine Ausnahmeerteilung ausreichen<sup>60</sup>. Dies muss erst recht für den Artenschutz gelten. Die strengen Anforderungen zum Habitatschutz zugunsten prioritärer Lebensraumtypen und Arten gelten nur dort<sup>61</sup>. Im Hinblick auf die Nutzung erneuerbarer Energien betont der EuGH jedenfalls ausdrücklich ihren Beitrag zum Umweltschutz, zur nachhaltigen Entwicklung und zur Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls<sup>62</sup>. Ebenso ist nach der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EU) 2018/2001 der Ausbau der erneuerbarer Energien von übergeordneter Bedeutung für die Energie- und Umweltpolitik der Union und ihre verstärkte Nutzung eine tragende Säule, um Vorteile für Umwelt, Gesellschaft und Gesundheit zu erzielen<sup>63</sup>. Daher soll insbesondere auch bei Bewertungs-, Planungs- und Zulassungsverfahren ihr Beitrag zur Erreichung der Umwelt- und Klimaschutzziele im Vergleich zu Anlagen, die keine erneuerbaren Energien nutzen, berücksichtigt werden.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Formulierung der „maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ auf einen Ausnahmegrund aus dem Habitatschutz nach Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 der FFH-Richtlinie zurückgreift. Für den Bereich des hier relevanten Artenschutzes sieht Art. 16 Abs. 1 lit. c der FFH-Richtlinie jedoch eigentlich den Ausnahmegrund der „positiven Folgen für die Umwelt“ vor. Die FFH-Richtlinie kennt diesbezüglich also zwei unterschiedlich formulierte Ausnahmegründe. Zwar zeigt ein Blick in andere Sprachfassungen der FFH-Richtlinie, dass dort begrifflich nicht unterschieden wird<sup>64</sup>. Dem eben aufgezeigten unterschiedlichen Begriffsverständnis im Artenschutz dürfte dennoch ein unterschiedlicher Wortlaut besser Rechnung tragen – auch wenn sich dies dann weniger aus dem Wortlaut selber ergäbe als vielmehr aus dem Regelungszusammenhang<sup>65</sup>. Deutschland könnte

---

<sup>59</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 125; *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, GK-BNatschG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rn. 29.

<sup>60</sup> BVerwG, Urt. v. 11.08.2016 – 7 A 1/15, juris Rn. 124; BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 160; vgl. auch EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 159.

<sup>61</sup> BVerwG, Urt. v. 11.08.2016 – 7 A 1/15, juris Rn. 124; BVerwG, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2/99, juris Rn. 36.

<sup>62</sup> EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 72 f. (Schwarze Sulm).

<sup>63</sup> Vgl. Erwägungsgründe 2, 3, 44 und 45 der EE-Richtlinie (EU) 2018/2001.

<sup>64</sup> In der englischen Sprachfassung findet sich sowohl beim Habitat- wie auch beim Artenschutz die Formulierung „beneficial consequences of primary importance for the environment“. Zum Problem abweichender Wortbedeutungen in den Sprachfassungen *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 68. EL 2019, Art. 55 EUV Rn. 10.

<sup>65</sup> Darauf stellt auch der EuGH bei einer Abweichung der Sprachfassungen ab, EuGH, Urt. v. 07.12.1995 – C-449/93, Rn. 28.

von dieser Anpassungsmöglichkeit jedenfalls Gebrauch machen. Allerdings kann sich mangels Erwähnung dieses Ausnahmegrundes in der Vogelschutz-Richtlinie die Frage der Anwendung auf geschützte Vogelarten<sup>66</sup> bzw. einer Ausweichungsmöglichkeit auf andere Ausnahmegründe wie den „Schutz der Pflanzen- und Tierwelt“ nach dem Vorbild der Niederlande stellen (vgl. auch § 1 Abs. 3 Nr. 4 Hs. 3 BNatSchG)<sup>67</sup>.

#### **IV. Konkretisierung der bestehenden Ausnahmegründe und sonstiger Anforderungen**

Wie bereits erwähnt, betont der EuGH zwar den abschließenden Charakter der Ausnahmegründe in den Artenschutz-Richtlinien und ihre enge Auslegung. So urteilte der Gerichtshof zu Regelungen in Österreich, die Ausnahmegründe für die Getränkeherstellung oder die gewerbliche land- oder forstwirtschaftliche Nutzung vorsahen, dass solche Gründe nicht in der abschließenden Aufzählung in den Artenschutz-Richtlinien vorgesehen seien<sup>68</sup>. Die Schaffung neuer Ausnahmegründe auf nationaler Ebene ist daher europarechtlich nicht möglich. Eine Konkretisierung im Rahmen der bestehenden europarechtlichen Ausnahmegründe dürfte dem aber nicht entgegenstehen und grundsätzlich zulässig sein<sup>69</sup>.

##### **1. Energieversorgungssicherheit als Teil der öffentlichen Sicherheit**

Umstritten ist der Umfang des Ausnahmegrundes der öffentlichen Sicherheit in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG. Er wird sowohl in der FFH- wie auch der Vogelschutz-Richtlinie als Ausnahmegrund verwendet. Teils wird der Begriff – angelehnt an die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 36 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – sehr eng ausgelegt und lediglich die 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 darunter gefasst<sup>70</sup>. Auch wenn aus anderen Regelungszusammenhängen wie dem AEUV bestimmte Hinweise für ein Begriffsverständnis ableitbar sein mögen, weist das BVerwG jedoch ausdrücklich darauf hin, dass sich hieraus keine unmittelbaren Rückschlüsse auf den Bedeutungsgehalt im Artenschutzrecht ergeben,

---

<sup>66</sup> Dagegen VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 117.

<sup>67</sup> Siehe oben Fn. 12.

<sup>68</sup> EuGH, Urt. v. 12.07.2007 – C-507/04, Rn. 324; EuGH, Urt. v. 10.05.2007 – C-508/04, Rn. 120.

<sup>69</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 08.07.1987 – 247/85, Rn. 9, 33, 57; EuGH, Urt. v. 21.06.2018 – C-557/15, Rn. 47 f.

<sup>70</sup> VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 119 ff.; VG Sigmaringen, Urt. v. 02.04.2019 – 3 K 74/17, juris Rn. 18; VG Frankfurt (Oder), Besch. v. 07.01.2015 – 5 L 289/14, juris Rn. 57; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 17; ausdrücklich offengelassen VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 09.02.2017 – 3 L 121/17.NW, juris Rn. 54.

da sie unterschiedliche Sachbereiche betreffen<sup>71</sup>. Ein solch enges Verständnis käme zudem – anwendungsbezogen – ohnehin allenfalls im Habitatschutz bei der Betroffenheit prioritärer Arten in Betracht<sup>72</sup>. Außerhalb dessen ist es in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Begriff sehr weit zu verstehen ist und u. a. auch privat betriebene Einrichtungen erfassen kann, die im öffentlichen Interesse liegen<sup>73</sup>. Daher erfasst dieser Begriff zugleich einen Großteil der Fälle, die im Rahmen der FFH-Richtlinie regelmäßig als zwingende Gründe des öffentlichen Interesses eine Abweichung von Verbotstatbeständen ermöglichen, wie etwa den Bau von Straßen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit<sup>74</sup>. Damit scheint auch die Anwendung auf Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien grundsätzlich möglich<sup>75</sup>. Schließlich nennt auch die Europäische Kommission für Windparks den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit<sup>76</sup>.

Der EuGH hat zudem entschieden, dass unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit im Habitatschutz auch die Energie- bzw. Stromversorgungssicherheit fällt<sup>77</sup>. Für den Artenschutz kann daher nichts anderes gelten. Die Gewährleistung der Stromversorgungssicherheit erfüllt damit zugleich den Ausnahmegrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses<sup>78</sup>. Sofern der Gerichtshof darüber hinaus die Abwendung einer tatsächlichen und schwerwiegenden Gefahr einer Unterbrechung der Stromversorgung eines Landes verlangt, bezieht sich dies auf den speziellen Fall der Betroffenheit prioritärer Arten im Habitatschutz<sup>79</sup>. Auf den übrigen Habitat- und erst recht den Artenschutz kann dies nicht übertragen werden. Wie bereits oben erwähnt, gelten im Artenschutz keine vergleichbar hohen Anforderungen<sup>80</sup>. Dass auch die Nutzung der erneuerbaren Energien als tragende Säule zur Versorgungssicherheit beiträgt, betont die Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EU) 2018/2001<sup>81</sup>. Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung „Schwarze Sulm“ am Fall einer Wasserkraftanlage entschieden, dass die Nutzung er-

---

<sup>71</sup> BVerwG, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2/99, juris Rn. 40.

<sup>72</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2/99, juris Rn. 36 a. E.: „anwendungsbezogen“.

<sup>73</sup> VGH Kassel, Urt. v. 21.08.2009 – 11 C 318/08.T, juris Rn. 771; OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. Rn. 278, 280; OVG Magdeburg, Urt. v. 23.08.2017 – 2 K 66/16, juris Rn. 192; OVG Münster, Urt. v. 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 949 ff.

<sup>74</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. Rn. 278, 280; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 124 ff.; VGH München, Urt. v. 28.01.2008 – 8 A 04.40023, juris Rn. 81.

<sup>75</sup> So auch VG Darmstadt, Beschl. v. 24.08.2018 – 6 L 4907/17.DA, UA S. 66 ff. (mit Hinweis auch auf den Ausnahmegrund „Interesse der Gesundheit“) und nachfolgend VGH Kassel, Beschl. v. 06.01.2020 – 9 B 1876/18, UA S. 11 f. (beide unveröffentlicht); Hess *LReg*, 3. Änderung des Landesentwicklungsplans Hessen 2000, Beschl. v. 27.03.2017, S. 86; vgl. auch *Agatz*, Windenergie-Handbuch, 16. Aufl. 2019, S. 205; a. A. VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 119 ff.

<sup>76</sup> Siehe oben Fn. 11.

<sup>77</sup> EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 158 f.

<sup>78</sup> EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 155 ff.

<sup>79</sup> EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 149, 158 f.

<sup>80</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 125.

<sup>81</sup> Erwägungsgründe 3 und 65 EE-Richtlinie (EU) 2018/2001.

neuerbarer Energien auch und gerade „zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung“ beiträgt<sup>82</sup>. Es erscheint daher möglich, die Sicherung einer Energieversorgung durch erneuerbare Energien als Teilbereich der öffentlichen Sicherheit einzuordnen und dementsprechend auch zu konkretisieren („einschließlich der Energieversorgungssicherheit durch die Nutzung erneuerbarer Energien“). Dass dabei jede Erneuerbare-Energien-Anlage für sich genommen nur einen kleinen Beitrag zur Energieversorgung leisten mag, dürfte dem nicht entgegenstehen<sup>83</sup>. Dies ist vielmehr ein immanentes Charakteristikum der künftigen dezentralen Energieversorgung auf der Grundlage erneuerbarer Energien, zumal andernfalls das Interesse der künftigen Energieversorgungssicherheit nie ausnahmefähig wäre<sup>84</sup>.

## 2. Klimaschutz als Teil des Umweltschutzes

Wie schon oben aufgezeigt, können nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG auch Ausnahmen im Interesse „der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ erteilt werden. Unabhängig von der oben diskutierten Frage einer Angleichung dieses Ausnahmegrundes an die Vorgaben des Art. 16 Abs. 1 lit c der FFH-Richtlinie könnte auch hier eine Konkretisierung erwogen werden. So könnte das Klima als Umweltmedium ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden („einschließlich des Klimas“), um Maßnahmen wie den Ausbau der erneuerbaren Energien im Interesse des Klimaschutzes zu stärken (vgl. § 1 Abs. 1 EEG, § 1 Abs. 3 Nr. 4 Hs. 3 BNatSchG)<sup>85</sup>. Auch wenn der Schutz des Klimas in den beiden Artenschutz-Richtlinien nicht erwähnt wird, wird doch allgemein von einem weiten Umweltbegriff ausgegangen, der sämtliche Umweltmedien wie Boden, Wasser, Luft oder auch Klima erfasst<sup>86</sup>. Zudem trägt nach Art. 191 Abs. 1 AEUV die Umweltpolitik der Union insbesondere auch zur Bekämpfung des Klimawandels bei. Daher dürften sich auch im Rahmen des Artenschutzes die positiven Umweltauswirkungen auf alle Umweltmedien beziehen<sup>87</sup>. Wie bereits erwähnt betont auch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EU) 2018/2001 in ihren Erwägungsgründen und auch der EuGH in seiner Entscheidung „Schwarze Sulm“ den Umweltschutz und die Erreichung der Klimaschutzziele im Zusammenhang mit der Nutzung der erneuerbaren Energien<sup>88</sup> und auch die Europäische Kommission erwähnt

---

<sup>82</sup> EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 72 f. (Schwarze Sulm); vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 12.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 232, das auch auf die Versorgungssicherheit mit erneuerbaren Energien abstellt.

<sup>83</sup> Hieran scheint auch der EuGH beim wasserrechtlichen Ausnahmeregime keine hohen Anforderungen zu stellen, EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, juris Rn. 79 f. und Rn. 33 mit der noch gegenteiligen Auffassung der EU-Kommission, wonach die Anlage „für die regionale und nationale Energieversorgung nur unerheblich“ sei; hierzu auch OVG Koblenz, Urt. v. 08.11.2017 – 1 A 11653/16, juris Rn. 132; *Elgeti/Hilkenbach*, ZfW 2017, 58, 65.

<sup>84</sup> *Agatz*, Windenergie-Handbuch, 16. Aufl. 2019, S. 205.

<sup>85</sup> Vgl. bereits *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 21 vom 08.04.2016, S. 7 f.; *Ruß*, NuR 2016, 591, 592.

<sup>86</sup> *Kotzur*, in: Geiger/Kahn/Kotzur, AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 191 Rn. 6; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 191 AEUV Rn. 9, 13.

<sup>87</sup> *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 17: „die Natur oder sonstiger Umweltmedien“; *Schumacher/Schumacher*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 99.

<sup>88</sup> EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 73.



den Ausnahmegrund der „positiven Folgen für die Umwelt“ bei der Windenergie<sup>89</sup>. Mangels Erwähnung in der Vogelschutz-Richtlinie könnte sich aber auch hier die Frage der Anwendung auf geschützte Vogelarten<sup>90</sup> bzw. einer Ausweichungsmöglichkeit auf andere Ausnahmegründe wie die „öffentliche Sicherheit“ oder den „Schutz der Pflanzen- und Tierwelt“ nach dem Vorbild der Niederlande stellen<sup>91</sup>.

### 3. Nutzung der erneuerbaren Energien im öffentlichen Interesse

Nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG können Ausnahmen auch aus „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“ genehmigt werden. Der Begriff des öffentlichen Interesses wird allgemein weit verstanden<sup>92</sup> und erfasst auch Vorhaben, die zwar überwiegend privatnützig sind, mit denen jedoch zugleich öffentliche Interessen gefördert werden<sup>93</sup>. In Rechtsprechung und Literatur ist weitgehend anerkannt, dass die Nutzung der erneuerbaren Energien im öffentlichen Interesse liegt<sup>94</sup>. Dies hat jüngst auch der EuGH im Zusammenhang mit dem wasserrechtlichen Ausnahmeregime entschieden<sup>95</sup>. Wie bereits erwähnt, betont der Gerichtshof dabei, dass die Entwicklung erneuerbarer Energiequellen ein in Art. 194 Abs. 1 AEUV ausdrücklich genanntes Ziel der Energiepolitik der Union ist und ihre Nutzung zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung sowie zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen und die Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls beschleunigen kann. Dies ist auf das europäische Artenschutzrecht übertragbar<sup>96</sup>. Zudem kann hier auf § 1 EEG<sup>97</sup> sowie auf weitere gesetzliche Regelungen verwiesen werden, allen voran § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG („dem Aufbau einer nachhaltigen Energiever-

---

<sup>89</sup> Siehe oben Fn. 11.

<sup>90</sup> Dagegen VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 117.

<sup>91</sup> Siehe oben Fn. 12.

<sup>92</sup> OVG Koblenz, Urt. 08.07.2009 – 8 C 10399/08, juris Rn. 207; *Ramsauer*, NuR 2000, 601, 603; *Lau*, I+E 2016, 50, 56.

<sup>93</sup> EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-182/10, Rn. 77; *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 745; *Schütte/Gerbig*, in: *Schlacke, GK-BNatSchG*, 2. Aufl. 2017, § 45 Rn. 34.

<sup>94</sup> Siehe oben Fn. 4; aus der Literatur etwa *Ruß*, NuR 2016, 591, 592 f.; *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 745 f.; *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316, 321; *Gellermann*, NdsVBl 2016, 13, 17; *Agatz*, *Windenergie Handbuch*, 16. Aufl. 2019, S. 205 f.; offenlassend VGH München, Urt. v. 29.03.2016 – 22 B 14.1876, juris Rn. 67; a. A. VG Cottbus, Urt. v. 07.03.2013 – 4 K 6/10, juris Rn. 85; VG Halle (Saale), Urt. v. 25.10.2016 – 2 A 4/15 HAL, juris Rn. 99; VG Gießen, Urt. v. 03.09.2019 – 3 K 250/16.GI, juris Rn. 95.

<sup>95</sup> EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14 (Schwarze Sulm), Rn. 67 ff., insbes. Rn. 72 f.; zur Stromversorgungssicherheit zudem EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 155 ff.

<sup>96</sup> Vgl. *Agatz*, *Windenergie Handbuch*, 16. Aufl. 2019, S. 205.

<sup>97</sup> VG Osnabrück, Beschl. v. 20.06.2016 – 2 B 2/16, juris Rn. 134; *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316, 322; *Gellermann*, NdsVBl 2016, 13, 17; *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 745 f.; *Wulfert*, *FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren*, 2016, S. 101 f.

sorgung insbesondere durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien kommt eine besondere Bedeutung zu“)<sup>98</sup>. Der Gesetzgeber selber sieht hier ein entsprechendes öffentliches Interesse<sup>99</sup>.

Vor diesem Hintergrund dürfte im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG zumindest konkretisiert werden können, dass die Nutzung der erneuerbaren Energien im öffentlichen Interesse liegt. Daneben könnten fachliche Kriterien zur Bestimmung des Überwiegens des öffentlichen Interesses geregelt werden. Im Übrigen könnte daneben eine vergleichbare Konkretisierung – dann mit rechtsgebietsübergreifender Bedeutung – auch im EEG erfolgen, auf das heute bereits zur Herleitung des öffentlichen Interesses zurückgegriffen wird<sup>100</sup>.

Sofern man diesen Ausnahmegrund entgegen der bislang überwiegenden Meinung<sup>101</sup> für nicht auf die Vogelschutz-Richtlinie übertragbar ansieht, wäre die Anwendung zumindest auf geschützte Vogelarten fraglich. Hier müsste dann ggf. im Vollzug geprüft werden, ob das öffentliche Interesse anhand der Ausnahmegründe der Vogelschutz-Richtlinie weiter konkretisiert werden kann (z. B. im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder dem Schutz der Pflanzen- und Tierwelt, s. o.).

#### **4. Anforderungen an die Alternativenprüfung und die Wahrung des Erhaltungszustands**

Neben den Ausnahmegründen wäre bei den beiden weiteren Ausnahmevoraussetzungen zu prüfen, ob sich auch im Rahmen der Alternativenprüfung oder der Wahrung des Erhaltungszustands Konkretisierungen anbieten könnten. So sind etwa die Prüfungsanforderungen an das Vorhandensein „zumutbarer Alternativen“ vor allem im Hinblick auf mögliche Standortalternativen bislang ungeklärt. Dies betrifft insbesondere den Umfang des Suchraums und damit die Frage, wann ein Alternativstandort wegen seiner Entfernung zum eigentlichen Standort nicht mehr berücksichtigt werden muss bzw. unzumutbar wird. Hier wird vertreten, dass sich der räumliche Suchbereich grundsätzlich auf das Gebiet der jeweiligen Gemeinde und das der Nachbargemeinden erstrecke<sup>102</sup>, aber auch, dass auf das gesamte Regionalplanungsgebiet abzustellen sei<sup>103</sup>. Auch hierbei dürfte aber maßgeblich zu berücksichtigen sein, dass der Begriff der zumutbaren Alternativen im Lichte des Artenschutzes auszulegen ist und hier nicht ohne weiteres die hohen

---

<sup>98</sup> Müller-Mitschke, NuR 2015, 741, 745.

<sup>99</sup> Vgl. nur BReg, BT-Ds. 18/11939, S. 17.

<sup>100</sup> Entsprechend VG Osnabrück, Beschl. v. 20.06.2016 – 2 B 2/16, juris Rn. 134 würde es sich hierbei sogar um eine bloße Klarstellung handeln. Systematisch vorzugswürdiger erscheint eine Konkretisierung direkt im BNatSchG.

<sup>101</sup> Siehe oben Fn. 25.

<sup>102</sup> So Müller-Mitschke, NuR 2015, 741, 747; Grothe/Frey, NuR 2016, 316, 320; vgl. auch VG Saarlouis, Urt. v. 19.09.2007 – 5 K 58/06, juris Rn. 100 ff.

<sup>103</sup> So OVG Lüneburg, Urt. v. 12.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 233 bezogen auf die planungsrechtliche Situation in Niedersachsen.

Anforderungen aus dem Habitatschutz gelten können<sup>104</sup>. Strengere Anforderungen als im Habitatschutz gelten jedenfalls nicht<sup>105</sup>. So dürfen Alternativlösungen auch verworfen werden, wenn sie sich aus naturschutzexternen Gründen als unverhältnismäßiges Mittel erweisen<sup>106</sup>. Da Alternativen für den Vorhabenträger zudem rechtlich und tatsächlich umsetzbar sein müssen<sup>107</sup>, dürfte jedenfalls der Verweis auf Alternativstandorte in Ausschlussgebieten außerhalb von Konzentrationszonen unzulässig sein<sup>108</sup>. Darüber hinaus muss sich der Vorhabenträger nicht auf die bloß theoretische Möglichkeit verweisen lassen, ein konkretes Vorhaben „irgendwo anders“ realisieren zu können<sup>109</sup>.

Daneben enthält Art. 16 Abs. 1 der FFH-Richtlinie (bzw. der Verweis hierauf in § 45 Abs. 7 S. 2 a. E. BNatSchG)<sup>110</sup> für die Ausnahmeerteilung zusätzlich noch die Bedingung, „daß die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen“. Der günstige Erhaltungszustand der Populationen ist daher zwar Voraussetzung für die Ausnahmeerteilung<sup>111</sup>. Sofern hieraus aber in der Behördenpraxis teils der Schluss gezogen wird, dass bei einem ungünstigen Erhaltungszustand keine Ausnahmen erteilt werden können, entspricht dies nicht der Rechtsprechung des EuGH. Auch im Falle eines ungünstigen Erhaltungszustands sind Ausnahmen ausnahmsweise zulässig, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand der Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen behindern; darüber hinaus müssen hierfür keine „außergewöhnlichen Umstände“ vorliegen<sup>112</sup>. Auch diese Rechtsprechung könnte ebenso ins BNatSchG übernommen werden wie die Anforderungen an eine Verschlechterung (Gesamtheit der Populationen muss in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet als lebensfähiges Element erhalten bleiben<sup>113</sup>).

---

<sup>104</sup> Ausdrücklich offen gelassen BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 122; BVerwG, Beschl. v. 01.04.2009 – 4 B 62/08, juris Rn. 45; *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rn. 41.

<sup>105</sup> Vgl. nur BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25/12, juris Rn. 120; BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 240.

<sup>106</sup> BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25/12, juris Rn. 120.

<sup>107</sup> BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075/04, juris Rn. 567; *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316, 320.

<sup>108</sup> *Agatz*, Windenergie Handbuch, 16. Aufl. 2019, S. 206; *Gellermann*, NdsVBI 2016, 13, 17; *Hinsch*, ZUR 2011, 191, 196.

<sup>109</sup> So bereits VG Saarlouis, Urt. v. 19.09.2007 – 5 K 58/06, juris Rn. 100; *Agatz*, Windenergie Handbuch, 16. Aufl. 2019, S. 206; a. A. etwa VG Cottbus, Urt. v. 07.03.2013 – 4 K 6/10, juris Rn. 85; wohl auch *Müggenborg*, NuR 2016, 657, 662; *Köck/Bovet*, ZUR 2018, 579, 583 f. und 586.

<sup>110</sup> Zur vergleichbaren Anforderung aus Art. 13 der Vogelschutz-Richtlinie BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075/04, juris Rn. 570.

<sup>111</sup> EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, Rn. 55.

<sup>112</sup> BVerwG, Beschl. v. 17.04.2010 – 9 B 5/10, juris Rn. 8 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 14.06.2007 – C-342/05; BVerwG, Urt. v. 28.03.2013 – 9 A 22.11, juris Rn. 135; siehe auch EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, Rn. 68.

<sup>113</sup> Hierzu BVerwG, Urt. v. 09.11.2017 – 3 A 4/15, juris Rn. 70.

## V. Einschränkung des behördlichen Ermessensspielraums

Nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG „können“ die zuständigen Behörden von den artenschutzrechtlichen Verboten Ausnahmen zulassen. Die Erteilung der Ausnahme steht daher im Ermessen der Behörde. Allerdings wird aufgrund der detaillierten engen Ausnahmevoraussetzungen vielfach von einem sog. intendierten Ermessen ausgegangen<sup>114</sup>, wonach bei Vorliegen der Voraussetzungen die Ausnahme regelmäßig zu erteilen ist und nur in besonderen atypischen Fallkonstellationen eine Versagung in Betracht kommt<sup>115</sup>. In der Folge liegt hier schon dann ein behördlicher Ermessensfehler vor, wenn die Behörde von dieser Regel abweicht, obwohl keine von der Behörde zu beweisenden Umstände für einen atypischen Fall vorliegen<sup>116</sup>. Die Gerichte beschränken sich daher bei ihrer Überprüfung auf die Frage, ob eine solche besondere atypische Fallkonstellation vorliegt<sup>117</sup>. Dies erscheint wegen der hohen Hürden der Ausnahme durchaus auch sachgerecht. Der Gesetzgeber könnte daher den Wortlaut der Norm anpassen und ein entsprechendes „sollen“ regeln<sup>118</sup>. Die europäischen Vorgaben stünden dem nicht entgegen, da sich diese allein auf die Tatbestandsseite beziehen, die Rechtsfolgenseite aber nicht regeln.

## D. Ergebnis

Die artenschutzrechtliche Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG geht auf die entsprechenden Vorgaben der europäischen Vogelschutz-Richtlinie 2009/147/EG bzw. 79/409/EWG und der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie 92/43/EWG zurück. Änderungen an der Ausnahmeregelung müssen mit diesen Vorgaben vereinbar sein. So ist zwar die Schaffung von Ausnahmegründen über den Ausnahmekatalog der beiden Richtlinien hinaus europarechtlich nicht möglich. Die in den Richtlinien vorgesehenen Ausnahmegründe sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abschließend und eng auszulegen. Hieran ist auch der deutsche Gesetzgeber gebunden. Dennoch besteht damit die Möglichkeit, bislang nicht genutzte Ausnahmegründe umzusetzen. Zudem dürften gesetzgeberische Spielräume zur Konkretisierung der bestehenden Ausnahmegründe und sonstiger Anforderungen im Rahmen der europäischen Vorgaben bestehen. Daneben könnte auf europäischer Ebene generell auf eine Harmonisierung der Artenschutz-Richtlinien bzw. eine Anpassung hingewirkt werden.

---

<sup>114</sup> So etwa OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. 280; VGH Mannheim, Urt. v. 13.09.2013 – 3 S 284/11, juris Rn. 394; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 13; *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316, 322 f.; a. A. etwa *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 90. EL 2019, § 45 BNatSchG Rn. 19.

<sup>115</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 13.09.2013 – 3 S 284/11, juris Rn. 394; *Grothe/Frey*, NuR 2016, 316, 323; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 13.

<sup>116</sup> *Schenke/Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 114 Rn. 21, 21b.

<sup>117</sup> Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 13.09.2013 – 3 S 284/11, juris Rn. 394.

<sup>118</sup> Zur Vergleichbarkeit einer Soll-Vorschrift mit dem intendierten Ermessen etwa *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 114 Rn. 21, 21b.

Mögliche Handlungsoptionen könnten daher sein:

<p>Harmonisierung des Artenschutzrechts auf EU-Ebene durch Aufnahme eines weiteren Ausnahmegrundes entsprechend Art. 16 Abs. 1 lit c der FFH-Richtlinie in Art. 9 der Vogelschutz-Richtlinie</p> <p>Alternativ: Ergänzung eines weiteren Ausnahmegrundes für die Nutzung erneuerbarer Energien in Art. 9 der Vogelschutz- und Art. 16 der FFH-Richtlinie</p>	<p><u>„aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt“</u></p> <p><u>„zur Nutzung erneuerbarer Energien“</u></p>
<p>Umsetzung des Ausnahmegrundes der vernünftigen Nutzung von Vogelarten aus Art. 9 lit c der Vogelschutz-Richtlinie in § 45 Abs. 7 BNatSchG</p>	<p><u>„um unter streng überwachten Bedingungen selektiv jede andere vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen zu ermöglichen“</u></p>
<p>Angleichung des Ausnahmegrundes der maßgeblich günstigen Umweltauswirkungen in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG an den Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 lit. c. der FFH-Richtlinie</p>	<p><u>„im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder positiver Folgen für die Umwelt“</u></p>
<p>Konkretisierung der Versorgungssicherheit durch erneuerbare Energien als Teilbereich der öffentlichen Sicherheit in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG</p>	<p><u>„einschließlich der Energieversorgungssicherheit durch die Nutzung erneuerbarer Energien“</u></p>
<p>Konkretisierung des Umweltmediums Klima im Ausnahmegrund in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG</p>	<p><u>„der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt einschließlich des Klimas“</u></p> <p>bzw.: <u>„positiver Folgen für die Umwelt einschließlich des Klimas“</u></p>
<p>Konkretisierung des öffentlichen Interesses an der Nutzung der erneuerbaren Energien im Ausnahmegrund in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG</p> <p>Alternativ/Daneben: rechtsgebietsübergreifende Konkretisierung des öffentlichen Interesses in § 1 Abs. 1 EEG</p>	<p><u>„(...) aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art. Die Nutzung erneuerbarer Energien liegt im öffentlichen Interesse.“</u></p> <p><u>„Zweck dieses Gesetzes ist es, insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern, fossile Energieressourcen zu schonen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern. Die</u></p>

	<u>Nutzung erneuerbarer Energien liegt im öffentlichen Interesse.“</u>
Konkretisierungen und Kodifizierung von Rechtsprechung im Bereich der Alternativenprüfung und Wahrung des Erhaltungszustands, z. B. Anforderungen bei ungünstigem Erhaltungszustand	„(...) und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. <u>Bei einem ungünstigen Erhaltungszustand ist sachgemäß nachzuweisen, dass die Ausnahme weder den ungünstigen Erhaltungszustand der Populationen weiter verschlechtert noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen behindert.“</u>
Einschränkung des behördlichen Ermessens für die Ausnahmeerteilung	„Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden (...) <u>sollen</u> von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen (...)“