



Genehmigungsverfahren, Tötungsverbot, Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG **VG Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI**

1. Der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG ist in Bezug auf die europäischen Vogelarten nicht anwendbar, da dies einen Verstoß gegen die vorrangigen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie zur Folge hätte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine stark gefährdete oder eine weit verbreitete Art handelt.

2. Demgegenüber kann der Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG grundsätzlich auch in Bezug auf europäische Vogelarten Anwendung finden.

**3. Der Rechtfertigungsgrund der „öffentlichen Sicherheit“ ist eng zu verstehen. Bei der Errichtung eines Windparks handelt es sich nicht um eine bedeutende Infrastrukturmaßnahme, die unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit subsumiert werden kann.
(redaktionelle Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Der Kläger, eine Naturschutzvereinigung, begehrt die Aufhebung eines Genehmigungsbescheids zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen. Diese hatte die Beklagte der Beigeladenen Ende 2018 erteilt. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens wurde der Beigeladenen eine Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot in Bezug auf den Mäuse- und Wespenbussard erteilt. Die Genehmigung enthält zudem Nebenbestimmungen bezüglich Avifauna und Fledermäusen.

Der Kläger erhob vor dem VG Gießen Klage gegen die erteilte Genehmigung.

Inhalt der Entscheidung

Das VG Gießen gab der Klage statt. Die erteilte Genehmigung verstoße gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften; insbesondere gegen das Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.

Zunächst bejaht das Verwaltungsgericht die Erfüllung des artenschutzrechtlichen Verbotstatbestandes nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Dabei stehe der Behörde hinsichtlich der Bestandserfassung und auch der Gefahrenabschätzung eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. In diesem Zusammenhang schließt sich das Gericht der behördlichen Einschätzung an, nach der nicht nur der Wespen-, sondern insbesondere auch der Mäusebussard eine windkraftsensible Art sei.

Darüber hinaus legalisiere die von der Beklagten erteilte Ausnahme das erhöhte Tötungsrisiko im vorliegenden Fall nicht, da deren gesetzliche Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Eine Ausnahme könne zunächst nicht auf zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG) gestützt werden. Dieser Ausnahmetatbestand finde in Bezug auf europäische Vogelarten keine Anwendung, weil er gegen vorrangige Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie verstoße. Für den Ausnahmegrund gäbe es keine Entsprechung in der Richtlinie. Dabei komme es nicht darauf an, ob es sich um eine stark gefährdete oder um eine weit verbreitete Art handle.

Demgegenüber gestatte der Tatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG prinzipiell eine Ausnahmeerteilung aufgrund der „öffentlichen Sicherheit“ auch in Bezug auf europäische Vogelarten. Er sei aber vorliegend nicht anwendbar. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit müsse eng ausgelegt werden. Er könne u.a. erst dann bejaht werden, wenn ein Vorhaben wesentlich für die Existenz eines Staates sei. Vorliegend müsse jedoch insbesondere nicht befürchtet werden, dass ohne eine Ausnahmeerteilung die Versorgungssicherheit mit Energie nicht mehr gewährleistet werden könne. So geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass lediglich die Standorte für Windenergievorhaben eingeschränkt seien, eine Energiegewinnung auf diese Art aber dennoch prinzipiell möglich sei. Darüber hinaus könne man nicht annehmen, dass es sich bei einem Windpark um eine bedeutende Infrastrukturmaßnahme handle, wie dies beispielsweise bei der Errichtung eines Flughafens der Fall sei.

Fazit

Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot und die diesbezügliche Ausnahme werden bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen zunehmend relevant. Viele wichtige Fragestellungen zur Anwendbarkeit der Ausnahme sind derzeit jedoch noch ungeklärt.

Das VG Gießen hat sich vorliegend mit Fragestellungen auseinandergesetzt, welche sich im Kern mit der europarechtskonformen Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme befassen. So ging es zunächst um die Ausnahmenvorschrift des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG in seiner Anwendung auf wildlebende Vögel. Das Verwaltungsgericht bejaht vorliegend einen Konflikt des Ausnahmegrundes mit der Vogelschutzrichtlinie; die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu diesem Thema ist bislang nicht einheitlich.¹ Mit unionsrechtlichen Fragenstellungen setzte sich das Verwaltungsgericht auch hinsichtlich des Ausnahmegrunds des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG auseinander. Hier gelangt das Verwaltungsgericht im Ergebnis zu einer Vereinbarkeit mit europäischem Recht, spricht sich zugleich aber für eine sehr enge Auslegung des Ausnahmegrundes aus.

Im Vorfeld der Ausnahme prüfte das VG Gießen zudem die Frage eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für die Vogelarten Wespen- und Mäusebussard. Ins Auge fällt hier die Terminologie des Gerichts, welche vor dem Hintergrund der Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2018² überrascht. Die „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ ist danach zumindest begrifflich überholt. Spätestens mit Blick auf die angenommene Windkraftsensibilität des Mäusebussards stellt sich die Frage, inwiefern das Gericht sich vertiefter mit den diesbezüglich divergierenden Ansichten hätte auseinandersetzen müssen.³

Die vorliegende Entscheidung offenbart, wie umstritten wesentliche Aspekte im Bereich der artenschutzrechtlichen Ausnahme tatsächlich sind. Die streitigen Punkte vermag das vorliegende Urteil nicht abschließend zu klären. Wesentliche Aussagen des VG Gießen erscheinen juristisch durchaus vertretbar, aber keineswegs zwingend. Das Urteil kann jedoch den Weg für eine dringend erforderliche Entscheidung auf höchstrichterlicher Ebene bereiten. Eine unklare Rechtslage wirkt sich nicht zuletzt maßgeblich auf die Anwendungspraxis aus, welche gerade im Bereich der Genehmigung von Windenergieanlagen dringend auf eine rechtssichere Anwendung der §§ 44 ff. BNatSchG angewiesen ist. Daher ist die Berufung vor dem VGH Kassel, noch mehr jedoch ein mögliches Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof mit Spannung zu erwarten. Gleichzeitig gibt es auch darüber hinausgehende offene Punkte, welche sich mit der Anwendungspraxis der Ausnahme befassen. Dabei können die von der Umweltministerkonferenz beschlossenen „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“ erste wichtige Anhaltspunkte geben; für die Gerichte bindend sind diese Hinweise allerdings nicht.⁴

Der Volltext der Entscheidung kann kostenpflichtig im Internet abgerufen.

¹ Siehe umfassend zum Streitstand: Stiftung Umweltenergierecht, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, [S. 8 ff.](#); KNE, Ausnahme im besonderen Artenschutzrecht, [S. 9 ff.](#)

² BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 (in Rundbrief [1/2019](#) besprochen).

³ a.A.: OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.10.2016 – 12 ME 58/16, [Rn. 40](#); VGH Mannheim, Beschl. v. 6.7.2016 – 3 S 942/16, [Rn. 70](#).

⁴ 94. Umweltministerkonferenz am 15.5.2020, Ergebnisprotokoll, [S. 12](#).