



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

## **Rechtsgutachten:**

**„Welche Möglichkeiten bietet das europäische Artenschutzrecht, das deutsche Artenschutzrecht zur Verbesserung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen anzupassen?“**

erstellt von

Clara Scharfenstein und Jörn Bringewat

**Berlin, 20.4.2021**

Im Auftrag von



**Stiftung  
Klimaneutralität**

**Auftraggeber**

Stiftung Denkfabrik Klimaneutralität GmbH  
Friedrichstrasse 140, 10117 Berlin  
Internet: [www.stiftung-klima.de](http://www.stiftung-klima.de)  
Ansprechpartner : Martin Weiß  
Tel 030/6293946-32  
E-Mail [martin.weiss@stiftung-klima.de](mailto:martin.weiss@stiftung-klima.de)

**Auftragnehmer**

**von Bredow Valentin Herz**, PartG mbB  
Littenstraße 105, 10179 Berlin  
Internet : [www.vbvh.de](http://www.vbvh.de)  
Ansprechpartner : RA Dr. Jörn Bringewat  
Tel 030/8092482-20  
E-Mail [bringewat@vbvh.de](mailto:bringewat@vbvh.de)

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
A. Auftrag.....	4
B. Einführung und aktuelle Situation .....	6
C. Bisheriger Regelungsrahmen in Bezug auf Windenergievorhaben .....	8
I. Regelungsrahmen des europäischen Artenschutzrechts zum Vogelschutz .....	8
II. Regelungsrahmen des nationalen Artenschutzrechts .....	11
1. Bundesnaturschutzgesetz .....	12
a) Tötungs- und Verletzungsverbot § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG.....	12
b) Weitere Zugriffsverbote .....	13
2. Entwicklung der Rechtsprechung und Signifikanzbegriff.....	15
3. Eintrittswahrscheinlichkeit.....	19
4. „Einschätzungsprärogative“ unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	20
5. Bedeutung des Helgoländer Papiers und weiterer fachlicher Vorgaben .....	23
6. Einordnung der Windenergieerlasse und Leitfäden der Bundesländer .....	26
7. Zulassung von Ausnahmen im Einzelfall nach § 45 Absatz 7 Satz 1 BNatSchG .....	27
a) Ausnahmegrund .....	27
b) Keine zumutbare Alternative .....	29
c) Erhaltungszustand .....	29
8. Zulassung von Ausnahmen durch Verordnung, § 45 Absatz 7 Satz 4 BNatSchG .....	30
D. Möglichkeiten zum Abbau artenschutzrechtlicher Hürden.....	30
I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Sondertechnologierechts für Windenergie auf Bundesebene.....	30
II. Potenzial der (Rück)Übernahme des Absichtsbegriffs in den nationalen Regelungsrahmen.....	31
1. Rechtsbegriff der „Absicht“ im europäischen Artenschutzrecht.....	32
a) Der Absichtsbegriff in der FFH-Richtlinie .....	33
b) Der Absichtsbegriff in der VRL .....	41
2. Abweichung durch den nationalen Gesetzgeber – „Übererfüllung“ der europäischen Vorgaben .....	45
3. Kein zweckabhängiges Verständnis des Absichtsbegriffs in Rechtsprechung des EuGH .....	46
III. Schaffung einer Ausnahme für Errichtung, Betrieb und Änderung von Anlagen zur Nutzung von Windenergieanlagen an Land unter Berücksichtigung der Vorgaben des Artikel 9 VRL .....	48
1. Grundsätzliches .....	48

2. Gesetzgeberischer Handlungsspielraum aus Artikel 9 VRL.....	50
a) Generelle Ausnahmevoraussetzungen der VRL und Beweislast.....	50
b) Ausnahmegrund .....	52
(1) Allgemeine Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses in Artikel 9 VRL?	52
(2) Öffentliche Sicherheit .....	54
c) Alternativenprüfung.....	56
(1) Existenz anderer Lösungen.....	57
(2) Geeignetheit zur Zweckerreichung .....	57
(3) Erfüllung des Merkmals „zufriedenstellend“ – Verhältnismäßigkeitsprüfung....	58
d) Formelle Voraussetzungen der Ausnahmen aus Artikel 9 Absatz 2 VRL .....	61
e) Keine Verschlechterung der Lage, Artikel 13 VRL.....	62
3. Gesetzgeberischer Handlungsspielraum im Ausnahmeregime des BNatSchG in Bezug auf Windenergievorhaben .....	65
4. Abschließende Erwägungen .....	65

## A. Auftrag

Die Energiewende und der Ausbau der erneuerbaren Energien sind unerlässlich, um klimapolitische Ziele zu erreichen und die negativen Folgen des Klimawandels einzuschränken. Sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene sind diese Ziele deswegen mittlerweile gesetzlich festgeschrieben. Die Bundesrepublik Deutschland verfolgt dabei als langfristiges Ziel die Treibhausgasneutralität bis 2050 und hat sich im Rahmen des Übereinkommens von Paris verpflichtet, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 Grad Celsius und möglichst auf 1,5 Grad Celsius gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen (§ 1 Klimaschutzgesetz, Art. 1 G. v. 12.12.2019 BGBl. 2019 I S. 2513). Im Jahr 2030 sollen die erneuerbaren Energien 65 Prozent des deutschen Stromverbrauchs bereitstellen (§ 1 Absatz2 EEG 2021, G. v. 21.12.2020 BGBl. I S. 3138).

Um die internationalen und nationalen Klimaschutzziele zu erreichen, muss die Nutzung der Windenergie in Deutschland massiv vorangetrieben werden. Grundsätzlich politisch gewollt und weiterhin gefördert, stehen der Planung und Errichtung von Windenergieanlagen aber eine Reihe

von tatsächlichen und rechtlichen Hindernissen im Weg, die die Realisierung von Projekten verkompliziert, verlangsamt und schlimmstenfalls ganz verhindert. Durch den voranschreitenden Ausbau und die zunehmende Flächeninanspruchnahme mehren sich die Fälle, in denen Vorhaben aufgrund ihrer Auswirkungen auf Natur und Landschaft und hierbei insbesondere aufgrund von Konflikten mit dem Artenschutzrecht nicht umgesetzt werden können. Gleichzeitig ist die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der UN-Biodiversitätskonvention (Übereinkommen über die biologische Vielfalt, CBD) völkerrechtlich verpflichtet, die Vielfalt des Lebens auf der Erde zu schützen, zu erhalten und deren nachhaltige Nutzung so zu organisieren, dass möglichst viele Menschen heute und auch in Zukunft davon leben können. Damit besteht ein rechtliches Spannungsverhältnis zwischen Klimaschutz und Artenschutz. Den Belangen des Klimaschutzes kommt durch Artikel 20a Grundgesetz nach einhelliger Ansicht ein verfassungsrechtlicher Rang zu. Ob dem Tier- und Artenschutz auf Grundlage des Art. 20a GG abseits eines anthropozentrischen Verständnisses eigene ökozentrische Bedeutung zukommt, ist umstritten, wird aber von der wohl herrschenden Meinung abgelehnt.<sup>1</sup> Zur Sicherstellung der klimatischen Lebensbedingungen für zukünftige Generationen und einen Teil der geschützten heimischen Arten sind der Ausbau Erneuerbarer Energien und die Reduzierung des CO<sub>2</sub>-Austoßes von besonderer Bedeutung. Die Nutzung von Windenergie trägt hierzu wesentlich bei. Im besonderen Artenschutzrecht sind in § 44 Absatz 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) Zugriffsverbote geregelt, die besonders geschützte Tierarten, somit auch alle europäischen Vogelarten, vor einer Tötung, Störung oder Beschädigung ihrer Fortpflanzungs- und Ruhestätten schützen sollen. Diese Verbote stehen oft einem Ausbau der Windenergie, auch auf dafür ausgewiesenen Flächen, entgegen und konterkarieren somit die schnelle Umstellung der fossilen Energieerzeugung auf erneuerbare Energieerzeugung.

An dieser Schnittpunkte zwischen der notwendigen Zulassung von Windenergieanlagen zu wichtigen und essentiellen klimaneutralen Erzeugung von Strom und den Vorgaben des Artenschutzrechts entstehen in der Praxis vielfach große Konflikte, die vielfach zu Lasten der Windenergie und damit des Klimaschutzes ausgehen. Dieser Umstand gibt Anlass, zu untersuchen, welcher rechtliche Regelungsrahmen besteht, die Zulassung von Windenergieanlagen zu beschleunigen und zu verbessern – auch wenn dadurch Aspekte des aktuell auf bundesdeutscher Ebene geltenden Artenschutzrechts im europarechtlich zulässigen Rahmen neu bewertet werden müssen. Der

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Streitstand vgl. Epiney, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 20a Rn. 24 ff.

Vorschlag soll eine Beschleunigung des Windenergieausbaus ermöglichen, indem die artenschutzrechtliche Prüfung durch klare Grenzen erleichtert wird – ohne die Ziele des Artenschutzes zu gefährden. Gleichzeitig soll deutlich werden an welcher Stelle Maßnahmen, zum Kollisionsschutz oder zur Stützung der Population der betroffenen Arten, zu treffen sind.

## **B. Einführung und aktuelle Situation**

Für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen ist in Deutschland neben der Flächenverfügbarkeit die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erforderlich, §§ 4, 6 BImSchG. Im Rahmen der dafür notwendigen Genehmigungsverfahren sind gemäß § 6 Absatz 1 BImSchG die Vereinbarkeit des Anlagenbetriebes mit den Vorgaben des öffentlichen Rechts zu prüfen, wozu auch das in §§ 44 ff. BNatSchG geregelte Artenschutzrecht gehört.

Hierbei spielen in der Genehmigungspraxis insbesondere die als besonders geschützte Arten zu qualifizierenden europäischen Vogelarten eine Rolle. Denn in Anwendung des auf den Individuenschutz bezogenen deutschen Artenschutzrechts ist sicherzustellen, dass durch den Betrieb von Windenergieanlagen keine Tiere zu Schaden kommen. Nach dem geltenden Rechtsrahmen gilt diese Vorgabe strikt, nach § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG ist die Tötung von Individuen der europäischen Vogelarten ganz allgemein verboten (im Einzelnen unten II.).

In der Praxis der Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen nimmt der Artenschutz, und hierbei insbesondere der Schutz der europäischen Vogelarten eine prominente Rolle ein. Bei planungsrechtlichen und damit ortsbezogenen Steuerungsentscheidungen hinsichtlich der Windenergienutzung ist der Artenschutz bereits in der Flächenausweisung beachtlich, da wesentliche Voraussetzung einer rechtmäßigen Planung ihre Vollzugsfähigkeit ist. Letztere liegt nicht vor, wenn Konflikte mit anderen öffentlichen Belangen so groß sind, dass sich die positive Standortentscheidung als nicht umsetzbar herausstellt. Neben artenschutzrechtlichen Untersuchungen spielt hier bereits der Habitatschutz eine gewichtige Rolle. Zudem werden teilweise Empfehlungen durch die Ländern zur flächenhaften Behandlung des Artenschutzes auf dieser Ebene gegeben<sup>2</sup>. Für die Genehmigungsebene ist allerdings nach der mangelnden Flächenbereitstellung die

---

<sup>2</sup> Bspw. zur Beachtung von Dichtezentren in Thüringen, siehe Thüringer Landesanstalt für Umwelt und Geologie (TLUG): Avifaunistischer Fachbeitrag zur Fortschreibung der Regionalpläne 2015 – 2018: Empfehlungen zur Berücksichtigung des Vogelschutzes bei der Abgrenzung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung (13.08.2015).

Bewältigung des Artenschutzes laut einer Herstellerumfrage von 2018 eine der größten Hemmnisse für den weiteren Ausbau der Windenergienutzung.<sup>3</sup> Im Rahmen der Vorbereitung eines Genehmigungsantrags sind vom Antragsteller artenschutzfachliche Gutachten zu erstellen. Für die Untersuchungen zu den Vögeln sind Kartierungen der Brutplätze notwendig. Sind Brutvorkommen windenergiesensibler Vogelarten<sup>4</sup> im Umfeld des Vorhabens bekannt oder werden festgestellt, können zudem Habitatpotential- oder Raumnutzungsanalysen zur näheren Bestimmung der Betroffenheit durch das Vorhaben notwendig werden. Erfassungszeiträume für die durch ein Windenergievorhaben betroffenen Arten betragen mindestens ein Jahr,<sup>5</sup> es können jedoch auch bis zu drei Jahren Untersuchungszeitraum notwendig werden.<sup>6</sup> Der Aufwand für Projektentwickler hinsichtlich der zu erbringenden artenschutzrechtlichen Gutachten ist in den letzten Jahren deutlich angestiegen.<sup>7</sup>

Für Antragsverfahren, die eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchlaufen müssen, sind für 165 von insgesamt 202 im Zeitraum Dezember 2017 bis Januar 2021 abgeschlossene Verfahren nach Veröffentlichungen im gemeinsamen UVP-Verbundportal der Länder<sup>8</sup> die Verfahrensdauern bekannt. Die durchschnittliche Verfahrensdauer beträgt demnach 21 Monate, die Hälfte der Verfahren wird nach 17 Monaten abgeschlossen.<sup>9</sup> In der Hälfte der Verfahren die länger als 25

---

<sup>3</sup> FA Wind, Vortrag: Ausbau- und Genehmigungssituation der Windenergie an Land, Workshop „Flächen und Akzeptanz für Wind an Land“ am 13. Februar 2019 im BMWi, Folie 20, abrufbar unter: [https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Vortragsarchiv/Workshop\\_BMWi\\_Vortrag\\_Quentin\\_13-02-2019.pdf](https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Vortragsarchiv/Workshop_BMWi_Vortrag_Quentin_13-02-2019.pdf).

<sup>4</sup> Kollisionsgefährdete Arten wurden von der Umweltministerkonferenz am 11. Dezember 2020 (Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen) festgelegt und können durch die Bundesländer ergänzt werden. Durch die Landesarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten (LAG VSW, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogel Lebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015)) und in den Leitfäden/Erlässen/Verwaltungsvorschriften der Länder wurden zudem störungsempfindliche Arten benannt.

<sup>5</sup> Bspw.: *Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft und Landesanstalt für Umwelt (LUBW)*: Hinweise zur Erfassung und Bewertung von Vogelvorkommen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen (15.01.2021), S. 38.

<sup>6</sup> Bspw.: *Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume & Landesamt für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein (Hrsg.)*: Errichtung von Windenergieanlagen (WEA) innerhalb des potenziellen Beeinträchtigungsbereiches und des Prüfbereiches bei einigen sensiblen Großvogelarten - Empfehlungen für artenschutzfachliche Beiträge im Rahmen der Errichtung von WEA (Stand: September 2016), S. 10

<sup>7</sup> Vgl. *Schröter*, Artenschutzgutachten aus Sicht eines Windparkprojektierers, Vortrag auf der Fachkonferenz der FA Wind im März 2019 in Berlin, Folie 7, abrufbar unter: [https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veranstaltungen/Fachkonferenz\\_25.-26.03.2019/Vortraege/Forum\\_1\\_Artenschutzgutachten\\_aus\\_Sicht\\_eines\\_Windparkprojektierers\\_Henrike\\_Schroeter\\_wpd.pdf](https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veranstaltungen/Fachkonferenz_25.-26.03.2019/Vortraege/Forum_1_Artenschutzgutachten_aus_Sicht_eines_Windparkprojektierers_Henrike_Schroeter_wpd.pdf).

<sup>8</sup> Abrufbar unter <https://www.uvp-verbund.de>, in Betrieb seit 14.06.2017.

<sup>9</sup> Vergleichbar sind die Ergebnisse für die im Jahr 2020 genehmigten Anlagen, siehe FA Wind (Hrsg): Analyse der Ausbausituation der Windenergie an Land im Jahr 2020, Februar 2021.

Monate andauern sind entweder umfangreiche Änderungen der Antragsunterlagen nachvollziehbar oder es handelt sich um Prototypen (mit ggf. aufwändigeren Verfahren).

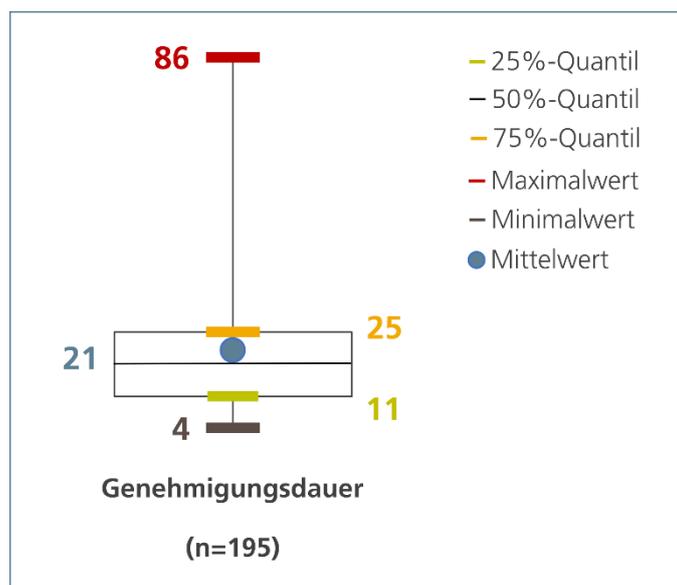


Abbildung: Genehmigungsdauern von UVP-Pflichtigen Verfahren zur Windenergienutzung mit Verfahrensabschluss zwischen 12.2017 und 1.2021; Daten UVP-Verbundportal, Auswertung FA Wind

Im Rahmen von Drittanfechtungen erteilter Genehmigungen sind artenschutzrechtliche Belange die häufigsten Klagegründe.<sup>10</sup>

### C. Bisheriger Regelungsrahmen in Bezug auf Windenergievorhaben

Der bisherige relevante Regelungsrahmen für die Abwägung der Belange des Klimaschutzes und des Artenschutzes besteht aus den zwei Ebenen des europäischen und nationalen Rechts. Das europäische Recht hat dabei maßgeblich die Ausgestaltung des nationalen Rechtsrahmens geprägt.

#### I. Regelungsrahmen des europäischen Artenschutzrechts zum Vogelschutz

Durch die Vogelschutz-Richtlinie<sup>11</sup> (VRL) werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Bestände wildlebender Vogelarten, die im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten heimisch sind, auf einem Stand zu halten oder zu bringen „der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen

<sup>10</sup> FA Wind (Hrsg.): Hemmnisse beim Ausbau der Windenergie in Deutschland – Ergebnisse einer Branchenumfrage, 2019, S. 13

<sup>11</sup> Ursprünglich Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 103 vom 25.4.1979, S. 1, kodifiziert in Richtlinie 2009/147/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung wildlebender Vogelarten, ABl. L 20, S. 7.

und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird“ (Artikel 2 VRL). Motiviert ist diese Zielsetzung durch die Feststellung, dass die Erhaltung wildlebender Vogelarten für die Verwirklichung der Gemeinschaftsziele auf den Gebieten der Verbesserung der Lebensbedingungen und der nachhaltigen Entwicklung erforderlich ist (5. Erwägungsgrund der VRL). Zu diesem Zweck beinhaltet die VRL artenschutzrechtliche Verbote in Artikel 5 bis Artikel 8. Artikel 5 VRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, folgende Verbote in ihr nationales Artenschutzrecht zu übertragen:

- „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) ihr absichtliches Stören, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt;*
- e) des Haltens von Vögeln oder Arten, die nicht bejagt oder gefangen werden dürfen“*

Dieses Verbot, das ebenso wie Artikel 16 der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)<sup>12</sup> auf eine Absicht der handelnden Person abstellt, gilt nicht lediglich für eine begrenzte Gruppe von Arten mit festgestelltem besonderem Schutzbedarf, sondern für alle in Artikel 1 beschriebenen, im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten heimischen, wildlebenden Vogelarten.<sup>13</sup> Somit umfasst das Tötungsverbot der VRL eine große Zahl Vogelarten, die sich nicht zwingend in einem schlechten oder ungünstigen Erhaltungszustand befinden müssen.<sup>14</sup> Das Tötungsverbot des Artikel 5 VRL

---

<sup>12</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206 S. 7, zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/105/EG des Rates vom 20. November 2006, ABl. L 363, S. 368.

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 8. Juli 1987, Rs. C-247/85, Kommission/Belgien, EU:C:1987:339, Rn. 6 und 7 sowie EuGH, Urteil vom 17. April 2018, Rs. C-441/17, Kommission/Polen (Wald von Białowieża), EU:C:2018:255, Rn. 51.

<sup>14</sup> Dazu zuletzt Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, Rn. 80 ff. Siehe auch, Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft – Vögel – Artenschutz, 2018, S. 17.

bezieht sich dabei grundsätzlich auf einzelne Individuen und ist nicht vom Erhaltungszustand der betreffenden Art abhängig.<sup>15</sup>

Von dem Tötungsverbot aus Artikel 5 VRL gibt es Ausnahmen. So erlaubt Artikel 7 eine Ausnahme vom Tötungsverbot für die Jagd von bestimmten, in Anhang II VRL aufgeführten Arten. Artikel 8 wiederum verpflichtet die Mitgliedstaaten in Bezug auf Jagd, den Fang oder die Tötung von Vögeln im Rahmen der Richtlinie solche Mittel, Einrichtungen oder Methoden zu verbieten, durch die Vögel „in Mengen oder wahllos gefangen oder getötet werden oder die gebietsweise das Verschwinden einer Vogelart nach sich ziehen können“ (Artikel 8 Absatz 1 VRL). Anhang IV Buchstabe a VRL listet dabei im Besonderen verbotene Methoden, wie etwa Fallen oder die Nutzung gewisser Köder. Artikel 9 VRL räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, Ausnahmetatbestände zum Tötungsverbot in ihr nationales Artenschutzrecht zu integrieren. Voraussetzung für eine Ausnahme muss laut Artikel 9 VRL der Mangel an anderen zufriedenstellenden Alternativen sein. Artikel 9 Absatz 1 VRL gewährt Ausnahmen von den Verbotstatbeständen nur:

*„a) – im Interesse der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit,*

*– im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt*

*– zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigeieten und Gewässern,*

*– 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“*

Die nach Artikel 9 Absatz 1 VRL zulässigen Ausnahmegründe sind dabei ihrem Wortlaut nach nicht deckungsgleich mit den zulässigen Ausnahmegründen vom Tötungsverbot aus Artikel 16 der FFH-

---

<sup>15</sup> Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 70-74.

RL sowie den Ausnahmetatbeständen, die vom nationalen Gesetzgeber in § 45 Absatz 7 BNatSchG vorgesehen wurden.

Sofern die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit zur Abweichung vom allgemeinen Tötungsverbot (oder den anderen Verboten) Gebrauch machen, so sind sie durch Artikel 9 Absatz 2 und Absatz 3 verpflichtet, Ausnahmen zu konkretisieren und der Kommission diesbezüglich jährlich zu berichten. Artikel 9 Absatz 2 schreibt dabei die folgenden Schritte vor:

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

*e) welche Kontrollen vorzunehmen sind.“*

Die VRL bildet die Basis für den Regelungsrahmen des nationalen Artenschutzrechts in Bezug auf europäische Vogelarten.

## II. Regelungsrahmen des nationalen Artenschutzrechts

Auf der Ebene des nationalen Artenschutzrechts stehen die gesetzlichen Regelungen des BNatSchG im Mittelpunkt. Jedoch wurde der Regelungsrahmen des nationalen Artenschutzrechts maßgeblich durch die Rechtsprechung geprägt. Der folgende Abschnitt beschreibt die entsprechenden Entwicklungen, die Rolle naturschutzfachlicher Stellungnahmen, untergesetzlicher Beiträge und geht zuletzt auf die nationalgesetzlichen Voraussetzungen einer Ausnahme vom Tötungsverbot ein.

## 1. Bundesnaturschutzgesetz

Das deutsche Artenschutzrecht ist im BNatSchG geregelt.<sup>16</sup> § 1 BNatSchG, der die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege formuliert, nennt dabei in Absatz 3 Nummer 4 BNatSchG die zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien als Maßnahme von besonderer Bedeutung für den Luft- und Klimaschutz und damit die dauerhafte Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts (§ 1 Absatz 3 BNatSchG). Gleichzeitig werden auch der Schutz der biologischen Vielfalt (§ 1 Absatz 1 Nummer 1) und insbesondere die Erhaltung lebensfähiger Population wild lebender Tiere und Pflanzen einschließlich ihrer Lebensstätten (§ 1 Absatz 2 Nummer 1) als Ziele formuliert.

### a) Tötungs- und Verletzungsverbot § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG

§ 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG verbietet, *„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.“* Der Begriff ‚besonders geschützte Arten‘ ist in § 7 Absatz 2 Nummer 13 legal definiert und umfasst gemäß § 7 Absatz 2 Nummer 13 Buchstabe a und b BNatSchG alle europäische Vogelarten. Der Begriff ‚wild lebende Tiere‘ ist nicht legal definiert, soll jedoch nach dem Gesetzgeber solche Tierarten umfassen, die in Freiheit vorkommen und deren Exemplare nicht ausschließlich von Menschen gezüchtet werden.<sup>17</sup> § 44 Absatz 1 BNatSchG setzt die artenschutzrechtlichen Verbote aus Artikel 12 FFH-RL und Artikel 5 VRL um, enthält jedoch, anders als die europäische Regelung, keinen subjektiven Tatbestand.

§ 44 Absatz 5 BNatSchG schränkt den Tatbestand des Tötungsverbots aus Absatz 1 ein. Absatz 5 wurde 2017 durch den Gesetzgeber an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, insbesondere zum „Signifikanzansatz“ (s.u.) angepasst.<sup>18</sup>

*„[Absatz 5 Sätze 1 und 2] Für nach § 15 Absatz 1 unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Eingriffe in Natur und Landschaft, die nach § 17 Absatz 1 oder Absatz 3 zugelassen oder von einer Behörde durchgeführt werden, sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Absatz 2 Satz 1 gelten die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nach Maß-*

---

<sup>16</sup> Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) vom 29. Juli 2009, BGBl. I S. 2542, zuletzt geändert durch Art. 290 Elfte ZuständigkeitsanpassungsVO vom 19.6.2020, BGBl. I S. 1328.

<sup>17</sup> So bereits BT-Drs. 10/5064, S. 18.

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

*gabe der Sätze 2 bis 5. Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen*

*1. das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann,*

*(...)*

*[Satz 3] Soweit erforderlich, können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgelegt werden.“*

Ausnahmen für Handlungen, bei denen das Tötungsverbot einschlägig ist, sind in § 45 BNatSchG vorgesehen (s.u.).

#### b) Weitere Zugriffsverbote

Neben dem Tötungsverbot aus § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG enthält § 44 Absatz 1 BNatSchG auch die folgenden weiteren Zugriffsverbote:

*„Es ist verboten,*

*1. (...)*

*2. wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert,*

*3. Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören,*

*4. wild lebende Pflanzen der besonders geschützten Arten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, sie oder ihre Standorte zu beschädigen oder zu zerstören“*

Auch hier ist der Begriff der Absicht nicht im Wortlaut der Normen enthalten, welche die allgemeinen Verbote des Artikel 12 FFH-RL und Artikel 5 VRL umsetzen.

Ebenso regelt § 44 Absatz 5 Ausnahmen zu den Zugriffsverboten:

*„[Absatz 5] Für nach § 15 Absatz 1 unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Eingriffe in Natur und Landschaft, die nach § 17 Absatz 1 oder Absatz 3 zugelassen oder von einer Behörde durchgeführt werden, sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Absatz 2 Satz 1 gelten die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5. Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen*

*1. (...)*

*2. das Verbot des Nachstellens und Fangens wild lebender Tiere und der Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung ihrer Entwicklungsformen nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Tiere oder ihre Entwicklungsformen im Rahmen einer erforderlichen Maßnahme, die auf den Schutz der Tiere vor Tötung oder Verletzung oder ihrer Entwicklungsformen vor Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung und die Erhaltung der ökologischen Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang gerichtet ist, beeinträchtigt werden und diese Beeinträchtigungen unvermeidbar sind,*

*3. das Verbot nach Absatz 1 Nummer 3 nicht vor, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.*

*Soweit erforderlich, können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgelegt werden. Für Standorte wild lebender Pflanzen der in Anhang IV Buchstabe b der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführten Arten gelten die Sätze 2 und 3 entsprechend. Sind andere besonders geschützte Arten betroffen, liegt bei Handlungen zur Durchführung*

*eines Eingriffs oder Vorhabens kein Verstoß gegen die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote vor.“*

Ausnahmen zu den Zugriffsverboten finden sich in § 45 BNatSchG (s.u.).

## 2. Entwicklung der Rechtsprechung und Signifikanzbegriff

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht zu den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten hat sich in den letzten Jahren in erheblicher Weise entwickelt und sich immer wieder an der Auslegung der FFH-RL und der VRL durch den EuGH orientiert, jedoch gleichzeitig durch den Signifikanzbegriff (s.u.) auch einen eigenen Lösungsansatz zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen entwickelt.

Ursprünglich vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass die Zugriffsverbote – und damit auch das Tötungsverbot aus § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG, nur dann anwendbar sein sollten, wenn eine im engeren Sinne absichtliche, also zielgerichtete Tötung eines Individuums erfolgte.<sup>19</sup> Nach Auffassung des BVerwG geschahen solche Beeinträchtigungen und Beschädigungen, die bei Vollzug eines Planfeststellungsbeschlusses unvermeidbar waren, grundsätzlich nicht absichtlich im Sinne des europäischen Artenschutzrechts.<sup>20</sup>

Diese Auffassung hat das BVerwG in der Folge der Rechtsprechung des EuGH zum Absichtsbegriff zunächst angezweifelt<sup>21</sup> und dann aufgegeben. Der Absichtsbegriff ist darüber hinaus durch den Gesetzgeber aus dem Wortlaut des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot gestrichen worden (s.o.).

Statt auf die Rechtmäßigkeit der verbotenen Handlung abzustellen, hat die Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos geschaffen, das im Ergebnis die Anwendungsfälle des Tötungsverbots eingrenzt.<sup>22</sup> Hintergrund dieser Einschränkung ist das

---

<sup>19</sup> Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 55. Edition (Stand: 1. Juli 2020), § 44 BNatSchG, Rn. 7.

<sup>20</sup> BVerwG, Urteil vom 12. April 2005 – 9 VR 41/04 –, juris-Rn. 38; siehe auch BVerwG, Urteil vom 11. Januar 2001 – 4 C 6/00 –, juris-Rn. 25.

<sup>21</sup> BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1075/04 –, juris-Rn. 561 f.

<sup>22</sup> BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 –, juris-Rn. 219; BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14/07 –, juris-Rn. 90 ff.; BVerwG, Urteil vom 18. März 2009 – 9 A 39/07 –, juris-Rn. 58; BVerwG, Urteil vom 27. November 2018 – 9 A 8/17 –, juris-Rn. 98; OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. April 2011 – 12 ME 274/10 –, juris-Rn. 5; OVG Saarlouis, Beschluss vom 5. September 2017 – 2 A 316/16 –, juris-Rn. 22; siehe aus der Literatur Bick/Wulfert, Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, in: NVwZ 2017, S. 346.

Erfordernis, das Tötungsverbot nicht bei jeder – bei lebensnaher Betrachtung für alle Infrastrukturprojekte letztendlich unvermeidbarer – zufälligen Tötung zum Einsatz zu bringen. Dann müsste nämlich stets auf den Ausnahmetatbestand des § 45 Absatz 7 BNatSchG zurückgegriffen werden. Dies würde zu einer Umkehr des Regel-Ausnahmeverhältnisses führen, welche die Ausnahme aufgrund der hohen Anzahl von Verstößen zum Regelfall macht.<sup>23</sup> Dazu führt das BVerwG aus: „Soll das Tötungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis werden, ist vielmehr zu fordern, dass sich das Risiko des Erfolgseintritts in signifikanter Weise erhöht.“<sup>24</sup> Die Rechtsprechung ist maßgeblich in Bezug auf den Ausbau von Fernstraßen und andere Infrastrukturprojekte entwickelt worden, wird jedoch auch auf Windenergieanlagen angewandt.<sup>25</sup> Zutreffend ordnet *Lau* den Signifikanzansatz nicht als Aufgabe des Individuenschutzes, sondern als Zurechnungsschranke, gestützt auf den Normzweck ein.<sup>26</sup>

Durch die Rechtsprechung ist in den letzten Jahren hierzu folgender Prüfungsmaßstab entwickelt worden:<sup>27</sup> Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ist anzunehmen, wenn durch das Vorhaben eine erhebliche Überschreitung des für die Art in einer – auch vom Menschen (aus-)gestalteten – Landschaft grundsätzlich bestehenden allgemeinen Lebensrisikos erfolgt.<sup>28</sup> Eine artenschutzrechtliche Verantwortlichkeit, also das Vorliegen eines Verstoßes gegen das Tötungsverbot, kann dann entfallen, wenn durch Vermeidungs- oder Minderungsmaßnahmen das grundsätzlich erhöhte Kollisionsrisiko durch ein Vorhaben wieder auf das allgemeine Lebensrisiko gesenkt wird.<sup>29</sup>

Als Parameter für die Feststellung eines signifikant erhöhten Risikos dienen nach Auffassung des BVerwG neben den Vermeidungs- oder Minderungsmaßnahmen die häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und artspezifische Verhaltensweisen.<sup>30</sup>

---

<sup>23</sup> BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14/07 –, juris-Rn. 91; *Bick/Wulfert*, Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, in: NVwZ 2017, S. 346, 347 mit weiteren Verweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>24</sup> Siehe nur BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14/07 –, juris-Rn. 90 ff.

<sup>25</sup> BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1/12 –, juris-Rn. 11; OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. April 2011 – 12 ME 274/10 –, juris-Rn. 5; OVG Saarlouis, Beschluss vom 5. September 2017 – 2 A 316/16 –, juris-Rn. 22; OVG Greifswald, Beschluss vom 20. August 2018 – 3 M 14/16 –, Rn. 36; siehe auch *Lau*, in Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Auflage 2016, § 44 Rn. 14.

<sup>26</sup> *Lau*, in Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Auflage 2016, § 44 Rn. 14.

<sup>27</sup> Siehe ausführlich dazu *Sprötge/Sellmann/Reichenbach*, Windkraft – Vögel – Artenschutz, 2018, S. 30-44.

<sup>28</sup> BVerwG, Beschluss vom 8. März 2018 – 9 B 25/17 –, juris-Rn. 11.

<sup>29</sup> BVerwG, Beschluss vom 8. März 2018 – 9 B 25/17 –, juris-Rn. 11, st. Rspr.

<sup>30</sup> BVerwG, Beschluss vom 8. März 2018 – 9 B 25/17 –, juris-Rn. 11; siehe auch BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 – 9 A 12/10 –, juris-Rn. 99.

Zur Frequentierung des Raums hat das BVerwG ausgeführt, dass es für die Annahme eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos nicht genüge, dass im Eingriffsbereich überhaupt Exemplare angetroffen worden seien.<sup>31</sup> Vielmehr müsse nachgewiesen werden, dass die betroffenen Arten im entsprechenden Eingriffsbereich „in artenschutzrechtlich relevantem Umfang vorkommen.“<sup>32</sup> Wie genau dieser Umfang bestimmt werden soll, wird dabei nicht festgelegt. In Bezug auf eine Baufeldfreimachung hat das BVerwG entschieden, dass es nicht ausreicht, mit einer als ‚relativ hoch‘ eingeschätzten Fangquote Teile der Population umzusiedeln, denn auch die Gefährdung eines „nicht ganz geringen Teil der Zauneidechsen“ erfülle den Tatbestand des individuenbezogenen Tötungsverbots.<sup>33</sup> In einer späteren, im Sachverhalt ähnlichen Entscheidung lehnte das BVerwG das Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos ab, da Maßnahmen angedacht waren, mit denen sichergestellt wurde, dass die an wenigen Stellen im Trassenbereich vorkommenden Zauneidechsen so gefasst werden könnten, „dass keine oder allenfalls ein ganz geringer Teil der Zauneidechsen im Baufeld verbleiben werde.“<sup>34</sup> Zu Recht weisen *Sprötge, Sellmann und Reichenbach* darauf hin, dass die Grenze zwischen einem „nicht ganz geringen Teil“ und einem „allenfalls noch ganz geringen Teil“ einer Population schwierig zu erkennen sein dürfte.<sup>35</sup>

Das OVG Magdeburg hat einen Sachverhalt zu dieser Frage in Bezug auf die Errichtung von Windenergieanlagen in der Gegend einer Flugroute fern wandernder Fledermausarten entschieden. Dabei hat das Gericht festgestellt, dass der Umstand der räumlichen Nähe zu einer Flugroute einen „Anfangsverdacht“<sup>36</sup> bezüglich des signifikant erhöhten Tötungsrisikos begründe. Jedoch wird in dem Urteil weiter ausgeführt,

*„dass die Signifikanzschwelle auch in solchen Fällen erst dann überschritten ist, wenn aufgrund einer hinreichend gesicherten Tatsachenbasis feststeht, dass gerade an dem konkreten Standort der zu errichtenden Windkraftanlagen und nicht nur in dessen näherer und weiterer Umgebung zu bestimmten Zeiten schlagopfergefährdete Fledermäuse in einer Zahl auftreten, die Kollisionen von mehr als nur einzelnen Individuen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten lassen.“<sup>37</sup>*

---

<sup>31</sup> BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 – 4 C 12/07 –, juris-Rn. 42.

<sup>32</sup> BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 – 4 C 12/07 –, juris-Rn. 46.

<sup>33</sup> BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 – 9 A 12/10 –, juris-Rn. 127.

<sup>34</sup> BVerwG, Urteil vom 8. Januar 2013 – 9 A 4/13 –, juris-Rn. 98 f.

<sup>35</sup> *Sprötge/Sellmann/Reichenbach*, Windkraft – Vögel – Artenschutz, 2018, S. 33 f.

<sup>36</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 16. Mai 2013 – 2 L 80/11 –, juris-Rn. 23.

<sup>37</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 16. Mai 2013 – 2 L 80/11 –, juris-Rn. 23.

Außerdem berücksichtigte das Gericht, dass Fledermäuse in Individuenzahlen auftreten, die die Zahl der Individuen anderer geschützter und durch Kollision gefährdeter Tierarten, zum Beispiel des Rotmilans,

*„um ein Vielfaches und damit in einem Maße übersteigt, das es rechtfertigt, insoweit von einer anderen Größenordnung zu sprechen. (...) Zwar muss die zu erwartende Opferzahl, da es bei § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht um einen Populations-, sondern um einen Individuenschutz geht, nicht so groß sein, dass sie sich bereits auf die Population als solche auswirkt. Andererseits muss die Zahl der potentiellen Opfer eine Größe überschreiten, die mit Rücksicht auf die Zahl der insgesamt vorhandenen Individuen einer Population sowie die Zahl der Individuen, die ohnehin regelmäßig dem allgemeinen Naturgeschehen, etwa als Beutetiere, zum Opfer fallen, überhaupt als nennenswert bezeichnet werden kann. Diese Zahl mag zwar auch davon abhängen, wie hoch das Risiko im Einzelfall einzuschätzen ist und dürfte deshalb bei einem sehr hohen, an sichere Wahrscheinlichkeit grenzenden Tötungsrisiko niedriger liegen als bei einem geringeren, die Signifikanzschwelle nur gering überschreitenden Risiko. Bei ein oder zwei Fledermäusen im Jahr ist diese Zahl jedoch auch im erstgenannten Fall noch nicht erreicht.“<sup>38</sup>*

Artspezifische Verhaltensweisen können dazu führen, dass die signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos bereits abstrakt ausgeschlossen wird. Zum Beispiel, wenn aufgrund des naturschutzfachlichen Kenntnisstandes die für eine Kollision notwendige Flughöhe von einzelnen Arten nicht gegeben ist.<sup>39</sup>

Der Signifikanzansatz ist im Jahr 2017 vom Gesetzgeber in den Gesetzestext aufgenommen worden (s. § 44 Absatz 5 Nummer 1 BNatSchG).<sup>40</sup> Ziel der Änderung war die Bestätigung der durch die Rechtsprechung entwickelten Einschränkung der Verbotsnorm, wobei gleichzeitig eine Konkretisierung des Signifikanzbegriffs durch die Praxis für erforderlich gehalten wurde.<sup>41</sup> In der Begründung der Gesetzesänderung wird ausdrücklich auf die Ausnahmegvorschrift des § 45 Absatz 7 Satz 1 Nummer 5 BNatSchG (s.u.) hingewiesen und der Ausbau der erneuerbaren Energien als

---

<sup>38</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 16. Mai 2013 – 2 L 80/11 –, juris-Rn. 24.

<sup>39</sup> VGH München, Urteil vom 19. Februar 2014 – 8 A 11.40040 –, juris-Rn. 840; VGH München, Urteil vom 8. Juni 2015 – 22 CS 15.686 –, juris-Rn. 47.

<sup>40</sup> Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 15. September 2017, BGBl. I S. 3434.

<sup>41</sup> BT-Drs. 18/11939, S. 17.

gewichtiger öffentlicher Belang eingeordnet. Die Bewertung müsse jedoch nach Auffassung des Gesetzgebers im Einzelfall erfolgen.<sup>42</sup>

### 3. Eintrittswahrscheinlichkeit

Der tatbestandliche Erfolg des in § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG geregelten Tötungsverbotestritt ein, wenn es tatsächlich zur Tötung einzelner Exemplare besonders geschützter Arten, mithin einzelner Exemplare der europäischen Vogelarten, bei dem Betrieb von Windenergieanlagen kommt. Im entsprechenden Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen muss deswegen in einer Bewertung ex ante entschieden werden, ob durch Realisierung eines geplanten Projektes der Erfolgseintritt erreicht wird. Insoweit relevante Erwägungen zur Bewertung der erforderlichen Eintrittswahrscheinlichkeit eines Verstoßes gegen die Verbote des § 44 BNatSchG folgen für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen aus § 6 Absatz 1 Nummer 2 BImSchG. Danach ist die Genehmigung für ein Vorhaben zu erteilen, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften – wie die des BNatSchG – der Errichtung und dem Betrieb der zur genehmigten beantragten Anlage nicht entgegenstehen.

Fraglich ist, wie wahrscheinlich ein Verstoß gegen die artenschutzrechtlichen Verbote sein muss, damit aus diesem Grund die Genehmigung der Anlage verwehrt werden kann. Dabei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung. Die ihr vorausgehende Prüfung muss sich am Maßstab praktischer Vernunft ausrichten und zu einer hinreichend genauen Abschätzung der Tötungswahrscheinlichkeit führen.<sup>43</sup> Von der Rechtsprechung wird der gleiche Prognosemaßstab an das „Nichtentgegenstehen“ in § 6 Absatz 1 Nummer 2 BImSchG wie an das Merkmal des „Sicherstellens“ in § 6 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG gestellt.<sup>44</sup> Nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG muss zur Genehmigung sichergestellt sein, dass die Pflichten aus § 5 BImSchG sowie auf Grundlage von § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnungen erfüllt werden. Aus der einheitlichen Auslegung dieser Begriffe ergibt sich, dass auch für das „Nichtentgegenstehen“ die Auslegung dahingehend gilt, dass eine *hohe Wahrscheinlichkeit* bestehen muss, dass ein artenschutzrechtlicher Verstoß durch die zu genehmigende Anlage nicht stattfinden wird.<sup>45</sup> In der Literatur wurde dieses Erfordernis dahingehend ausgelegt, dass kein „vernünftiger Zweifel“ am Nichteintritt bestehen darf.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> BT-Drs. 18/11939, S. 17.

<sup>43</sup> VG Arnsberg, Urteil vom 20. Februar 2018 – 4 K 1411/16 –, juris-Rn. 62; siehe auch BVerwG, Urteil vom 12. August 2009 – 9 A 64/07 –, juris-Rn. 37.

<sup>44</sup> VG Aachen, Beschluss vom 2. September 2016 – 6 L 38/16 –, juris-Rn. 145.

<sup>45</sup> VG Aachen, Beschluss vom 2. September 2016 – 6 L 38/16 –, juris-Rn. 147.

<sup>46</sup> Jarass, in: *ders.*, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 6 Rn. 11.

Somit ist eine absolute Sicherheit in Bezug auf den Ausschluss artenschutzrechtlich relevanter Beeinträchtigungen nicht erforderlich.<sup>47</sup>

4. „Einschätzungsprärogative“ unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das BVerwG hat bis vor Kurzem den naturschutzfachlichen Behörden eine Einschätzungsprärogative bei der Feststellung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos eingeräumt.<sup>48</sup> Diese ist nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Zum daraus verbleibenden gerichtlichen Prüfungsumfang hat das BVerwG ausgeführt:

*„Die in diesem Rahmen getroffenen, auf fachgutachterliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen gerichtlicher Prüfung nur dahin, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen“<sup>49</sup>*

Begründet wurde diese Einschränkung der gerichtlichen Überprüfung vom BVerwG mit dem Erkenntnisstand zu den erforderlichen außerrechtlichen Einschätzungen.

*„Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Genehmigungsbehörde für die Prüfung dieses Verbotstatbestandes eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuerkannt werden muss, weil die behördliche Beurteilung sich auf außerrechtliche Fragestellungen richtet, für die weithin allgemein anerkannte fachwissenschaftliche Maßstäbe und standardisierte Erfassungsmethoden fehlen. Wenn und solange die ökologische Wissenschaft sich insoweit nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist, fehlt es den Gerichten an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, eine naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständig beratenden Zulassungsbehörde als „falsch“ und „nichtrechtens“ zu beanstanden.“<sup>50</sup>*

---

<sup>47</sup> Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft – Vögel – Artenschutz, 2018, S. 44.

<sup>48</sup> Siehe nur BVerwG, Beschluss vom 8. März 2018 – 9 B 25/17 –, juris-Rn. 12.

<sup>49</sup> BVerwG, Beschluss vom 8. März 2018 – 9 B 25/17 –, juris-Rn. 12, m.w.N.

<sup>50</sup> BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40/11 –, juris-Rn. 14.

Dieser Rechtsprechung ist durch das BVerfG widersprochen worden und sie ist dementsprechend vom BVerwG aufgegeben worden.<sup>51</sup> Nach Auffassung des BVerfG findet die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ihre Grenzen bei fehlenden normativen Konkretisierungen dort, wo „in Fachkreisen und Wissenschaft bislang keine allgemeine Meinung über die fachlichen Zusammenhänge und die im Einzelfall anzuwendenden Ermittlungsmethoden besteht“<sup>52</sup>. Diese Grenzen der gerichtlichen Überprüfbarkeit der behördlichen Entscheidung ergebe sich jedoch nicht aus dem Vorliegen einer behördlichen Einschätzungsprärogative, sondern rühre daher, dass sich die naturschutzfachliche Richtigkeit des Ergebnisses der behördlichen Entscheidung objektiv nicht abschließend beurteilen lasse.<sup>53</sup> Das BVerfG führt weiter aus:

*„Nach Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie ist jedoch über die im Rahmen bestehender Erkenntnis mögliche Überprüfung der Vertretbarkeit der behördlichen Annahmen hinaus keine weitere, von der behördlichen Entscheidung unabhängige, eigenständige Einschätzung durch das Gericht geboten. Vielmehr kann das Gericht seiner Entscheidung insoweit die – auch aus seiner Sicht plausible – Einschätzung der Behörde zugrunde legen.“<sup>54</sup>*

Darüber hinaus stellte das BVerfG fest, dass sich verfassungsrechtliche Zweifel in Bezug auf den Wesentlichkeitsgrundsatz ergeben.<sup>55</sup>

*„In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber der Rechtsanwendung nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, das weder Verwaltung noch Gerichte selbst auszufüllen vermögen (vgl. Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 [248]). Der Gesetzgeber mag, je nach Grundrechtsbetroffenheit, kurzfristig darauf vertrauen können, dass sich fachliche Wissenslücken durch Erkenntnisfortschritte in Fachkreisen und Wissenschaft schließen. Längerfristig dürfte der Gesetzgeber dem jedoch nicht tatenlos zusehen, weil er sich so seiner inhaltlichen Entscheidungsverantwortung entzieht, privatem*

---

<sup>51</sup> BVerwG, Urteil vom 4. Juni 2020 – 7 A 1/18 –, juris-Rn. 70; Bick/Wulfert, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, in: NuR 2020, S. 250 (251 f.).

<sup>52</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 u. 1 BvR 595/14 –, juris-Rn. 17.

<sup>53</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 u. 1 BvR 595/14 –, juris-Rn. 17 und 23.

<sup>54</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 u. 1 BvR 595/14 –, juris-Rn. 21.

<sup>55</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 u. 1 BvR 595/14 –, juris-Rn. 24.

*Fachwissen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen eröffnet und eine einheitliche Rechtsanwendung nicht gewährleistet ist. Der Gesetzgeber muss dann, sofern die fachlichen Zusammenhänge weiter ungeklärt sind, für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung beispielsweise durch Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden sorgen oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben.“<sup>56</sup>*

In den Fällen, in denen keine allgemein anerkannte fachliche Meinung existiert, soll nach Auffassung des BVerfG durch die Gerichte kontrolliert werden, „ob die von der Behörde verwendeten fachlichen Maßstäbe und Methoden vertretbar sind und die Behörde insofern im Ergebnis zu einer plausiblen Einschätzung der fachlichen Tatbestandsmerkmale einer Norm gelangt ist.“<sup>57</sup> Sollte der Vortrag beider Seiten im Verfahren vertretbar sein, ist eine eindeutige Entscheidung nach Auffassung des BVerfG nicht möglich:

*„Gelangt das Gericht hingegen zu der Einschätzung, dass Einwände und gegenläufige Gutachten die Vertretbarkeit der von der Behörde verwendeten Methode zwar nicht widerlegen können, aber doch ihrerseits einer vertretbaren Methode folgen, sieht es sich letztlich zwei vertretbaren Positionen gegenüber. Welche von beiden richtig ist und ob überhaupt eine von beiden richtig ist, ist dann mangels eindeutiger fachlicher Erkenntnis objektiv nicht zu ermitteln. Das gilt auch, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass die Gegenpositionen unhaltbar sind. Dann steht zwar konkret nur noch die von der Behörde gewählte Methode zur Debatte, sofern sich das Gericht von deren Vertretbarkeit überzeugt hat. Angesichts der objektiv unzureichenden Erkenntnislage lässt sich aber auch in dieser Situation nicht mit Gewissheit sagen, dass diese Methode richtig ist und zu richtigen fachlichen Beurteilungen führt. Das VG ist dann zur weitergehenden Prüfung der Richtigkeit der behördlichen Einschätzung nicht in der Lage und muss sich insoweit auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken. Nach allgemeinen Grundsätzen bleibt aber auch dann noch verwaltungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen, ob der Behörde bei der Ermittlung und der Anwendung der von ihr aus dem Spektrum des Vertretbaren gewählten fachlichen Methode Verfahrensfehler*

---

<sup>56</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 u. 1 BvR 595/14 –, juris-Rn. 24.

<sup>57</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 u. 1 BvR 595/14 –, juris-Rn. 28 m.w.N.

*unterlaufen, ob sie anzuwendendes Recht verkennt, von einem im Übrigen unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgeht, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt [m.w.N.].“<sup>58</sup>*

## 5. Bedeutung des Helgoländer Papiers und weiterer fachlicher Vorgaben

Die oben zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt die Schwierigkeiten in der Anwendung des Signifikanzansatzes in der Praxis auf, soweit in Fachkreisen Uneinigkeit in der Methode zur Feststellung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos besteht. Oftmals spielen deswegen naturschutzfachliche Beiträge eine wichtige Rolle in der Beurteilung des durch ein Vorhaben verursachten Tötungsrisikos. Vielfach werden dabei die in der Folge besprochenen Fachbeiträge von den Gerichten berücksichtigt.

Das sog. Helgoländer Papier<sup>59</sup> ist eine von der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW) verantwortete Publikation, die artspezifische Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen enthält. Die LAG VSW empfiehlt die Anwendung der im Helgoländer Papier enthaltenen Abstände und Prüfbereiche als Beurteilungsmaßstab, sowohl in der Raumplanung, als auch in der vorhabenbezogenen Einzelfallprüfung enthält jedoch selbst auch eine „Länderöffnungsklausel“ für landesspezifische Regelungen.<sup>60</sup> Ziel ist dabei auch, die artenschutzrechtliche Prüfung, insbesondere zum Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos, zu vereinfachen und letztendlich konfliktarme Standorte für Windenergieanlagen zu identifizieren.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14 –, juris-Rn. 29 f.

<sup>59</sup> *Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten*, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015), in: *Berichte zum Vogelschutz* 51 (2014), S. 15.

<sup>60</sup> *Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten*, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015), in: *Berichte zum Vogelschutz* 51 (2014), S. 15, 16.

<sup>61</sup> *Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten*, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015), in: *Berichte zum Vogelschutz* 51 (2014), S. 15, 17.

Dabei entfalten die Abstandsempfehlungen des Helgoländer Papiers grundsätzlich keine rechtliche Bindungswirkung in der behördlichen Genehmigungsentscheidung.<sup>62</sup> Jedoch stellt das Helgoländer Papier einen derart gewichtigen naturschutzfachlichen Beitrag dar, dass aus rechtswissenschaftlicher Sicht die darin entstandenen Abstandsempfehlungen wohl rechtssicher von der genehmigenden Behörde nicht völlig außer Acht gelassen werden können.<sup>63</sup> Jüngst entschied der VGH Kassel, dass das Helgoländer Papier auch momentan (noch) anzuwenden ist und den aktuellen Stand der Wissenschaft darstellt. In dieser Eilentscheidung ließ der VGH Kassel gleichzeitig den in Hessen geltenden Leitfaden „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen in Hessen“ hinter das Helgoländer Papier zurücktreten, da dieser nicht die beste wissenschaftliche Erkenntnis darstelle.<sup>64</sup> Vorhersehbarkeit im Sinne rechtlicher Verlässlichkeit für Vorhabenträger und Genehmigungsbehörden scheint somit durch steigende Anzahl an verfügbaren fachlichen Unterlagen im Bereich des Verhältnisses von Windenergienutzung und Artenschutz sogar abzunehmen.

So ist etwa die PROGRESS-Studie,<sup>65</sup> die 2016 abgeschlossen wurde, regelmäßig in der Rechtsprechung angesprochen worden, ohne, dass ihr dabei ein größerer Geltungsanspruch eingeräumt wurde, als anderen Fachbeiträgen. Das OVG Rheinland-Pfalz hat beispielhaft entschieden, dass der Studie „nach derzeitigem wissenschaftlichen Erkenntnisstand kein anerkannt höherer fachlicher Wert zu[kommt] als z.B. dem ‚Naturschutzfachlichen Rahmen für den Ausbau der Windenergie in Rheinland-Pfalz‘ (...). Deshalb bestand allein wegen der zwischenzeitlichen Veröffentlichung der Progress-Studie für den Antragsgegner (...) keine Veranlassung zur Einholung eines neuen bzw. auf der Grundlage der Empfehlungen der Progress-Studie überarbeiteten Gutachtens.“<sup>66</sup>

Fraglich ist, wie die gerichtliche Bewertung des in der Umweltministerkonferenz zuletzt abgestimmten „Standardisierten Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des

---

<sup>62</sup> FA Wind (Hrsg.), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, 2015, S. 31; Brandt, Das Helgoländer Papier – grundsätzliche wissenschaftliche Anforderungen, Studie im Auftrag des Fördervereins der Koordinierungsstelle Windenergierecht e.V. (k:wer), 2016, S. 45.

<sup>63</sup> FA Wind (Hrsg.), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, 2015, S. 31.

<sup>64</sup> VGH Kassel, Beschluss vom 14. Januar 2021 – 9 B 2223/20; dass dem Gericht hier eine streitbare Vermischung von Arten- und Habitatschutzrecht vorzuwerfen ist, ist an dieser Stelle nicht relevant.

<sup>65</sup> Grünkorn/Blew/Coppack u.a., Ermittlung der Kollisionsraten von (Greif-)Vögeln und Schaffung planungsbezogener Grundlagen für die Prognose und Bewertung des Kollisionsrisikos durch Windenergieanlagen (PROGRESS), 2016.

<sup>66</sup> OVG Koblenz, Beschluss vom 25. Juli 2017 – 8 B 10987/17 – juris-Rn. 30.

Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen (Stand: 11.12.2020)“ erfolgen wird. Dieser Beitrag wurde von der ad-hoc Bund-/Länder-Arbeitsgruppe der Amtschefinnen und Amtschefs des Umweltressorts des Bundes und der Länder unter Einbindung verschiedener Stakeholder wie der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung (LANA), des Kompetenzzentrums Naturschutz und Energiewende (KNE) und der Fachagentur Wind an Land vorgelegt.<sup>67</sup> Dabei streben die Länder an, bis Herbst 2022 die bisherigen landesspezifischen Regeln an das Signifikanzpapier anzupassen.<sup>68</sup> Damit könnte es durch das Signifikanzpapier tatsächlich zu einer Vereinheitlichung der Maßstäbe der Signifikanzprüfung kommen, insbesondere eine Festlegung auf die darin enthaltenen Mindeststandards für die Signifikanzprüfung und -bewertung wie etwa die artspezifischen Regelabstände.<sup>69</sup> Zu erwarten wäre, dass eine solche bundesweite Abstimmung von Mindestabständen diesen in der Beurteilung des methodischen Vorgehens ein erhebliches Gewicht einräumt. Dass dadurch jedoch das Problem der untergesetzlichen Maßstabssetzung gelöst wäre, ist aktuell nicht zu erwarten. Die Länder haben sich verpflichtet, von der Öffnungsklausel der „Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten mit besonderer Planungsrelevanz“, die Teil des Signifikanzrahmens ist, nur restriktiv Gebrauch zu machen.<sup>70</sup> Da sie jedoch im Signifikanzrahmen enthalten ist,<sup>71</sup> ist davon auszugehen, dass jedenfalls in Einzelfällen doch Abweichungen auftreten werden. Dabei erlaubt die Öffnungsklausel eine Erweiterung der Liste der betroffenen Arten, die Aufnahme ergänzender Prüfkategorien und Kriterien, erweiterte Regelabstände und die Festlegung besonderer Schutzzonen. Ganz abgesehen davon adressiert das Papier in keiner Weise die weiterhin nicht gelöste Problematik der unklaren Voraussetzungen für die Erfassung der avifaunistisch relevant Sachlage sowie die weiterhin dem Beurteilungsspielraum der Genehmigungs- bzw. Naturschutzbehörden unterliegenden Bewertungsmaßstab im Einzelfall. Gerade hier liegt jedoch das administrative Schwergewicht.

---

<sup>67</sup> Beschluss der Sonder-Umweltministerkonferenz am 11. Dezember 2020 per Videokonferenz, Rn. 2.

<sup>68</sup> Beschluss der Sonder-Umweltministerkonferenz am 11. Dezember 2020 per Videokonferenz, Rn. 6.

<sup>69</sup> Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen (Stand 11. Dezember 2020) – beschlossen von der UMK am 11. Dezember 2020, Tabelle 1 (S. 5).

<sup>70</sup> Beschluss der Sonder-Umweltministerkonferenz am 11. Dezember 2020 per Videokonferenz, Rn. 3.

<sup>71</sup> Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land – Signifikanzrahmen (Stand 11. Dezember 2020) – beschlossen von der UMK am 11. Dezember 2020, Tabellenzusatz (S. 6).

Es ist auch nicht ersichtlich, dass andere fachliche Vorgaben sich zur Bewertung des Tötungsrisikos für Individuen der geschützten Vogelarten an Windenergieanlagen abschließend durchgesetzt hätten.

## 6. Einordnung der Windenergieerlasse und Leitfäden der Bundesländer

Die Bundesländer haben teilweise Leitfäden und Erlasse dahingehend erlassen, wie die artenschutzrechtliche Prüfung für Windenergieanlagen durchzuführen ist.<sup>72</sup> Darüber hinaus können diese Dokumente aber auch Aussagen zur Planungsebene, zu den Ausbauzielen, zu naturschutzfachlichen Aspekten, zu örtlichen Wertschöpfung, und Akzeptanzförderung enthalten und adressieren damit auch andere relevante Themenbereiche.<sup>73</sup> Somit beeinflussen sie die Umsetzung des Ausbaus des angestrebten Ausbaus der Windenergie an Land.<sup>74</sup> Im Unterschied zum Helgoländer Papier können diese länderspezifischen Vorgaben Bindungswirkung gegenüber Genehmigungsbehörden entfalten.<sup>75</sup> Die Rechtsprechung ist hierzu jedoch nicht eindeutig – die Einordnung reicht von einem „‘antizipierte[n] Sachverständigengutachten von hoher Qualität‘ (...) von dessen im Regelfall zu beachtenden Erfordernissen nicht ohne fachlichen Grund und ohne gleichwertigen Ersatz“<sup>76</sup> abgewichen werden darf über einen Leitfaden, der „grundsätzlich als maßgebliche Erkenntnisquelle für die Anforderungen an den Arten- und Habitatschutz bei der Genehmigung von Windenergieanlagen“<sup>77</sup> zugrunde zu legen ist. Das OVG Lüneburg geht dagegen von einer Selbstbindung der Verwaltung durch den entsprechenden Windenergieerlass in Niedersachsen aus.<sup>78</sup> In jedem Fall haben die Windenergieerlasse und Leitfäden keinen Gesetzesrang.<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> Eine fortlaufend aktualisierte Übersicht über die entsprechenden Verwaltungsvorschriften und Empfehlungen der Ländern wird von der Fachagentur Wind veröffentlicht: [https://www.fachagentur-windenergie.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) (zuletzt abgerufen am 12.01.2021).

<sup>73</sup> *Schwarzenberger/Ruß*, Die Windenergieerlasse der Länder – Überblick und neue Entwicklungen, in: ZUR 2016, S. 278, 279 f.

<sup>74</sup> *Schwarzenberger/Ruß*, Die Windenergieerlasse der Länder – Überblick und neue Entwicklungen, in: ZUR 2016, S. 278, 279.

<sup>75</sup> *Schwarzenberger/Ruß*, Die Windenergieerlasse der Länder – Überblick und neue Entwicklungen, in: ZUR 2016, S. 278, 279 f.; KNE (Hrsg.), Die Ausnahme im besonderen Artenschutzrecht, 2019, S. 14.

<sup>76</sup> VGH München, Beschluss vom 4. März 2019 – 22 CS 18.2310 –, juris-Rn. 17.

<sup>77</sup> OVG Münster, Beschluss vom 6. August 2019 – 8 B 409/18 –, juris-Rn. 34.

<sup>78</sup> OVG Lüneburg, Beschluss vom 28. Juni 2019 – 12 ME 57/19 –, juris-Rn. 29.

<sup>79</sup> VGH Kassel, Beschluss vom 14. Januar 2021 – 9 B 2223/20 –, juris-Rn. 15.

Auswertungen der Windenergieerlasse weisen darauf hin, dass die Länder überwiegend die Zulassung von Windenergieanlagen als Ausnahme vom Tötungsverbot aus § 44 BNatSchG erlauben<sup>80</sup> und sich dabei auf den Ausnahmegrund des § 45 Absatz 7 Satz 1 Nummer 5 BNatSchG stützen<sup>81</sup> – dessen Europarechtskonformität aber wiederholt angezweifelt wird.<sup>82</sup>

#### 7. Zulassung von Ausnahmen im Einzelfall nach § 45 Absatz 7 Satz 1 BNatSchG

Wird das durch das entsprechende Vorhaben (zum Beispiel die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage) geschaffene Tötungsrisiko für Vogelarten als signifikant erhöht eingeordnet, greift das Verbot des § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG. Es verbleibt in den Fällen, in denen ein Verstoß gegen die Zugriffsverbote des § 44 BNatSchG festgestellt wurde, die Möglichkeit der Zulassung einer Ausnahme durch die zuständige Behörde, gemäß § 45 Absatz 7 Satz 1 BNatSchG.

Voraussetzungen für die Zulassung einer Ausnahme ist das Vorliegen eines Ausnahmegrundes, ein Mangel an zumutbaren Alternativen und das Ausbleiben einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art.<sup>83</sup> Die Ausnahme soll dabei dann erteilt werden, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, im Sinne eines intendierten Ermessens.<sup>84</sup>

##### a) Ausnahmegrund

Die zulässigen Ausnahmegründe sind in den Ziffern 1 bis 5 des Absatzes 7 BNatSchG abschließend geregelt. Für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen kommen die in den Nummern 4 und 5 aufgeführten Ausnahmegründe in Betracht.

Danach sind Ausnahmen zulässig

*„(...) 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*

---

<sup>80</sup> KNE (Hrsg.), Die Ausnahme im besonderen Artenschutzrecht, 2019, S. 14.

<sup>81</sup> KNE (Hrsg.), Die Ausnahme im besonderen Artenschutzrecht, 2019, S. 7.

<sup>82</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter C. II. 7.

<sup>83</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen einer Ausnahme für Windenergieanlagen: *Ruß*, Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Absatz 7 BNatSchG auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises?, in: NuR 2016, S. 591.

<sup>84</sup> Siehe *Lau*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Auflage 2016, § 45 BNatSchG, Rn. 13; *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Auflage 2017, § 45 BNatSchG, Rn. 22; aus der Rechtsprechung OVG Koblenz, Urteil vom 6.11.2019 – 8 C 10240/18 –, juris-Rn. 280; a.A. *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 93. EL August 2020, § 45 BNatSchG Rn. 33 mit Verweis auf weitere Stimmen aus der Literatur.

5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.“ (§ 44 Absatz 7 Satz 1 BNatSchG)

Der Zulassung einer Ausnahme für Windenergieanlagen aufgrund „maßgeblich günstiger Auswirkungen auf die Umwelt“ steht nach überwiegender Auffassung die restriktive Auslegung dieses Ausnahmegrunds entgegen.<sup>85</sup> Zwar hat der Ausbau erneuerbarer Energien insbesondere auf das Klima als Umweltmedium eine günstige Auswirkung, der Ausnahmegrund soll jedoch gerade nicht alle grundsätzlich ökologisch sinnvollen Vorhaben privilegieren, sondern nur solche, die unmittelbar und kausal zu einer Verbesserung der Umwelt beitragen.<sup>86</sup>

Die Umweltministerkonferenz<sup>87</sup> und Stimmen aus der Literatur<sup>88</sup> gehen von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der gesetzlichen Ausnahmetatbestände auf die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen aus. Auch wurden in der Rechtsprechung die Genehmigungen von Ausnahmen für Windenergieanlagen bestätigt<sup>89</sup>. In Teilen der Rechtsprechung und der Literatur wird die Anwendbarkeit der § 45 Absatz 7 Satz 1 Nummern 4 und 5 BNatSchG auf die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen jedoch weiterhin, unabhängig von den Gegebenheiten des Einzelfalls, abgelehnt<sup>90</sup>. Auch werden unterschiedliche Standpunkte dazu vertreten, ob der Ausnahmegrund des § 45 Absatz 7 Nummer 5 BNatSchG (zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses) mit Artikel 9 VRL vereinbar ist<sup>91</sup>.

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer diesbezüglich eindeutigen Regelung, um den Ausbau von Windenergieanlagen an geeigneten Standorten zu fördern und eine dahingehende Auslegung des europäischen und nationalen Artenschutzrechts gesetzlich abzusichern. Insbesondere

---

<sup>85</sup> Für ein weiteres Verständnis plädiert *Sailer*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020, S. 8 f.

<sup>86</sup> Ebenfalls kritisch *Ruß*, Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Absatz 7 BNatSchG auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises?, in: NuR 2016, S. 591 (592).

<sup>87</sup> Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Absatz 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (13. Mai 2020) – beschlossen von der UMK am 15. Mai 2020, S. 3 ff.

<sup>88</sup> *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, in: ZUR 2020, S. 584, 592 f.; *Sailer*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020..

<sup>89</sup> Zuletzt etwa VGH Kassel, Beschluss vom 6. Januar 2020, 9 B 1876/18, juris-Rn. 29.

<sup>90</sup> Zur mangelnden Anwendbarkeit des § 45 Absatz 7 Satz 1 Nummer 4 auf europäische Vogelarten aktuell: VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris-Rn. 105 ff; aus der Literatur maßgeblich: *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage 2019, Rn. 297.

<sup>91</sup> Vgl. dazu die Ausführungen C. II 7 c).

sollte ein zukünftiges Sondertechnologierecht sich in Bezug auf die Anknüpfung an einen Ausnahmegrund festlegen. Vertretbar mit den europarechtlichen Vorgaben wäre dabei sowohl eine Anknüpfung an den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit als auch den Ausnahmegrund aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses.<sup>92</sup>

#### b) Keine zumutbare Alternative

Die Ausnahme darf nur dann erteilt werden, wenn keine zumutbare Alternative zum beantragten Vorhaben besteht. Während ein Verweis auf die Nichtumsetzung des Vorhabens („Nullvariante“) keine zumutbare Alternative darstellt sind insbesondere alternative Standorte in Betracht zu ziehen, bei denen die Beeinträchtigung geschützter Arten geringer ausfällt.<sup>93</sup> Jedoch kann eine schonendere Ausführungsalternative schon darin liegen, dass beispielsweise Abschaltzeiten vereinbart werden.<sup>94</sup> Der Wortlaut „zumutbare Alternative“ begrenzt den Verweis auf Alternativen dahingehend, dass die Vermeidung der Beeinträchtigung von geschützten Arten den Vorhabenträger nicht unverhältnismäßig belasten darf. Dadurch wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in die Alternativenprüfung integriert.<sup>95</sup> Insbesondere kann ein alternativer Standort deswegen nicht zumutbar sein, weil die Fläche für die Windenergie nicht nutzbar ist oder für den Vorhabenträger derart unwirtschaftlich sind, dass die finanziellen Opfer außer Verhältnis zum Gewinn für die Natur stehen.<sup>96</sup>

#### c) Erhaltungszustand

§ 45 Absatz 7 Satz 2 schreibt darüber hinaus vor, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art durch eine Ausnahme nicht verschlechtern darf.<sup>97</sup> Nach der Rechtsprechung ist dabei auf den Erhaltungszustand der Population abzustellen, als deren Teil der lokale Bestand erscheint.<sup>98</sup> An dieser Stelle tritt der besondere Artenschutz einen Schritt vom strengen Individu-

---

<sup>92</sup> Vgl dazu unten D. III.

<sup>93</sup> *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 21 vom 08.04.2016, S. 17; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 93. EL August 2020, § 45 BNatSchG, Rn. 29.

<sup>94</sup> *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 21 vom 08.04.2016, S. 15.

<sup>95</sup> *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 93. EL August 2020, § 45 BNatSchG, Rn. 29.

<sup>96</sup> *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 93. EL August 2020, § 45 BNatSchG, Rn. 29.

<sup>97</sup> Für in Anhang IV der FFH-RL geschützten Arten gilt darüber hinaus der Artikel 16 Absatz 1 FFH-RL.

<sup>98</sup> BVerwG, Beschluss vom 17. 4. 2010 – 9 B 5/10 –, juris-Rn. 10.

enbezug zurück und nimmt den größeren Zusammenhang, die Population, in den Blick. Die Beurteilung des Erhaltungszustands erfolgt nach bisheriger Rechtsprechung durch die mit der Genehmigung befasste Behörde.<sup>99</sup>

#### 8. Zulassung von Ausnahmen durch Verordnung, § 45 Absatz 7 Satz 4 BNatSchG

§ 45 Absatz 7 Satz 4 und 5 BNatSchG erlauben auch die Regelung einer Ausnahme durch Verordnung, die entweder von der Landesregierung oder einer Landesbehörde erlassen werden kann. Mehrere Bundesländer haben von dieser Ermächtigung in Bezug auf den Kormoran Gebrauch gemacht.<sup>100</sup> Der Erlass von Ausnahmereordnungen zum Kormoran wird dabei auch von der Europäischen Kommission nicht nur – bei Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben – für europarechtlich zulässig gehalten,<sup>101</sup> sondern wurde auch vom EuGH grundsätzlich in vergleichbaren Ausgangssituationen nicht beanstandet.<sup>102</sup> So wurde in Bezug auf die maltesische Regelung der Finkenjagd durch gesetzliche Mitteilung in der Rechtssache C-557/15 etwa vom EuGH unter anderem beanstandet, dass die Gewähr der Ausnahme durch gesetzliche Mitteilung keine Angaben zum Fehlen einer anderen zufriedenstellenden Lösung enthielt – nicht jedoch, dass die Republik Malta die Ausnahmeentscheidung durch gesetzliche Mitteilung vorgenommen hatte.<sup>103</sup>

### D. Möglichkeiten zum Abbau artenschutzrechtlicher Hürden

Der folgende Abschnitt widmet sich den erwogenen Möglichkeiten, Konflikte zwischen dem Ausbau der Windenergie an Land und den Belangen des Artenschutzes im Rahmen des europäischen Artenschutzrechts auf Ebene des nationalen Rechts aufzulösen.

#### I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Sondertechnologierechts für Windenergie auf Bundesebene

---

<sup>99</sup> BVerwG, Beschluss vom 13. März 2008 – 9 VR 10/07 –, juris-Rn. 45 ff.

<sup>100</sup> Siehe zum Beispiel die Artenschutzrechtliche Ausnahmereordnung vom 3. Juni 2008 (GVBl. S. 327, BayRS 791-1-11-U), zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung vom 23. Mai 2017 (GVBl. S. 184), § 1 [Bayern]; Brandenburgische Kormoranverordnung vom 27. September 2013 (GVBl.II/13, [Nr. 72]) geändert durch Artikel 2 Absatz 24 des Gesetzes vom 25. Januar 2016 (GVBl.II/16, [Nr. 5]); Kormoranverordnung Nordrhein-Westfalen vom 12. Juni 2018 (GV. NRW. S. 292, ber. 2019 S. 36).

<sup>101</sup> *Europäische Kommission*, Great cormorant – Applying derogations under Article 9 of the Birds Directive 2009/147/EC, 2013, S. 15.

<sup>102</sup> *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, in: ZUR 2020, S. 584, 592 m.w.N. aus der europäischen Rechtsprechung.

<sup>103</sup> EuGH, Urteil vom 21. Juni 2018, Rs. C-557/15, *Kommission/Malta*, ECLI:EU:C:2018:477, Rn. 49 ff.

Grundsätzlich ist festzustellen, dass der Bundesgesetzgeber befugt ist, durch Gesetz das legitime Ziel des Ausbaus der Windenergie an Land rechtlich abzusichern und den Ausbau damit weiter zu fördern. Das Verfassungsrecht und insbesondere Artikel 3 Grundgesetz (GG) stehen einer entsprechenden Gesetzgebung nicht entgegen. Für die Ausgestaltung des Artenschutzrechts besitzt der Bund die Gesetzgebungskompetenz, die abweichende Regelungen der Länder nur zulässt, soweit der Bundesgesetzgeber nicht von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat (Artikel 72 Absatz 3 Nummer 2 GG).<sup>104</sup> Hier hat der Bund diese Kompetenz bereits ausgeübt und es besteht in der Folge keine Möglichkeit der Abweichung durch den Landesgesetzgeber.

Der Gleichheitssatz des Artikel 3 ist bei gesetzgeberischen Vorhaben dann besonders zu berücksichtigen, wenn Einzelne als Personen betroffen sind.<sup>105</sup> Er öffnet sich weiter für gesetzgeberische Gestaltung, soweit Lebensverhältnisse geordnet werden, die allgemeiner Regelung zugänglich sind.<sup>106</sup> Folge des hier vorgeschlagenen Vorhabens wäre eine gesetzlich angeordnete Differenzierung zwischen der Errichtung und der Inbetriebnahme von Windenergieanlagen und anderen Vorhaben, die artenschutzrechtliche Relevanz besitzen. Eine solche Differenzierung wirkt sich nicht nachteilig auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten aus. Insbesondere, da Windenergieprojekte in der artenschutzrechtlichen Zulassungsfrage nicht gegenüber anderen Vorhaben privilegiert werden. Eine Ausnahmezulassung sonstiger Vorhaben bleibt ebenfalls möglich. Die vorgeschlagene gesetzliche Differenzierung könnte Artikel 3 Absatz 1 GG deswegen nur dann verletzen, wenn sich für sie kein vernünftiger bzw. einleuchtender Grund anführen ließe.<sup>107</sup> Hier liegt ein vernünftiger und einleuchtender Grund im legitimen Ziel, den Ausbau der Windenergie durch den Abbau von Genehmigungshindernissen weiter zu fördern, um so einen wichtigen Betrag zum Klimaschutz bei gleichzeitiger Sicherung der Stromversorgung zu liefern.

## II. Potenzial der (Rück)Übernahme des Absichtsbegriffs in den nationalen Regelungsrahmen

Der nationale Gesetzgeber hat sich entschieden, den subjektiven Tatbestand aus dem Tötungsverbot in § 44 Absatz 1 BNatSchG zu streichen. Daraus ergibt sich die Frage, ob eine Rücküber-

---

<sup>104</sup> *Brandt*, Gutachtliche Stellungnahme zu ausgewählten Fragestellungen im Zusammenhang mit der geplanten Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes im Auftrag des Fördervereins der Koordinierungsstelle Windenergie-recht (k:wer) e.V., März 2017, S. 21.

<sup>105</sup> BVerfG 118, 79 (Rn. 80 ff.).

<sup>106</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Januar 2004 – 4 A 32.02 –, juris-Rn. 21.

<sup>107</sup> Vgl. erneut BVerwG, Urteil vom 22. Januar 2004 – 4 A 32.02 –, juris-Rn. 21.

nahme des Absichtsbegriffs den Konflikt zwischen dem Ausbau der Windenergie und dem Artenschutz auflösen könnte. Dies wäre dann der Fall, wenn Tötungen von Individuen bei Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen nicht den subjektiven Tatbestand erfüllen würden. In der Folge würde das Tötungsverbot in diesen Fällen schon keine Anwendung finden und eine entsprechend strengere Umsetzung des nationalen Gesetzgebers wäre europarechtlich nicht geboten. Durch eine Rückübernahme des Absichtsbegriffs könnte dann auch im nationalen Regelungsrahmen der Anwendungsbereich des Tötungsverbots eingeschränkt werden. Jedoch finden sich in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH für eine solche Auslegung wenig Anhaltspunkte, die diese Erwägungen stützen. Ganz im Gegenteil hat der EuGH in einer aktuellen Entscheidung eine Differenzierung innerhalb der Anwendung des Absichtsbegriffs danach, welcher Zweck mit einer für geschützte Arten tödlichen Handlung verfolgt wird, abgelehnt.<sup>108</sup>

#### 1. Rechtsbegriff der „Absicht“ im europäischen Artenschutzrecht

Das subjektive Tatbestandsmerkmal der Absicht wird im europäischen Artenschutzrecht nicht nur in der Vogelschutzrichtlinie, sondern auch in der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)<sup>109</sup> verwendet. In keiner der Richtlinien wird der Begriff legal definiert, weshalb sich sein Verständnis maßgeblich durch die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere zum Tötungsverbot der FFH-RL entwickelt hat. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass der Absichtsbegriff in der VRL und in der FFH-RL einheitlich zu verstehen ist.<sup>110</sup> Generalanwältin *Kokott* hat eine vollständige Übertragung der Auslegung jüngst allerdings abgelehnt.<sup>111</sup> Der EuGH hat zu dieser Auffassung in seiner jüngsten Entscheidung in diesem Zusammenhang jedoch nicht Stellung genommen.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> EuGH, Urteil vom 4. März 2021 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2021:166, Rn. 53.

<sup>109</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206 S. 7, zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/105/EG des Rates vom 20. November 2006, ABl. L 363, S. 368.

<sup>110</sup> *Frenz/Lau*, in: *Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), *BNatSchG*, 2. Auflage 2016, Vorb. §§ 44-45 *BNatSchG*, Rn. 15.

<sup>111</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 87.

<sup>112</sup> EuGH, Urteil vom 4. März 2021 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2021:166.

a) Der Absichtsbegriff in der FFH-Richtlinie

Die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) verfolgt nach ihren Erwägungsgründen als Hauptziel die Förderung der Erhaltung der biologischen Vielfalt unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und regionalen Anforderungen.<sup>113</sup> Zum einen soll dieses Ziel durch den Aufbau von Schutzgebieten erreicht werden, zum anderen werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein strenges Schutzsystem für gewisse Arten zu schaffen.<sup>114</sup> Die FFH-RL unterscheidet in ihrem Schutzniveau zwischen Tieren und Pflanzen, die von gemeinschaftlichem Interesse und streng zu schützen sind (Anhang IV Buchstaben a und b FFH-RL) sowie Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse, deren Entnahme aus der Natur und Nutzung jedoch Gegenstand von Verwaltungsmaßnahmen sein kann (Anhang V Buchstaben a und b FFH-RL). Andere Tier- und Pflanzenarten sind von der FFH-RL grundsätzlich nicht erfasst.

In Bezug auf die unter besonderem Schutz stehenden Tiere und Pflanzen aus Anhang IV Buchstaben a und b sind die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 12 und 13 FFH-RL verpflichtet, ein strenges Schutzsystem einzuführen, das in Bezug auf Tiere insbesondere folgende Handlungen 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.“ (Artikel 12 Absatz 1 FFH-Richtlinie)*

---

<sup>113</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206 S. 7, zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/105/EG des Rates vom 20. November 2006, ABl. L 363, S. 368, Erwägungsgrund 3.

<sup>114</sup> Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Endgültige Fassung, Februar 2007, S. 4.

Dabei muss das von den Mitgliedstaaten eingeführte Schutzsystem Vorkehrungen treffen, um das Auftreten der oben genannten verbotenen Handlungen *tatsächlich* zu verhindern. Ein vollständiger gesetzlicher Rahmen allein ist dafür nicht ausreichend, stattdessen sind die Mitgliedstaaten darüber hinaus verpflichtet, konkrete Maßnahmen durchzuführen.<sup>115</sup>

Durch das Verbot der *absichtlichen* Tötung in Artikel 12 Absatz 1 FFH-RL hat der europäische Gesetzgeber ein subjektives Tatbestandsmerkmal in das Tötungsverbot integriert, dieses jedoch nicht legal definiert. Der Rechtsbegriff der Absicht im Sinne des Artikel 12 Absatz 1 FFH-RL ist daher maßgeblich durch die Rechtsprechung des EuGH definiert worden.

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a die absichtliche Tötung von geschützten Arten verbietet und sich „absichtlich“ demnach sowohl auf das Fangen als auch das Töten von Exemplaren bezieht.<sup>116</sup> Im „Caretta I“-Urteil des EuGH vom 30. Januar 2002<sup>117</sup> definierte der EuGH zwar den Absichtsbegriff noch nicht, ordnete jedoch solches Handeln Einzelner als absichtliche Störung im Sinne des Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b FFH-RL ein, das sich über klare anderslautende Verbote und entsprechende Beschilderung hinwegsetzte.<sup>118</sup> Das Urteil war die erste Entscheidung des Gerichtshofs über die Anwendung und den Geltungsbereich des Artikel 12 FFH-RL in Bezug auf eine bestimmte Art.<sup>119</sup>

In seiner „Fuchsjagd“-Entscheidung, hat der EuGH an diese Auslegung angeknüpft und den Absichtsbegriff in Bezug auf das Fang- und Tötungsverbot definiert. Danach ist das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit verwirklicht, „wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat.“<sup>120</sup> Damit hat der Gerichtshof Abstand von einer Definition des Absichtsbegriffs in Anlehnung an das deutsche Strafrecht genommen, das eine Absicht dann annimmt, wenn der

---

<sup>115</sup> EuGH, Urteil vom 11. Januar 2007, Rs. C-183/05, Kommission/Irland, ECLI:EU:C:2007:14, Rn. 28-30; EuGH, Urteil vom 9. Juni 2011, Rs. C-383/09, Kommission/Frankreich (Feldhamster), ECLI:EU:C:2011:369, Rn. 19-21; EuGH, Urteil vom 15. März 2012, Rs. C-340/10, Kommission/Zypern, ECLI:EU:C:2012:143, Rn. 60-62; EuGH, Urteil vom 10. November 2016, Rs. C-504/14 Kommission/Griechenland (Carretta II), ECLI:EU:C:2016:847, Rn. 140.

<sup>116</sup> EuGH, Urteil vom 18. Mai 2006, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), Rs. C-221/04, EU:C:2006:329, Rn. 69.

<sup>117</sup> EuGH, Urteil vom 30. Januar 2002, Rs. C-103/00, Kommission/Griechenland (Caretta I), ECLI:EU:C:2002:60.

<sup>118</sup> EuGH, Urteil vom 30. Januar 2002, Rs. C-103/00, Kommission/Griechenland (Caretta I), ECLI:EU:C:2002:60, Rn. 32-36.

<sup>119</sup> *Europäische Kommission*, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Endgültige Fassung, Februar 2007, S. 27.

<sup>120</sup> EuGH, Urteil vom 18. Mai 2006, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), Rs. C-221/04, EU:C:2006:329, Rn. 71.

Eintritt des verbotenen Erfolges (hier Fang oder Tötung) gerade Ziel der in Frage stehenden Handlung ist.

Die Definition des Gerichtshofs, die eher dem deutschen Eventualvorsatz gleicht, stimmt mit der Auslegung des Absichtsbegriffs durch die Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen im „Fuchsjagd“-Urteil überein.<sup>121</sup> Eine Auslegung des Absichtsbegriffs nah an den unterschiedlichen Sprachfassungen habe nach Auffassung der Generalanwältin eher zu einer engen Auslegung des Absichtsbegriffs geführt, nah an dem Verständnis des deutschen Strafrechts.<sup>122</sup> Einer solchen engen Auslegung hat die Generalanwältin jedoch neben der bisherigen Auslegung durch den Gerichtshof in „Caretta I“ drei Hauptargumente entgegengebracht:

Zum einen hat sie angeführt, dass die Resolution 1/89 vom 9. Juni 1989 des ständigen Ausschusses zum Übereinkommen von Bern,<sup>123</sup> welches die völkerrechtliche Grundlage der Bestrebungen zu Artenschutz in der EU bildet,<sup>124</sup> ein weiteres Verständnis des Absichtsbegriffs etabliert.<sup>125</sup> Die Resolution führt aus, dass in Bezug auf das Verbot absichtlicher Zerstörung oder Beschädigung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten auch schon solches Handeln absichtlich (in der englischen Sprachfassung „deliberate“) ist, das die Zerstörung oder Beschädigung zwar nicht intendiert, aber in dem Wissen geschieht, dass die Zerstörung oder Beschädigung als Konsequenz des Handelns wahrscheinlich ist.

Außerdem würde eine Beschränkung des Absichtsbegriffs auf „Absicht“ im Sinne des deutschen Strafrechts nach Auffassung der Generalanwältin gegen die Verpflichtung ein „strenges Schutzsystem“ zu etablieren sprechen, weil tatsächlich nur wenige zielgerichtete Verstöße gegen

---

<sup>121</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 54; vgl. auch Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 9. Juni 2005 in der Rs. C-6/04, Kommission/Vereinigtes Königreich, ECLI:EU:C:2005:626, Rn. 118.

<sup>122</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 37 f.

<sup>123</sup> Resolution No. 1 (1989) of the standing committee on the provisions relating to the conservation of habitats (Adopted by the Standing Committee of 9 June 1989), abrufbar unter [https://search.coe.int/bern-convention/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680746be](https://search.coe.int/bern-convention/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680746be) (zuletzt abgerufen am 08.10.2020).

<sup>124</sup> *Europäische Kommission*, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Endgültige Fassung, Februar 2007, S. 7 f.; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 88. EL September 2018, Vor §§ 37-55 BNatSchG, Rn. 6.

<sup>125</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 39.

die Verbote, wie etwa Jagd und Tierquälerei erfasst würden.<sup>126</sup> Ein Schutzsystem, das nur so wenige Fälle der Gefährdung und Schädigung geschützter Arten erfasse, könne nicht als „streng“ bezeichnet werden.<sup>127</sup>

Darüber hinaus hat Generalanwältin *Kokott* ein systematisches Argument angeführt. Danach wird das nach Artikel 12 Absatz 1 FFH-RL einzurichtende strenge Schutzsystem durch Artikel 12 Absatz 4 FFH-RL und die Richtlinie über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umwelthaftungs-RL) ergänzt.<sup>128</sup> Nach dieser Richtlinie müssen in Bezug auf geschützte Arten solchen Schädigungen vermieden werden, die erhebliche nachteilige Auswirkungen auf den günstigen Erhaltungszustand dieser Art haben.<sup>129</sup> Die Auslegung des Absichtsbegriffs in Artikel 12 Absatz 1 FFH-RL dürfe nicht zu einer Verdrängung dieser ergänzenden Vorschriften führen.<sup>130</sup> Bei einer Auslegung des Absichtsbegriffs im Sinne eines Eventualvorsatzes sei dies jedoch nicht der Fall: Artikel 12 Absatz 4 der Richtlinie erfasse solche Fälle, in denen die Gefährdung geschützter Arten – z.B. aufgrund fehlenden Wissens um die Gefährdungsmöglichkeit – nicht in Kauf genommen würde.<sup>131</sup> Die Umwelthaftungs-RL erfasse zwar weniger Schädigungen geschützter Arten und setze Auswirkungen auf den Erhaltungszustand voraus, ergänze allerdings die FFH-RL dahingehend, dass auch fahrlässige Handlungen grundsätzlich erfasst seien.<sup>132</sup>

Der Fall betraf die Genehmigung des Aufstellens von Fallen, die dem Fangen von Füchsen dienen sollten. Die Kommission rügte, dass durch die genehmigten Fallen auch Fischotter gefangen werden könnten, die wiederum in Anhang IV der Richtlinie aufgeführt sind und deren Fang und Tötung daher durch die Mitgliedstaaten tatsächlich verhindert werden muss.<sup>133</sup> Soweit die spanischen Behörden trotz Wissens um das Vorkommen von Fischottern in einem bestimmten Gebiet die Genehmigung zur Aufstellung von Fallen erteilt hätten, hätte darin ein Verstoß gegen die

---

<sup>126</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 50.

<sup>127</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 50.

<sup>128</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 40.

<sup>129</sup> Siehe insbesondere Artikel 2 und Artikel 5, Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, ABl. L 143, S. 56.

<sup>130</sup> Umkehrschluss aus Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 51.

<sup>131</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 52.

<sup>132</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der Rs. C-221/04, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), ECLI:EU:C:2005:777, Rn. 53.

<sup>133</sup> EuGH, Urteil vom 18. Mai 2006, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), Rs. C-221/04, EU:C:2006:329, Rn. 64 f.

Verpflichtung aus Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie gelegen.<sup>134</sup> Der Gerichtshof stellte jedoch fest, dass sich die streitige Genehmigung nur auf die Fuchsjagd bezog und nicht nachgewiesen worden ist, dass den genehmigenden Behörden bekannt war, dass durch die Genehmigung möglicherweise Fischotter in Gefahr gebracht würden.<sup>135</sup> Mit dieser Feststellung verneint der EuGH das Vorliegen einer Verletzung der Schutzpflicht aus Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a FFH-RL.<sup>136</sup>

In der Folgeentscheidung zu „Caretta I“, welche ebenso wie die Ausgangsentscheidung den Schutz seltener Meeresschildkröten zum Gegenstand hatte, hat der EuGH diese Definition des Absichtsbegriffs auch auf den Störungstatbestand des Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b FFH-RL angewendet und auf die Inkaufnahme der Störungen durch die einzelnen Verursacher abgestellt.<sup>137</sup> Somit verwendet der EuGH im Rahmen des Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a bis c FFH-RL einen einheitlichen Absichtsbegriff.<sup>138</sup>

Zur Konkretisierung der Erfordernisse der FFH-RL hat die Europäische Kommission im Jahr 2007, nach den EuGH Entscheidungen „Caretta I“ und „Fuchsjagd“ einen Leitfaden zur Umsetzung der FFH-RL veröffentlicht, der jedoch keine rechtliche Bindungswirkung gegenüber dem Europäischen Gerichtshof oder den Mitgliedstaaten entfaltet.<sup>139</sup> Auf Grundlage der bis dahin ergangenen zwei Urteile hat die Europäische Kommission in diesem Leitfaden die folgende Definition des Absichtsbegriffs im Sinne des Artikel 12 Absatz 1 FFH-RL vorgeschlagen:

*„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.“<sup>140</sup>*

---

<sup>134</sup> EuGH, Urteil vom 18. Mai 2006, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), Rs. C-221/04, EU:C:2006:329, Rn. 64 f.

<sup>135</sup> EuGH, Urteil vom 18. Mai 2006, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), Rs. C-221/04, EU:C:2006:329, Rn. 72 f.

<sup>136</sup> EuGH, Urteil vom 18. Mai 2006, Kommission/Spanien (Fuchsjagd), Rs. C-221/04, EU:C:2006:329, Rn. 74.

<sup>137</sup> EuGH, Urteil vom 10. November 2016, Rs. C-504/14 Kommission/Griechenland (Caretta II), ECLI:EU:C:2016:847, Rn. 159.

<sup>138</sup> So auch Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 64.

<sup>139</sup> Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Endgültige Fassung, Februar 2007, S. 4.

<sup>140</sup> Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Endgültige Fassung, Februar 2007, S. 40.

In einem aktuellen Urteil hat der EuGH klargestellt, dass Artikel 12 Absatz 1 FFH-RL auch dann anwendbar ist, wenn mit der Maßnahme ein anderer Zweck als die Tötung verfolgt wird.<sup>141</sup> Die Zweckrichtung der Handlung ist damit unbeachtlich für die Frage, ob eine Absicht gegeben ist.

Die FFH-RL adressiert auch solche Tötungen, die ohne Absicht erfolgen. Auch das *unbeabsichtigte* Fangen oder Töten der in Anhang IV Buchstabe a aufgeführten Tierarten muss gemäß Artikel 12 Absatz 4 FFH-RL von den Mitgliedstaaten überwacht werden. Auf dieser Informationsbasis sind Untersuchungs- und Erhaltungsmaßnahmen einzuleiten, „die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass der unbeabsichtigte Fang oder das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffende Art haben“ (Artikel 12 Absatz 4 Satz 2 FFH-RL).

Die Europäische Kommission hat Spanien dafür gerügt, gegen diesen Aspekt der Richtlinie durch den Ausbau eines Feldweges verstoßen zu haben.<sup>142</sup> Dabei hielt die Kommission das von Spanien als Folge von Tötungen des streng geschützten iberischen Luchses durch Verkehrsunfälle an diesem Feldweg eingerichtete Überwachungssystem und die eingeleiteten Erhaltungsmaßnahmen für unzureichend.<sup>143</sup> Zwischen den Parteien und dem Gerichtshof war der Umstand unbestritten, dass es sich bei dem Tod der Luchse durch Verkehrsunfälle um unbeabsichtigte Tötungen handelt und somit allein Artikel 12 Absatz 4 FFH-RL anwendbar ist. Spanien hatte zum Schutz der Luchse eine Datenbank über deren Sterblichkeit aufgrund nicht natürlicher Ursachen eingerichtet, die nach geografischen Kriterien erstellt wurde und Aussagen zu den Verbreitungsgebieten und den unterschiedlichen Gefährdungslagen der Art erlaubte.<sup>144</sup> Außerdem wurden verschiedene Maßnahmen, insbesondere ein Schutzzaun, eingerichtet, um sicherzustellen, dass durch den Verkehr auf dem Feldweg keine Luchse zu Schaden kommen.<sup>145</sup> Der EuGH hat diese Maßnahmen als ausreichend angesehen, um den Anforderungen des Artikel 12 Absatz 4 FFH-RL gerecht zu werden.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> EuGH, Urteil vom 4. März 2021 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2021:166, Rn. 53.

<sup>142</sup> EuGH, Urteil vom 20. Mai 2010, Rs. C-308/08, Kommission/Spanien (Iberischer Luchs), ECLI:EU:C:2010:281, Rn. 54.

<sup>143</sup> EuGH, Urteil vom 20. Mai 2010, Rs. C-308/08, Kommission/Spanien (Iberischer Luchs), ECLI:EU:C:2010:281, Rn. 54.

<sup>144</sup> EuGH, Urteil vom 20. Mai 2010, Rs. C-308/08, Kommission/Spanien (Iberischer Luchs), ECLI:EU:C:2010:281, Rn. 57.

<sup>145</sup> EuGH, Urteil vom 20. Mai 2010, Rs. C-308/08, Kommission/Spanien (Iberischer Luchs), ECLI:EU:C:2010:281, Rn. 58 und 41 ff.

<sup>146</sup> EuGH, Urteil vom 20. Mai 2010, Rs. C-308/08, Kommission/Spanien (Iberischer Luchs), ECLI:EU:C:2010:281, Rn. 59.

Als weitere Beispiele für unbeabsichtigte Tötungen, die aufgrund von Artikel 12 Absatz 4 FFH-RL überwacht werden nennt die Europäische Kommission in ihrem Leitfaden zur Umsetzung der FFH-RL in den Mitgliedstaaten neben Walbeifängen im Fischerei-Sektor auch explizit die Zahl der durch Windenergieanlagen getöteten Fledermäuse.<sup>147</sup>

Würde dieser Auffassung der Kommission aus dem Jahr 2007 gefolgt, dann fiel die Tötung von Fledermäusen durch den Betrieb von Windenergieanlagen nicht unter das Tötungsverbot des Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a FFH-RL. Die Tötung von Individuen durch Windenergieanlagen wäre folglich nicht grundsätzlich untersagt. Somit wären die Mitgliedstaaten in Bezug auf ihre Tötung zunächst vor allem zur Überwachung verpflichtet. Untersuchungs- und Erhaltungsmaßnahmen wären wiederum nur erforderlich, um sicherzustellen, dass die unbeabsichtigte Tötung keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten haben. Dabei kann eine signifikante negative Auswirkung nicht schon in der Tötung eines Individuums liegen, da sonst die Erheblichkeitsschwelle bei jeder unbeabsichtigten Tötung bereits überschritten wäre und das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit ins Leere laufen würde.

Die im Leitfaden von 2007 etablierte Auffassung der Kommission zur Auslegung von Artikel 12 Absatz 1 und Absatz 4 FFH-RL, nach der Individuen streng geschützter Arten, die durch Windenergieanlagen getötet werden nicht den Tatbestand des Tötungsverbot des Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a FFH-RL erfüllen, wird durch die Ausführungen im 2012 veröffentlichten „EU-Leitfaden zur Entwicklung der Windenergie gemäß den Naturschutzvorschriften der EU“<sup>148</sup> nicht ausdrücklich aufrechterhalten. Hier führt die Kommission aus, dass die artenschutzrechtlichen Bestimmungen aus Artikel 12 FFH-RL und Artikel 5 VRL von Projektträgern und Planern unter Umständen berücksichtigt werden müssen *„beispielsweise, wenn eine geplante Anlage auf einer größeren Zugroute liegen würde und daher eine erhebliche Störung oder Gefährdung für geschützte Vögel, Fledermäuse oder sonstige wandernde Arten abstellen könnte.“*<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Endgültige Fassung, Februar 2007, S. 55, Rn. 83.

<sup>148</sup> Europäische Kommission, EU-Leitfaden zur Entwicklung der Windenergie gemäß den Naturschutzvorschriften der EU, deutsche Übersetzung Dezember 2012 (zuvor englische Originalversion 2010).

<sup>149</sup> Europäische Kommission, EU-Leitfaden zur Entwicklung der Windenergie gemäß den Naturschutzvorschriften der EU, deutsche Übersetzung Dezember 2012, S. 19.

Ob die Kommission mit der Formulierung „erhebliche Störung oder Gefährdung“ auf das Tötungs- und Störungsverbot aus Artikel 12 Absatz 1 FFH-RL bzw. Artikel 5 VRL oder auf signifikante negative Auswirkungen im Sinne des Artikels 12 Absatz 4 FFH-RL abstellt, wird dabei nicht eindeutig ersichtlich. Gegen ein Abstellen auf Artikel 12 Absatz 4 spricht, dass Artikel 5 VRL eine vergleichbare Bestimmung zu unbeabsichtigten Tötungen nicht enthält und der Verweis auf diese Vorschrift mithin bei alleinigem Abstellen auf Untersuchungs- und Erhaltungsmaßnahmen im Sinne des Artikel 12 Absatz 4 FFH-RL ins Leere laufen würde. Somit lässt sich der Leitfaden aus dem Jahr 2012 dahingehend interpretieren, dass die Auffassung der Kommission aus dem Leitfaden von 2010, bei Tötungen von geschützten Arten, namentlich Fledermäusen, durch Windenergieanlagen handele es sich nicht um absichtliche Tötungen im Sinne des Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a FFH-RL nicht aufrechterhalten worden ist.

Andere Interpretationen schließen jedoch aus der nicht ausdrücklichen Erwähnung der Relevanz des Tötungsverbots bei der Errichtung von Windparks, dass die Kommission die Auffassung, Tötungen durch Windenergieanlagen seien unbeabsichtigt, weiter verfolgt.<sup>150</sup>

Im aktuellsten Leitfaden zu Windkraftprojekten und den Naturschutzvorschriften der EU<sup>151</sup> wird das Artenschutzrecht nur kurz erwähnt. Eine eindeutige Stellungnahme zum Absichtsbegriff in Bezug auf die Errichtung von Windenergieanlagen bleibt dabei aus:

*„Die Artenschutzbestimmungen sind von großer Bedeutung für die Erschließung der Windkraft. Beispielsweise soll durch die Bestimmungen sichergestellt werden, dass neue Projekte nicht die Zerstörung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten von Arten, die in Anhang IV der Habitat-Richtlinie genannt werden, oder die Tötung oder Verletzung von Wildvögeln verursachen, sofern die zuständigen Behörden nicht eine Ausnahmeregelung in Übereinstimmung mit den Richtlinien genehmigt haben.“<sup>152</sup>*

Die Erwähnung der Möglichkeit zur Ausnahme lässt allerdings wieder darauf schließen, dass die Kommission nicht davon ausgeht, dass die artenschutzrechtlichen Verbote der FFH-RL (und der

---

<sup>150</sup> Sprötge/Sellmann/Reichenbach, Windkraft – Vögel – Artenschutz, 2018, S. 19.

<sup>151</sup> Europäische Kommission, Leitfaden zu Windkraftprojekten und den Naturschutzvorschriften der EU, C(2020) 7730 final, 18.11.2020.

<sup>152</sup> Europäische Kommission, Leitfaden zu Windkraftprojekten und den Naturschutzvorschriften der EU, C(2020) 7730 final, 18.11.2020, S. 28.

VRL) für die Errichtung von Windenergieanlagen nicht anwendbar sind, weil schon keine Absicht gegeben ist.

#### b) Der Absichtsbegriff in der VRL

Das subjektive Tatbestandsmerkmal der „Absicht“, das soeben schon ausführlich in Bezug auf die artenschutzrechtlichen Verbote der FFH-RL dargestellt wurde, findet sich auch in der VRL. Auch in Bezug auf die VRL wurde der Absichtsbegriff nicht legal definiert. Fraglich ist deshalb, ob sich die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Definition der „Absicht“ auf die VRL übertragen lässt und der Absichtsbegriff weiter verstanden wird als im Sinne eines unmittelbar Bezwecken-Wollens der eintretenden Schädigung. Eine ausdrückliche Definition des Absichtsbegriffs in Bezug auf die VRL fehlt in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH.<sup>153</sup> Während Stimmen aus der Literatur eine identische Definition des Absichtsbegriffs annehmen,<sup>154</sup> schlägt die Generalanwältin *Kokott* vor, die Absichtsdefinition der FFH-RL nicht vollständig für die VRL zu übernehmen.<sup>155</sup> Dieser Vorschlag der Generalanwältin wurde vom EuGH im Urteil in dieser Sache allerdings nicht adressiert.<sup>156</sup>

Für eine Übertragung der Definition aus der FFH-RL spreche zunächst der ähnliche Wortlaut der Artikel 5 VRL und Artikel 12 FFH-RL. Darüber hinaus habe der EuGH in seinem Urteil zum Wald von Białowieża festgestellt, dass durch die forstwirtschaftlichen Maßnahmen Artikel 5 Buchstaben a und d VRL verletzt wurden. Generalanwältin *Kokott* weist darauf hin, dass in diesem Fall die Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern sowie die Entfernung von Nestern, ebenso wie die ebenfalls festgestellte absichtliche Störung wohl kaum das Ziel der forstwirtschaftlichen Maßnahme waren.<sup>157</sup> Mithin lege der EuGH „absichtlich“ auch im Rahmen der VRL in einer Weise aus, die auch billigende Inkaufnahme erfasst.<sup>158</sup>

---

<sup>153</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 76.

<sup>154</sup> *Frenz/Lau*, in: *Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), *BNatSchG*, 2. Auflage 2016, Vorb. §§ 44-45 *BNatSchG*, Rn. 15.

<sup>155</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 87.

<sup>156</sup> EuGH, Urteil vom 4. März 2021 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2021:166.

<sup>157</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 77.

<sup>158</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 78.

Dass der EuGH grundsätzlich einer weiten Auslegung des Begriffs „Absicht“ auch in Bezug auf die VRL folgt, ergibt sich ebenfalls bereits aus seinem Urteil in der Rechtssache C-412/85 (Kommission/Deutschland).<sup>159</sup> Hier hatte die Kommission einen Verstoß gegen die Verpflichtungen aus dem damaligen EWG-Vertrag darin gesehen, dass Deutschland die Ausnahmetatbestände aus der VRL nicht vollständig übernommen hatte.<sup>160</sup> In dem damaligen § 22 Absatz 2 BNatSchG hatte der deutsche Gesetzgeber die allgemeinen Verbote aus Artikel 5 VRL umgesetzt. Der damalige § 22 Absatz 3 Satz 1 BNatSchG a.F. schloss die Geltung dieser allgemeinen Verbote bei der „ordnungsgemäßen land-, forst- oder fischereiwirtschaftlichen Bodennutzung“ oder bei der „Verwertung der dabei gewonnen Erzeugnisse“ aus. Nach Auffassung der Kommission wurden damit die in Artikel 9 VRL festgeschriebenen Ausnahmeregeln für die allgemeinen Verbote umgangen.<sup>161</sup> Die Bundesregierung führte an, es handle sich bei § 22 Absatz 3 BNatSchG a.F. nicht um eine Ausnahmeregelung zu den allgemeinen Verboten in Absatz 2.<sup>162</sup> Vielmehr seien die in § 22 Absatz 3 aufgeführten Tätigkeiten, wie etwa die ordnungsgemäße Bodennutzung, in keinem Fall absichtliche Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbote.<sup>163</sup> Dies sei durch ihre Ordnungsmäßigkeit ausgeschlossen.<sup>164</sup> Tatsächlich ist, ähnlich wie bei der oben angestellten Erwägung zu den forstwirtschaftlichen Handlungen im Wald von Białowieża davon auszugehen, dass land-, forst- oder fischereiwirtschaftliche Nutzung die verbotenen Handlungen in Bezug auf Vögel kaum zum Zweck haben dürften. Mithin wäre der subjektive Tatbestand unter Voraussetzung eines engen Absichtsbegriffs im Sinne einer zielgerichteten Handlung hier wohl in den allermeisten Fällen nicht erfüllt. Der EuGH folgte jedoch dieser Auffassung der Bundesregierung im damaligen Verfahren nicht. Vielmehr stellte er fest:

*„Die Bezugnahme auf eine bestimmte Bodennutzung gibt keinen genauen Hinweis darauf, in welchem Umfang Beeinträchtigungen der Umwelt zulässig sein sollen. Die Begriffe der ordnungsgemäßen Bodennutzung einerseits und des nicht absichtlichen Verstoßes gegen die Vogelschutzbestimmungen andererseits gehören nämlich zwei verschiedenen rechtlichen Ebenen an. Da das deutsche Gesetz den Begriff der ‚ordnungsgemäßen Nutzung‘ nicht definiert, sind somit absichtliche Beeinträchtigungen*

---

<sup>159</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 1987, Rs. C-412/85, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:1987:370.

<sup>160</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 1987, Rs. C-412/85, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:1987:370, Rn. 1.

<sup>161</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 1987, Rs. C-412/85, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:1987:370, Rn. 9.

<sup>162</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 1987, Rs. C-412/85, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:1987:370, Rn. 11.

<sup>163</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 1987, Rs. C-412/85, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:1987:370, Rn. 11.

<sup>164</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 1987, Rs. C-412/85, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:1987:370, Rn. 11.

*des Lebens und des Lebensraums der Vögel nicht vom Geltungsbereich des § 22 Absatz 3 BNatSchG ausgeschlossen, soweit sie im Zusammenhang mit einer solchen Bodennutzung notwendig sind.*<sup>165</sup>

Somit schließt der EuGH das Vorliegen von Absicht nicht schon dadurch aus, dass mit der Handlung ein anderer Zweck (ordnungsgemäße Bodennutzung) verfolgt wird, was für ein einheitliches weites Verständnis des Absichtsbegriffs in der VRL und der FFH-RL spricht.

Eine Auslegung des Absichtsbegriffs in Artikel 5 VRL, die nicht bereits Handlungen mit anderer Zweckverfolgung von der Anwendbarkeit der allgemeinen Verbote ausschließt sondern auch billigende Inkaufnahme einschließt, könnte jedoch zu weitreichenden Konsequenzen führen. Wie die Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen im Verfahren *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län* ausgeführt hat, ergäben sich diese Konsequenzen aus dem Umstand, dass die FFH-RL und die VRL eine unterschiedliche Anzahl von Arten und letztendlich auch Individuen erfasse. Die FFH-RL schütze wenige, seltene Arten. Die VRL dagegen umfasse auch „Allerweltsarten“<sup>166</sup>. Sollte deren Tötung bereits bei billigender Inkaufnahme verboten sein, könnten sich daraus zahlreiche Konflikte ergeben. Insbesondere, weil ja durchaus regelmäßig Vögel, etwa im Straßenverkehr, zu Schaden kämen.<sup>167</sup> Ein solch strenger Schutz heimischer Vögel sei jedoch durch die VRL nicht angestrebt, was sich aus Artikel 2 VRL ergebe.<sup>168</sup> Artikel 2 VRL beschreibt das Ziel der VRL wie folgt: *„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Bestände aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird.“* Daraus ergebe sich, dass nicht jedes Individuum bedingungslos geschützt werden müsse.<sup>169</sup> Dies zeige sich auch darin, dass Artikel 5 VRL, anders als die FFH-RL,

---

<sup>165</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 1987, Rs. C-412/85, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:1987:370, Rn. 15.

<sup>166</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 81.

<sup>167</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 81.

<sup>168</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 82.

<sup>169</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 82.

kein „strenges Schutzsystem“, sondern nur eine „allgemeine Regelung“ verlange.<sup>170</sup> Ein angemessener Interessenausgleich sei nach Auffassung der Generalanwältin auch deswegen erschwert, weil der VRL passende Ausnahmeregelungen, die ähnlich weit gefasst sind wie Artikel 16 FFH-RL, fehlten.<sup>171</sup> Die Generalanwältin schlägt aus diesen Erwägungen vor,

*„in Kauf genommene Beeinträchtigung nur unter diese Verbote [aus Artikel 5 VRL] zu fassen, soweit dies im Licht des Ziels nach Art. 2 der Vogelschutzrichtlinie notwendig ist. Dass diese Auslegung in der Anwendung komplizierter ist, da sie doch eine Berücksichtigung des Erhaltungszustands der Vogelarten erfordert, ist daher hinzunehmen. (...) Somit setzen die Verbote des Tötens und des Zerstörens nach Art. 5 Buchst. a und b der Vogelschutzrichtlinie im Prinzip nicht das Risiko voraus, dass sich die fragliche Maßnahme negativ auf den Erhaltungszustand der jeweiligen Tierarten auswirkt. Auch ein günstiger Erhaltungszustand der betroffenen Art schließt die Anwendung dieser Verbote nicht aus. Wenn die Beeinträchtigung von Vögeln nicht bezweckt, sondern nur in Kauf genommen wird, gelten die Verbote nach Art. 5 Buchst. a und b der Vogelschutzrichtlinie allerdings nur, soweit dies notwendig ist, um diese Arten im Sinne von Art. 2 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.“<sup>172</sup>*

Mit dieser Auslegung wird der Individuenbezug in der VRL gegenüber dem strengen Individuenbezug in der FFH-RL aufgeweicht. Ist das Ziel der schädigenden Maßnahme nicht die Tötung selbst, liegt ein Verstoß gegen das Tötungsverbot nur dann vor, wenn ein Tötungsverbot zum Schutz des Erhaltungszustands im Sinne des Artikel 2 VRL erforderlich ist.

Kritisiert wird an diesem Vorstoß der Generalanwältin, dass durch diese Differenzierung die europäischen Vogelarten in zwei Gruppen unterteilt werden, die dann auch noch einem unterschiedlichen Schutzregime unterworfen werden.<sup>173</sup> Die damit verbundene Möglichkeit, auch aus wirtschaftlichen Gründen die artenschutzrechtlichen Vorgaben durch eine Abwägungsentschei-

---

<sup>170</sup> Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 85.

<sup>171</sup> Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 86.

<sup>172</sup> Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 89 f.

<sup>173</sup> Gellermann/Schumacher, Absicht ist nicht gleich Absicht?, in: NuR 2020, S. 841, 842.

dung zu umgehen, sei nicht hinnehmbar, selbst wenn dies nur bei ungefährdeten Vogelarten vor-  
komme.<sup>174</sup> An anderer Stelle erhält der Vorschlag der Generalanwältin dahingehend Zuspruch,  
dass die von ihr angedachte Auslegung Spielräume für praktisch bedeutsame Erleichterungen im  
Regime des besonderen Artenschutzrechts eröffne.<sup>175</sup>

In seiner auf die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* folgenden Entscheidung<sup>176</sup> hat der  
EuGH den Vorstoß zur Differenzierung der Absichtsbegriffe nicht aufgegriffen. Damit schwebt  
der Vorschlag noch im Raum und eine endgültige Bewertung ist abzuwarten, allerdings auch in  
der näheren Zukunft nicht zu erwarten.

## 2. Abweichung durch den nationalen Gesetzgeber – „Übererfüllung“ der europäischen Vorgaben

Durch die Streichung des Absichtsbegriffs aus dem Wortlaut der artenschutzrechtlichen Verbots-  
tatbestände hat sich der nationale Gesetzgeber gegen einen subjektiven Tatbestand entschie-  
den. Diese Abweichung erfolgte in der sog. Kleinen BNatSchG Novelle aus dem Jahr 2007.<sup>177</sup> Da-  
bei ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Verwirklichung „sozialadäquater“ Risiken wie etwa  
Tierkollisionen im Verkehr, den Tatbestand des Tötungsverbots nicht erfüllen.<sup>178</sup> Ausführungen  
dazu, wie der Ausschluss sozialadäquater Risiken ohne Anknüpfungspunkt im Wortlaut rechtlich  
begründet werden sollte, fehlen dabei in der Begründung der Gesetzesänderung.

Stimmen aus der Literatur ordnen den Umstand der Nichtübernahme des Absichtsbegriffs als  
„Übererfüllung“<sup>179</sup> der europäischen Vorgaben ein.<sup>180</sup> In der Folge dieser Ausgestaltung durch  
den nationalen Gesetzgeber spielt der subjektive Tatbestand, also die Intention der Handelnden

---

<sup>174</sup> *Gellermann/Schumacher*, Absicht ist nicht gleich Absicht?, in: NuR 2020, S. 841, 842.

<sup>175</sup> *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, in: NuR 2021, S. 28, 32.

<sup>176</sup> EuGH, Urteil vom 4. März 2021 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2021:166.

<sup>177</sup> *Lau*, in: *Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), BNatSchG, 2. Auflage 2016, § 44 Rn. 1; siehe auch BT-Drs. 16/5100, S. 11.

<sup>178</sup> BT-Drs. 16/5100, S. 11.

<sup>179</sup> *Gellermann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, 91. EL September 2019, § 44 BNatSchG, Rn. 6.

<sup>180</sup> *Sprötge/Sellmann/Reichenbach*, Windkraft – Vögel – Artenschutz, 2018, S. 21; *Gläß*, in: *BeckOK Umweltrecht*, Giesbert/Reinhard 55. Edition (Stand 1. Juli 2020), § 44 BNatSchG, Rn. 11, siehe dazu auch *Schütte/Gerbig*, in: *Schlacke* (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Auflage 2017, § 44 Rn. 6, die darauf abstellen dass aufgrund der Ausnahmen in § 45 BNatSchG das tatsächliche Schutzniveau im Ergebnis nicht strenger als vom Unionsrecht gefordert sein dürfte; a.A.: *Heugel*, in: *Lütkes/Ewer*, BNatSchG, 2. Auflage 2018, § 44 Rn. 6.

keine Rolle in der Feststellung eines Verstoßes gegen das Tötungs- sowie weitere Zugriffsverbote.<sup>181</sup> Die VRL selbst schließt in Artikel 14 strengere Schutzmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten nicht aus.

### 3. Kein zweckabhängiges Verständnis des Absichtsbegriffs in Rechtsprechung des EuGH

Aus den vorangegangenen Beobachtungen ist fraglich, ob eine Rückübernahme des Absichtsbegriffs in den nationalen Rahmen des Artenschutzrechts die in der Einführung beschriebenen Hürden im behördlichen Verfahren beheben könnte. Entscheidend dafür wäre, dass Tötungen von Vögeln im Zusammenhang mit Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen aufgrund der Zwecksetzung des Vorhabens, nämlich Energiegewinnung statt gezielter Tötung, nicht als absichtliche Tötungen im Sinne der europarechtlichen Artenschutzvorschriften einzuordnen wären. Eine klare Positionierung des EuGH dahingehend, dass Tötungen bei Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen in jedem Fall nicht absichtlich im Sinne des Artikel 5 VRL erfolgen steht noch aus.<sup>182</sup> Die EU Kommission hat sich dahingehend schon in Bezug auf den Absichtsbegriff der FFH-RL nicht eindeutig positioniert.<sup>183</sup> In einer aktuellen Entscheidung hat der EuGH allerdings noch einmal ausdrücklich klargestellt, dass zumindest Artikel 12 FFH-RL eine zweckabhängige Bewertung des Vorliegens der Absicht nicht zulässt.<sup>184</sup>

In Bezug auf die von Generalanwältin *Kokott* vorgeschlagene Aufweichung des Individuenschutzes mit Blick auf die Zielsetzung der VRL bei Arten mit günstigem Erhaltungszustand sind die Folgen für das nationale Genehmigungsverfahren ebenfalls nicht abschließend positiv bewertbar.<sup>185</sup> Würde dieser Vorschlag – aktuell wenig erwartbar – in einem späteren, vergleichbaren Verfahren berücksichtigt, käme es zu einer Aufweichung des strengen Individuenschutzes durch Artikel 5 VRL in solchen Fällen, in denen die Zweckrichtung einer Maßnahme offensichtlich nicht die Verletzung oder Tötung von Vögeln ist. Diese Aufweichung gilt jedoch nicht, soweit das Tötungs- und Verletzungsverbot notwendig ist, um einzelne Arten „auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfor-

---

<sup>181</sup> Siehe nur *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Auflage 2017, § 44 Rn. 6 f.

<sup>182</sup> Siehe auch *KNE*, Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie, 2020, S. 13 f.

<sup>183</sup> Vgl. oben D. II. 1a).

<sup>184</sup> EuGH, Urteil vom 4. März 2021 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2021:166, Rn. 53.

<sup>185</sup> Die Vorschläge als positiv bewertend *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, NuR 2021, S. 28.

dernissen entspricht, und dabei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung trägt<sup>186</sup> – was dem Ziel aus Artikel 2 VRL entspräche. Somit wäre zur Umsetzung auf der nationalen Ebene zunächst nötig, die betroffenen Arten und die für diese Arten bestehende Risikoerhöhung festzustellen und dann mit einem – in seiner Bestimmung und Festlegung wohl bisher unklaren – Zielwert zur Erreichung des Erhaltungsziels aus Artikel 2 VRL abzugleichen.

Dieser Vorschlag könnte, soweit er vom EuGH übernommen würde, die Handhabbarkeit des Tötungsverbots aus Artikel 5 VRL erleichtern und die durch die Auslegung des Absichtsbegriffs verursachte Breite der Anwendung begrenzen.<sup>187</sup> Wie schon ausgeführt ist eine Übernahme des Vorschlags durch den EuGH allerdings mit Blick auf seine aktuelle Rechtsprechung in keiner Weise erwartbar. Darüber hinaus wäre die praktische Umsetzung in erheblichem Maße abhängig vom Vorliegen einer belastbaren Datenlage (und zur Rechtssicherheit auch einem entsprechend breiten Zugang hierzu). Eine solchen Datenlage wäre hinsichtlich der einzelnen Vogelarten von den Mitgliedstaaten, erst einmal herzustellen. Hierbei sind Unsicherheiten über die Genauigkeit und den dafür erforderlichen Umfang der Erfassung allerdings vorprogrammiert. Durch die Aussparung dieser Fragen im Urteil des EuGH in den Rechtssachen C-473/19 und C-474/19 ist zudem eine belastbare Klärung auf Ebene der europarechtlichen Rechtsprechung in nächster Zeit nicht zu erwarten. Insoweit wären Bestrebungen des Gesetzgeber der Mitgliedstaaten, den Begriff der „Absicht“ aus den europarechtlichen Vorgaben von VRL und/oder FFH-RL mit Ziel zu konkretisieren, auf nationaler Ebene bestimmte Maßnahmen – bei denen allerdings (wie bei der Windenergienutzung) die maßnahmenbezogene, wenn auch unerwünschte, Tötung einzelner Individuen besonders geschützter Arten nicht ausgeschlossen werden kann – aus dem Anwendungsbereich des nationalstaatlich kodifizierten Tötungsverbot auszunehmen, nicht zielführend und mit gewisser Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig oder nur mit erheblichem Aufwand (insb. Populationserfassungen) überhaupt denkbar. Jedenfalls bietet ein solches Vorgehen nach der jüngsten Entscheidung des EuGH derzeit keine tragfähige Grundlage, um im Spannungsverhältnis von Klima- und Artenschutz bei gleichzeitiger Sicherstellung der Stromversorgung – weder rechtlich noch politisch – belastbare und zukunftsorientierte gesetzliche Regelungen zu schaffen.

---

<sup>186</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 10. September 2020 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län*, ECLI:EU:C:2020:699, Rn. 90.

<sup>187</sup> *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, in: NuR 2021, S 28, 30.

### III. Schaffung einer Ausnahme für Errichtung, Betrieb und Änderung von Anlagen zur Nutzung von Windenergieanlagen an Land unter Berücksichtigung der Vorgaben des Artikel 9 VRL

#### 1. Grundsätzliches

Um den Abbau artenschutzrechtlicher Hürden für die Vereinfachung und Beschleunigung der Zulassung von Windenergieanlagen zu fördern, kommt die Schaffung einer rechtssicheren Ausnahme für Errichtung, Betrieb und Änderung von Anlagen zur Nutzung von Windenergieanlagen an Land in Frage.<sup>188</sup>

Eine solche Ausnahme führt nicht dazu, dass das durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen faktisch entstehende Tötungsrisiko für kollisionsgefährdete Arten vollständig außer Acht gelassen wird. Vielmehr wird die abstrakt-generelle Bewertung dieses Risikos durch den Gesetzgeber an einen anderen Standort in den erforderlichen Prüfungen verschoben und erhält so eine wertungsbezogene Umqualifizierung. Nach der aktuellen Rechtslage erfolgt die abstrakt-generelle Vorwegnahme der Risikobewertung in der Prüfung des Tatbestands des Tötungsverbots nach § 44 Absatz 1 Nummer 1. Insoweit hat der Gesetzgeber inzwischen in § 44 Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 BNatSchG festgelegt, dass nur wenn das Risiko einer Tötung für Individuen besonders geschützter Arten durch ein Vorhaben signifikant erhöht ist, davon auszugehen ist, dass der Tatbestand des Verbots durch das Vorhaben erfüllt wird (vgl. oben II.).

Die Schaffung einer gesetzlichen Ausnahme für Windenergieanlagen verlagert die – im Spannungsverhältnis der Verfolgung von Klimaschutzziele durch Zulassung von Windenergieanlagen und dem Artenschutz auch grundsätzlich erforderliche – Risikobewertung in die Ausnahmeprüfung und zwar in die Abwägung der Belange des Artenschutzes mit dem durch die Ausnahme verfolgten Ziel im Rahmen der durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung. Gegen das Tötungsverbot des Artikel 5 VRL wird erst dann verstoßen, wenn es tatsächlich zu einer Tötung kommt. Somit handelt es sich bei allen Prüfungen des Verstoßes gegen Artikel 5 VRL bzw. § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG im Vorfeld einer Vorhabenzulassung bereits denklogisch um Prognoseentscheidungen, die eine Risikobewertung enthalten.

---

<sup>188</sup> Siehe dazu auch *Sailer*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11. März 2020.

Das BVerwG hat dazu bereits ausgeführt, dass ein durch ein Vorhaben verursachtes Tötungsrisiko nicht völlig außer Relation zu dem ansonsten bestehenden Lebensrisiko eines Individuums betrachtet werden darf und auch von Menschen verursachte Risiken sozialadäquat und damit hinnehmbar sein können.<sup>189</sup> Diese Einordnung, die das BVerwG bereits dort vornimmt, wo über die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Tötungsverbots aus Artikel 5 VRL entschieden wird, muss sich erst Recht in der Bewertung der Risiken im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wiederfinden. Zwar begründet eine spezialgesetzliche Ausnahme vom Tötungsverbot durch Umgehung einer Einzelfallprüfung die Annahme eines gleichsam überall bestehenden Tötungsrisikos. Hierbei darf mit Blick auf eine gesetzgeberisch zulässige Wertungsfreiheit nicht übersehen werden, dass immanentes Wesen abstrakt genereller Bewertungen ist, dass Sachverhalte im gesetzgeberisch bestimmten Rahmen erfasst werden, auch wenn sich bei genauerer Betrachtung Abweichungen erkennen ließen. So führt eine aus tatsächlichen Anknüpfungspunkten folgende Risikobewertung dazu, dass im Rahmen der gesetzgeberisch vorgenommenen Abwägung die Sozialadäquanz gewisser Risiken einbezogen werden kann.

Wie schon oben dargestellt, steht das Verfassungsrecht einer gesetzlichen Ausnahmeregelung nicht entgegen. Auch abseits der verfassungsrechtlichen Vorschriften würde sich eine entsprechende Ausnahme für die Nutzung von Windenergie in das Regelungsregime des Artenschutzes einfügen – insbesondere überschreitet der Gesetzgeber damit nicht seine Befugnisse im europarechtlichen Rahmen. Die Existenz zahlreicher Jagdgesetze in den Mitgliedstaaten, die vom EuGH auch nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden und teilweise eine Umsetzung des Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c der VRL darstellen zeigt, dass eine abstrakt-generelle Regelung der Ausnahmen etwa in Gesetzesform möglich ist.<sup>190</sup> Auch enthält bereits § 45 Absatz 7 Satz 4 BNatSchG eine Verordnungsermächtigung für die Landesregierungen<sup>191</sup> – abstrakt generelle Ausnahmeregelungen verbieten sich somit auch nach Ansicht des Bundesgesetzgebers nicht.

Dabei ist klarzustellen, dass diese Möglichkeit sich lediglich auf eine Sonderausnahme für europäische Vogelarten in Bezug auf das Zugriffsverbot aus § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG bezie-

---

<sup>189</sup> BVerwG, Beschluss vom 8. März 2018 – 9 B 25/15 –, juris-Rn. 11.

<sup>190</sup> Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 12. Juli 2007, Rs. C-507/04, Kommission/Österreich, ECLI:EU:C:2007:427, Rn. 196 ff.

<sup>191</sup> *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, in: ZUR 2020, S. 584, 592 f.

hen kann. Damit blieben sonstige gesetzliche Vorgaben, insbesondere sowohl das Störungsverbot aus § 44 Absatz 1 Nummer 2 BNatSchG und die weiteren Zugriffsverbote als auch das Habitatschutzrecht unberührt.

Eine solche Sonderausnahme muss auch nicht am Maßstab des Artikel 16 FFH-RL gemessen werden. Zwar hat der EuGH in einem aktuellen Urteil angeführt, dass die Umsetzung der Tötungsverbote in einer Norm des nationalen Rechts dazu führen kann, dass auch das Tötungsverbot in Bezug auf wildlebende Vogelarten am strengeren Maßstab des Artikel 12 FFH-RL gemessen werden muss.<sup>192</sup> Dies bezog sich allerdings nur auf die im schwedischen Recht vorgenommene Verschärfung des Tötungsverbots selbst und ist nicht auf die Ausnahmetatbestände übertragbar. Jedenfalls bleibt es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, differenziert Ausnahmeverordnungen danach zu erlassen, ob Individuen aus dem Schutzregime der FFH-RL oder der VRL betroffen sind. Dies gilt in jedem Fall, soweit die Differenzierung in der jeweiligen Ausnahmeverordnung mit hinreichender Deutlichkeit und Bestimmtheit vom Gesetzgeber adressiert wird.

Angesichts der weiterhin mindestens unklaren Haltung des EuGH zu der Frage, ob es sich bei Vogelschlag an Windenergieanlagen um absichtliche Tötungen handelt, ist es auch notwendig, eine gesetzliche Lösung zu finden, die dem strengen Individuenschutz des europäischen Artenschutzes gerecht wird und von der Feststellung des erhöhten Tötungsrisikos unabhängig ist, um die derzeit bestehende Konfliktlage bei der Zulassung von Windenergieanlagen aufzulösen.

## 2. Gesetzgeberischer Handlungsspielraum aus Artikel 9 VRL

Im folgenden Abschnitt wird auf Grundlage der Vorgaben des Artikel 9 VRL der gesetzgeberische Handlungsspielraum im Detail identifiziert.

### a) Generelle Ausnahmeverordnungen der VRL und Beweislast

Die Gewährung von Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten der VRL unterliegt drei Bedingungen: Die Ausnahme muss sich auf mindestens einen der in Artikel 9 Absatz 1 VRL genannten Ausnahmegründe stützen, es dürfen keine andere zufriedenstellenden, d.h. verhält-

---

<sup>192</sup> EuGH, Urteil vom 4. März 2021 in der verbundenen Rs. C-473/19 und C-474/19, Föreningen Skydda Skogen u.a./Länsstyrelsen i Västra Götalands Län, ECLI:EU:C:2021:166, Rn.

nismäßigeren, Lösungen vorliegen und die Vorgaben des Artikel 9 Absatz 2 VRL müssen eingehalten werden.<sup>193</sup> Die genehmigten Ausnahmen dürfen dabei keine Wirkung entfalten, die den Zielen der Richtlinie zuwiderläuft<sup>194</sup> und dürfen nur konkrete und punktuelle Anwendungen sein, mit der konkreten Erfordernissen und besonderen Situationen begegnet wird.<sup>195</sup> Für die Auslegung des durch Artikel 9 VRL geschaffenen Ausnahmeregimes kann nicht nur auf einschlägige Handreichungen der Europäischen Kommission<sup>196</sup> und Rechtsprechung zu Artikel 9 VRL zurückgegriffen werden, sondern aufgrund der Vergleichbarkeit des Wortlauts auch auf Rechtsprechung zu Artikel 16 FFH-RL, da dieser ebenfalls das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im europäischen Artenschutzrecht konkretisiert.<sup>197</sup> Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen trägt die Stelle, die über Ausnahme entscheidet.<sup>198</sup> Eine Ausnahmeentscheidung muss immer mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sein, die insbesondere Ausführungen zu den Auswirkungen der Tötung der Exemplare auf den Erhaltungszustand enthalten.<sup>199</sup> Um diese Voraussetzungen festzustellen, müssen die nationalen Behörden bei der Genehmigung von Ausnahmen die „besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse“ sowie die Umstände des konkreten Falls berücksichtigen.<sup>200</sup>

Aus einer Ausnahmeregelung für die Errichtung und den Betrieb von Anlagen zur Nutzung der Windenergie an Land müsste damit ersichtlich sein, dass sie nicht geeignet ist, den Zielen der VRL zuwiderzulaufen. Dies ist dann der Fall, wenn die Grenzen des darin enthaltenen Ausnahmeregimes berücksichtigt und nicht überschritten werden. Es ist klarzustellen, dass die Richtlinie primär die Zielerreichung eines hohen Schutzniveaus für europäische Vogelarten vorgibt. Für die Zweckerreichung verbleibt jedoch gesetzgeberisches Ermessen. Eine so gestaltete Ausnahme ist

---

<sup>193</sup> EuGH, Urteil vom 7. März, Rs. C-118/94, Associazione Italiana per il World Wildlife Fund u.a./Regione Veneto, ECLI:EU:C:1996:86, Rn. 21

<sup>194</sup> EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019, Rs. 674/17, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola – Pohjois-Savo Kainuu ry/Suomen riistakeskus (Wolfsjagd), ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 38.

<sup>195</sup> EuGH, Urteil vom 7. März, Rs. C-118/94, Associazione Italiana per il World Wildlife Fund u.a./Regione Veneto, ECLI:EU:C:1996:86, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019, Rs. 674/17, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola – Pohjois-Savo Kainuu ry/Suomen riistakeskus (Wolfsjagd), ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 41.

<sup>196</sup> *Europäische Kommission*, Great Cormorant – Applying derogations under Article 9 of the Birds Directive 2009/147/EC, 2013, S. 8.

<sup>197</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-342/05, Kommission/Finnland, ECLI:EU:C:2006:752, Rn. 23 f.

<sup>198</sup> *Europäische Kommission*, Great Cormorant – Applying derogations under Article 9 of the Birds Directive 2009/147/EC, 2013, S. 8; siehe auch EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007, Rs. C-342/05, Kommission/Finnland (Wolf), ECLI:EU:C:2007:341, Rn. 25; siehe auch Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-342/05, Kommission/Finnland, ECLI:EU:C:2006:752, Rn. 20.

<sup>199</sup> EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007, Rs. C-342/05, Kommission/Finnland (Wolf), ECLI:EU:C:2007:341, Rn. 31.

<sup>200</sup> EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019, Rs. 674/17, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola – Pohjois-Savo Kainuu ry/Suomen riistakeskus (Wolfsjagd), ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 51.

bei Einhaltung des bezeichneten Rahmens geeignet, bei der Zulassung von Windenergieanlagen generalisierende Betrachtungen zu ermöglichen und somit die Anforderungen an das Genehmigungsverfahren und die Zulassungsentscheidung erheblich klarer zu adressieren, als dies derzeit der Fall ist.<sup>201</sup>

#### b) Ausnahmegrund

Es ist erforderlich, dass eine Ausnahme für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen an die unter Artikel 9 VRL zulässigen Ausnahmegründe anknüpft. Das Ziel des Windenergieausbaus müsste also unter einen der Ausnahmegründe subsumierbar sein. Artikel 9 VRL erlaubt Ausnahmen dem Wortlaut nach zunächst:

*a) – im Interesse der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit,*

*- im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt,*

*- zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigezeiten und Gewässern,*

*- 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.*

#### (1) Allgemeine Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses in Artikel 9 VRL?

Es wird insoweit – wohl überwiegend – die Auffassung vertreten, dass Artikel 9 VRL dahingehend ausgelegt werden kann, dass auch allgemeine Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses eine Ausnahme begründen können.<sup>202</sup> Diese Auslegung wird auf verschiedene Erwägungen

---

<sup>201</sup> Vgl. ähnlich Lau, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, in: NuR 2021, S 28, 31: „Die Ausnahme wäre vielmehr durchweg als „Ventil“ zur Vermeidung sachlich unangemessener Ergebnisse anzusehen und nicht als ein auf wenige Sonderfälle beschränkter Dispens zu verstehen“.

<sup>202</sup> So unter anderem Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (13.05.2020), S. 3 f., beschlossen von der UMK am 15.

gestützt, die eine Anknüpfung an die sonst entstehenden Wertungswidersprüche gemein haben.<sup>203</sup> Teilweise wird vertreten, eine Ausnahme aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses müsse als ungeschriebenes, weiteres Tatbestandsmerkmal anerkannt werden.<sup>204</sup> In gleiche Richtung gehen Argumentationen dahingehend, dass die Ausnahmen des Artikel 9 Absatz 1 VRL aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht als abschließend verstanden werden dürften.<sup>205</sup> Auch wird Artikel 2 VRL in diesem Zusammenhang als weiterer Prüfungsmaßstab angeführt. Daraus ergebe sich, dass der Vogelschutz auch gegen wirtschaftliche Erfordernisse abgewogen werden müsse.<sup>206</sup>

Dieser Ansicht wird sowohl in Teilen der Rechtsprechung<sup>207</sup> als auch der Literatur<sup>208</sup> widersprochen. Maßgeblich wird dabei die Rechtsprechung des EuGH und insbesondere das Urteil des EuGH zu polnischem Recht herangezogen, das eine Ausnahmen aus Gründen des öffentlichen Interesses zulassende Regelung als nicht mit Artikel 9 VRL vereinbar beurteilte.<sup>209</sup> Darüber hinaus sei die VRL im Jahr 2009 neu gefasst worden – Änderungen wären möglich gewesen, seien vom europäischen Gesetzgeber jedoch bewusst nicht vorgenommen worden.<sup>210</sup> Jedoch wird dieser Argumentation unter anderem entgegengehalten, dass im Verfahren vor dem EuGH die polnische Regierung bereits eingeräumt hatte, dass die von der Kommission angegriffene, bereits durch eine Novelle geänderte Vorschrift, nicht im Einklang mit europäischem Recht stand.<sup>211</sup> Aus diesem Grund habe sich der EuGH zur Frage der Unionsrechtskonformität der Ausnahmevorschrift nicht ausführlich geäußert.<sup>212</sup> Darüber hinaus sei die europäische Kommission verpflichtet, in ihren Kodifizierungsvorschlägen keine inhaltlichen Änderungen vorzuschlagen, weshalb das Ausbleiben der Änderung in der Neufassung der VRL nicht als Willensäußerung des europäischen Gesetzgebers verstanden werden dürfte.<sup>213</sup>

---

Mai 2020, S. 3; Mitteilung der Kommission vom 18.11.2020, C(2020) 7730 final, S. 28; aus der Literatur anschaulich Bick/Wulfert, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, in: NuR 2020, S. 250.

<sup>203</sup> Bick/Wulfert, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, in: NuR 2020, S. 250 m.w.N.

<sup>204</sup> Gellermann, Windkraftnutzung im Lichte der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG, in: NuR 2020, S. 178 (180 f.).

<sup>205</sup> Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Absatz 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (13.05.2020), S. 3 f., beschlossen von der UMK am 15. Mai 2020.

<sup>206</sup> Kratsch, Europarechtlicher Artenschutz, Vorhabenzulassung und Bauleitplanung, in: NuR 2007, S. 100 (105).

<sup>207</sup> Zuletzt VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris-Rn. 105 ff.

<sup>208</sup> Aktuell KNE (Hrsg.), Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie, 2020, S. 17 f.

<sup>209</sup> EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012, Kommission/Polen, Rs. C-192/11, ECLI:EU:C:2012:44, Rn. 39; nichtamtliche deutsche Übersetzung in NuR 2013, S. 718 ff.

<sup>210</sup> VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI, juris-Rn. 109.

<sup>211</sup> EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012, Kommission/Polen, Rs. C-192/11, ECLI:EU:C:2012:44, Rn. 38 ff.

<sup>212</sup> Bick/Wulfert, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, in: NuR 2020, S. 250 (250 f.).

<sup>213</sup> Bick/Wulfert, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, in: NuR 2020, S. 250.

Eine weitere Argumentationslinie zweifelt zwar aufgrund der Aufnahme des § 45 Absatz 7 Nummer 5 BNatSchG die europarechtskonforme Umsetzung der VRL in § 45 Absatz 7 BNatSchG an, sieht jedoch im europäischen Artenschutzrecht kein Hindernis für Ausnahmegenehmigungen für Infrastrukturprojekte und ähnliche Vorhaben.<sup>214</sup> Grund dafür sei Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c der VRL. Danach sind Ausnahmen vom Tötungsverbot zulässig „um unter streng überwachten Bedingungen selektiv den Fang, die Haltung oder jede andere vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen zu ermöglichen.“ Der EuGH hat diese Vorschrift dahingehend ausgelegt, dass etwa die Tötung einzelner Exemplare bei der Jagd<sup>215</sup> zulässig ist. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, müsse dann auch die „Inanspruchnahme“ für Infrastrukturvorhaben und vergleichbare Projekte über Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c VRL als „vernünftige Nutzung“ möglich sein – Bedenken bestehen jedoch gegen eine eigenständige gesetzliche Formulierung neben den in Artikel 9 Absatz 1 genannten Ausnahmegründen.<sup>216</sup> Diese Auffassung findet soweit ersichtlich jedoch keine weitere Unterstützung in Literatur und Rechtsprechung. Grund dafür könnten Bedenken bezüglich der Möglichkeit der Auslegung des Begriffs der „vernünftigen Nutzung“ sein.

Es ist insoweit der Auffassung zu folgen, dass Artikel 9 VRL dahingehend ausgelegt werden kann, dass auch allgemeine Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses eine Ausnahme begründen können. Der Klimaschutz und die Energiewende stellen allgemeine Gründe des öffentlichen Interesses dar.<sup>217</sup> Der Gesetzgeber hat sich – auch um völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen – zum Ausbau der erneuerbaren Energien verpflichtet.<sup>218</sup> Mindestens bis zur Verwirklichung der Ausbauziele ist dieses öffentliche Interesse am Ausbau der Windenergie auch geeignet, den Artenschutz zu überwiegen. Aus der Rechtsprechung des EuGH lässt sich überdies nicht entnehmen, dass dieses Verständnis der Regelung des Artikel 9 VRL nicht anerkannt wird.

## (2) Öffentliche Sicherheit

---

<sup>214</sup> *Lau*, Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, in: NuR 2013, S. 685, 688.

<sup>215</sup> EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2003, Rs. C-182/02, *Ligue pour la protection des oiseaux u. a./Premier ministre und Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, ECLI:EU:C:2003:558, Rn. 11; weitere zulässige Inanspruchnahmen bei *Lau*, Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, in: NuR 2013, S. 685, 688.

<sup>216</sup> *Lau*, Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, in: NuR 2013, S. 685, 688.

<sup>217</sup> § 1 Absatz 1 EEG (2021), Änderung durch Art. 1 Gesetz v. 21.12.2020 BGBl. I S. 3138; § 1 Absatz 3 Nummer 4 Halbsatz 3 BNatSchG, Artikel 1 Gesetz v. 29. Juli 2009 BGBl. I S. 2542 (Nr. 51), zuletzt geändert durch Artikel 290 V. v. 19.06.2020 BGBl. I S. 1328; BT-Drs. 18/11939, S. 17; VGH Kassel, Beschluss vom 21. Februar 2019 – 9 B 182/19 –, juris Rn. 15.

<sup>218</sup> *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e.G., Mai 2020, S. 14.

Jedenfalls kann ein Sondertechnologierecht in Form einer rechtssicheren Ausnahmeregelung für Windenergieanlagen auch an den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit, der im Wortlaut des Artikel 9 VRL enthalten ist, angeknüpft werden.<sup>219</sup> Dem stehen die verschiedenen Auffassungen zum Auslegungsmaßstab des Begriffs der öffentlichen Sicherheit deswegen nicht entgegen, weil sich die Errichtung und der Ausbau von Windenergieanlagen sowohl unter ein weites, als auch enges, europarechtlich vorgegebenes Begriffsverständnis fassen lassen.<sup>220</sup>

Unproblematisch fallen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen unter den Begriff „öffentliche Sicherheit“, wenn dieser angelehnt an das Begriffsverständnis des nationalen Polizei- und Ordnungsrecht ausgelegt würde. Dann sind nämlich auch wirtschaftliche Positionen Einzelner von dem Begriff umfasst.<sup>221</sup> Dieser Auslegung wird jedoch entgegengehalten, dass aufgrund der Bindung des nationalen Gesetzgebers an die Vorgaben des europäischen Artenschutzes eine Auslegung des Begriffs „öffentliche Sicherheit“ nicht auf Grundlage des nationalen Rechts erfolgen dürfe, sondern sich an der restriktiven Auslegung im EU-Recht, angelehnt an Artikel 36 AEUV, orientieren müsse.<sup>222</sup> Auch eine restriktive Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit im Lichte des EU-Rechts führt jedoch zur Anwendbarkeit des Ausnahmegrundes auf die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen.<sup>223</sup> Denn auch der Rechtsprechung des EuGH ist zu entnehmen, dass die Sicherheit der Versorgung mit Energie die öffentliche Sicherheit eines Staates im Sinne des Artikel 36 AEUV gewährleistet.<sup>224</sup> Nach Auffassung der Bundesregierung handelt es sich bei der Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien auch deswegen um einen Belang der öffentlichen Sicherheit, weil die erneuerbaren

---

<sup>219</sup> Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (13.05.2020), S. 3 f., beschlossen von der UMK am 15. Mai 2020, S. 4 f.

<sup>220</sup> Kritisch zu einer Anknüpfung an den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit *Faller*, Der Begriff „öffentliche Sicherheit“ im Gesetzesentwurf zur EEG Novelle 2021 im Zusammenhang mit Windenergieanlagen, Rechtsgutachten im Auftrag der Bundesinitiative VERNUNFTKRAFT e.V. und Verein für Naturschutz und Gesundheit Sensbachtal e.V., 22. Oktober 2020, S. 8 ff.

<sup>221</sup> So *Mayr/Sanktjohanser*, Die Reform des nationalen Artenschutzes mit Blick auf das Urteil des EuGH v. 10.1.2006 in der Rs. C-98/03, in: NuR 2006, S. 412 (418).

<sup>222</sup> Dazu ausführlich anlässlich einer dahingehenden Konkretisierung im Entwurf des EEG 2021: *Faller*, Der Begriff „öffentliche Sicherheit“ im Gesetzesentwurf zur EEG Novelle 2021 im Zusammenhang mit Windenergieanlagen; *Frenz/Lau*, in: *Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), BNatSchG, 2. Auflage 2016, Vorb. §§ 44-45, Rn. 28; siehe auch ebenso *Schütte/Gerbig*, in: *Schlacke* (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Auflage 2017, § 45, Rn. 30.

<sup>223</sup> Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Absatz 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (13.05.2020) - beschlossen von der UMK am 15. Mai 2020, S. 4 ff.

<sup>224</sup> EuGH, Urteil vom 10. Juli 1984, Rs. C-72/83, *Campus Oil Limited u.a./Minister for Industry and Energy u.a.*, ECLI:EU:C:1984:256, Rn. 34.

Energien bereits heute und erst Recht in Zukunft einen relevanten Teil der Stromerzeugung ausmachen.<sup>225</sup> Der Zubau sichert dabei die dauerhafte Stromversorgung.<sup>226</sup> Die im Gesetz vorgesehene Feststellung der Errichtung von Anlagen als Belang der öffentlichen Sicherheit verstoße auch nicht gegen Europarecht.<sup>227</sup> Die von der UMK beschlossenen Hinweise zu den Ausnahmevoraussetzungen des § 45 Absatz 7 BNatSchG gehen ebenfalls von der Möglichkeit der Anwendung des Ausnahmegrundes „öffentliche Sicherheit“ für die Genehmigung von Windenergieanlagen im Einzelfall aus und sehen diese damit als vereinbar mit Artikel 9 VRL an.<sup>228</sup>

### c) Alternativenprüfung

Artikel 9 VRL erlaubt die Genehmigung einer Ausnahme nur, sofern es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt. Die Europäische Kommission sieht für die Prüfung folgenden Zweischnitt vor, der in der Rechtsprechung ebenfalls bereits für den dahingehend vergleichbaren Artikel 16 FFH-RL angewandt worden ist: Es ist von der Genehmigungsbehörde zunächst nachzuweisen, dass (1) andere Lösungen existieren, die nicht zu einer Verbotsverletzung führen.<sup>229</sup> Sollten derartige Alternativen vorliegen, ist festzustellen, dass (2) diese geeignet sind, den Zweck der Ausnahme zu erreichen.<sup>230</sup> Zulässige Zwecke der Ausnahmen sind wiederum nur solche, die mindestens einem der zulässigen Ausnahmegründe aus Artikel 9 Absatz 1 zugeordnet werden können.<sup>231</sup>

---

<sup>225</sup> BT-Drs. 19/23482, S. 96. Eine gesetzliche Feststellung dieser Auffassung war in § 1 Absatz 5 EEG 2021 zunächst angedacht („Die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien liegt im öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit.“), wurde dann jedoch gestrichen, s. BT-Drs. 19/25326, S. 11. Begründung hierfür war der Verweis auf die Verankerung der hohen Bedeutung in § 1 EEG. Darüber hinaus finde sich die hohe Bedeutung des Klimaschutzes und des damit verbundenen Ausbaus erneuerbarer Energien im Völker- und Europarecht. Dieser Befund ist zwar nicht falsch, insbesondere mit Blick auf Artikel 191 Absatz 1 AEUV oder etwa die Erwägungsgründe zur Richtlinie 2009/28/EG. Eine explizite Regelung hätte jedoch weiteren Begründungsaufwand erspart und insoweit mindestens klarstellende Wirkung gehabt.

<sup>226</sup> BT-Drs. 19/23482, S. 96.

<sup>227</sup> BT-Drs. 19/23482, S. 96.

<sup>228</sup> Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Absatz 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (13.05.2020), S. 3 f., beschlossen von der UMK am 15. Mai 2020, S. 5.

<sup>229</sup> *Europäische Kommission*, Great Cormorant – Applying derogations under Article 9 of the Birds Directive 2009/147/EC, 2013, S. 8; aus der Rechtsprechung jüngst EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019, Rs. 674/17, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola – Pohjois-Savo Kainuu ry/Suomen riistakeskus (Wolfsjagd), ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 47.

<sup>230</sup> *Europäische Kommission*, Great Cormorant – Applying derogations under Article 9 of the Birds Directive 2009/147/EC, 2013, S. 8 – siehe auch zur Prüfung der Geeignetheit EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019, Rs. 674/17, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola – Pohjois-Savo Kainuu ry/Suomen riistakeskus (Wolfsjagd), ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 44 ff.

<sup>231</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-342/05, Kommission/Finnland, ECLI:EU:C:2006:752, Rn. 26, vgl. auch EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2019, Rs. 674/17, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola – Pohjois-Savo Kainuu ry/Suomen riistakeskus (Wolfsjagd), ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 43.

Wie bereits dargestellt (oben b) ist der letzte Punkt für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen gegeben. Über den Zweischritt hinaus ist dem Wortlaut nach auch festzustellen, ob es sich (3) bei den Alternativen um „zufriedenstellende“ Lösungen handelt.

#### (1) Existenz anderer Lösungen

Eine im Sinne von Artikel 9 VRL andere Lösung für die Errichtung von Windenergieanlagen, die nicht zu einer Verbotsverletzung führt, ist die Errichtung und der Betrieb der fraglichen Windenergieanlagen an einem anderen Standort, an dem die absichtliche Tötung von geschützten europäischen Vogelarten ausgeschlossen werden kann. Streng genommen kämen damit nur solche Standorte als andere Lösung im Sinne einer Alternative in Betracht, bei denen also mit absoluter Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass es während Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen unter keinen Umständen zu Tötungen von geschützten Vogelarten kommen kann. Ob in diesem Sinne idealisierte Standorte vorhanden sind, darf bezweifelt werden, vielmehr kann wohl nur von einer näherungsweise bestimmbaren spezifischen Risikobedeutung von anderen Standorten ausgegangen werden. Außerdem ist fraglich, ob ein Verweis auf einen Standort, der möglicherweise unter Artenschutzgesichtspunkten besser geeignet ist, aber etwa Wirtschaftlichkeitsaspekte nicht mehr erfüllt, andere fachrechtliche oder tatsächliche Konflikte begründet bzw. verstärkt oder der in einem anderen Naturraum liegt, tatsächlich eine andere Lösung im Sinne der rechtlichen Vorgabe zu dem ursprünglich verfolgten Projekt darstellen kann.<sup>232</sup> Diese Frage soll aber einstweilen offen gelassen werden.

#### (2) Geeignetheit zur Zweckerreichung

Fraglich wäre weiter, ob die Umsetzung des geplanten Projekts an einem alternativen Standort tatsächlich geeignet ist, den Zweck der Ausnahme zu erreichen. Das ist wiederum davon abhängig, was als (überwiegender) Zweck der Ausnahme angenommen wird. Die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen verfolgt mehrere Zwecke. Zum einen ist Zweck die privatwirtschaftliche Betätigung in der Energiewirtschaft, konkret gewinnbringende Erzeugung und Vertrieb von Strom aus Windenergie. Mit diesem Fokus ist eine geeignete Alternative nur ein solcher Standort, der auch die gleiche oder jedenfalls vergleichbare Wirtschaftlichkeit des Betriebs ermöglicht. Insbesondere muss dafür eine entsprechende Windhöffigkeit gegeben sein. Ebenfalls

---

<sup>232</sup> Vgl. Lau, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, in: NuR 2021, S 28, 32.

können auch hier Aspekte des Flächenzugriffs des jeweiligen Vorhabenträgers und die Bereitschaft von Flächeneigentümern, ihr Grundeigentum für angemessene Vergütung für Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen zur Verfügung zu stellen, eine Rolle spielen, die im Zusammenhang mit dem Verwirklichungszweck von Windenergieanlagen nicht ausgeblendet werden können. Die Ausnahme vom Artenschutz muss aber auch den Zweck verfolgen, eine ansonsten (möglicherweise) unzulässige Handlung zu ermöglichen.

Mindestens bis zur Erreichung der aktuell festgelegten Ausbauziele für die Windenergie ist jedoch ein weiterer Zweck die Energiewende und der damit verbundene unverzichtbare Beitrag zum Klimaschutz und zur Versorgungssicherheit. Auch hierfür ist erforderlich, dass die Windenergieanlage an einem alternativen Standort die geplante Energieerzeugungsleistung erbringen kann. Mit Fokus auf diesem Zweck ist darüber hinaus die Knappheit entsprechender konfliktarmer Standorte zu berücksichtigen. Auch besitzt jede einzelne Windenergieanlage Relevanz für die Erreichung der Ausbauziele und zur Förderung des Klimaschutzes und der Versorgungssicherheit.<sup>233</sup> Das heißt auf die Umsetzung an einem alternativen Standort dürfte nur verwiesen werden, wenn Sicherheit dahingehend besteht, dass dort eine identische oder mindestens vergleichbare Menge an Windenergie erzeugt werden kann und das Projekt auch letztendlich unter den bestehenden übrigen Bedingungen realisiert wird (vgl. auch die sonstigen Aspekte schon oben). Andernfalls handelt es sich bei anderen Standorten schon der Sache nach nicht um eine Alternative, die der Zweckerreichung der Energiewende gerecht wird, sondern um schlicht einen anderen Standort ohne Qualität einer „Alternative“ im Wortsinn.

Aufgrund der erheblichen Bedeutung der Energiewende für die im öffentlichen Interesse stehende Verwirklichung der Klimaziele der Bundesrepublik überwiegt daher mindestens bis zur Erreichung des Ausbauziels der Zweck des Windenergieausbaus in der oben dargestellten Zweckmehrheit. Dies ergibt sich neben zuvor angeführten Argumenten nicht zuletzt aus den gesetzlich festgelegten Klimazielen, die auch Fristen für ihre Erreichung vorsehen und damit den Handlungsdruck im Angesicht des fortschreitenden Klimawandels anerkennen.<sup>234</sup> Insofern erhält der Klimaschutz eine deutlich stärkere Bedeutung als andere Erfordernisse.

### (3) Erfüllung des Merkmals „zufriedenstellend“ – Verhältnismäßigkeitsprüfung

---

<sup>233</sup> Vgl. VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI –, juris-Rn. 120.

<sup>234</sup> Siehe insbesondere § 1 Klimaschutzgesetz, Art. 1 G. v. 12.12.2019 BGBl. 2019 I S. 2513.

Generalanwältin *Kokott* hat zum Merkmal „zufriedenstellend“ alternativer Lösungen weiter konkretisiert, dass dort, wo Alternativen bestehen, die auch zur Zweckerreichung führen könnten eine Ausnahme nicht genehmigt werden darf, „wenn ihr Ziel mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden kann (...). Zufrieden stellend ist eine andere Lösung allerdings nicht nur, wenn sie die Ziele der Ausnahme genauso gut erreichen würde, sondern auch, wenn die verursachten Nachteile der Ausnahme außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen würden und die andere Lösung ein angemessenes Verhältnis gewährleisten würde.“<sup>235</sup> Mithin können über das Merkmal „zufriedenstellend“ auch solche Alternativen bevorzugt werden, die zwar nicht gleich geeignet sind, aber einen verhältnismäßigeren Interessenausgleich darstellen. Mit Blick auf die Standortauswahl bei Windenergieanlagen, sind somit alle mit der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen bestehende Erfordernisse zu betrachten, die neben dem Artenschutz existieren und einer Gewichtung zuzuführen.<sup>236</sup> Der Artenschutz wiederum muss insoweit unter der Perspektive der prognostischen Standortbewertung und dem mit der Standortauswahl einhergehenden abstrakt anzunehmenden Tötungsrisiko für Individuen der geschützten Vogelarten eingestellt werden.

Eine abstrakt-generelle Bewertung des Tötungsrisikos durch Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen muss dabei an die konkret vorliegenden Umstände anknüpfen, um verhältnismäßig zu sein. Es muss somit ein Lösungsweg gefunden werden, der sicherstellt, dass erhebliche Beeinträchtigungen des Artenschutzes durch Windenergieanlagen im Sinne eines Außerachtlassens oder einer eher abseitigen Beachtung ausbleibt. Einfach gesprochen darf ein zu schaffendes Ausnahmeregime nicht dort Windenergieanlagen zulassen, wo dadurch sehenden Auges ein weit über dem allgemeinen Lebensrisiko betroffener Arten liegendes Tötungsrisiko geschaffen wird bzw. bei denen bei idealisierter Betrachtung alleine die Auswahl eines Standortes früher oder später die Tötung eines konkreten Tieres begründete. Damit müssen zwar solche Standorte oder Lebensräume für die Zulassung von Windenergieanlagen ausgeschlossen werden, die nach gesicherten naturschutzfachlichem Kenntnisstand beinahe sicher die Tötung einzelner Individuen begründeten. Jedoch müssen gleichfalls solche Standorte und Bereiche identifizierbar sein, bei denen von solch einem erhöhten Risiko nicht auszugehen ist und die gesetzliche Ausnahme so ausgestaltet werden, dass an solchen Standorten keine artenschutzrechtlichen Einschränkungen

---

<sup>235</sup> Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-342/05, Kommission/Finnland, ECLI:EU:C:2006:752, Rn. 26 f.

<sup>236</sup> Vgl. Lau, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, in: NuR 2021, S 28, 32.

oder lediglich klar und abschließend gesetzlich adressierte Hürden für die Genehmigung bestehen, ohne dass für den Gesetzesvollzug Einzelfallbeurteilungen vorgesehen sind, die die generelle Frage der artenschutzrechtlichen Zulässigkeit administrativ aufladen oder sogar der Letztentscheidung vorbehalten. Diese Wertung gilt ebenfalls für die Einstellung des allgemeinen Lebensrisikos eines Tieres hinsichtlich seines Verhaltens, dass zwar nicht in allen Einzelfällen vorhersehbar sein mag, aber in Zusammenhang mit artspezifischem Verhalten im Umkreis von Fortpflanzungsstätten oder Brutplätzen vergleichsweise gut prognostizierbar ist.

Die erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung hat mit Blick auf die bisherige Genehmigungspraxis in zweierlei Hinsicht Relevanz:

Zum einen erfordert die Verhältnismäßigkeitsprüfung die Abwägung zwischen dem mit der Ausnahme verfolgten Ziel (vor allem Versorgungssicherheit und Klimaschutz) und den damit verbundenen Nachteilen (potentielle Tötung eines Tieres). Das Merkmal „zufriedenstellend“ adressiert in Bezug auf Windenergieanlagen solche Fälle, in denen am geplanten Standort das Ziel des Ausbaus der Windenergie außer Verhältnis zum Tötungsrisiko steht und ein alternativer Standort zwar nicht gleich geeignet ist (z.B. geringere Windhöffigkeit), aber dort ein angemessenes Verhältnis zwischen Tötungsrisiko auf der einen und dem legitimen Ausbauinteresse auf der anderen Seite gewährleistet wird. Das ist nur dann der Fall, wenn das Tötungsrisiko am ursprünglich angedachten Standort aufgrund konkreter Gegebenheiten besonders hoch ist und eine solche Nähe am alternativen Standort nicht vorliegt bzw. ein erhöhtes Risiko durch Schutzmaßnahmen gesenkt werden kann. Wie oben bereits ausgeführt kann dieser Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung bereits im Vorfeld durch den Gesetzgeber „entladen“ werden, indem Standorte mit besonders hohem Tötungsrisiko von Anfang an in der Standortanalyse ausgeschlossen werden. Dort, wo aus den konkreten Umständen auf den ersten Blick das verfolgte Ziel des Klimaschutzes nicht überwiegen kann, wird dann gar kein Planungsaufwand vorgenommen. In diesem Sinne kann der Gesetzgeber insoweit an vorhandene, da vor Entscheidung über die Zulassung einer Windenergieanlage durch Untersuchungen aufgefundene Fortpflanzungsstätten anknüpfen und Teile der Umgebung von der generellen Eignung für die Windenergienutzung ausschließen oder die Eignung von konkreten Schutzmaßnahmen abhängig machen.

Zum anderen könnte die Alternativenprüfung in Bezug auf das Merkmal „zufriedenstellend“ auch genutzt werden, um auf die bessere Eignung eines, mit Blick auf das Tötungsrisiko gleichwertigen, anderen Standorts zu verweisen, was regelmäßig Verzögerungen im Genehmigungsverfahren

vorprogrammiert. In Bezug auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot führt die abstrakte Risikobewertung im Vorfeld jedoch zu folgendem Ergebnis: Liegen beide angedachten Standorte in vergleichbar konfliktarmen Umgebungen, wobei diese Bewertung auf den Umstand gestützt wird, dass sich die Umgebung durch die Abwesenheit von Fortpflanzungsstätten auszeichnet, dann ist das dort durch die Errichtung von Windenergieanlagen geschaffene Tötungsrisiko in einer generalisierenden Betrachtung vergleichbar. Mithin ist von diesen beiden Standortalternativen keine der anderen aufgrund des Merkmals „zufriedenstellend“ vorzuziehen. Windenergieanlagen sind in dieser Umgebung demnach generell zulässig.

Daraus ergibt sich die folgende Konsequenz: Werden Standorte mit besonders hohem Tötungsrisiko aufgrund der Nähe zu Fortpflanzungsstätten von der Standortsuche bereits in einem ersten Schritt ausgeschlossen, bzw. Schutzmaßnahmen zur Senkung des Risikos angeordnet, dann sind alle verbleibenden Standortalternativen so vergleichbar, dass nicht mit Blick auf die mögliche bessere Vereinbarkeit nach Alternativen gesucht werden muss. Hierbei gilt selbstverständlich der bestehende Rechtsrahmen weiter: Insbesondere das artenschutzrechtliche Störungsverbot oder das Habitatschutzrecht (hier bspw. insbesondere – auch faktische – Vogelschutzgebiete). Dies hat auch zur Folge, dass es nicht zu einer dauerhaften Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses kommt, denn die Genehmigung über die Sonderausnahme greift in einem abgrenzbaren Bereich nur, wo andere Regelungen ihr nicht entgegenstehen. Insoweit ist bei der Entscheidung über die Einführung einer Ausnahmeregelung die multilaterale Anknüpfung verschiedener gesetzlicher Vorgaben in der Regelungssphäre des Tötungsverbots als Ausschnitt des Artenschutzes notwendigweise mit zu betrachten.

#### d) Formelle Voraussetzungen der Ausnahmen aus Artikel 9 Absatz 2 VRL

Die Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten aus der VRL müssen gemäß Artikel 9 Absatz 2 VRL formelle Voraussetzungen erfüllen. Dafür muss festgelegt werden, für welche Vogelarten die Ausnahme gelten, welche Methoden zu gelassen sind, welche zeitlichen und örtlichen Grenzen bestehen und wer über die Ausnahmen entscheidet und ihre Anwendung überwacht. Diese Aspekte sind in bestehenden Genehmigungsverfahren eher problemlos umzusetzen.

e) Keine Verschlechterung der Lage, Artikel 13 VRL

Während § 45 Absatz 7 BNatSchG festschreibt, dass der Erhaltungszustand der Population sich nicht verschlechtern darf, fehlt ein solcher Verweis auf den Erhaltungszustand im Wortlaut des Artikel 9 VRL. Zwar schreibt Artikel 13 VRL grundsätzlich fest, dass keine der Maßnahmen auf Grundlage der VRL in Bezug auf die Erhaltung der geschützten Vogelarten zu einer Verschlechterung der Lage führen darf. Das Verhältnis von Artikel 9 VRL zu Artikel 13 VRL ist aber soweit ersichtlich von der Rechtsprechung des EuGH nicht adressiert worden. Somit ist unklar, inwieweit die Bewahrung des Erhaltungszustands Teil des europäischen Regelungsrahmens ist und ob Artikel 13 VRL in der Ausnahmeprüfung im System des Artikel 9 VRL ähnliche Bedeutung haben kann wie die Erwähnung des Erhaltungszustands in Artikel 16 Absatz 1 Satz 1 FFH-RL – und die hierzu verfügbare Rechtsprechung dazu ebenfalls Anwendung findet. In der VRL selbst deutet darauf aber nichts hin. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind bei der Bestimmung der Tragweite einer Vorschrift sowohl ihr Wortlaut als auch ihr Kontext sowie die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgt werden.<sup>237</sup>

Der Wortlaut des Artikel 13 VRL spricht gegen eine Gleichsetzung des dortigen allgemeinen Aspekt der Verschlechterung der Lage mit dem Inhalt des Artikel 16 Absatz 1 Satz 1 FFH-RL. Es findet sich in Artikel 13 VRL keinerlei Anknüpfung an einen Populationsbegriff, sondern alleine die Vorgabe, dass „Maßnahmen“ „in Bezug auf“ Vogelarten nicht zu einer „Verschlechterung der Lage“ führen dürften. Dies verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht unmittelbar zur Handlung, sondern lediglich zur Verhinderung eines bestimmten Ergebnisses bei allgemeinen Handlungen die Einfluss auf den Vogelbestand<sup>238</sup> haben können. Dies wird auch deutlich im Vergleich zur Formulierung des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbots in Artikel 4 der Wasserrahmenrichtlinie<sup>239</sup>, das eine klare Verhaltenspflicht der Mitgliedstaaten formuliert („die Mitgliedstaaten führen (...) die notwendigen Maßnahmen durch, um eine Verschlechterung des Zustands aller Oberflächenwasserkörper zu verhindern“ – Artikel 4 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a Ziffer i). Solcherlei Vorgaben fehlen in Artikel 13 VRL, der dortige Inhalt kann daher nicht mehr als ein generalisierender

---

<sup>237</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juli 2015, Rs. C-461/13, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V./Deutschland, ECLI:EU:C:2015:433, Rn. 30.

<sup>238</sup> Vgl. Erwägung (6) der VRL „Die zu treffenden Maßnahmen sollten sich auf die verschiedenen auf die Vogelbestände einwirkenden Faktoren erstrecken, und zwar auf die nachteiligen Folgen der menschlichen Tätigkeiten wie insbesondere Zerstörung und Verschmutzung der Lebensräume der Vögel, Fang und Ausrottung der Vögel durch den Menschen sowie den durch diese Praktiken bewirkten Handel“.

<sup>239</sup> Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. L 327/1 vom 22.12.2000.

Programmsatz sein, aus Erwägungsgrund (6) der VRL ergibt sich zudem, dass im Fokus vor allem menschliche Handlungen stehen, die zielgerichtete Tötungen und Entnahmen sowie Lebensraumzerstörung begründen. Die Windenergienutzung ist insoweit vom Erwägungsgrund (6) der VRL bereits begrifflich nicht ausdrücklich adressiert.

Aus dem Kontext der Richtlinie ergibt sich, dass die Vorschrift des Artikel 13 VRL als zusätzliche Voraussetzung einer Ausnahmenerteilung verstanden werden muss – diese Einordnung erfolgt auch in der Literatur.<sup>240</sup> Hierbei ist demnach in abstrakter Bewertung die Annahme zu treffen, dass alleine eine Ausnahmeregelung keine nachhaltigen Nachteile für Vogelarten begründet. Ordnet der Gesetzgeber angesichts dieser Vorgabe demnach eine Ausnahmenregelung an, die unter nachvollziehbarer Bewertung bestimmte Lebensräume für einzelne Tiere einer Risikoqualifizierung unterzieht, ist nicht ersichtlich, dass Artikel 13 VRL so verletzt sein kann. Diesen Anforderungen wird es jedenfalls gerecht, wenn in den fachlichen Grundlagen der gesetzgeberischen Entscheidung über eine Ausnahmeanordnung bereits Erwägungen dergestalt eingeflossen sind, dass nur bestimmte Arten in Bezug auf relevante menschliche Einwirkungen überhaupt als über dem allgemeinen Lebensrisiko liegend gefährdet angesehen werden können, und bei einer fachliche fundierten Schädigungsprognose populationsbezogene Erwägungen einzelner Individuenverluste eingeflossen sind. Werden somit solche Arten der europäischen Vogelarten ausgesondert, die einerseits in Bezug auf ihre Gefährdung, an den Rotoren von Windenergieanlagen zu verenden, ein erhöhtes Risiko aufweisen und andererseits dieses Risiko in Abhängigkeit von Aufenthaltswahrscheinlichkeit in bestimmbareren Aktionsräumen und Bedeutung für die Population der Art solche fachlich bewertet, sind die Anforderungen der VRL erfüllt.

Eine solche Einordnung deckt sich auch mit den Zielen, die mit der Vogelschutzrichtlinie insgesamt verfolgt werden. Ziel der Richtlinie ist der Schutz, die Bewirtschaftung und die Regelung der heimischen Vogelarten auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten (Artikel 1 VRL). Gestützt ist die Richtlinie auf die Feststellung, dass bei vielen im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten wildlebenden Vogelarten ein Rückgang der Bestände festzustellen sei. Dieser Rückgang bilde eine ernsthafte Gefahr für die Erhaltung der natürlichen Umwelt, da insbesondere das biologische Gleichgewicht bedroht werde (Erwägungsgrund 3 der Richtlinie). Die Erhaltung der wildlebenden Vo-

---

<sup>240</sup> *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, Vor. §§ 37-55, Rn. 23.

gelarten sei für die Verwirklichung der Gemeinschaftsziele auf den Gebieten der Lebensbindungen und der nachhaltigen Entwicklung erforderlich (Erwägungsgrund 5). Erwägungsgrund 6 führt weiter aus:

*„Die zu treffenden Maßnahmen sollten sich auf die verschiedenen auf die Vogelbestände einwirkenden Faktoren erstrecken, und zwar auf die nachteiligen Folgen der menschlichen Tätigkeiten wie insbesondere Zerstörung und Verschmutzung der Lebensräume der Vögel, Fang und Ausrottung der Vögel durch den Menschen sowie den durch diese Praktiken bewirkten Handel; der Umfang dieser Maßnahmen sollte daher im Rahmen einer Vogelschutzpolitik der Situation der einzelnen Vogelarten angepasst werden.“*

In Erwägungsgrund 12 heißt es:

*„Wegen der Bedeutung, die bestimmte besondere Situationen haben können, sollte die Möglichkeit einer Abweichung von der Richtlinie unter bestimmten Bedingungen in Verbindung mit einer Überwachung durch die Kommission vorgesehen werden.“*

Diese Erwägungsgründe unterstreichen den Umstand, dass dem Erhalt der europäischen Vogelarten zwar eine erhebliche Bedeutung beigemessen wird, diese Bedeutung jedoch nicht zwingend andere Belange übertrumpft – was die Ausnahmeregelung gerade unterstreicht. Unter grundsätzlicher Beachtung fachlich belastbarer Populationsentwicklungsprognosen, sind relevante, aus Gesichtspunkten nachvollziehbarer gesetzgeberischer Ziele dem uneingeschränkten Vogelschutz vorzuziehende Belange insoweit geeignet, den Rahmen des Art. 13 VRL zu wahren.

Erneut wird dieser Befund durch einen Vergleich mit den Erwägungsgründen der Wasserrahmenrichtlinie deutlich. Dort heißt es bereits im ersten Erwägungsgrund:

*„Wasser ist keine übliche Handelsware, sondern ein ererbtes Gut, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt werden muss.“*

Diese Formulierung qualifiziert deutlich, dass dem Schutz des Wassers ein erhebliches Gewicht eingeräumt wird und insoweit keinen Vorrang anderer Belange zugelassen wird, soweit nicht exakt sichergestellt ist, dass kein Risiko für die Wasserqualität besteht, was dann wiederum das

im Wasserrecht geltende strenge Verschlechterungsgebot rechtfertigt. Im Umkehrschluss bestätigt sich aber auch, dass im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie programmatische Ziele verfolgt werden.

### 3. Gesetzgeberischer Handlungsspielraum im Ausnahmeregime des BNatSchG in Bezug auf Windenergievorhaben

Der in der Rechtsprechung des EuGH geforderten restriktiven Handhabung der Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten der VRL steht die Schaffung eines ausdrücklichen Ausnahmetatbestands für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen somit nicht entgegen, soweit die oben aufgeführten verpflichtenden Vorgaben der VRL eingehalten werden. Insbesondere ist es möglich, einen Rechtsrahmen für die Genehmigung von Windenergieanlagen zu schaffen, der nicht mehr die aufwendige Feststellung eines signifikanten Tötungsrisikos als Tatbestandsausschluss auf Grundlage von Prognoseentscheidungen im Einzelfall erfordert. Die Wahrung der europarechtlichen Vorgaben ist jedoch auch ohne Feststellung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos möglich, wenn eine gesetzlich verankerte Ausnahmeregelung für die Zulassung von Windenergieanlagen besteht. Maßgeblich wäre mithin in der Zukunft für die Genehmigung und den Betrieb von Windenergieanlagen nicht mehr die einzelfallbezogene Risikobewertung, sondern das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen. Die Ausnahmevoraussetzungen werden allerdings so gesetzlich konturiert, dass die Vorgaben des Artikel 9 VRL ganz überwiegend auf Ebene der gesetzgeberischen Entscheidung abgearbeitet werden.

### 4. Abschließende Erwägungen

Der hier vorgelegte Vorschlag zur Schaffung einer gesetzlichen Ausnahmeregelung spezifisch für den Ausbau der Windenergie an Land versteht sich als Beitrag zur aktuellen Diskussion um den Abbau von Ausbauhemmnissen. Mit Blick auf die Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH und den bisher nicht eindeutigen Aussagen der Europäischen Kommission dazu, ob Tötungen bei Betrieb von Windenergieanlagen unter „absichtliche Tötungen“ fallen liegt der Vorteil des hier vorgeschlagenen Ansatzes darin, von zukünftigen Entwicklungen auf der europäischen Ebene weitestgehend unabhängig zu sein.