Einer für alle, alle für einen

Die Ausnahme im Kontext des besonderen Artenschutzrechts

In Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen treten regelmäßig Konflikte zwischen den Belangen des Artenschutzes einerseits und dem Interesse an der Realisierung von Windenergievorhaben andererseits auf. Es ist zum Beispiel möglich, dass Vögel und Fledermäuse mit den sich drehenden Rotorblättern oder dem Mast einer Windenergieanlage kollidieren. Eidechsen und Ameisen können getötet werden, wenn für die Errichtung einer Anlage das Baufeld freigemacht werden muss. Wie diese Konflikte rechtlich zu behandeln sind, ist im Bundesnaturschutzgesetz und dort im Abschnitt des besonderen Artenschutzrechts geregelt. Die zentralen Regelungen sind die Paragraphen 44 und 45 BNatSchG.

VON Dr. Silke Marie Christiansen

Die Regel und ihre Ausnahme

Es ist verboten, wild lebende Tiere zu töten – so legt es die Grundregel fest. Als Grundregel normiert § 44 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)[1] den Normalfall und § 45 Abs. 7 regelt diejenigen Fälle, die nicht unter die Grundregel zu fassen sind, also die Ausnahmen. Das Verbot gilt für jedes einzelne Exemplar einer geschützten Art. Der Schutz, den die Grundregel bietet, ist damit individuenbezogen.[2]

Das Verbot ist sehr weitgehend: Wenn ein einzelnes Exemplar einer besonders geschützten Art mit einer Windenergieanlage kollidieren könnte, wäre das Verbot bereits erfüllt. Der Bau von Windenergieanlagen und anderen Infrastrukturprojekten wäre damit faktisch ausgeschlossen. Ein so weitreichendes Verbot wäre aber nicht vereinbar mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Aus diesem Grund hat das Bundesverwaltungsgericht die sogenannte Signifikanzschwelle entwickelt, die durch die letzte Novelle des BNatSchG im Jahr 2017 auch Einzug in das Gesetz gehalten hat (§ 44 Abs. 5 Nr. 1).

Wenn die Signifikanzschwelle durch ein Projekt überschritten würde, kann dem im Voraus begegnet werden, indem potenziellen Tötungen durch sogenannte Schutzmaßnahmen entgegengewirkt wird. Bei Vögeln wird dies beispielsweise durch die Einhaltung bestimmter Abstände zwischen Windenergieanlage und Brutplatz erzielt. Um das Risiko des Fledermausschlages zu senken, werden Anlagen, in deren Umgebung Fledermäuse vorkommen, etwa in den Sommernächten abgeschaltet. Wenn aber keine Maßnahmen in Betracht kommen, um das Tötungsrisiko für Exemplare einer geschützten Art unter die Signifikanzschwelle zu senken, bleiben nur noch zwei Optionen: Entweder das Vorhaben wird aufgegeben oder es wird eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 für das einzelne Vorhaben erteilt.

Genehmigungen für Windenergieanlagen durch Ausnahmen anstatt durch die Grundregel zu ermöglichen, könnte in Zukunft zunehmend notwendiger werden.

1 Soweit nicht anders gekennzeichnet, handelt es sich bei den §§ um solche des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG).

2 Zur gefestigten Rechtsprechung des Individuenschutzes vgl.: BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14/07, Rn. 91; VGH Kassel, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – 9 A 1540/12.Z, Rn. 9, 23; OVG Magdeburg, Urteil vom 16. Mai 2013 – 2 L 80/11, Rn. 21.

* sinngemäß nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG
** sinngemäß nach § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG

Der Ausbau der Windenergie wird politisch stark vorangetrieben. Deutschland ist dem Klimaschutzabkommen der 21. UN-Klimakonferenz in Paris 2015 beigetreten und hat sich damit zu einem ambitionierten Klimaschutz bekannt. Der Klimaschutzplan 2050 der Bunderegierung bietet eine inhaltliche Orientierung zur Erreichung der Pariser Ziele. Darin wird neben anderen Sektoren die Energieversorgung besonders gefordert. (BMUB 2016, S. 6) Der Ausbau der Windenergie soll in diesem Sektor stark vorangetrieben werden (BMUB 2016, S. 37), um die Klimaschutzziele der Bundesregierung und damit letztlich auch die internationalen Verpflichtungen zu erfüllen.

Für diesen politisch gewollten Ausbau der Windenergie werden Flächen benötigt. Flächen mit geringem Konfliktpotenzial mit dem Naturschutz sind laut einer aktuellen Studie des Bundesamtes für Naturschutz (BfN) allerdings kaum verfügbar. (von Haaren und Wiehe 2017, Vorwort) Die Studie verdeutlicht auch, dass die Flächenfrage der voraussichtlich entscheidende Faktor für das Gelingen der Energiewende sein wird. (von Haaren und Wiehe 2017, S. 2)

Das Problem der knappen Verfügbarkeit von Flächen ist juristisch durch die Grundregel nicht zu lösen. Die Grundregel mit ihrer Signifikanzschwelle beinhaltet keinen Verhandlungsspielraum. Sie erlaubt es nicht, konfliktträchtige Flächen trotzdem für die Windenergie nutzbar zu machen. Über diese Hürde könnte allerdings die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 helfen. Durch die Ausnahme können, trotz bestehender Konflikte auf den Flächen, Genehmigungen ermöglicht werden. Im Gegensatz zur Grundregel nimmt die Ausnahme eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vor. Anstatt, wie in der Grundlegel, auf das Individuum abzustellen, richtet sich der Blick bei der Ausnahme auf die Population.

Im Genehmigungsverfahren spielen die unterschiedlichen Akteure eine entscheidende Rolle. Sie können, gerade im Hinblick auf die Ausnahme, die in der Praxis noch nicht zu den etablierten Instrumenten gehört, unterschiedliche Perspektiven einnehmen. So könnten aus naturschutzfachlicher Sicht Bedenken bestehen, dass die Ausnahme das strenge Artenschutzsystem aufweicht, welches durch die Grundregel hergestellt wird. Aus Sicht der Behörden könnten Bedenken bestehen, Ausnahmen zu erteilen, da diese durch eine Verbandsklage nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz angegriffen werden könnten. Vorhabenträger hingegen könnten in der Ausnahme die Möglichkeit sehen, das strenge Schutzsystem des besonderen Artenschutzrechts zu umgehen, um so, auf vermeintlich einfachem Wege, Genehmigungen für Windenergieanlagen zu erlangen.

Für den Ausbau der Windenergie werden Flächen benötigt. Aber Flächen mit geringem Konfliktpotenzial mit dem Naturschutz sind kaum verfügbar.

Die Ausnahme ist allerdings so angelegt, und dies wird dieser Beitrag im Folgenden aufzeigen, dass sie keineswegs den Artenschutz opfert, um Projekte zu ermöglichen. Die Ausnahme ist gerade keine Ausnahme vom Artenschutz, weshalb ihr Titel auch nicht unbedingt glücklich gewählt ist und zu gewissen Vorbehalten führen kann.

Rechtsverständnis des Ausnahmebegriffs

Der Gesetzgeber macht gern Gebrauch von Regel-Ausnahme-Systemen. Ihm bleibt auch gar nichts anderes übrig. Komplexe Sachverhalte sind durch allgemeine Regelungen nicht anders zu erfassen. Der Gesetzgeber macht sogar so gern von diesem Instrument Gebrauch, dass sich auch „Regel-Ausnahme-Unterausnahme-Rückausnahme-Systeme“ im Gesetz finden. Auch bei § 45 Abs. 7 handelt es sich um ein komplexes Ausnahmekonstrukt.

Ausnahmen existieren genau wie Grundregeln in der generalisierten Form, sie entziehen sich also nicht den allgemeinen Regelungsgrundsätzen des Rechts. Für besondere Einzelfälle, die nicht unter eine Grundregel fallen, werden selbst allgemeine Grundsätze, also Ausnahmeregeln, erlassen. (Neumann in: Kaufmann et al. 2004, S. 335) Der Rechtsanwender bewegt sich daher bei der Behandlung eines besonderen Einzelfalls, der nicht unter die Grundregel gefasst werden kann, nicht im rechtsfreien Raum, sondern ebenfalls in einer normativen Struktur. Jede andere Herangehensweise an einen Ausnahmefall wäre willkürlich und mit rechtsstaatlichen Prinzipien nicht vereinbar.

Ganz allgemein soll eine Ausnahmeregel dort eingreifen, wo die Anwendung der Grundregel zu unbilligen Härten führen würde. In Fällen des Verwaltungsrechts ist daher die Verwaltung aufgefordert, sich, soweit dies notwendig ist, von einer schlichten Regelorientierung zu lösen, wenn sie nur so den komplexen Anforderungen des Einzelfalls gerecht werden kann. Die Ausnahme ist also auch ein Korrektiv, sie muss gewissenhaft geprüft und einzelfallbezogen angewendet werden. Hierbei ist zu beachten, dass Ausnahmen, die keine Einzelfälle mehr sind, rechtsstaatlich

betrachtet genauso problematisch sind, wie die Zuordnung aller Einzelfälle zu einer Regel. Der Verwaltung obliegt die schwierige Aufgabe, diesem Verhältnis durch Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls gerecht zu werden.

Mit dem Begriff „Ausnahme“ geht ein gewisses Verständnis und damit eine Wertung einher. Gemeinhin und auch aus juristischer Sicht versteht sich der Begriff „Ausnahme“ als eine Möglichkeit, eine Regel um 180 Grad zu drehen, also in ihr Gegenteil zu verkehren. Aber diese Verkehrung der Regel in ihr Gegenteil ist nur unter besonderen geregelten Umständen gestattet.

Man kennt das aus dem familiären Kontext. Die Regel lautet: Keine Süßigkeiten nach dem Zähneputzen. Sind die Kinder allerdings bei den Großeltern zu Besuch, gelangt das ein oder andere Stück Schokolade auch nach der Zahnreinigung in den Mund. Es kommt zur Ausnahme wegen der besonderen Umstände, die Kinder sind schließlich bei den Großeltern.

Im Hinblick auf § 45 Abs. 7 erscheint es fraglich, dass die Kriterien eines abstrakten Verständnisses des Begriffs „Ausnahme“ erfüllt werden. Zweifelsohne wird auch hier das Kriterium der „besonderen Umstände“ berücksichtigt, die Ausnahme darf im Hinblick auf die Genehmigung von Windenergieanlagen nämlich nur „aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ erteilt werden (ebd. Nr. 5). Zweifelhaft ist aber, ob diese Regel, die zugrundeliegende Regel – also den § 44 Abs. 1 – tatsächlich in das Gegenteil verkehrt. Deshalb ist zunächst eine Analyse der Grundregel geboten, um feststellen zu können, ob die Ausnahmeregelung das Gegenteil der Grundregel darstellt.

Auslegung der Ausnahmebestimmung

Für Juristen bedeutet die Analyse von einzelnen Normen, diese auszulegen. Für die Auslegung einer Norm werden die Auslegungscanones ‚Wortlaut‘, ‚Systematik‘, ‚Historie‘ und ‚Teleologie‘ gebraucht.

Schaut man sich den Wortlaut der Grundregel und den der Ausnahme an, so fällt auf, dass § 44 Abs. 1 bestimmte Verhaltensweisen verbietet, die § 45 Abs. 7 erlaubt. Die Grundregel formuliert: „Es ist verboten […]“, während die Ausnahme „Ausnahmen

von den […] Verboten“ zulässt. Eine strikte Wortlautinterpretation würde also die Annahme stärken, dass die Ausnahme die Grundregel in das Gegenteil verkehrt.

Erste Zweifel an diesem Ergebnis entstehen bei einer systematischen Auslegung. Bei der systematischen Auslegung wird die Stellung der zu interpretierenden Gesetzesnorm im Gesetz betrachtet. (Schroth in: Kaufmann et al. 2004, S. 281) Die Grundregel (§ 44 Abs. 1) und die Ausnahme (§ 45 Abs. 7) befinden sich beide in Kapitel 4 des Bundesnaturschutzgesetzes mit dem Titel: „Schutz bestimmter Teile von Natur und Landschaft“ unter dem Abschnitt 3, mit der Überschrift „Besonderer Artenschutz“. Das heißt, auch die Ausnahme steht systematisch betrachtet bei den Schutzbestimmungen des Artenschutzrechts. Aufgrund der systematischen Stellung der Ausnahme im Gesetz könnte es sich hierbei also selbst um eine Schutzvorschrift handeln. Dies lässt Zweifel daran zu, dass die Ausnahme eine 180 Grad-Abkehr von der Grundregel darstellt.

Eine Ausnahme darf nur bei überwiegendem öffentlichen Interesse erteilt werden.

Die Zweifel werden verstärkt und überwiegen schließlich, wenn der mit der Grundregel verfolgte Zweck betrachtet wird. Juristisch wird diese Auslegungsmethode als „teleologische Auslegung“[3] bezeichnet (Schroth in: Kaufmann et al. 2004, S. 284 ff.). Zweck der Grundregel ist der Schutz der Arten. Dies folgt bereits aus der Wortlautanalyse und der systematischen Stellung der Norm im Gesetz. Bestätigt wird dieser Zweck durch eine historische Auslegung, die unter anderem die Gesetzesmaterialien heranzieht. (Creifelds 2014, S. 117) Nach den Gesetzesmaterialien dient § 44 Abs. 1 der Anpassung an das europäische Recht, namentlich an die Vogelschutzrichtline (VS-RL) und die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie). (Vgl. BT-Drs. 16/5100, S. 11)

3 telos – griechisch für Ziel oder Zweck.

Die FFH-Richtlinie dient ihrerseits dem Schutz wild lebender Tiere und der biologischen Vielfalt (vgl. die Erwägungsgründe der FFH-Richtlinie). Die VS-RL dient dem Schutz der wild lebenden Vogelarten (vgl. die Erwägungsgründe der VS-RL). Der Artenschutz ist damit beiden Richtlinien als Zielvorgabe inhärent, dieses Ziel schlägt auf den besonderen Artenschutz des Bundesnaturschutzgesetzes durch. Sinn und Zweck der Grundregel ist also der Artenschutz.

Es könnte in Zukunft zunehmend notwendig werden, Genehmigungen durch Ausnahmen zu ermöglichen.

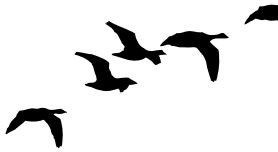
Wesen einer Ausnahme ist es, nicht nur den Tatbestand einer Regel in ihr Gegenteil zu verkehren, sondern gleichzeitig eine Abkehr von dem dahinter liegenden Zweck einer Norm zu vollziehen. Deutlich wird dies bei der Betrachtung des Beispiels mit der Schokolade und den Großeltern: Wenn die Kinder bei den Großeltern nach dem Zähneputzen Schokolade verzehren, steht diese Handlung nicht nur dem Tatbestand der Regel (keine Süßigkeiten nach dem Zähneputzen) entgegen, sondern auch ihrem Zweck, nämlich dem Erhalt der Zahngesundheit. Karius und Baktus haben für die Stunden bis zum nächsten Zähneputzen am Morgen freie Hand, die Zähne anzugreifen. Das Risiko für Schäden an den Zähnen steigt. Für eine gewisse Zeit wird der Zweck der Zahngesundheit dem Genuss der Schokolade nach dem Zähneputzen, also der Ausnahme, geopfert.

Wie oben dargestellt, erlaubt § 45 Abs. 7 Handlungen, die nach der Regel des § 44 Abs. 1 eigentlich verboten sind, allerdings führt dies nicht dazu, dass eine Abkehr vom Zweck des § 44 Abs. 1 stattfindet. Zweck des § 44 Abs. 1 ist der Artenschutz, dieser Schutz wird individuenbezogen, also durch den Schutz jedes einzelnen Exemplars im Rahmen der Signifikanz sichergestellt.

§ 45 Abs. 7 stellt keine Abkehr von diesem Zweck dar. Die Regelung ist keinesfalls ein ausnahmsweiser, punktueller Verzicht auf den Schutz der Arten. Voraussetzungen für eine Ausnahme sind, dass ein Ausnahmegrund vorliegt, keine Alternativen gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Population der Art nicht verschlechtert. Zur Beurteilung des Erhaltungszustandes der Population muss eine Gesamtbetrachtung vorgenommen werden. (BVerwG, Urteil vom 19. Juni 2010 – 9 A 20/08, Rn. 60) Das heißt, wenn die lokale Population durch Erteilung der Ausnahme beeinträchtigt wird, ist entscheidend, ob die Gesamtheit der Population in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet als lebensfähiges Element erhalten bleibt.

Um die Gesamtheit der Population zu sichern, können bestandsstabilisierende Maßnahmen umgesetzt werden. Diese sind zwar nicht ausdrücklich normiert. Es ergibt sich allerdings aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass sie bei der Beurteilung des Erhaltungszustandes zu beachten sind, so dass der Vorhabenträger Maßnahmen ergreifen kann, um die Genehmigungsfähigkeit seiner Anlage zu gewährleisten. (Vgl. Ruß 2018, S. 22) Diese Maßnahmen sind im Gegensatz zu den klassischen Schutzmaßnahmen räumlich und zeitlich nicht an die Anlagenerrichtung gebunden, sondern flexibel einsetzbar. Allerdings muss auch für diese Maßnahmen gesichert sein, dass entsprechende Flächen tatsächlich und rechtlich zur Verfügung stehen.

Was mit Erhaltungszustand der Population gemeint ist, wurde damit ausgestaltet. Es handelt sich um verbindliche Untersuchungsvorgaben, deren Ergebnisse der Antragsteller einer Genehmigung vorlegen muss.



Populationsschutz statt Individuenschutz

Die für eine sachgerechte Interpretation des § 45 Abs. 7 entscheidende Bedingung ist also, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art durch Erteilung einer Ausnahme nicht verschlechtern darf. Diese Rückausnahme oder Bedingung signalisiert einen Perspektivenwechsel bzw. einen Wechsel des Mittels, wie der Artenschutz zu gewährleisten ist. Anstelle des Individuums wird in § 45 Abs. 7 die Population und die Entwicklung ihres Erhaltungszustandes in den Blick genommen. Das Schutzsystem wird weiter verfolgt unter Zuhilfenahme eines anderen

Bezugspunktes: Artenschutz wird durch Populationsschutz betrieben. Es findet eine Änderung des „wie“ des Artenschutzes und nicht des „ob“ statt.

Die Änderung des Bezugspunktes bzw. des Mittels stellt aber keine klassische Ausnahme dar, denn der Blick auf die Population verkehrt den mit § 44 Abs. 1 verfolgten individuenbezogenen Artenschutz nicht in sein Gegenteil. Population und Individuum stehen sich gerade nicht diametral gegenüber; das Individuum ist Teil der Population und die Population gewährleistet die Entstehung neuer Individuen. Individuum und Population bedingen einander. In § 7 Abs. 2 Nr. 6 lautet es entsprechend: „Population [ist] eine biologisch oder geografisch abgegrenzte Zahl von Individuen einer Art“. Insoweit beinhaltet der Schutz der Population stets den Schutz von Individuen. An diesen Schutz werden auch im Rahmen von § 45 Abs. 7 strenge Anforderungen gestellt, um den Erhaltungszustand der Population zu bewahren.

Wenn die lokale Population beeinträchtigt wird, ist entscheidend, ob die Gesamtheit der Population als lebensfähiges Element erhalten bleibt.

Fazit

Warum ist diese Differenzierung wichtig? Dem Begriff „Ausnahme“ wohnt gemeinhin die Bedeutung bei, eine Regel um 180 Grad zu drehen. Eine drastischere Änderung einer Regel ist nicht denkbar, daher ist eine Ausnahme bei Kindern, die sich mit vielen spaßfreien Regeln konfrontiert sehen, auch so beliebt. Wird der Begriff „Ausnahme“ nun im Kontext des Artenschutzes verwendet, suggeriert dies eine 180 Grad-Abkehr von der strengen Artenschutzregelung des § 44 Abs. 1. Für einige Akteure impliziert der Begriff damit eine möglicherweise große Gefahr für den Artenschutz, für andere Akteure erscheint er möglicherweise als eine willkommene Option, den strengen

Artenschutz und sein aufwändiges System aus Schutzmaßnahmen umgehen zu können. Beide Annahmen finden, wie festgestellt, keine Entsprechung in der Rechtswirklichkeit.

Der durchaus geläufige Terminus „artenschutzrechtliche Ausnahme“ ist daher irreführend, soweit er sprachlich impliziert, dass eine Ausnahme vom Artenschutz möglich sei. Eine tatsächliche Ausnahme vom Artenschutz wird aber lediglich durch die sogenannte „Befreiung“ in § 67 ermöglicht. Hier tritt der Artenschutz, meist aus Gründen des Eigentumsschutzes, hinter die Interessen des Menschen zurück, eine Rückausnahme bzw. weitere Bedingungen sind bei der Befreiung nicht vorgesehen. Die Befreiung findet sich daher konsequenterweise auch nicht im Kapitel 5 zum Schutz der wild lebenden Tiere, sondern vier Kapitel weiter unter der Überschrift „Eigentumsbindung, Befreiungen“.

Empfehlenswert ist es daher, den Ausnahmebegriff sprachlich möglichst im Hinblick auf sein Bezugsobjekt zu verwenden, zum Beispiel: „Ausnahme vom individuenbezogenen Tötungsverbot“. Das ist zwar umständlicher, beugt aber der Gefahr vor, missverstanden zu werden oder ein nicht korrektes Verständnis des Begriffes Ausnahme zu fördern.

Die Ausnahmeregelung nach § 45 Abs. 7 Nr. 5 ist keine pauschale Ausnahme für die Windenergie. Sie ist an ihre strengen Voraussetzungen gebunden und muss stets am Einzelfall geprüft werden. Andererseits steht die Ausnahme im Gesetz. Soweit die Voraussetzungen vorliegen, kann und wird sie als vermittelndes Instrument im Konfliktfeld zwischen Naturschutz und Energiewende genutzt werden. ■

DR. SILKE MARIE CHRISTIANSEN

Volljuristin (LL. M.) Dr. Silke Marie Christiansen und hat an der Humboldt Universität zu Berlin studiert. Sie hat einen Masterabschluss in Umweltrecht der Leuphana Universität Lüneburg, wo sie auch promoviert wurde. Seit März 2018 arbeitet sie als Rechtsreferentin im Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende.