

Rechtsgutachten

Die artenschutzrechtliche Ausnahme vom Tötungsverbot im Zusammenhang mit Windenergieanlagen

im Auftrag des

Landesverbandes baden-württembergischer Bürgerinitiativen
gegen Windkraftanlagen in Natur- und Kulturlandschaften e.V.

und der

Bürgerinitiative Gegenwind Straubenhardt e.V.

August 2017

Karlsruhe

Douglasstraße 11-15
76133 Karlsruhe

Telefon +49 721 91250-0
Telefax +49 721 91250-22
karlsruhe@caemmerer-lenz.de
www.caemmerer-lenz.de

Basel

Elisabethenstrasse 15
4051 Basel / Schweiz

Telefon +41 61 2721330
Telefax +41 61 2721595
lc@lclaw.ch
www.lclaw.ch

Erfurt

Anger 78/79
99084 Erfurt

Telefon +49 361 55806-0
Telefax +49 361 55806-66
erfurt@caemmerer-lenz.de
www.caemmerer-lenz.de

In Kooperation mit:
CL Wirtschaftsprüfung und
Steuerberatung GmbH & Co. KG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Karlsruhe

Karlsruhe

Rechtsanwälte:
Dr. Hans Caemmerer
Dr. Eberhardt Meiringer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dr. Michael Pap
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Dr. Oliver Melber
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Alexander Doll
Fachanwalt für Erbrecht
Hartmut Wichmann
Christian Walz
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht
Hartmut Stegmaier
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Gisbert Reel lic. jur. (Basel)
Bernd Schmitz
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Stefan Flaig
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Familienrecht
Karen Fiege
Fachwältin für Arbeitsrecht
Dr. Michael Artner
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bernhard Fritz
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Ulrich Eidenmüller
Bürgermeister a.D.
Tina Neff
Fachwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht
Christian Schlemmer
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Severine Deutsch
Fachwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht
Martin Eigenberger
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Jörg Schröder
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Steuerrecht
Dr. Rico Faller
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Sebastian Jung
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Cornelius Weiß
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Dr. Jürgen Höffler
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
Fachanwalt für Informationstechnologierecht
Cornelia Marschall
Fachwältin für Arbeitsrecht
Vanessa Meiringer
Dr. Susanne Uekermann
Fachwältin für Medizinrecht
Julia Stein
Fachwältin für Verwaltungsrecht
Patrizia Posselt
Fachwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht
Swantje Schreier
Lisa Full
Michaela von Poeppinghausen
Marko Wedemeyer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Maike Diehl

Wirtschaftsprüfer • Steuerberater:
Dr. Michael Ohmer, Dipl.-Kfm.

Basel

Advokaten • Notariat:
Dr. Felix Iselin, Notar
Dr. Gert Thoenen, LL.M. (Houston)
Dr. Benedikt A. Suter, Notar
Dr. Caroline Cron
Dr. Martin Lenz, Notar
Fachanwalt SAV Erbrecht
Dr. Beat Eisner
Carlo Scollo Lavizzari, LL.M. (Kapstadt)
Dr. Lucius Huber
Prof. Dr. Andrea Eisner-Kiefer
Dr. Cristina von Holzen
Dr. Damian Schai
Dr. Philipp Ziegler, dipl. Steuerexperte
Marine Müllershausen, LL.M.
Daniela Ritter
van Quy Peter Tran

Erfurt

Rechtsanwälte:
Bernd Gindorf
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Jan Helge Kestel
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht
Dr. Ingo Vollgraf
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Inhaltsverzeichnis

I.	Gegenstand und Anlass dieses Rechtsgutachtens	3
II.	Die Verwaltungsvorschriften des Landes Baden-Württemberg	3
III.	Rechtliche Relevanz	4
IV.	Die Anwendung von Verwaltungsvorschriften und die Verantwortung des Beamten	5
1.	Vorrangiges Gesetzesrecht	5
2.	Dienstplicht und volle persönliche Verantwortung.....	5
3.	Strafbarkeit trotz Bestätigung durch einen höheren Vorgesetzten	6
V.	Die (Unions-)Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschriften	7
1.	Die Ausnahme im Windenergieerlass.....	7
2.	Die Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen	7
3.	Die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG und das Unionsrecht	8
3.1	Die Regelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG.....	8
3.2	Erhebliche Abweichung von Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie.....	10
3.3	Keine nicht nachvollziehbaren Wertungswidersprüche	10
3.4	EuGH hat Unionsrechtswidrigkeit bereits festgestellt	13
3.4.1	Ausnahmegründe in der Vogelschutzrichtlinie sind abschließend	13
3.4.2	Bestätigung der EuGH-Rechtsprechung	14
3.4.3	Weitere Bestätigung und Konkretisierung der EuGH-Rechtsprechung	15
3.4.4	Aufnahme durch deutsche Gerichte.....	16
3.4.5	Gescheiterte Gesetzesinitiative	17
3.5	Weitere Abweichungen	17
3.5.1	Schutzumfang	18
3.5.2	Richtlinienumsetzung und Bestimmtheit.....	19
3.5.2	Beeinträchtigung der Arbeit der Verwaltung	20
3.5.3	Kontrolle.....	20
3.6	Anwendungsvorrang des Unionsrechts	21
V.	Die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschriften im Übrigen	21
1.	Zwingendes öffentliches Interesse	22
1.1	Pauschale Annahme	22
1.3	Konkret in Baden-Württemberg	25
2.	Abwägung.....	26

I. Gegenstand und Anlass dieses Rechtsgutachtens

Die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG statuiert eine Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot. Dieses Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verbietet es insbesondere, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu verletzen oder zu töten. Im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen (WEA) kommt diesem Verbot oftmals entscheidende Bedeutung für die Planung und Genehmigung derartiger Anlagen zu. Dementsprechend scheitert die Planung und Genehmigung von WEA nicht selten an dem häufig entgegenstehenden artenschutzrechtlichen Tötungsverbot. Denn erstens ist das Verbot bereits dann „aktiviert“, wenn ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht, und zweitens ist das Verbot – insbesondere nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – nicht der Abwägung zugänglich. Aus diesen Gründen wird von der Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG auch im Zusammenhang mit WEA Gebrauch gemacht, um – trotz des oft entgegenstehenden Artenschutzes – aus politischen und wirtschaftlichen Gründen die erforderliche immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erhalten bzw. erteilen zu können. Dies ist allerdings, wie die folgenden Ausführungen belegen, aus mehreren Gründen rechtswidrig und mit dem höherrangigen Unionsrecht nicht zu vereinbaren.

II. Die Verwaltungsvorschriften des Landes Baden-Württemberg

Den von der baden-württembergischen Landesregierung an die nachgeordneten Behörden und Kommunen adressierten Verwaltungsvorschriften ist die politische Überlagerung der rechtlichen Implikationen sehr deutlich zu entnehmen. Es handelt sich um folgende Verwaltungsvorschriften:

- Windenergieerlass Baden-Württemberg vom 09.05.2012
(im Folgenden: Windenergieerlass);
- Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen vom 01.07.2015 (im Folgenden: Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen);

Sowohl allgemein im Zusammenhang mit dem Artenschutz (vgl. Faller/Stein, Artenschutzrechtliches Gutachten im Auftrag des Landesverbandes baden-württembergischer Bürgerinitiativen gegen Windkraftanlagen in Natur- und Kulturlandschaften e.V., 2014) als auch speziell im Hinblick auf die Ausnahme vom Tötungsverbot wird in den einschlägigen Verwaltungsvorschriften an etlichen entscheidenden Stellen

- nur „die halbe Wahrheit“ aufgeführt,
- die obergerichtliche, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH nicht berücksichtigt (bspw. zu Art. 9 Vogelschutzrichtlinie) und werden
- die Zusammenhänge unvollständig und daher letztlich verzerrt dargestellt.

Aus diesen Gründen haben sich der Landesverband baden-württembergischer Bürgerinitiativen gegen Windkraftanlagen in Natur- und Kulturlandschaften e.V. und die Bürgerinitiative Gegenwind Straubenhardt e.V. entschlossen, speziell bezüglich der Ausnahme vom Tötungsverbot nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Fehler, Auslassungen und Verzerrungen hinzuweisen, mit dem Ziel, eine rechtskonforme Berücksichtigung dieses Erlasses und damit eine rechtskonforme Planung und Genehmigungspraxis herzustellen.

III. Rechtliche Relevanz

Wenn die teilweise rechtlich unzutreffende und verzerrende Darstellung im Windenergieerlass und in den oben genannten Hinweisen die Praxis bestimmt, ohne dass die rechtlichen Vorgaben und die obergerichtliche Rechtsprechung hinreichend beachtet werden, so werden vollendete und irreversible Tatsachen – zugunsten der Windkraftindustrie und zulasten des Artenschutzes – geschaffen und damit ein Zustand hergestellt, der nicht nur gegen bundesdeutsches Recht verstößt, sondern auch gegen Unionsrecht. Ferner ist in diesem Zusammenhang auf das sog. Artenschutz-Strafrecht und insbesondere auf die Strafvorschrift des § 71 a Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG hinzuweisen, die seit dem 13.06.2012 in Kraft ist. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer ein wildlebendes Tier einer besonders geschützten Art tötet oder seine Entwicklungsformen aus der Natur entnimmt oder zerstört. Leichtfertiges Handeln wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe geahndet. Dabei kann nicht nur die Tötungs- oder Zerstörungshandlung selbst unter diesen Tatbestand fallen, sondern beispielsweise auch die Erteilung einer – wegen Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot – fehlerhaften Genehmigung

(vgl. Hüting/Hopp, Strafbarkeit von Amtsträgern in Umweltüberwachungsbehörden, LKV 2014, 337).

IV. Die Anwendung von Verwaltungsvorschriften und die Verantwortung des Beamten

Sowohl dem Windenergieerlass als auch den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen sind Ausführungen zu § 45 Abs. 7 BNatSchG in Form von Verwaltungsvorschriften zu entnehmen, deren Anwendung allerdings auch für den jeweiligen Beamten höchst problematisch ist. Denn aufgrund der bestehenden Strafbarkeit von Amtsträgern kann es unter Umständen bei der vollen persönlichen Verantwortung des Beamten bleiben – mit allen strafrechtlichen und disziplinarrechtlichen Folgen und zwar selbst dann, wenn die Anwendung durch einen höheren Vorgesetzten angewiesen wird.

1. Vorrangiges Gesetzesrecht

Entsprechend der Zielrichtung, ausschließlich die Windenergie zu befördern, wird in den Verwaltungsvorschriften nicht verdeutlicht, dass es sich lediglich um Verwaltungsvorschriften handelt, die nicht in der Lage sind, das vorrangige Gesetzesrecht – sei es Landes-, Bundes- oder Unionsrecht – zu verdrängen (näher dazu Faller/Stein, a.a.O., 2014). Konkret bedeutet dies nämlich, dass Mitarbeiter in Behörden das vorrangige Gesetzesrecht zu beachten haben, siehe etwa Simon/Busse/Decker BayBO Art. 80 Rn. 83-90, beck-online:

„Verwaltungsvorschriften verdrängen aber nicht das vorrangige Gesetzesrecht und vermögen die Behörde nicht von der Verpflichtung zu entbinden, gegebenenfalls auch abweichend von den darin enthaltenen Richtlinien zu entscheiden (vgl. etwa BVerwG v. 4.10.1988 und v. 24.4.1989, Buchholz 402.24).“

2. Dienstpflicht und volle persönliche Verantwortung

Nach § 36 Abs. 1 BeamtStG tragen Beamte für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung. Daraus ergibt sich die Dienstpflicht zur Beachtung der Gesetze mit der Folge, dass die strafrechtliche und disziplinarrechtliche Haftung bei schuldhaften Rechtsverletzungen besteht. Dabei ist anerkannt, dass sich die Pflicht zur Be-

achtung der Gesetze auch auf das Unionsrecht, also beispielsweise auch auf die Vogel-schutzrichtlinie erstreckt. Betroffen ist daher auch der Vorrang des Unionsrechts. Diese Pflicht bedeutet auch, dass ein Beamter stets die Rechtmäßigkeit seiner seines Handelns zu prüfen hat, und zwar unabhängig davon, ob insoweit Vorgesetzte ihrerseits entschieden haben oder ob eine allgemeine Richtlinie beachtet werden soll. Ohne die Erfüllung dieser Prüfungspflicht genügt der Beamte seiner Verantwortung für die Rechtmäßigkeit ebenso wenig wie der Pflicht zur gewissenhaften Amtsführung. Dementsprechend steht dem Beamten die Befugnis zur Nichtanwendung der entsprechenden Vorschrift zu (siehe von Roetteken/Rothländer, BeamStG, § 36 Rn. 1, 36, 40, 42).

3. Strafbarkeit trotz Bestätigung durch einen höheren Vorgesetzten

Der Beamte hat das Recht und die Pflicht zur Remonstration, also das Recht und die Pflicht, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Weisungen beim Vorgesetzten bzw. beim nächst höheren Vorgesetzten geltend zu machen. § 36 Abs. 2 BeamStG lautet wie folgt:

„Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen haben Beamtinnen und Beamte unverzüglich auf dem Dienstweg geltend zu machen. Wird die Anordnung aufrechterhalten, haben sie sich, wenn die Bedenken fortbestehen, an die nächst höhere Vorgesetzte oder den nächst höheren Vorgesetzten zu wenden. Wird die Anordnung bestätigt, müssen die Beamtinnen und Beamten sie ausführen und sind von der eigenen Verantwortung befreit. Dies gilt nicht, wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen oder Beamten erkennbar ist. Die Bestätigung hat auf Verlangen schriftlich zu erfolgen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass das Remonstrationsverfahren nicht nur Einzelanweisungen, sondern auch Verwaltungsvorschriften sowie Gesetze betrifft, wenn diese beispielsweise gegen Unionsrecht verstoßen (siehe von Roetteken/Rothländer, BeamStG, § 36 Rn. 54). Vor allem aber ist wichtig, dass die Verpflichtung zur Ausführung – trotz einer Bestätigung durch einen höheren Vorgesetzten – entfällt, wenn sich der Beamte oder die Beamtin strafbar machen würde. Dies stellt § 36 Abs. 2 Satz 4 BeamStG, wie gezeigt, unmissverständlich klar. In diesem Fall bleibt es dann trotz entgegenstehender Auffassung eines höheren Vorgesetzten bei der Verantwortlichkeit des Beamten bzw. der Beamtin (siehe von Roetteken/Rothländer, a.a.O., Rn. 98 f.):

*„In diesem Falle darf er/sie trotz der Bestätigung nach Abs. 2 S. 3 oder einer Weisung nach Abs. 3 die Anordnung nicht ausführen, da ihm/ihr dies durch das Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht wie jedem anderen Bürger/jeder anderen Bürgerin untersagt ist. Es handelt sich insoweit auch um eine dienstrechtliche Pflicht zur Unterlassung, die sich aus der Bindung des Beamten/der Beamtin an Recht und Gesetz [...] gegenüber der Allgemeinheit und der Pflicht zur gewissenhaften Amtsführung (§ 34 S. 2) ergibt.“
[Hervorh. d. d. Verf.]*

V. Die (Unions-)Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschriften

Die Ausführungen im Windenergieerlass und auch die Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen enthalten Ausführungen, die rechtlich nicht haltbar sind und insbesondere gegen höherrangiges Unionsrecht verstoßen.

1. Die Ausnahme im Windenergieerlass

In Kapitel 5.6.4.2.2 im Windenergieerlass wird ausführlich auf die Ausnahmemöglichkeit für den Fall, dass ein Verstoß gegen ein Verbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG vorliegt, eingegangen. Es wird ausgeführt, dass als Ausnahmegrund in erster Linie § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG in Betracht komme (zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses). Am Ausbau der Windenergie bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse. Da auch die Schutzziele des Artenschutzes im öffentlichen Interesse stünden, sei eine bilanzierende Gesamtbetrachtung erforderlich, bei der einerseits z.B. die Gefährdung der betroffenen Art und das Ausmaß der zu erwartenden Beeinträchtigungen zu berücksichtigen sei und andererseits die besondere Windhöflichkeit des Standortes.

2. Die Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen

In den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen heißt es auf Seite 6, dass nach § 45 Abs. 7 BNatSchG im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden können und dass diese nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH eng bzw. restriktiv auszulegen und umzusetzen seien. Verwiesen wird dabei ausdrücklich auf EuGH, Urt. vom 07.03.1996 – C-118/94 – Rn. 21, m.w.N. (näher dazu unten). Nicht verwiesen wird hingegen auf das zum Zeitpunkt der Abfassung der Hinweise ebenfalls längst vorliegende Urteil des EuGH vom 26.01.2012 – C-

192/11. Bei einer Bezugnahme wäre die Unionrechtswidrigkeit allerdings offenbar geworden (näher dazu ebenfalls unten). Maßgeblich seien nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art. Dieser Ausnahmegrund könne auch bei europäischen Vogelarten herangezogen werden, heißt es weiter auf Seite 7. Dies stehe auch in Einklang mit Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie. Zwar würden in Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses und das Interesse an der Erzeugung regenerativer Energie nicht ausdrücklich genannt. Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie schließe aber Gründe sozialer und wirtschaftlicher Art und sonstige zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses als Rechtfertigung für eine Ausnahme nicht aus. Denn andernfalls würde dies innerhalb des Unionsrechts zu nicht nachvollziehbaren, erheblichen Wertungswidersprüchen hinsichtlich der Ausnahmegründe der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-Richtlinie führen (wobei auf BayVGH, Urt. vom 19.02.2014, 8 A 11.40040-40045 u.a., Rn. 846 und 851 m.w.N. verwiesen wird; auch dazu näher unten). Diese Sichtweise entspreche der Intention des deutschen Gesetzgebers, so die Hinweise weiter.

3. Die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG und das Unionsrecht

Die vorstehend erläuterten Ausführungen im Windenergieerlass und in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen sind rechtlich nicht haltbar, insbesondere deshalb, weil zwar erläutert wird, dass Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie Gründe sozialer und wirtschaftlicher Art und sonstige zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses als Rechtfertigung für eine Ausnahme nicht ausschließe. Es wird aber mit keinem Wort erwähnt, dass der EuGH gerade das Gegenteil höchstrichterlich bereits im Jahr 2012 entschieden hat.

3.1 Die Regelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG

Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen ist zunächst die Regelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG. Eine Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot ist demnach nur nach folgenden Maßgaben möglich:

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

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

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2009/147/EG sind zu beachten. Die Landesregierungen können Ausnahmen auch allgemein durch Rechtsverordnung zulassen. Sie können die Ermächtigung nach Satz 4 durch Rechtsverordnung auf andere Landesbehörden übertragen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Für die Genehmigung von Windenergieanlagen kommt von dem in Satz 1 der Norm genannten Katalog ausschließlich die Möglichkeit in Betracht, eine Ausnahme aus „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ zuzulassen (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG). Darüber besteht Einigkeit, wie sich zutreffend auch aus den oben genannten Verwaltungsvorschriften ergibt.

3.2 Erhebliche Abweichung von Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie

Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass dies bereits deshalb nicht möglich ist, weil die höherrangige Vogelschutzrichtlinie diesen Ausnahmegrund – der auch äußerst unbestimmt formuliert ist – gar nicht zulässt. Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie (Richtlinie 2009/147/EG vom 30. November 2009) lässt bestimmte Abweichungen von den durch die Vogelschutzrichtlinie geschützten und von dem Vorhaben negativ betroffenen europäischen Vogelarten nur in folgenden Fällen zu:

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

Eine Abweichung wie in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG vorgesehen, also aus „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ ist hier gerade nicht vorgesehen. Damit liegt das nahe, was sich auch aus der näheren Betrachtung ergibt: Die Möglichkeit der Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG verstößt jedenfalls im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie gegen diese Richtlinie und damit gegen Unionsrecht.

3.3 Keine nicht nachvollziehbaren Wertungswidersprüche

Die oben bereits zitierten Ausführungen in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen, wonach dann, wenn entgegen des Wortlauts nicht „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ als Ausnahmegrund herangezogen würden, nicht nachvollziehbaren Wertungswidersprüche entstünden, überzeugt nicht. Zur Begründung wird in den Hinweisen auf ein Urteil des BayVGh vom 19.02.2014 – 8 A 11.40040-

40045, u.a. – verwiesen. Bei näherer Betrachtung ergibt sich daraus aber nicht das, was in den Hinweisen suggeriert wird. In der Entscheidung heißt es unter Rn. 851, juris:

„In Fällen der vorliegenden Art wesentlich erscheint dagegen, dass der ein - wie wiederholt festgestellt - bedeutsames Verkehrsinfrastrukturvorhaben zulassende Planfeststellungsbeschluss, der zugleich im Einzelnen einen vollständigen Ausgleich der Eingriffe zulasten betroffener europäischer Vogelarten anordnet, in unionsrechtlicher Hinsicht auch den Ausnahmetatbestand der vernünftigen Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen unter streng überwachten Bedingungen nach Art. 9 Abs. 1 Buchst. c V-RL erfüllt. Dieser Tatbestand kann nämlich nicht nur einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass es bei der "Nutzung" auf einen individualisierten Zugriff auf betroffene Vögel ankomme, was eine sachlich kaum begründbare Privilegierung von individualnützigen Jägern oder Freizeitsportlern gegenüber gemeinnützigen Infrastrukturmaßnahmen zur Folge hätte. Dies stellte einen nicht nachvollziehbaren Wertungswiderspruch dar (vgl. zum Ganzen Sobotta, NuR 2007, 642/649; Lau, NuR 2013, 685/690; vgl. auch EuGH, U.v. 8.6.2006 - C-60/05 - Slg. 2006, I-05083 Rn. 23ff.).“

Der Wertungswiderspruch, auf die in den Hinweisen verwiesen wird, besteht nach den Ausführungen des Bayerischen Verwaltungsgeschichtshofs nicht hinsichtlich der – hier bei WEA alleine in Betracht kommenden – Ausnahmeregelung „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“, sondern bezüglich des Ausnahmetatbestands der „vernünftigen Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen unter streng überwachten Bedingungen“ nach Art. 9 Abs. 1 Buchst. c V-RL. Der Eindruck, der mit dem Verweis auf diese Entscheidung, erweckt wird, ist somit falsch und verzerrend. Denn dieser Entscheidung lässt sich gerade nicht das entnehmen, was in den Hinweisen suggeriert wird.

Überhaupt geht die Bezugnahme auf die Ausnahmegründe in der FFH-Richtlinie fehl. Es ist zwar richtig, dass dort eine Ausnahme „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ vorgesehen ist. Dies gilt aber lediglich für die FFH-Richtlinie, nicht jedoch für die Vogelschutzrichtlinie, die ausdrücklich etwas anderes vorsieht. Wollte man gleichwohl diesen in der FFH-Richtlinie vorgesehenen Ausnahmegrund auf die Vogelschutzrichtlinie anwenden bzw. übertragen, so verließ man damit den klaren Wortlaut der Vogelschutzrichtlinie, so dass derartiges nicht im Wege der Auslegung, sondern allenfalls im Rahmen einer Analogie möglich wäre. Einer analogen Anwendung steht jedoch nicht nur entgegen, dass es sich hier nicht um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt (sondern um eine Ausnahmeregelung) und auch, dass hier keine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Denn es ist anerkannt, dass es sich bei den in Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie aufge-

zählten Ausnahmegründen um Regelungen mit Ausnahmecharakter handelt und auch, dass die Aufzählung abschließend ist (näher dazu unten).

Hinzu kommt, dass die Schutzrichtungen der Vogelschutzrichtlinie einerseits und der FFH-Richtlinie andererseits nicht deckungsgleich sind, wie sich beispielsweise aus dem Urteil des BVerwG vom 08. Januar 2014 – 9 A 4/13 –, Rn. 39 juris, ergibt:

„Entgegen der Auffassung des Beklagten beurteilt sich die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses nach Art. 4 Abs. 4 VRL und nicht nach dem weniger strengen Schutzregime, das Art. 6 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl EG Nr. L 206 S. 7 - Habitatrichtlinie - FFH-RL) und die seiner Umsetzung dienende Vorschrift des § 34 BNatSchG errichten.“

Auch die in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen zuletzt genannte Begründung, dass die Sichtweise, wonach „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ ebenfalls eine Ausnahme vom Tötungsverbot begründen könne, der Intention des deutschen Gesetzgebers entspreche, überzeugt nicht. Dies mag zwar für sich betrachtet zutreffend sein. Aber genau dies, also die Regelung im deutschen Recht, ist das Problem: § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG verstößt gegen höherrangiges Unionsrecht, soweit damit eine Ausnahme für die Tötung von Tieren, die nach der Vogelschutzrichtlinie streng geschützt sind, begründet wird. Die Intention des deutschen Gesetzgebers ist nicht relevant, wenn das entsprechende Gesetz unionsrechtswidrig ist. Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass auch das Bundesverwaltungsgericht Bedenken hat. Das Gericht hat zu Recht keine Übertragung aus der FFH-Richtlinie in Erwägung gezogen und es hat sich auch nicht mit allgemeinen Erwägungen zur Intention des deutschen Gesetzgebers auseinandergesetzt. So heißt es im Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 –, unter juris Rn. 262:

„Die Ausnahmeregelung könnte sich als bedenklich erweisen, soweit die Vogelschutzrichtlinie weitergehende Anforderungen stellt.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang, dass in den Verwaltungsvorschriften darauf nicht eingegangen wird.

3.4 EuGH hat Unionsrechtswidrigkeit bereits festgestellt

Es entbehrt auch einer objektiven und neutralen Darstellung, wenn in den Verwaltungsvorschriften ebenfalls mit keinem Wort erwähnt wird, dass der Europäische Gerichtshof zu dieser Frage bereits mit deutlichen Worten Position bezogen hat. Analysiert man die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage, so ergibt sich ein eindeutiger Befund: Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die Vorgaben in den oben genannten Verwaltungsvorschriften zu § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG unionsrechtswidrig.

3.4.1 Ausnahmegründe in der Vogelschutzrichtlinie sind abschließend

Dass es sich bei den in Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie aufgeführten Ausnahmegründe – die gerade nicht „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ als Ausnahmegrund nennen –, abschließend zu verstehen sind, also gegenüber weiteren Ausnahmegründen nicht offen ist, ergibt sich aus mehreren Urteilen. So hat der EuGH bereits im Urteil vom 08. Juli 1987 – 247/85 –, unter Rn. 58 juris judiziert:

„Zum Begriff „Örtliches Interesse“ ist zu sagen, dass er nicht zu den in Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie abschließend aufgezählten Gründen gehört, aus denen die Mitgliedstaaten von den Schutzbestimmungen der Richtlinie abweichen dürfen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Bekräftigt hat der EuGH diese im Urteil vom 07. März 1996 – C-118/94 –, 2. Leitsatz und Rn. 21 juris:

„Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie 79/409 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, der die Möglichkeit der Abweichung der Mitgliedstaaten von dem in den Artikeln 5 und 7 der Richtlinie niedergelegten allgemeinen Verbot der Bejagung geschützter Arten vorsieht, sofern es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt und die Abweichung auf einem der abschließend aufgeführten Gründe beruht, und Artikel 9 Absatz 2, der die strengen Formkriterien nennt, denen solche Abweichungen entsprechen müssen, sind dahin auszulegen, daß sie den Mitgliedstaaten die Zulassung dieser Abweichungen nur durch Maßnahmen gestatten, die eine hinreichend ausführliche Bezugnahme auf die in Artikel 9 Absätze 1 und 2 vorgesehenen Angaben enthalten.

[...]

Zu der in Artikel 9 der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit der Abweichung von den die Jagd beschränkenden Vorschriften und den anderen Einschränkungen und Verboten nach den Artikeln 5, 6 und 8 der Richtlinie hat der Gerichtshof festgestellt, daß diese drei Bedingungen unterliegt. Erstens muß der Mitgliedstaat die Abweichung auf den Fall beschränken, daß es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt. Zweitens muß die Abweichung mindestens auf einem der in Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a, b und c abschließend aufgeführten Gründe beruhen. Drittens muß die Abweichung den in Artikel 9 Absatz 2 genannten strengen Formkriterien entsprechen, die die Abweichungen auf das unbedingt Notwendige beschränken und ihre Überwachung durch die Kommission ermöglichen sollen. Obwohl dieser Artikel eine weitgehende Abweichung von der allgemeinen Schutzregelung gestattet, sieht er also nur eine konkrete und gezielte Anwendung vor, um bestimmten Erfordernissen und besonderen Situationen Rechnung zu tragen (Urteile vom 8. Juli 1987 in der Rechtssache 247/85, Kommission/Belgien, Slg. 1987, 3029, Randnr. 7, und in der Rechtssache 262/85, Kommission/Italien, Slg. 1987, 3073, Randnr. 7).“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Im Zusammenhang mit diesem Urteil sei auch nochmals in Erinnerung gerufen, dass in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen ausdrücklich auf diese Entscheidung hingewiesen wurde – allerdings nur bezüglich der Maßgabe, Ausnahmeregelungen eng bzw. restriktiv auszulegen. Dass dieser Entscheidung aber letztlich zu entnehmen ist, dass Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie abschließend ist und dass daher die Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie unionsrechtswidrig ist, wird in den Hinweisen verschwiegen.

3.4.2 Bestätigung der EuGH-Rechtsprechung

Auch später dann, etwa im Urteil des EuGH vom 12. Juli 2007 – C-507/04 –, Rn. 324 juris, wurde an dieser Rechtsprechung festgehalten:

„Als Erstes ist darauf hinzuweisen, dass § 34 Abs. 1 Sbg NSchG einen Abweichungsgrund für die Getränkeherstellung schafft, der sich nicht in der abschließenden Aufzählung der Gründe in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie findet.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Bereits aus diesen Entscheidungen ergibt sich der oben dargestellte Befund hinreichend. Wenn die Aufzählung in Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie abschließend ist, kann nicht aus einer anderen Richtlinie, namentlich der FFH-Richtlinie, ein weiterer Ausnahmegrund entnommen und in Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie hineininterpretiert werden.

3.4.3 Weitere Bestätigung und Konkretisierung der EuGH-Rechtsprechung

Dies gilt erst recht, wenn man die weitere Entscheidung des EuGH vom 26. Januar 2012 – C-192/11 – betrachtet, in der sich das Gericht mit genau dieser Frage, bezogen auf die Republik Polen, auseinanderzusetzen hatte und mit der der EuGH an seiner Rechtsprechung unmissverständlich festgehalten hat. Es ging bei diesem Verfahren um ein Vertragsverletzungsverfahren, in dem sich das Gericht konkret mit einer Regelung auseinanderzusetzen hatte, wie sich auch die Bundesrepublik Deutschland in § 47 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG vorsieht; siehe NuR 2013, 718, 720 ff.:

„[36] Die Kommission ist der Ansicht, dass die Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie ins polnische Recht fehlerhaft sei. Dies beruhte darauf, dass Art. 56 Abs. 4a des Naturschutzgesetzes Möglichkeiten des Erteilens von Ausnahmen von den in Art. 52 Abs. 1 des Naturschutzgesetzes enthaltenen Verboten aus anderen als den in der Richtlinie erwähnten Gründen vorsieht, u.a. aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt.

[37] Die Kommission vertritt den Standpunkt, dass die streitigen Ausnahmen nicht den Anforderungen des in der Richtlinie vorgesehenen Schutzes gerecht werden. Die Aufzählung der Tatbestände, auf deren Grundlage Ausnahmen von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie erteilt werden können, sei nämlich abschließend. Des Weiteren müsse jeder dieser Tatbestände restriktiv ausgelegt werden.

Würdigung durch den Gerichtshof

[39] Es ist festzustellen, dass die Gründe für die Erteilung der in Art. 56 Abs. 4a des Naturschutzgesetzes in der Fassung vor der 2010 erfolgten Novellierung enthaltenen Ausnahmen, darunter Gründe des überwiegenden öffentlichen oder wirtschaftlichen Interesse, nicht in den abschließenden Ausnahmetatbeständen des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie erwähnt sind.

[...]

[43] Daher ist die dritte Rüge begründet.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Der Entscheidung lässt sich somit zweierlei entnehmen: Erstens ergibt sich daraus, dass eine derartige Regelung, wie sie auch hier in Deutschland in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG getroffen ist, nicht mit Unionsrecht vereinbar ist, und zweitens ergibt sich daraus, dass nur eine hinreichend klare und präzise innerstaatliche Bestimmung eine Abweichung vom Tötungsverbot begründen kann. Auch daran dürfte es hier fehlen, da der Ausnahmegrund „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ – wie auch bei der vom EuGH beanstandeten polnischen Regelung – offener und damit unpräziser kaum sein könnte (näher dazu unten).

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass § 45 Abs. 7 S. 2 und 3 BNatSchG eine Bezugnahme auf Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie nur bezüglich dessen 2. Absatz enthält, nicht aber bezüglich dessen 1. Absatz, was bezeichnend ist. Denn es ist genau dieser 1. Absatz, der die möglichen Ausnahmetatbestände in der Vogelschutzrichtlinie regelt und von dem das deutsche Recht Unionsrechts widrig abweicht.

3.4.4 Aufnahme durch deutsche Gerichte

Erst jüngst hatte sich auch das OVG Nordrhein-Westfalen mit der Ausnahmeregelung zu befassen und im Urteil vom 29. März 2017 – 11 D 70/09.AK –, Rn. 947, juris ausgeführt:

„Es kann offen bleiben, ob die in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG n. F. vorgesehene Möglichkeit einer Ausnahmeerteilung aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art mit Art. 9 Abs. 1 VRL zu vereinbaren ist. Allerdings hat der Gerichtshof der Europäischen Union hinsichtlich einer vergleichbaren polnischen Regelung festgestellt, dass diese Ausnahmetatbestände nicht in Art. 9 Abs. 1 VRL erwähnt sind. Vgl. EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012 - C- 192/11 -, NuR 2013, 718 (720).“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Eine weitergehende Auseinandersetzung mit dieser Frage war nicht erforderlich, da es im konkreten Fall nicht auf diese Frage ankam, weil jedenfalls dort die Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 (anstatt Nr. 5) BNatSchG einschlägig war. Gleichwohl hat das Gericht im Zusammenhang mit der Frage, ob wegen der Unvereinbarkeit mit Unionsrecht eine Vorlage an den EuGH nach Art 267 Abs. 2 AEUV geboten ist, unmissverständlich klargestellt, dass eine Vorlage an den EuGH auch deshalb nicht erforderlich ist, weil der EuGH diese Frage bereits geklärt hat; siehe OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29. März 2017 – 11 D 70/09.AK –, Rn. 961, juris:

„Unabhängig davon konnte der Senat von der Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens auch deshalb absehen, weil der Senat nicht letztinstanzlich entscheidet (vgl. Art. 267 Abs. 3 AEUV) und eine Vorlage auch nicht im Sinne des Art 267 Abs. 2 AEUV als erforderlich ansieht, weil die aufgeworfene Frage - soweit von Bedeutung - bereits durch das bereits zitierte Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26. Januar 2012 (nicht: 2016, wie der Kläger meint) geklärt ist. Vgl. EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012 - C- 192/11 -, NuR 2013, 718 (720).“ [Hervorh. d. d. Verf.]

3.4.5 Gescheiterte Gesetzesinitiative

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Gesetzesinitiative zur Änderung des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG. Im Entwurf der Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes vom 01.12.2016 war zunächst noch vorgesehen, dass zu Gunsten von Windenergieanlagen der zusätzliche Ausnahmegrund des „Klimas“ ergänzt wird. Nach der Einholung von Stellungnahmen, in denen vielfach darauf hingewiesen wurde, dass bereits die bisherige Regelung unionsrechtlich mit Blick auf Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie problematisch sei, wurde diese Änderung nicht weiterverfolgt. In dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 12.04.2017 zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (Drucksache 18/11939) ist dies nicht mehr vorgesehen. Offensichtlich sah man das bereits bestehende Problem und wollte es vermeiden, den Widerspruch zum Unionsrecht zu perpetuieren und damit kritische Diskussionen in Gang zu bringen.

3.5 Weitere Abweichungen

Aus der oben genannten Entscheidung des EuGH vom 26. Januar 2012 lassen sich auch weitere wegweisende Hinweise feststellen, die erhebliche Zweifel daran erkennen lassen, ob

die Bundesrepublik Deutschland dem durch die Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG Rechnung trägt.

3.5.1 Schutzzumfang

Zum Schutzzumfang heißt es dort:

„[23] [...] Somit ist der wirksame Schutz dieser Vögel ein typisches grenzübergreifendes Umweltproblem, das gemeinsame Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten mit sich bringt.

[24] Deshalb müssen die Schutzmaßnahmen, die die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 der Richtlinie zu ergreifen haben, auch die wild lebenden Vögel erfassen, deren natürlicher Lebensraum sich nicht im Gebiet dieses Staates, sondern eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten befindet.“

Daraus ergibt sich, dass das Vogelzug- und -rastgeschehen ebenso zu berücksichtigen ist, wie bspw. der Rotmilan. Dies kommt in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen zu kurz.

Ebenfalls zum Umfang des Schutzes ist in der Entscheidung weiter erläutert:

„[33] Den folgenden Ausführungen ist zunächst voranzustellen, dass in Übereinstimmung mit Art. 5 S. 1 der Richtlinie das dort enthaltene umfassende Schutzsystem sich auf alle in Art. 1 der Richtlinie erwähnten Vogelarten erstreckt. Dieses System umfasst u. a. das Verbot des Tötens, des Fangens oder des absichtlichen Störens der geschützten Vogelarten sowie das Sammeln und Besitzen von in der Natur wild vorkommenden Eiern, auch dann, wenn diese leer sind.“

Dass das Stören nur „während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten“, wie es in § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG heißt, verboten ist, ergibt sich daraus ebenso wenig, wie aus der Vogelschutzrichtlinie sowie? aus der FFH-Richtlinie. Da die Aufzählung der oben genannten Zeiträume im deutschen Recht abschließend gestaltet ist, liegt auch insofern ein Verstoß gegen Unionsrecht vor (vgl. Tholen, Das Artenschutzregime der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie im deutschen Recht, Seite 97).

3.5.2 Richtlinienumsetzung und Bestimmtheit

Zum Verhältnis zwischen Richtlinienumsetzung und Verbindlichkeit bzw. Bestimmtheit judiziert der EuGH:

„[48] Die Republik Polen führt zutreffend an, dass das Einführen des in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen Systems der Ausnahmen durch die zuständigen Verwaltungsorgane mit der Richtlinie vereinbar ist. Im Hinblick auf dieses Argument ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine bloße Verwaltungspraxis, die die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt ist, nicht als Erfüllung der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Rahmen der Richtlinienumsetzung angesehen werden kann.

[49] Unter diesen Umständen kann die Entscheidungspraxis der polnischen Verwaltung im Rahmen der Genehmigungen zu den Ausnahmen vom Schutzsystem nicht als eine mit Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie zu vereinbarende Umsetzung angesehen werden.

[...]

[56] Es ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof erkannt hat, dass die Kriterien, aufgrund deren die Mitgliedstaaten von den in der Richtlinie vorgesehenen Verboten abweichen dürfen, in hinreichend klare und präzise innerstaatliche Bestimmungen übernommen werden müssen, da die Genauigkeit der Umsetzung in einem Bereich, in dem die Verwaltung des gemeinsamen Erbes den Mitgliedstaaten für ihr jeweiliges Hoheitsgebiet anvertraut wurde, von besonderer Bedeutung ist.

[...]

[73] [...] muss die Anwendung einer nationalen Vorschrift auf diesem Gebiet die Ausnahmekriterien in klarer und präziser Art und Weise aufzeigen. Sie muss auch die Organe, die die Ausführungen dieser Vorschriften obliegen, zum Beachten eben dieser Rechtsnorm verpflichten. Es handelt sich nämlich um ein System von Ausnahmetatbeständen, die einer restriktiven Auslegung unterworfen sind.“

Angesichts des Umstandes, dass im BNatSchG im Hinblick auf WEA, für die alleine das Tatbestandsmerkmal der „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ in Betracht kommt, stellt die Subsumtion der Errichtung und des Betriebs von WEA unter dieses offene Tatbestandsmerkmal nichts anderes als eine unzureichende Richtlinienumsetzung dar. Denn mangels gesetzlicher Regelung sind es lediglich Verwaltungsvorschriften, die die Ausnahmeanwendung regeln, die die Verwaltung aber naturgemäß beliebig ändern kann. Bei dem hier alleine in Betracht kommenden Tatbestandsmerkmal hingegen kann von einer hinreichend klaren und präzisen innerstaatliche Bestimmung („anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“) keine Rede sein.

3.5.2 Beeinträchtigung der Arbeit der Verwaltung

Der EuGH sieht bei einer derartigen Problematik auch das – ebenfalls unionsrechtlich relevante – Problem, dass die Arbeit der Verwaltungsorgane darunter leidet:

„[58] Solch ein Gegensatz innerhalb der nationalen Rechtsnormen stellt überdies nicht nur einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie dar, sondern ist darüber hinaus in der Lage, die Arbeit der Verwaltungsorgane, die für die Ausführung der Normen aus der Richtlinie verantwortlich sind, insbesondere wenn es um die Voraussetzungen der Anwendung des Schutzsystems geht, zu beeinträchtigen.“

Wenn wie hier in Baden-Württemberg, Verwaltungsvorschriften erlassen werden, die Behördenentscheidungen über Ausnahmeerteilungen einseitig, verzerrend und letztlich unionsrechtswidrig steuern sollen, so ist dies genauso in der Lage, die Arbeit der Verwaltungsorgane, die für die Anwendung des Schutzsystems verantwortlich sind, zu beeinträchtigen – zu Lasten des Schutzsystems und zugunsten der Windkraftindustrie.

3.5.3 Kontrolle

Zur wirksamen Kontrolle hat der EuGH beanstandet:

„[67] [...] Als Zweites ist festzuhalten, dass – wie die Kommission zutreffend unterstreicht – wegen des Fehlens von Vorschriften, die bindende Kontrollmittel vorsehen, Art. 9 Abs. 2 lit. e der Richtlinie in das nationale Recht fehlerhaft umgesetzt wurde.“

Zwar verweist § 45 Abs. 7 Satz 3 BNatSchG pauschal auf Art. 9 Abs. 2 der Vogelschutzrichtlinie. Allerdings ist diese Rückverweisung letztlich zirkulär, da in Art. 9 Abs. 2 lit. e der Vogelschutzrichtlinie gerade vorgesehen ist, dass anzugeben ist, welche Kontrollen vorzunehmen sind. Insbesondere in den einschlägigen Verwaltungsvorschriften fehlt jeglicher Hinweis darauf.

3.6 Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Dass sich die (abschließende) Regelung im Rahmen der Vogelschutz-Richtlinie durchsetzen muss, ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Dieser verpflichtet nicht nur Gerichte, sondern auch Behörden, nationale Bestimmungen unangewendet zu lassen, sofern diese mit unmittelbar anwendbarem Unionsrecht unvereinbar sind. Somit lässt sich festhalten, dass die Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG gegen die Vogelschutzrichtlinie verstößt und daher nicht vollzogen werden darf (vgl. Gärditz, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BNatSchG, § 45 Rn. 51, 48 f. m. w. N.). Der Anwendungsvorrang des höherrangigen Unionsrechts verpflichtet Behörden und Gerichte, die Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot unangewendet zu lassen. Flankieren lässt sich dies mit den Hinweisen des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 21.05.2015 im Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen fehlerhafter Umsetzung der UVP-Richtlinie – C-137/14 –, Rn. 131:

„Doch kann sich kein Mitgliedsstaat auf interne Schwierigkeiten oder auf Bestimmungen seiner nationalen Rechtsordnung, auch nicht auf solche verfassungsrechtlicher Art berufen, um die Nichteinhaltung der sich aus Unionsrichtlinien ergebenden Verpflichtungen zu rechtfertigen.“

V. Die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschriften im Übrigen

Es ist nicht nur das Unionsrecht, das den Verwaltungsvorschriften teilweise entgegensteht. Auch in anderer Hinsicht bestehen erhebliche Bedenken.

1. Zwingendes öffentliches Interesse

In den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen finden sich auf den Seiten 8 und 9 unter III. 2. a. Ausführungen zum zwingenden öffentlichen Interesse an der Windenergienutzung. Auch diese Ausführungen sind unzutreffend und mit der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht zu vereinbaren. Ausgeführt wird dort zunächst, dass die Errichtung von Windenergieanlagen im öffentlichen Interesse liege. Dies ergebe sich aus Art. 20a GG, Art. 3a LV Baden-Württemberg, dem KSG sowie dem IEKK. Demnach haben Windenergieanlagen in Baden-Württemberg eine besondere strategische Bedeutung für den Klimaschutz und lägen dementsprechend im besonderen öffentlichen Interesse. Dieses Interesse sei auch zwingend, da ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln vorliege (wobei auf BVerwG, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2.99 – Rn. 39, verwiesen wird). Diese Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht nicht zutreffend und verzerrend.

1.1 Pauschale Annahme

Schon die pauschale Annahme, dass das Interesse an der Windenergienutzung angesichts der Wertentscheidung des Gesetzgebers beispielsweise im Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg (KSG) ein „besonderes öffentliches Interesse“ begründe, ist zweifelhaft. So ist in § 5 KSG – neben verschiedenen weiteren Maßnahmen zur Verwirklichung der Klimaschutzziele – lediglich der Ausbau erneuerbarer Energien genannt, nicht jedoch konkret von Windenergie. Daher ist es äußerst fragwürdig, ein besonderes öffentliches Interesse anzunehmen – pauschal und ungeachtet des konkreten Standorts bzw. Nutzens. Dem KSG ist diese Wertung gerade nicht zu entnehmen. Auch das IEKK, also das integrierte Energie- und Klimaschutzkonzept vermag kein besonderes öffentliches Interesse an der Windenergienutzung zu begründen. Es handelt sich dabei auch gar nicht um ein Gesetz, sondern lediglich um ein Konzept der Landesregierung.

Auch soweit in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen auf Art. 20a GG und Art. 3a LV Baden-Württemberg verwiesen wird, überzeugt dies nicht. Denn dabei handelt es sich lediglich um allgemein gehaltene Staatszielbestimmungen, die naturgemäß der gesetzlichen Konkretisierung bedürfen und die dementsprechend auch keine Angaben über Windenergienutzung zu entnehmen sind. Es geht in diesen Normen vielmehr um die Zielvorgabe, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen. Auf welche Art und Weise dies geschieht, ist durch den Gesetzgeber zu entscheiden. Davon abgesehen, sind gerade in Baden-Württemberg in vielen Fällen die Landschaft und auch streng geschützte Arten erheblich

schutzwürdig und schutzbedürftig, so dass die Vorgabe, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, oftmals gegen und nicht für Windenergienutzung spricht – insbesondere an den Standorten, wo der Nutzen für den Klimaschutz mangels Windhöffigkeit nicht gegeben ist.

Dies gilt umso mehr, wenn man beachtet, dass das Grundgesetz in Art. 20a GG und auch die Landesverfassung Baden-Württemberg in Art. 3b LV ausdrücklich auch den Schutz der Tiere als Staatsziele vorgibt. Diese Staatszielbestimmungen werden allerdings in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen gar nicht erst erwähnt.

1.2 Vernunft und Verantwortungsbewusstsein

Auch soweit es in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzung „zwingend“ lediglich bedeute, dass ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln vorliegen müsse, werden die einschlägige Rechtsprechung und die Zusammenhänge nur unzureichend – und damit verzerrend – dargestellt. Es trifft zwar zu, dass es in der zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.01.2000 – 4 C 2.99 – heißt, dass „zwingende“ Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses dann gegeben sind, wenn ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln vorliege. Das Urteil, aus dem dies zitiert wird, enthält aber noch weitere Ausführungen in diesem Zusammenhang, auf die allerdings in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen nicht eingegangen wird. Unter der in den Hinweisen genannten Fundstelle heißt es in dem Urteil:

„Ob "zwingende" Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gegeben sind, ist allerdings nicht in dem Sinne zu verstehen, daß dies das Vorliegen von Sachzwängen erfordert, denen niemand ausweichen kann. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 und 2 FFH-RL meint mit der gewählten Ausdrucksweise ein durch Vernunft und Verantwortungsbewußtsein geleitetes staatliches Handeln. Das verlangt für Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 FFH-RL jedenfalls, daß der Schutz von Fauna und Flora nur mit Maßnahmen durchbrochen werden darf, deren Zweck gerade die Verwirklichung des bezeichneten Schutzgutes ist. Wird also das öffentliche Interesse mit Erwägungen im Zusammenhang mit der menschlichen Gesundheit begründet, so muß es gerade dieser Schutzzweck sein, der mit der Verwirklichung des konkreten Projektes erreicht werden soll. Der Schutz der menschlichen Gesundheit muß ein mit dem Projekt verfolgter wesentlicher Zweck sein, so daß begleitende Nebenzwecke nicht genügen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Dieser zuletzt genannte Aspekt wird in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen ignoriert, ist aber entscheidend. Denn übertragen auf die Windenergienutzung bedeutet dies, dass es gerade der ins Feld geführte Schutzzweck sein muss, also der Klimaschutz, der mit der Verwirklichung des konkreten Projektes erreicht werden soll. Nicht ausreichend ist daher der Verweis auf allgemeine politische Ziele ohne räumliche, zeitliche und sachlich-funktionale Konkretisierung (siehe Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. § 45 Rn. 18; Windenergieerlass Niedersachsen, 2016, 4.8). Dies ergibt sich beispielsweise auch aus dem jüngsten Urteil des OVG Nordrhein-Westfalen vom 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK –, Rn. 927, juris:

„Das Planvorhaben kann auch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses für sich in Anspruch nehmen, die Ausnahmen von den Verboten des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BNatSchG 2009 rechtfertigen. Voraussetzung dieses Ausnahmegrundes ist nicht, dass Sachzwänge vorliegen, denen niemand ausweichen kann. Es reicht vielmehr ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln aus. Vgl. zu § 43 Abs. 8 BNatSchG a. F.: BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 - 9 A 12.10 -, BVerwGE 140, 149 (174 ff.), m. w. N. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Dem öffentlichen Interesse an der Realisierung des Vorhabens kommt ein hoher Stellenwert zu. Das Vorhaben ist im Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen als vordringlicher Bedarf eingestuft.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Auch daraus ergibt sich somit, dass es nicht auf ein allgemeines politisches Ziel wie das des Fernstraßenbaus bzw. des Klimaschutzes ankommt, sondern darauf, ob das konkrete Vorhaben an dem konkreten Standort dem Schutzzweck dient. Verwiesen werden kann insofern auch auf den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, Beschl. v. 06.10.2014 – 22 ZB 14.1079 –, Rn. 41, juris:

„Die Klägerin macht schließlich geltend, die Errichtung und der Betrieb von Windkraftanlagen müsse als Ausnahmegrund im Sinn von § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG, räumlich als zwingender Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses, angesehen werden. Es gehe um eine nachhaltige Energieversorgung durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien. Das Verwaltungsgericht hat insofern auf den beantragten Standort abgestellt und dazu ausgeführt, dass derartige Gründe für den beantragten Standort nicht ersichtlich seien; auch sei das wirtschaftliche Interesse der Klägerin hierfür nicht ausreichend. Die Klägerin hat weder dargelegt, warum diese von Pauschalierungen absehende standortbezogene Betrachtungsweise rechtswidrig sein sollte, noch aufgezeigt, weshalb das typischerweise vorhandene wirtschaftliche Interesse der Klä-

gerin schlechthin ein zwingendes öffentliches Interesse darstellen sollte. Die Bezugnahme auf Seite 48 des Bayerischen Windkrafteerlasses genügt insofern nicht, weil auch dort eine standortbezogene Betrachtungsweise befürwortet wird.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Schließlich ist es keine Besonderheit in unserer Rechtsordnung, dass Eingriffe in besonders geschützte (Rechts-) Positionen einer an konkreten Einzelfallumständen orientierten Rechtfertigung bedürfen. Verweisen lässt sich beispielsweise auf BGH, Urteil vom 12. März 2015 – III ZR 36/14 –, juris Orientierungssatz:

„Der Umstand, dass der Ausbau der Erneuerbaren Energien - auch und vor allem der Windkraft - energiepolitische Priorität genießt und zwecks Einhaltung der gesetzlichen Zielvorgaben (vgl. § 1 Abs. 1 EnWG, § 1 Abs. 2 EEG) beschleunigt erfolgen soll, rechtfertigt für sich genommen – also ohne den konkreten Bezug zur Versorgungslage im betreffenden Gebiet und der Prüfung weiterer Versorgungsalternativen – nicht den Entzug von Grundeigentum für die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Dass es auf das konkrete Vorhaben an dem konkreten Standort ankommen muss, erweist sich auch mit Blick auf die gebotene Abwägung für unausweichlich. Denn Abwägen lässt sich nur, was auch konkret erfasst und gewichtet werden kann, oder anders formuliert: Nur weil auf der Waage ein „Abwägungsmaterial“ mit der Aufschrift „Klimaschutz“ liegt, heißt dies noch lange nicht, dass dieses „Material“ auch ein hohes Gewicht hat. Genau darauf kommt es aber bei der gebotenen Abwägung an.

1.3 Konkret in Baden-Württemberg

Diese Voraussetzungen, wonach keine allgemeinen politischen Erwägungen für eine Ausnahmeerteilung maßgeblich sein können, sondern die Frage, ob das konkrete Vorhaben an dem konkreten Standort dem Schutzzweck dient, sind gerade in Baden-Württemberg kaum gegeben.

Gerade angesichts der eher niedrigen Windhöufigkeit in Baden-Württemberg fehlt es oftmals an dieser Voraussetzung – ohne dass es überhaupt auf eine Abwägung ankommt. Dies veranschaulichen auch die Ergebnisse der Ausschreibung von Windkraft an Land durch die Bundesnetzagentur nach dem EEG-Gesetz. Aus dem von der Bundesnetzagentur veröffent-

lichten Hintergrundpapier ergibt sich, dass von den bundesweit abgegebenen 256 Geboten kein einziger Zuschlag nach Baden-Württemberg ging. An den Freistaat Bayern sind lediglich 2 Zuschlüsse gegangen.

https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/EEG_Ausschreibungen_2017/Hintergrundpapiere/Hintergrundpapier_OnShore_01_05_2017.pdf?__blob=publicationFile&v=2

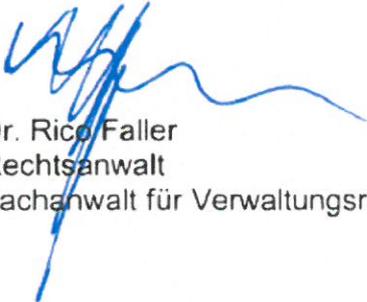
Die umweltpolitische Sprecherin der FDP/DVP-Fraktion im Landtag von Baden-Württemberg, Gabriele Reich-Gutjahr hat dies pointiert mit der Bemerkung versehen, dass die Errichtung von Windparks in Baden-Württemberg so sinnvoll sei wie der Ananasanbau auf Grönland.

Auch der Umstand, dass sehr häufig beispielsweise aufgrund des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots zu bestimmten Zeiten, das Abschalten von Windenergieanlagen in den immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen vorgegeben werden muss, spielt hier eine Rolle. Denn je häufiger und länger solche Abschaltungen erforderlich sind, desto eher steht infrage, ob das konkrete Vorhaben an dem konkreten Standort tatsächlich noch einen Beitrag zum Klimaschutz leisten kann – eine Frage, die mit Rücksicht auf die häufig vorgesehenen Abschaltungen und auf die geringe Windhöffigkeit sehr oft verneint werden muss.

2. Abwägung

Auch die weiteren Ausführungen in den Hinweisen zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen zur Abwägung auf den Seiten 9 und 10 unter III. 2. b. bedürften der Richtigstellung. Bei den Kriterien, die bei der Gewichtung der Windenergiebelange zu berücksichtigen seien, wird – insoweit zutreffend – die Windhöffigkeit des Standorts genannt. Konkretisierend wird allerdings auf die „hinreichende Windhöffigkeit“ abgestellt und auf Nr. 4.1 des Windenergieerlasses und auf die „Hinweise zur Berücksichtigung der Windhöffigkeit bei naturschutzrechtlichen Abwägungen im Zusammenhang mit Planung- und Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen“ vom 17.10.2014 verwiesen. Dort wird die hinreichende Windhöffigkeit 5,3 m/s bis 5,5 m/s in 100 m über Grund bzw. mit 5,5 m/s bis 5,7 m/s in 140 m über Grund vorgegeben. Mit diesem Abstellen auf die „hinreichende Windhöffigkeit“ wird suggeriert, dass es für das Überwiegen der Windenergiebelange hinreichend ist, wenn diese Schwelle erreicht ist. Dies trifft indes nicht zu. Denn es liegt in der Natur der Abwägung, dass erst die Gesamtschau unter Berücksichtigung der weiteren Belange, insbesondere der Artenschutzbelange,

ein Urteil über die Voraussetzung des Überwiegens zulässt. Dies bedeutet, dass etwa dann, wenn die Schwelle der hinreichenden Windhöflichkeit, nur knapp überschritten wird – wie dies gerade in Baden-Württemberg sehr häufig der Fall ist – die konkurrierende Belange, insbesondere die Artenschutzbelange, umso schwerer ins Gewicht fallen und häufig dann nicht mehr ein Überwiegen zwingender öffentlicher Interessen festgestellt werden kann.



Dr. Rico Faller
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Julia Stein
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht