das „den Staat“, und damit Bund und Länder, aber auch Kommunen zur Herstellung von Klimaneutralität verpflichtet. Dieses Klimaschutzgebot ist bei Eingriffen in das Eigentumsgrundrecht und in die Berufsfreiheit bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Dabei ist nach dem Klima-Beschluss weiterhin zu beachten, dass das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zunimmt. Schließlich betont das Verfassungsgericht im Klima-Beschluss, dass dem Gesetzgeber durch Art. 20a GG eine permanente Pflicht aufgegeben sei, das Umweltrecht den neuesten Entwicklungen und Erkenntnissen in der Wissenschaft anzupassen.

8. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der 10-H-Regelung ist bereits zweifelhaft, ob die Förderung der Akzeptanz des Ausbaus der Windenergie einen hinreichenden Eingriffszweck darstellt, weil es sich hierbei um ein äußerst weiches und nicht rationalisierbares Kriterium handelt.

9. Selbst wenn man das anders sieht, kann jedenfalls die pauschale Annahme des BayVerfGH, dass die 10-H-Regelung geeignet sei, das Ziel der Akzeptanzsteigerung zu befördern, mittlerweile als widerlegt gelten. Vor diesem Hintergrund stellt das UBA zu Recht fest, dass pauschale Siedungsabstände wie die 10-H-Regelung schlicht ein ungeeignetes Instrument zur Steigerung der Akzeptanz gegenüber der Windenergienutzung darstellen.

10. Durchgreifenden Bedenken begegnet ferner die verfassungsrechtlich gebotene Erforderlichkeit der 10-H-Regelung, weil die Beteiligung der Anwohner in einem anlassbezogenen Projektplanungsprozess, in dem auch geklärt werden könnte, inwiefern Anwohner finanziell beteiligt werden könnten, nicht nur ein milderes und gleich geeignetes, sondern ein deutlich besser geeignetes Instrument zur Förderung der Akzeptanz von Windenergieanlagen ist.

11. Nimmt man vor diesem Hintergrund eine umfassende Abwägung unter Berücksichtigung sämtlicher verfassungsrechtlich erheblicher Belange vor, so erweist sich, dass die 10-H-Regelung jedenfalls nicht (mehr) angemessen und damit nicht verhältnismäßig im engeren Sinne ist, weil ihre erheblichen Nachteile für die Grundrechtsbetroffenen und für den Klimaschutz gegenüber den – ohnehin fragwürdigen – Vorteilen deutlich überwiegen.

12. Damit ist als *Gesamtergebnis* festzuhalten, dass die 10-H-Regelung verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar ist, wenn man in gebührender Weise die Aussagen des BVerfG im Klima-Beschluss sowie – damit zusammenhängend – die neuesten Entwicklungen und Erkenntnisse zu den Wirkungen der 10-H-Regelung berücksichtigt.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

<https://doi.org/10.1007/s10357-021-3930-3>

Zur Rolle artenschutzrechtlicher Ausnahmen im Rahmen der raumordnerischen Konzentrationszonenplanung für die Windenergie: Ausnahmevoraussetzungen nach §45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG*

Stephan Wagner

© Der/die Autor(en) 2021. Dieser Artikel ist eine Open-Access-Publikation.

Angesichts des ungebrochenen Ausbaubedarfs der Windenergie und zunehmend knapper werdender Standorte rückt die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG mehr und mehr in den Fokus der Raumplanung. Im vorliegenden Beitrag wird die in Rechtsprechung und Literatur aktuell hochumstrittene Frage untersucht, ob für die Errichtung von Windkraftanlagen überhaupt ein Ausnahmegrund gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG geltend gemacht werden kann. In einem demnächst erscheinenden zusätzlichen Beitrag werden sodann die weiteren Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG sowie die für Planungspraxis und Projektträger nicht unwesentliche Frage erörtert, ob und inwiefern die Ausnahmeerteilung durch die Naturschutzbehörden

an eine gewisse Regelmäßigkeit und damit Vorhersehbarkeit gebunden werden kann.

1. Einleitung

1.1 Einführung und Problemstellung

Die Errichtung von Windkraftanlagen verwirklicht an vielen an sich für eine Projektierung in Frage kommenden Standorten das artenschutzrechtliche Tötungsverbot

Dr. Stephan Wagner, Akademischer Rat a. Z., am Institut für Öffentliches Recht und Politik, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Münster, Deutschland

*) Bei dem Beitrag handelt es sich um einen leicht überarbeiteten Ausschnitt eines Rechtsgutachtens zum Pilotprojekt Zukunft naturverträgliche Windenergie in Baden-Württemberg, das der Verfasser im Auftrag des NABU (Naturschutzbund Deutschland) Landesverband Baden-Württemberg e. V. erstellt hat. Der Beitrag gibt ausschließlich die wissenschaftliche Meinung des Verfassers wieder.

nach § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) in Bezug auf windenergiesensible Vogel- und Fledermausarten.¹ Eine Verwirklichung des Vorhabens scheidet in diesem Fall grundsätzlich aus, was insbesondere dann zu erheblichen Problemen und potentiellen Ausbaulücken führen kann, wenn die jeweilige Fläche im Rahmen einer die verfügbaren Standorte konzentrierenden Konzentrationszonenplanung raumplanerisch für die Windenergie vorgesehen ist. Dies gilt zumal, wenn die raumordnerische Standortplanung bereits aus Artenschutzsicht optimiert ist und unter gleichzeitigem Schutz der Quellpopulationen windenergiesensibler Arten durch Dichtezentren- und Habitatpotenzial-Konzepte schon die bei gegebenen Windkraftausbauzielen artenschutzverträglichsten Standorte für die Windkraft ausgewählt hat. Für die Raumplanung und insbesondere die Regionalplanung wirft dies die Frage auf, ob und inwieweit in diesen Fällen bei der Erarbeitung und Aufstellung von entsprechenden Raumordnungsplänen die Möglichkeit der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG berücksichtigt werden kann. Die artenschutzrechtliche Ausnahme weist dabei eine wechselseitige Verschränkung mit der Windkraft-Konzentrationszonenplanung der Raumordnung auf: Einerseits ist, sofern in den für die Windkraft ausgewiesenen Vorranggebieten artenschutzrechtliche Konflikte drohen, letztere auf erstere angewiesen, um eine substanzielle Verwirklichung der Windenergie gewährleisten zu können. Andererseits kann eine artenschutzoptimierte raumordnerische Standortplanung von Windkraftanlagen die Voraussetzungen einer Ausnahmeerteilung jedenfalls in gewissem Maße positiv beeinflussen.

Der vorliegende Beitrag untersucht vor diesem Hintergrund, ob und unter welchen Voraussetzungen die Möglichkeit der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen bei der Ausweisung von Vorranggebieten für die Windenergie im Rahmen einer raumordnerischen Konzentrationszonenplanung prospektiv berücksichtigt werden kann. Im Mittelpunkt steht hierbei die derzeit hochumstrittene Frage, ob für die Errichtung von Windkraftanlagen überhaupt eine grundsätzliche Ausnahmefähigkeit gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG gegeben ist. Dies gliedert sich in das tatbestandliche Vorliegen eines der enumerativ aufgelisteten Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG (2) sowie dessen Überwiegen im Rahmen einer auf den konkreten Standort bezogenen Einzelfallabwägung (3). In einem nachfolgenden Beitrag werden sodann die weiteren Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG sowie die Frage erörtert, ob und unter welchen Umständen die grundsätzlich ein Ermessen der Naturschutzbehörden eröffnende Ausnahmeregelung als Regelfall in den ausgewiesenen Vorranggebieten angewendet werden kann.

1.2 Die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG sind in § 45 Abs. 7 S. 1–3 BNatSchG normiert. Erforderlich ist hiernach zunächst das Vorliegen eines Ausnahmegrundes nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG, der sich in einer einzelfallbezogenen Abwägung gegenüber dem konkret betroffenen Artenschutzbelang durchsetzen muss.² Ferner dürfen gemäß § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG für das Vorhaben keine zumutbaren Alternativen gegeben sein und sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art nicht verschlechtern.³ Bei der Auslegung dieser Vorschriften ist zu beachten, dass sie der Umsetzung von Vorgaben des europäischen Artenschutzrechts – namentlich Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG (FFH-Richtlinie) sowie Art. 9 der Richtlinie 2009/147/EG (Vogelschutzrichtlinie) – dienen. Die

Maßgaben des Unionsrechts beanspruchen einen Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht und sind bei dessen Auslegung und Anwendung zwingend zu berücksichtigen.⁴ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die artenschutzrechtlichen Ausnahmenvorschriften dabei ihrerseits eng auszulegen und insbesondere die unionsrechtlichen Ausnahmegründe der einschlägigen Richtlinien abschließend normiert.⁵

Artenschutzrechtliche Ausnahmen für Windkraftanlagen wurden in der deutschen Genehmigungspraxis bislang generell eher zurückhaltend erteilt.⁶ In jüngerer Zeit ist allerdings offenbar eine – von den Verwaltungsgerichten jedenfalls im einstweiligen Rechtsschutz zum Teil gebilligte⁷ – Trendwende in der Behördenpraxis zu verzeichnen. Nach nahezu allgemeiner Prognose wird sich dieser Trend zukünftig weiter in Richtung einer vermehrten Inanspruchnahme von § 45 Abs. 7 BNatSchG für die Zulassung von Windkraftanlagen verstärken.⁸ Annähernd ebenso verbreitet ist jedoch die Einschätzung, dass die rechtlichen Grundlagen hierfür bislang nicht abschließend als geklärt gelten können.⁹

2. Ausnahmegrund

Gegenstand der rechtlichen Diskussion ist derzeit insbesondere, ob in Bezug auf Windkraftanlagen ein hinreichender Ausnahmegrund für die Erteilung einer Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot nach § 45 Abs. 7 S.1 BNatSchG gegeben ist.¹⁰ Die Ausnah-

- 1) Siehe hierzu Köck/Bovet, ZUR 2018, 579, 581 ff.; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 3; Lau, NuR 2021, 28, 29.
- 2) Siehe hierzu im Folgenden 2 und 3.
- 3) Siehe hierzu demnächst Wagner, i. E.
- 4) Siehe nur Ruffert, in: Calliess/ders., EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV Rdnr. 24; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV Rdnr. 35 ff.
- 5) EuGH, Urt. v. 8.6.2006 – C 60/05, Slg. 2006, I-05083, Rdnr. 34; Urt. v. 12.7.2007 – C-507/04, Slg. 2007, I-05939, Rdnr. 324, 326; Urt. v. 10.9.2009 – C-76/08, Slg. 2009, I-08213, Rdnr. 48; Müller-Mitschke, NuR 2015, 741, 744; Müller/Klostermeier, NVwZ 2020, 774.
- 6) Siehe Köck/Bovet, ZUR 2018, 579; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 3.
- 7) Siehe etwa VGH Kassel, Beschl. v. 6.1.2020 – 9 B 1876/18, juris, Rdnr. 29; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20, juris, Rdnr. 39; OVG Münster, Beschl. v. 12.3.2021 – 7 B 8/21, juris, Rdnr. 30 ff. Siehe nunmehr auch in der Hauptsache VG Wiesbaden, Urt. v. 24.7.2020 – 4 K 2962/16, WI, ZNER 2020, 583.
- 8) Siehe nur Köck/Bovet, ZUR 2018, 579; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 4; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 29; ders., NuR 2021, 28, 29.
- 9) Siehe nur Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 4; Lau, NuR 2021, 28, 29.
- 10) Dafür beispielsweise VG Wiesbaden, Urt. v. 24.7.2020 – 4 K 2962/16, WI, ZNER 2020, 583; VGH Kassel, Beschl. v. 6.1.2020 – 9 B 1876/18 –, juris, Rdnr. 29; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20 –, juris, Rdnr. 39; OVG Münster, Beschl. v. 12.3.2021 – 7 B 8/21, juris, Rdnr. 30 ff.; Hinsch, ZUR 2011, 191, 196; Müller/Klostermeier, NVwZ 2020, 774 ff.; Agatz, ZUR 2020, 584, 592; Lau, in: Frenz/Müggenborg,

megründe sind in § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG abschließend enumerativ geregelt. Als nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen in Bezug auf Windkraftanlagen der Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BNatSchG (3.1), das Interesse der öffentlichen Sicherheit nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG (3.2) oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 5 BNatSchG (3.3) sowie (sonstige) zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG (3.4).

2.1 Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BNatSchG)

Eine Ausnahmeerteilung zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt aufgrund von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BNatSchG wird in den Niederlanden für Windkraftanlagen praktiziert.¹¹ Von einzelnen Stimmen in der Literatur wird in jüngerer Zeit eine Anwendung des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BNatSchG auch in Deutschland diskutiert.¹² Dem liegt die Argumentation zugrunde, dass der ungebremste Klimawandel in mittel- bis langfristiger Zukunft zu erheblichen Biodiversitätsverlusten führen wird und dessen Begrenzung dienende Windkraftanlagen daher auch einen artenschutzrechtlich positiv zu bewertenden Effekt auf Flora und Fauna haben.¹³ Von der alles überwiegenden Auffassung hierzulande wird dieser Ausnahmegrund in Bezug auf Windkraftanlagen dagegen größtenteils gar nicht in Erwägung gezogen oder jedenfalls im Ergebnis – zu Recht – abgelehnt.¹⁴ Denn die von Wortlaut und Systematik der Vorschrift geforderte konkrete Kausalität der einzelnen Anlage für einen über den Klimaschutz vermittelten und sich damit erst in Jahrzehnten hypothetisch realisierenden Beitrag zum Artenschutz ist nicht nachweisbar.¹⁵ Hierfür sind die naturwissenschaftlichen Wirkungszusammenhänge zu komplex sowie im Hinblick auf den Einfluss marginaler Einzelbeiträge nicht empirisch belastbar angebbbar und liegen im Übrigen in zeitlich zu ferner und damit ungewisser Zukunft. Das Recht reagiert auf derartige, in ihrer Kausalität komplexe und distanzierte Phänomene mit der Konstruktion von abstrakten Belangen wie vorliegend namentlich dem Klimaschutzbelang.¹⁶ Dieser nimmt die materiell durch ihn repräsentierten Interessen und Schutzgüter in sich auf und ist als solcher rechtlich selbstständig. Konsequenz dessen ist jedoch, dass er auch als rechtlich selbständiger Belang in rechtlichen Abwägungsentscheidungen abgerufen werden muss. Das angeführte Argument des in die Zukunft projizierten, mutmaßlich positiven Artenschutzbeitrags der Errichtung von Windkraftanlagen ist daher m. a. W. durchaus tragfähig, aber nur, wenn es durch den Klimaschutzbelang als selbstständiges – im Kontext des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG gegebenenfalls „sonstiges“¹⁷ – öffentliches Interesse repräsentiert und vermittelt wird. Im Übrigen bieten sich Vergleiche mit der Genehmigungspraxis in den Niederlanden bereits deshalb nicht an, weil dort eine im Vergleich mit Deutschland extrem strikte Auslegung und Anwendung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots praktiziert wird,¹⁸ was erhebliche Auswirkungen auf die gesetzliche Regel-Ausnahme-Systematik hat.

2.2 Öffentliche Sicherheit (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG)

Umstritten ist, ob Windkraftanlagen eine Ausnahmefähigkeit nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG zuzuerkennen ist.¹⁹ Hiernach können Ausnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit erteilt werden. Überwiegend wurde hinsichtlich § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG bislang eine vergleichsweise enge gefahrenabwehr-

rechtliche Interpretation des Begriffs der öffentlichen Sicherheit zugrunde gelegt.²⁰ Nimmt man allein das nationale Gefahrenabwehrrecht als begrifflich-systematische Referenzmaterie, kommt dieser Ausnahmegrund demnach in Betracht zur Abwendung von Gefahren für die Unversehrtheit der Rechtsordnung, zentrale Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie staatliche Einrichtungen.²¹ Nimmt man dagegen die Rechtsprechung des EuGH bezüglich der üblichen Verwendung des Begriffs im unionsrechtlichen Primär- und Sekundärrecht zum Maßstab, sind die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit enger zu interpretieren. Dem Begriff unterfallen danach lediglich die Existenzsicherung des Staates, die Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen sowie die Abwehr tatsächlicher und hinreichend schwerer Gefahren für grundlegende gesellschaftliche Interessen.²² Eine Erstreckung dieses Ausnahmegrunds auf Windkraftanlagen wird auf dieser Grundlage teils expli-

BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 29; dagegen etwa VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430; *Lütke*, in: ders./Ewer, BNatSchG, 2018, § 45 Rdnr. 46; *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rdnr. 297; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>.

11) Siehe *Backes*, ZUR 2018, 587, 590; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 19.

12) *Sailer*, ZNER 2020, 206, 213; *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemnissen im öffentlichen Interesse, Stand 24.6.2021, abrufbar unter https://www.greenpeace.de/sites/www.greenpeace.de/files/publications/rechtsgutachten_windausbau.pdf, S. 29; vorsichtig auch *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 19.

13) Siehe *Backes*, ZUR 2018, 587, 590; *Sailer*, ZNER 2020, 206, 213; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 19.

14) So explizit *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 8f.

15) Vgl. *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 19.

16) Siehe hierzu *Wagner*, Klimaschutz durch Raumordnung, 2018, S. 571ff.

17) Siehe hierzu unten 2.4.

18) *Backes*, ZUR 2018, 587, 589.

19) Eingehend zur Problematik *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 10ff.

20) Siehe *Stöckel/Müller-Walter*, in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, § 45 BNatSchG Rdnr. 27 (Stand September 2016); *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, § 45 BNatSchG Rdnr. 26 (Stand August 2020) i. V. m. § 34 BNatSchG Rdnr. 46 (Stand April 2014).

21) So explizit *Stöckel/Müller-Walter*, in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, § 45 BNatSchG Rdnr. 27 (Stand September 2016).

22) Siehe EuGH, Urt. v. 10.7.1984 – 72/83, Slg. 1984, 02727, Rdnr. 7f., 34; Urt. v. 14.3.2000 – C-54/99, Slg. 2000, I-01335, Rdnr. 17; Urt. v. 4.6.2002 – C-503/99, Slg. 2002, I-04809, Rdnr. 47; Urt. v. 8.11.2012 – C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rdnr. 67; siehe auch VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, § 45 BNatSchG Rdnr. 26 (Stand August 2020) i. V. m. § 34 BNatSchG Rdnr. 46 (Stand April 2014); *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 22.

zit abgelehnt.²³ Insbesondere in jüngerer Zeit wird jedoch vermehrt vertreten, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit auch Windkraftanlagen erfasse, die einen notwendigen Beitrag zur Energieversorgungssicherheit leisteten, welche wiederum für die Existenz des Staates, das Funktionieren der Wirtschaft sowie Leben und Gesundheit der Bevölkerung von zentraler Bedeutung sei.²⁴

2.2.1 Energieversorgungssicherheit vom Begriff der öffentlichen Sicherheit erfasst

Zunächst ist hierzu festzustellen, dass die öffentliche Sicherheit die Energieversorgungssicherheit sowohl in der polizeirechtlichen als auch in der etwas engeren unionsrechtlichen Interpretation begrifflich grundsätzlich erfasst. Selbst wenn man keine apokalyptischen Szenarien wie einen dauerhaften Zusammenbruch der Energieversorgung projiziert, die zur regelrechten Existenzgefährdung des Staates führen könnten, bleiben erhebliche wirtschaftliche Schäden sowie Gefahren für elementare Rechtsgüter wie Gesundheit, Leben, Eigentum oder körperliche Bewegungsfreiheit, die durch längere Stromausfälle verursacht werden können und sich grundsätzlich auch den Anforderungen des EuGH subsumieren lassen.²⁵ Die eigentlichen Probleme bezüglich einer Anwendung des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG auf die Errichtung von Windkraftanlagen bestehen daher, auch wenn dies in der Diskussion nicht immer klar zum Vorschein kommt, nicht in Bezug auf die Interpretation des Begriffs der öffentlichen Sicherheit bzw. der Subsumtion der Energieversorgungssicherheit unter diesen, sondern ausschließlich hinsichtlich von Modus und Grad ihrer (möglichen) Gefährdung.

2.2.2 Abstrakte (potentielle) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit dem Wortlaut nach grundsätzlich ausreichend

Hierzu ist wiederum zunächst zu konstatieren, dass weder das nationale Recht noch die einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen ausdrücklich eine im engen gefahrenabwehrrechtlichen Sinn zu verstehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraussetzen. Vielmehr verlangen sowohl § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG als auch Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich Vogelschutzrichtlinie, Art. 16 Abs. 1 lit. c) FFH-Richtlinie ihrem Wortlaut nach keine konkrete – im Sinne einer sich mit hinreichender Schadenswahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit verwirklichenden²⁶ – Gefahr, sondern lassen Ausnahmen „im Interesse“ der öffentlichen Sicherheit zu. Nimmt man dies beim Wort, wäre für die Erteilung einer Ausnahme für Windkraftanlagen nicht zwingend die konkrete Gefahr einer derzeit angesichts der Überproduktion von Strom in Deutschland nicht drohenden und auch kaum von der (Nicht-)Errichtung einer einzelnen Windkraftanlage oder auch eines einzelnen Windparks abhängigen Versorgungslücke erforderlich,²⁷ sondern dürfte eine Ausnahme auch auf vorgelagerte abstrakte Erwägungen gestützt werden können, die insbesondere aggregierte und zukünftige Effekte miteinbeziehen. Mit dem Argument, dass zwar nicht die einzelne Windkraftanlage, aber die Umstellung der Energieversorgung auf erneuerbare Energien insgesamt und innerhalb dieser wiederum der Windkraftausbau als tragende Säule der Energiewende erforderlich ist, um unter den Bedingungen von Klimawandel und Ressourcenknappheit eine nachhaltige und stabile Energieversorgung zukünftig dauerhaft zu gewährleisten, lässt sich die Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit in diesem Sinne durchaus bejahen.²⁸ Dass die Errichtung von Windkraftanlagen unmittelbar der Stromversorgung und damit mittelbar der Versorgungssicherheit dient, lässt sich nicht bestreiten. Die Relevanz auch der einzelnen Anlage hierfür lässt sich über den Gesichtspunkt der kumulativen Kausalität begründen: Zwar gerät die Netzstabilität und

damit die Versorgungssicherheit erst bei einer Vielzahl von nicht errichteten Windkraftanlagen ernsthaft in Gefahr. Gleichwohl bedarf es eines umfangreichen und konzentrierten Windkraftausbaus, um die notwendigen und durchaus ambitionierten Ausbauziele zu erreichen, so dass eine nachhaltig stabile Energieversorgung gewährleistet werden kann. Insbesondere wenn der Windkraftausbau in Orientierung an übergreifenden Ausbauzielen und -pfaden einheitlich und kohärent über eine kontingenzierende Standortvorsorge gesteuert wird, kommt es insoweit grundsätzlich auf eine nahezu erschöpfende Inanspruchnahme der nur limitiert zur Verfügung stehenden Standortkapazitäten an.²⁹ Der im Ansatz berechtigte Einwand, dass die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote den hierzu erforderlichen Windkraftausbau selbst gar nicht hindern, sondern ihm nur die artenschutzunverträglichen Standorte entziehen,³⁰ ist demgegenüber insoweit unbeachtlich, als er bereits über die Alternativenprüfung nach § 45 Abs. 7 S. 2 Var. 1 BNatSchG und das damit zusammenhängende Erfordernis einer auch aus Artenschutzsicht optimierten raumordnerischen Standortplanung in die artenschutzrechtliche Prüfung integriert ist.³¹

2.2.3 Keine „tatsächliche“ Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in Bezug auf den Windenergieausbau gegeben

Fraglich ist jedoch, ob eine derartige Interpretation so ohne weiteres mit der Rechtsprechung des EuGH in Ein-

- 23) VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 10ff.; ders., in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand August 2020, § 45 BNatSchG Rdnr. 26.
- 24) VGH Kassel, Beschl. v. 6.1.2020 – 9 B 1876/18, juris, Rdnr. 29; VG Wiesbaden, Urt. v. 24.7.2020 – 4 K 2962/16.WI, ZNER 2020, 583, 590ff.; Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 4ff.; *Agatz*, ZUR 2020, 584, 592; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 22, 29; *Hofmann*, NuR 2021, 217, 223f.; in diese Richtung auch *Sailer*, ZNER 2020, 206, 210f.
- 25) Siehe EuGH, Urt. v. 10.7.1984 – 72/83, Slg. 1984, 02727, Rdnr. 7f., 34; Urt. v. 4.6.2002 – C-503/99, Slg. 2002, I-04809, Rdnr. 46; Urt. v. 8.11.2012 – C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rdnr. 67; Urt. v. 29.7.2019 – C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622, Rdnr. 158f. So i. E. auch Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 5f.; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand August 2020, § 45 BNatSchG Rdnr. 26.
- 26) Zur Definition der konkreten Gefahr siehe nur *Thiel*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand Mai 2017, § 3 BImSchG Rdnr. 33f.
- 27) Dies voraussetzend und – insofern konsequent – verneinend VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435; ebenso *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand August 2020, § 45 BNatSchG Rdnr. 26.
- 28) So auch VG Wiesbaden, Urt. v. 24.7.2020 – 4 K 2962/16.WI, ZNER 2020, 583, 591f.; Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 5f.; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 29; *Hofmann*, NuR 2021, 217, 223f.
- 29) Siehe auch *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 29.
- 30) VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435.
- 31) Siehe hierzu demnächst *Wagner*, NuR, i.E.; Vgl. auch *Agatz*, ZUR 2020, 584, 593.

klang zu bringen wäre. So entspricht es dessen ständiger Rechtsprechung jedenfalls zum Primärrecht, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit eng zu verstehen ist und eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit voraussetzt.³² In Bezug auf den sekundärrechtlichen Habitatschutz hat der EuGH dies erst kürzlich dahingehend spezifiziert, dass der Grund der öffentlichen Sicherheit nur im Fall der Notwendigkeit der Abwendung einer tatsächlichen und schwerwiegenden Gefahr der Unterbrechung der Stromversorgung eines Mitgliedstaates gegeben ist.³³ Allerdings sind die insoweit einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften möglicherweise tatbestandlich etwas enger gefasst als ihre artenschutzrechtlichen Pendanten. So verlangen Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie ebenso wie Art. 36 Satz 1, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 lit. b) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) jeweils „Gründe der öffentlichen Sicherheit“, während Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich Vogelschutzrichtlinie und Art. 16 Abs. 1 lit. c) FFH-Richtlinie wie gesehen das weiter ausgreifende „Interesse der öffentlichen Sicherheit“ genügen lassen. Angesichts der leicht differierenden tatbestandlichen Fassung der jeweils relevanten Normen besteht daher zumindest ein gewisser begrifflicher Raum, eine Beeinträchtigung des Interesses der öffentlichen Sicherheit im Artenschutzrecht gemäß den dargelegten Überlegungen bereits bei einer abstrakten und erst zukünftig (potentiell) drohenden Gefährdung der Energieversorgungssicherheit zu bejahen.

Gleichwohl wird man aufgrund der gefahrenabwehrrechtlichen Aufladung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit daran festhalten müssen, dass letztere wenn auch erst zukünftig und lediglich vermittelt über aggregierte Effekte, so doch in den Worten des EuGH „tatsächlich“ gefährdet sein muss.³⁴ Hiernach muss eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit aufgrund objektiver Umstände drohen, was insbesondere der normativ präzisen Abgrenzung und Abschtichung der jeweils geltend gemachten Rechtfertigungszwecke dient und eine extensive, die eigentlichen Gründe womöglich camouflierende Inanspruchnahme des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Sicherheit verhindern soll.³⁵ Problematisch ist die Annahme einer tatsächlichen Gefährdung der Energieversorgungssicherheit indessen vor allem mit Blick darauf, dass sich diese in hinreichend übersehbarer Zeit nur dann einstellen kann, wenn in Umsetzung der im Zuge der Energiewende beschlossenen Ziele die konventionelle Energieerzeugung zurückgefahren und schließlich eingestellt wird. Ungeachtet der dringenden klimapolitischen Handlungsnotwendigkeiten ist letzteres jedoch Resultat einer im Kern politischen Entscheidung, die den Klimaschutz insoweit – unbestritten zu Recht – höher gewichtet als die über konventionelle Energieträger zunächst einmal noch für einen hinreichend langen Zeitraum vergleichsweise unproblematisch gewährleistete Versorgungssicherheit.³⁶ Dies gilt auch dann, wenn man mit dem unlängst ergangenen und im Grunde überfälligen Klimaschutz-Grundsatzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts eine aus Art. 20a Grundgesetz (GG) sowie den Grundrechten folgende verfassungsrechtliche Pflicht des Staates zur effektiven und rechtzeitigen Erfüllung der sich am Pariser Abkommen orientierenden Klimaschutzziele annimmt.³⁷ Denn auf welche Weise dies zu geschehen hat, hat das Bundesverfassungsgericht den zuständigen staatlichen Organen gerade nicht vorgegeben und hätte hier auch nicht in den entsprechenden verfassungsrechtlichen Kompetenzbereich von Legislative und Exekutive übergreifen dürfen.³⁸ So können etwaige Kapazitätslücken im Windkraftausbau jedenfalls bis zu einem gewissen, nicht unerheblichen Maße zuallererst auch durch andere regenerative Energieträger kompensiert werden und kann aus solchen hergestellter Strom gegebenenfalls auch aus dem Ausland importiert werden.³⁹ Selbst wenn es dennoch

zum Schwur zwischen Klimaschutz und Energieversorgungssicherheit kommen sollte, wäre dieser Konflikt, da der Klimaschutz trotz seiner überragenden Bedeutung keinen absoluten Vorrang genießt⁴⁰ und es sich bei der Energieversorgungssicherheit ebenfalls um ein überragend wichtiges Gemeingut handelt⁴¹, in einer primär politisch zu verantwortenden Abwägungsentscheidung aufzulösen. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht bislang auch weder die grundsätzliche Verwendung von Braun- und Steinkohle zur Sicherstellung der Energieversorgung moniert noch die Nutzung der Kernenergie als verfassungswidrig verworfen,⁴² die im Fall einer akuten Gefährdung der Energieversorgungssicherheit gegebenenfalls über die beschlossenen Restlaufzeiten hinaus zu verlängern wären. Um die Energieversorgungssicherheit zu gewährleisten, stünden also hinreichend Alternativen zur Windenergie bereit, und sei es auch um den Preis ihrer Klimaschädlichkeit, gewisser (Rest-)Risiken

32) EuGH, Urt. v. 14. 3. 2000 – C-54/99, Slg. 2000, I-01335, Rdnr. 17; Urt. v. 4. 6. 2002 – C-503/99, Slg. 2002, I-04809, Rdnr. 47; EuGH, Urt. v. 8. 11. 2012 – C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rdnr. 67; siehe auch Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand August 2020, §45 BNatSchG Rdnr. 26.

33) EuGH, Urt. v. 29. 7. 2019 – C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622, Rdnr. 158f.; siehe auch Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand August 2020, §45 BNatSchG Rdnr. 26.

34) Siehe nur EuGH, Urt. v. 14. 3. 2000 – C-54/99, Slg. 2000, I-01335, Rdnr. 17; Urt. v. 4. 6. 2002 – C-503/99, Slg. 2002, I-04809, Rdnr. 47; EuGH, Urt. v. 8. 11. 2012 – C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rdnr. 67; EuGH, Urt. v. 29. 7. 2019 – C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622, Rdnr. 158f.

35) EuGH, Urt. v. 10. 7. 1984 – 72/83, Slg. 1984, 02727, Rdnr. 7, 35f.; EuGH, Urt. v. 14. 3. 2000 – C-54/99, Slg. 2000, I-01335, Rdnr. 17; EuGH, Urt. v. 8. 11. 2012 – C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rdnr. 67ff.; vgl. auch für das i. W. funktionsgleiche Unmittelbarkeitserfordernis bei einer Interpretation des Begriffs in Anlehnung an das nationale Polizeirecht Stöckel/Müller-Walter, in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, Stand September 2016, §45 BNatSchG Rdnr. 27.

36) Vgl. auch VG Gießen, Urt. v. 22. 1. 2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 15f.

37) BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723.

38) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1748, Rdnr. 249.

39) Siehe mit Verweis insbesondere auf die Photovoltaik die Studie des Fraunhofer-Instituts für Solare Energiesysteme ISE, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/content/dam/ise/de/documents/publications/studies/Fraunhofer-ISE-Studie-Wege-zu-einem-klimaneutralen-Energiesystem.pdf>, S. 7. Siehe hierzu auch Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 16.

40) Siehe BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1740, Rdnr. 198 und 1748, Rdnr. 246.

41) Siehe nur BVerfG, Urt. v. 17. 12. 2013 – 1 BvR 3139, 3386/08, BVerfGE 134, 242, 338, Rdnr. 286.

42) Siehe für die (relativ zur Steinkohle deutlich klimaschädlichere) Braunkohle (wenn auch in der Tendenz zu weitgehend) BVerfG, Urt. v. 17. 12. 2013 – 1 BvR 3139, 3386/08, BVerfGE 134, 242, 338ff., Rdnr. 286ff.; für die Kernenergie zuletzt BVerfG, Urt. v. 6. 12. 2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, BVerfGE 143, 246, 351, Rdnr. 298.

für Umwelt und Mensch oder relativ höherer Energiebereitstellungskosten.⁴³ Im Übrigen richtet sich der zukünftige Energie- und damit mittelbar auch der für eine hinreichende Versorgungstabilität erforderliche Ausbaubedarf der Windenergie stark nach gesellschaftlichen und individuellen Verhaltensweisen, die je nach für die Zukunft projiziertem Szenario stark variieren.⁴⁴ Der Eintritt der jeweiligen Szenarien ist derzeit völlig hypothetisch und eignet sich nicht für eine verlässliche Prognose im gefahrenabwehrrechtlichen Sinn. Die Energieversorgungssicherheit ist daher jedenfalls auf absehbare Zeit nicht tatsächlich in Gefahr, sondern wäre dies erst dann, wenn durch politische Entscheidungen in Umsetzung der Klimaschutzziele Kohle- und Atomkraftwerke vom Netz genommen und nicht bedarfsadäquat durch andere regenerative Energieträger jenseits der Windenergie substituiert werden würden. Dies dürfte für die Annahme objektiver Umstände im Sinne des vom EuGH stets eng ausgelegten und angewandten Ausnahmegrundes der öffentlichen Sicherheit nicht ausreichen.

Die aufgrund der Endlichkeit der fossilen Energiereserven perspektivisch unausweichliche Frage einer nachhaltigen Energieversorgung dürfte demgegenüber ebenso wie die potentiellen Gefahren, die ein ungebremster Klimawandel aufgrund ökologischer, ökonomischer und politischer Umwälzungen und Verwerfungen auf lange Sicht auch für die öffentliche Sicherheit in Deutschland und der Europäischen Union verursachen kann, in zu weiter zeitlicher Ferne liegen und über zu viele – in sich wiederum komplexe und derzeit rein hypothetische – kausale Zwischenglieder vermittelt sein, als dass sie bereits jetzt einen juristisch hinreichend belastbaren Anknüpfungspunkt für die Annahme einer tatsächlichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit begründen könnten.⁴⁵ Dass die politische Entscheidung zugunsten Klimaschutz und Energiewende auch aus diesen Gründen nachvollziehbar und sogar unabweisbar ist, macht nur transparent, dass als unmittelbarer Ausnahmegrund letztlich nur das Interesse des Klimaschutzes und nicht das der öffentlichen Sicherheit in Frage kommt.⁴⁶ Denn die genannten Erwägungen werden über den Klimaschutzbelang hinreichend plausibel und prognostisch tragfähig repräsentiert und finden allein in ihm ihre rechtlich-normative Verankerung. Würde man über den Klimaschutzbelang hinaus auch die durch ihn repräsentierten, kausal und zeitlich in weiter Ferne liegenden Interessen bereits als tatsächliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit berücksichtigen, würde der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG ausufern und seine tatbestandlichen Konturen verlieren⁴⁷, was mit den Vorgaben des Unionsrechts so nicht vereinbar sein dürfte.⁴⁸ Jedenfalls wäre diese Auslegung angesichts der skizzierten EuGH-Rechtsprechung (hochgradig) zweifelhaft und wäre daher vor einer Anwendung des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG zwingend eine Vorabentscheidung des EuGH gemäß Art. 267 Abs. 1, Abs. 3 AEUV herbeizuführen.⁴⁹

2.3 Maßgeblich günstige Auswirkungen auf die Umwelt (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 5 BNatSchG)

Ähnlich wie der Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BNatSchG wird mit Blick auf den positiven Klimaschutzeffekt der Windenergie auch der Ausnahmegrund der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 5 BNatSchG in der Literatur in jüngerer Zeit vereinzelt diskutiert⁵⁰, in Deutschland für die Errichtung von Windkraftanlagen aber von der ganz überwiegenden Meinung ebenfalls zu Recht nicht herangezogen.⁵¹ Eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 5 BNatSchG scheitert insofern aus ähnlichen Gründen wie eine Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 und Nr. 4

Var. 2 BNatSchG.⁵² Die Errichtung von Windkraftanlagen hat, sofern sie das artenschutzrechtliche Zugriffsverbot tatbestandlich erfüllt, zunächst einmal negative Auswirkungen auf die Umwelt.⁵³ Soweit diese gegebenenfalls vermittelt über positive Beiträge zum Klimaschutz (über) kompensiert werden können, würden sich diese Effekte wiederum erst in vergleichsweise ferner Zukunft und vermittelt über zu viele, in sich komplexe und zwar plausible, derzeit aber rein hypothetische Kausalglieder einstellen. Das reicht für die restriktiv zu interpretierende Ausnah-

- 43) Ersteres versteht sich insbesondere für die fossilen Energieträger, zweites für die Kernenergie und letzteres namentlich für alternative erneuerbare Energien. Insbesondere die letztgenannte, grundsätzlich in in weitem Ausmaß bedarfsdeckender Weise zur Verfügung stehende Option zeigt, dass es vorliegend – wie so oft im Klimaschutz – primär um eine Kostenfrage geht, vgl. Fraunhofer-Institut für Solare Energiesysteme ISE, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/content/dam/ise/de/documents/publications/studies/Fraunhofer-ISE-Studie-Wege-zu-einem-klimaneutralen-Energiesystem.pdf>, S. 7, und sich ein vorschneller Verweis auf objektive Handlungsnotwendigkeiten vorgebende Gemeingüter wie die öffentliche Sicherheit verbietet.
- 44) Vgl. nur Fraunhofer-Institut für Solare Energiesysteme ISE, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/content/dam/ise/de/documents/publications/studies/Fraunhofer-ISE-Studie-Wege-zu-einem-klimaneutralen-Energiesystem.pdf>, S. 6, 18 ff.
- 45) So i. E. auch VG Gießen, Urt. v. 22. 1. 2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 15 ff.; ders., in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand August 2020, § 45 BNatSchG Rdnr. 26.
- 46) Zu dieser Funktion des Klimaschutzbelangs als verschiedenste materielle Interessen repräsentierender „abstrakter Sammelbelang“ siehe bereits oben 2.1.
- 47) Vgl. Stöckel/Müller-Walter, in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, Stand September 2016, § 45 BNatSchG Rdnr. 27.
- 48) So auch Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand: August 2020, § 45 BNatSchG Rdnr. 26.
- 49) Vgl. auch Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 11 f.
- 50) Sailer, ZNER 2020, 206, 211 f.
- 51) Siehe VG Gießen, Urt. v. 22. 1. 2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435; Grothe/Frey, NuR 2020, 316, 317; Müller-Mitschke, NuR 2015, 741, 744; Fischer/Hüftele, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 51, 67; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rdnr. 297; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 9. Siehe auch Sailer, ZNER 2020, 206, 211.
- 52) So auch Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 9. Gleiches gilt im Übrigen für eine Ausnahme im Interesse der Gesundheit des Menschen nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 1 BNatSchG, wie sie von Hofmann, NuR 2021, 217, 220 ff. erwogen wird.
- 53) Siehe auch Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 9.

mevorschrift des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 5 BNatSchG, die eine gleichzeitige und mindestens gleichwertige Verbesserung der ökologischen Situation als unmittelbare Folge der Ausnahmeerteilung verlangt, nicht aus.⁵⁴ Ferner würde sich auch bezüglich § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 5 BNatSchG das sogleich in Bezug auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG behandelte Problem stellen, dass der dahinterstehende unionsrechtliche Ausnahmegrund der „positiven Folgen für die Umwelt“ im Ausnahmeregime des Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie nicht enthalten ist.⁵⁵

2.4 Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG)

Im Mittelpunkt der Diskussion steht gegenwärtig, ob die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen für den Klimaschutz dienende Windkraftanlagen auf den Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG gestützt werden kann.⁵⁶ Hiernach sind Ausnahmen aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses zulässig. Dass der Klimaschutz angesichts seiner überragenden Bedeutung für zahlreiche durch ihn repräsentierte gewichtige nationale wie internationale Gemeinwohlbelange und Individualrechtsgüter einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses darstellen kann, ist dabei im Grundsatz ebenso unstrittig wie die Möglichkeit, hinsichtlich des Klimaschutzbeitrags von Windkraftanlagen eine kumulierende Betrachtung anzustellen.⁵⁷ M. a. W. finden die aggregierten und zukünftigen Positiv-

effekte, welche die Errichtung von Windkraftanlagen vermittelt über deren Klimaschutzbeitrag auf Belange wie den Natur- und Umweltschutz oder eine nachhaltige Energieversorgung sowie viele andere mehr potentiell hat, im sie repräsentierenden Klimaschutzbelang und damit in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG ihren gesetzessystematisch angestammten Platz im Rahmen der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung.

Während dieser Befund für das nationale Recht eindeutig ist, ergibt sich ein so ohne Weiteres nicht überwindbares Problem allerdings mit Blick darauf, dass der Ausnahmegrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses zwar in Art. 16 Abs. 1 lit. c) FFH-Richtlinie, nicht aber im Ausnahmeregime des Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie enthalten ist.⁵⁸ Die Schutzregimes der FFH- und Vogelschutzrichtlinie ergänzen sich insoweit gegenseitig und stehen parallel nebeneinander.⁵⁹ Hinsichtlich der windenergiesensiblen Arten ist allerdings insbesondere Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie einschlägig. Zwar wird die Divergenz der unionsrechtlichen Ausnahmenvorschriften von der weit überwiegenden Meinung in Deutschland als wertungswidersprüchlich angesehen⁶⁰ und ist in der Tat so ohne Weiteres nicht ersichtlich, warum das im Grundansatz strengere Schutzregime der FFH-Richtlinie den Ausnahmegrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses kennt, die ältere, weiter ausgreifende und auch Arten mit deutlich geringerer Schutzbedürftigkeit umfassende Vogelschutzrichtlinie hingegen nicht. Prinzipiell hinreichend gewichtige Gründe für eine Erstreckung des Ausnahmeverhalts auch auf den Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie ließen sich in Bezug auf den Klimaschutz jedenfalls bejahen.⁶¹ Allerdings betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass die Ausnahmegründe des Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie abschließend normiert seien und hat dies in Kenntnis der dargestellten Inkonsistenzen hinsichtlich des Schutzregimes der FFH-Richtlinie bestätigt.⁶² Man wird

54) VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435; *Grothe/Frey*, NuR 2020, 316, 317; *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 744; *Stöckel/Müller-Walter*, in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, Stand September 2016, § 45 BNatSchG Rdnr. 27; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 9.

55) VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 435; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 10.

56) Dafür etwa OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20, juris, Rdnr. 39; Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 3f.; *Hinsch*, ZUR 2011, 191, 196; *Grothe/Frey*, NuR 2020, 316, 321f.; *Müller/Klostermeier*, NVwZ 2020, 774ff.; *Agatz*, ZUR 2020, 584, 592; in diese Richtung auch *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250, 250f.; dagegen VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 433f.; *Lütke*, in: ders./Ewer, BNatSchG, 2018, § 45 Rdnr. 46; *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rdnr. 297; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 5ff.

57) Siehe nur Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 6ff.; *Fischer-Hüftele*, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 51, 67; *Grothe/Frey*, NuR 2020, 316, 321f.; *Stöckel/Müller-Walter*, in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, Stand September 2016, § 45 BNatSchG Rdnr. 28; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 3f.; *Müller/Klostermeier*, NVwZ 2020, 774, 776; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 29. In diese Richtung votiert auch der Gesetzgeber, siehe BtDrs. 18/11939, S. 17.

58) Siehe nur VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 433; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 4; *Müller/Klostermeier*, NVwZ 2020, 774; *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250; *Hofmann*, NuR 2021, 217, 225f.

59) Siehe nur *Lütke*, in: ders./Ewer, BNatSchG, 2018, § 45 Rdnr. 27.

60) Siehe VGH München, Urt. v. 19.2.2014 – 8 A 11.400.40 u. a. –, juris, Rdnr. 846; OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.18 – 12 LB 118/16, juris, Rdnr. 232; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20, juris, Rdnr. 39; *Stöckel/Müller-Walter*, in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, Stand: September 2016, § 45 BNatSchG Rdnr. 28; *Schütte/Gerb*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rdnr. 32; *Lütke*, in: ders./Ewer, BNatSchG, 2018, § 45 Rdnr. 27; *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250; *Müller/Klostermeier*, NVwZ 2020, 774, 775; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand: August 2020, § 45 BNatSchG Rdnr. 28; *Agatz*, ZUR 2020, 584, 592; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 28. Skeptisch aber namentlich das BVerwG, Urt. v. 13.3.2008 – 9 A 3/06, juris, Rdnr. 262.

61) Siehe nur Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 3f., 6f.; *Fischer-Hüftele*, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 51, 67; *Müller/Klostermeier*, NVwZ 2020, 774, 776.

62) EuGH, Urt. v. 26.1.2012 – C-192/11, ECLI:EU:C:2012:44, NuR 2012, 718, 720, Rdnr. 39; siehe auch VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 433f.; *Gellermann*, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 6; *Hofmann*, NuR 2021, 217, 219.

die unionsrechtliche Rechtslage daher auch angesichts der Gesetzgebungshistorie – die Vogelschutzrichtlinie wurde 2009 in Kenntnis der FFH-Richtlinie neu kodifiziert, ohne dass die Ausnahmeregimes harmonisiert worden wären – nicht als bloßes Redaktionsversehen einstufen und in der Folge Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie nicht einfach unbesehen um einen ungeschriebenen Ausnahmegrund ergänzen können.⁶³ Im Ergebnis lässt sich, auch wenn jedenfalls in Bezug auf den Klimaschutzbelang überwiegende rechtspolitische Gründe für eine Anwendung des Ausnahmegrundes auch im Geltungsbereich der Vogelschutzrichtlinie sprechen dürften, die Vereinbarkeit des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG mit den Vorgaben des Unionsrechts jedenfalls so ohne Weiteres nicht bejahen.⁶⁴ Unions- wie verfassungsrechtlich zwingende Konsequenz dessen ist, dass die Frage gemäß Art. 267 Abs. 1, Abs. 3 AEUV dem EuGH vorzulegen ist.⁶⁵ Vor einer letztverbindlichen Klärung der Rechtslage durch diesen ist eine Anwendung des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG auf Windkraftanlagen nicht rechtssicher möglich.⁶⁶

2.5 Zwischenergebnis

Ein Ausnahmegrund für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme kann sich nach hier vertretener Auffassung einzig aus § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG ergeben. Dessen Tatbestandsmerkmal des zwingenden Grundes des überwiegenden öffentlichen Interesses ist vorbehaltlich einer stets vorzunehmenden Einzelfallabwägung⁶⁷ mit Blick auf den Klimaschutzbelang grundsätzlich erfüllt, jedoch so ohne Weiteres nicht mit dem vorrangigen Unionsrecht vereinbar. Eine verbindliche Klärung der Rechtslage kann nur durch den EuGH herbeigeführt werden.⁶⁸

3. Abwägung

3.1 Erforderlichkeit einer Abwägung im Einzelfall

§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG („anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“) lässt sich entnehmen, dass der jeweilige Ausnahmegrund überwiegen muss, damit eine artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt werden kann. In den Fällen des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG ist folglich eine Abwägung zwischen den konkret betroffenen Belangen des Artenschutzes und den konkret betroffenen Interessen durchzuführen, die sich dem jeweils einschlägigen Ausnahmegrund subsumieren lassen.⁶⁹ Dem Wortlaut des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG („anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“) lässt sich ferner entnehmen, dass letztere ein deutlich zu erkennendes Übergewicht besitzen müssen.⁷⁰ Das Erfordernis einer Abwägung folgt im Übrigen auch aus der Rechtsnatur des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG als einer eine Verhältnismäßigkeitsprüfung implizierenden Kann-Bestimmung.⁷¹ Wäre die Abwägung der konkret kollidierenden Belange daher nicht bereits (größtenteils) in den Tatbestand des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG integriert, müsste sie stattdessen auf Rechtsfolgenseite durchgeführt werden. Selbst wenn man diese mit einer stark vertretenen Meinung in Richtung eines intendierten Ermessens interpretiert,⁷² kann letzteres erst nach einer saldierenden Abwägung der jeweils im Einzelfall konkretisierten Artenschutzbelange mit den jeweils konkret kollidierenden Belangen und Interessen einsetzen.⁷³ Auch wenn sich ein Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG tatbestandlich bejahen lässt, ist folglich noch eine sich nach den Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls richtende Abwägung des Artenschutzbelangs mit dem für die Windenergie sprechenden öffentlichen Interesse, konkret also mit dem Kli-

maschutzbelang und dem Belang der nachhaltigen Energieversorgung, vorzunehmen.⁷⁴

3.2 Abwägungskriterien

Der Klimaschutzbelang und der Belang der nachhaltigen Energieversorgung besitzen im Korridor der international und national leitenden Klimaschutzziele abstrakt ein sehr hohes Gewicht.⁷⁵ Der wesentliche Faktor für ihre konkrete Verwirklichung durch ein bestimmtes Wind-

63) So auch VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 433; Hofmann, NuR 2021, 217, 219f.; siehe hierzu auch Bick/Wulfert, NuR 2020, 250.

64) VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, 430, 433f.; Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 6ff.; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 29; Hofmann, NuR 2021, 217, 225f.; a. A. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20, juris, Rdnr. 39; Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 3f.; Müller/Klostermeier, NVwZ 2020, 774ff.; offen gelassen von Fischer-Hüftle, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 51, 67.

65) Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 7f.; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 29. Allgemein zu den unions- und verfassungsrechtlichen Hintergründen Ehrliche, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 267 AEUV Rdnr. 6, 19, 41ff., 49ff., 52ff.

66) So auch Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 7f.; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 29.

67) Siehe sogleich 3.

68) So i. E. auch Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten – Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, 2020, Stand 24.6.2021, abrufbar unter <https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>, S. 19; Lau, NuR 2021, 28, 29.

69) Müller-Walter, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/ders./Stöckel, Naturschutzrecht, 2013, § 45 BNatSchG Rdnr. 19; Stöckel/ders., in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, Stand: September 2016, § 45 BNatSchG Rdnr. 19; Lütke, in: ders./Ewer, BNatSchG, 2018, § 45 Rdnr. 45.

70) Stöckel/Müller-Walter, in: Erbs/Häberle/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, Loseblatt, Stand: September 2016, § 45 BNatSchG Rdnr. 19.

71) Siehe hierzu Sachs, in: Stelkens/Bonk/ders., Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 40 Rdnr. 13ff., 21, 83.

72) So VG Freiburg, Urt. v. 17.2.2009 – 3 K 805/08, juris, Rdnr. 47; VG Wiesbaden, Urt. v. 24.7.2020 – 4 K 2962/16.WI, ZNER 2020, 583, 593; Müller-Mitschke, NuR 2015, 741, 749; Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rdnr. 22; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rdnr. 16.

73) Siehe auch Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 22. Siehe hierzu demnächst ferner Wagner, NuR.

74) Näher hierzu Müller-Mitschke, NuR 2015, 741, 746.

75) Siehe Wagner, Klimaschutz durch Raumordnung, 2018, S. 575ff.

kraftvorhaben ist sodann insbesondere die Windhöflichkeit am jeweiligen Standort.⁷⁶ Das Verwirklichungsniveau und damit das Gewicht dieser Belange wird ferner durch die Bündelung von Windenergievorhaben in einer Konzentrationszone erhöht.⁷⁷ Daneben spielen Fragen der Erschließung und insbesondere des Netzanschlusses eine Rolle.⁷⁸ Das konkrete Gewicht des Artenschutzbelangs hängt wiederum maßgeblich ab von der Anzahl der jeweils betroffenen Individuen, Brutpaare und Arten, dem Erhaltungszustand der Population, der Bedeutung des betroffenen Vorkommens der Art für die lokale Population sowie für den Bestand im jeweiligen Bundesland und natürlichen Verbreitungsgebiet, der Eingriffssensibilität, Seltenheit und des Populationstrends der betroffenen Arten sowie der nationalen und internationalen Verantwortung des Landes für diese.⁷⁹

3.3 Möglichkeit einer steuernden planerischen Einflussnahme

Vor diesem Hintergrund kann eine raumordnerische Konzentrationszonenplanung auf beiden Seiten der Abwägung einen steuernden Einfluss darauf nehmen, dass die für die Zulässigkeit einer Windkraftanlage sprechenden Gründe regelmäßig in der Abwägung nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG mit hinreichendem Gewicht überwiegen. Voraussetzung hierfür ist zum einen, dass als für die Windenergie in Frage kommende Potentialflächen regelmäßig nur Standorte mit relativ guter bis sehr guter Windhöflichkeit ausgewählt und diese zu Konzentrationszonen gebündelt werden. Dies ist im Übrigen auch aus anderen Gründen erforderlich, um die relativ beste Energie-Flächen-Bilanz zu erzielen und den Windkraftausbau damit insgesamt so raumverträglich und effizient wie möglich zu gestalten. Voraussetzung ist ferner, dass unter Verschneidung dieser Potentialflächen mit naturschutzfachlichen Restriktionskriterien und namentlich unter möglichst großflächiger Aussparung von Dichtezentren und Schwerpunktorkommen der windenergiesensiblen Arten letztlich regelmäßig die möglichst artenschutzverträglichsten Flächen oder jedenfalls nicht solche mit hoher artenschutzrechtlicher Konfliktintensität als Vorranggebiete für die Windenergie ausgewiesen werden. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dürften die für die Windenergie sprechenden Gründe den Artenschutzbelang regelmäßig in der Abwägung nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG mit hinreichendem Gewicht überwiegen. Jedenfalls im Rahmen der angestrebten Ausbaupfade besitzt der an Standorten mit guter bis sehr guter Windhöflichkeit durch die Errichtung einer Windkraftanlage in relativ hohem Maße verwirklichte Klimaschutzbelang ebenso wie der Belang der nachhaltigen Energieversorgung ein derart hohes Gewicht, dass er den nicht populationsrelevanten Verlust von einzelnen Exemplaren einer Art in Abwesenheit weiterer Umstände wie insbesondere einem kritischen Populationszustand oder -trend regelmäßig überwiegen wird.⁸⁰

4. Ergebnis

Ob für die Errichtung von Windkraftanlagen ein die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen tragender Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG gegeben ist, kann derzeit nicht rechtssicher beurteilt werden. Ein potentieller Ausnahmegrund kommt nach hier vertretener Auffassung einzig aufgrund von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG in Be-

tracht. Ein zwingender Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne der Vorschrift ist mit Blick auf den Klimaschutzbelang zwar grundsätzlich gegeben. Eine hierauf gestützte Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen ist jedoch in Bezug auf windenergiesensible Vogelarten so ohne Weiteres nicht mit dem vorrangigen Unionsrecht vereinbar. Eine verbindliche Klärung der Rechtslage kann insofern nur durch den EuGH herbeigeführt werden. Das Vorliegen eines hinreichenden Ausnahmegrundes setzt ferner eine auf den konkreten Standort bezogene Einzelfallabwägung der jeweils kollidierenden Belange und Interessen voraus. Deren Ausfall zugunsten der Windenergie ist jedoch insbesondere durch eine artenschutzoptimierte raumordnerische Standortplanung grundsätzlich positiv beeinflussbar.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

76) Siehe *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 746; Hinweise des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen vom 1.7.2015, Kap. III. 2. b; *Wagner*, Klimaschutz durch Raumordnung, 2018, S. 587.

77) Siehe *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 746; Hinweise des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen vom 1.7.2015, Kap. III. 2. b.

78) Siehe *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 746; Hinweise des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen vom 1.7.2015, Kap. III. 2. b.

79) Ausführlich *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 746; Hinweise des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen vom 1.7.2015, Kap. III. 2. b. Siehe auch Umweltministerkonferenz, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, S. 10.

80) Siehe auch *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741, 746.