KNE | Kompetenzzentrum
Naturschutz und Energiewende

GUTACHTEN

Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie

Der Klimaschutz und die Auslegung
der Ausnahmeregelungen der Vogelschutzrichtlinie

Univ.-Prof. Dr. Ekkehard Hofmann

Impressum:
© KNE gGmbH, Stand 9. November 2020

Herausgeber:
Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende
Kochstraße 6–7, 10969 Berlin
+49 30 7673738-0
info@naturschutz-energiewende.de
www.naturschutz-energiewende.de
Twitter: @KNE_tweet
YouTube: Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende
V. i. S. d. P.: Dr. Torsten Raynal-Ehrke
HRB: 178532 B

Autor des Rechtsgutachtens:
Univ.-Prof. Dr. Ekkehard Hofmann

Zitiervorschlag:
Hofmann, E. (2020): Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie. Der Klimaschutz und die Auslegung der Ausnahmeregelungen der Vogelschutzrichtlinie. Hrsg. KNE gGmbH. 42 S.

Haftungsausschluss:
Die Inhalte dieses Dokumentes wurden nach bestem Wissen geprüft, ausgewertet und zusammengestellt. Eine Haftung für die Richtigkeit sowie die Vollständigkeit der hier enthaltenen Angaben werden ausgeschlossen. Dies betrifft insbesondere die Haftung für eventuelle Schäden, die durch die direkte oder indirekte Nutzung der Inhalte entstehen. Sämtliche Inhalte dieses Dokumentes dienen der allgemeinen Information. Sie können eine Beratung oder Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen.

Bildnachweis:
Titel: stock.adobe.com/artjazz.

Design:
www.corporate-new.de

Das vorliegende Gutachten wurde im Auftrag des Kompetenzzentrums Naturschutz und Energiewende (KNE) von Univ.-Prof. Dr. Ekkehard Hofmann erstellt.

Über den Autor des Rechtsgutachtens:
Univ.-Prof. Dr. Ekkehard Hofmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Umweltrecht und Leiter des Forschungsschwerpunkts „Recht des Klimawandels“ an der Universität Trier.

GELEITWORT

Liebe Leserin, lieber Leser,

Die Diskussion über die rechtlichen Voraussetzungen, aber auch über den fachlichen Kontext einer stärkeren Anwendung der „Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot“ im Rahmen der Genehmigung von Windenergieanlagen hat an Fahrt aufgenommen. So hat die Umweltministerkonferenz am 13. Mai 2020 „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“ verabschiedet.

Alle relevanten Akteure der naturverträglichen Energiewende setzen sich heute auf die eine oder andere Weise mit artenschutzrechtlichen Konflikten auseinander, die auf Ebene der Genehmigung auftreten und durch Schutzmaßnahmen nicht lösbar sind. Welche Ausnahmen sind dann (europa-) rechtlich trotzdem noch möglich, und welche populationsstützenden Maßnahmen sind geeignet, welches Monitoring erforderlich, um trotzdem eine Genehmigung erteilen zu können? Im Kern geht es um Garantien dafür, dass sich der Erhaltungszustand potenziell betroffener Populationen einer bestimmten Art nicht verschlechtert. Hic Rhodus, hic salta.

Das Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende arbeitet seit zirka zwei Jahren zu diesen Fragen. Ich verweise auf unsere Veröffentlichung „Die Ausnahme im besonderen Artenschutzrecht“ aber auch auf unser Erklär-Video „Artenschutzrechtliche Ausnahmen für die Windenergie – Worum genau geht es da eigentlich?“ mit unserer Leiterin des Rechtsreferates, Dr. Silke Christiansen.

Zur Weiterentwicklung unserer Rechtsposition zur Ausnahme tauschen wir uns auch mit externen Expertinnen und Experten aus. So etwa im KNE-Fachgespräch zu „Artenhilfsprogrammen und Ausnahmeerteilung“ im Januar dieses Jahres. Es war daher naheliegend, diesen Sachverstand auch in der Form eines Rechtsgutachtens in unsere Arbeit einzubinden.

Wir sind Professor Dr. Hofmann sehr dankbar, dass er unsere kurzfristige Anfrage zur schriftlichen Ausarbeitung seiner Argumentationslinie zu den Ausnahmegründen angenommen hat. Im Ergebnis liegt ein exzellenter Diskussionsbeitrag zur aktuellen Debatte vor, der zur juristischen Schärfung des Verständnisses der Anwendung der Ausnahmeregelung beiträgt.

Das Gutachten stellt die europarechtliche Perspektive in den Vordergrund, untersucht aber ebenso die Auswirkungen der europarechtlichen Vorgaben auf die nationale Umsetzung. Bemerkenswert ist die Analyse derjenigen Ausnahmetatbestände, die bisher in der Diskussion nur wenig oder gar keine Beachtung finden. Zudem wird dem Aspekt des Klimaschutzes, als übergeordnetem Ziel des Ausbaus der erneuerbaren Energien, an unterschiedlichen Stellen des Gutachtens der heute unverzichtbare Raum gegeben.

Das Gutachten steuert damit neue Perspektiven zu der bestehenden Debatte bei – und sei somit allen zur gründlichen Lektüre empfohlen, die am Verständnis des Problems, aber noch mehr an seiner Lösung interessiert sind.

Dr. Torsten Raynal-Ehrke, KNE-Direktor

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 8

1. Die Auslegung artenschutzrechtlicher Tötungsverbote als Schlüsselfrage der Energiewende 8
2. Gang der Darstellung 9

II. VG Gießen: Kategorisches Tötungsverbot als Grenze des Ausbaus der Windenergie an Land (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) 10

1. Das Verfahren vor dem VG Gießen 1 K 6019/18.GI 10
2. Schlussfolgerungen für die artenschutzrechtliche Analyse 12

III. Die artenschutzrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen an Land 13

1. Das Tötungsverbot der Vogelschutzrichtlinie 13
   a) Absicht als Merkmal des subjektiven Tatbestands 13
   b) Berücksichtigung des Erhaltungszustands betroffener Populationen 15
2. Die Ausnahmetatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL 16
   a) Die Korrektur der Ausnahmetatbestände der Vogelschutzrichtlinie mit Hilfe ungeschriebener Ausnahmegründe? 16
      aa) Die unterschiedlichen Schutzkonzepte 16
      bb) Harmonisierung der Ausnahmetatbestände in Art. 9 Abs. 1 V-RL mit Hilfe des Primärrechts? . . 17
      cc) Würdigung anhand der Rechtsprechung des EuGH 17
   b) Auslegungsgrundsätze 19
      aa) Beseitigung semantischer Vagheit 19
      bb) Am effet utile orientierte Auslegung unter Berücksichtigung neuer Umstände? 19

c) Die Ausnahmetatbestände im Einzelnen . . . 20
aa) Gesundheit und öffentliche Sicherheit (1. Spiegelstrich) . . . 20
(1) Gesundheit . . . 20
i) Begriff . . . 20
ii) „Im Interesse von“: Kausalität . . . 21
iii) Verrechnung: gesellschaftlicher positiver Nettonutzen? . . . 23
iiii) Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten . . . 24
(2) Öffentliche Sicherheit (Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich V-RL) . . . 25
bb) Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern (3. Spiegelstrich) . . . 28
cc) Schutz der Pflanzen- und Tierwelt (4. Spiegelstrich) . . . 29
dd) Vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten (lit. c) . . . 29

3. Zwischenergebnis . . . 29

IV. Konsequenzen für das deutsche Recht . . . 31

1. Ungeschriebener Rechtfertigungsgrund in der Umsetzung durch das BNatSchG? . . . 32
2. Rechtfertigung über die Gesundheit und die öffentliche Sicherheit, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG . . . 32
3. Richtlinienkonforme Auslegung von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG? . . . 33

V. Fazit und Ausblick . . . 36

VI. Literaturverzeichnis . . . 38

KAPITEL I

Einleitung

1. Die Auslegung artenschutzrechtlicher Tötungsverbote als Schlüsselfrage der Energiewende

Spätestens seit dem Pariser Übereinkommen aus dem Jahr 2015 ist naturwissenschaftlich, politisch wie rechtlich anerkannt, dass nur eine Begrenzung der Erderwärmung auf höchstens 1,5 Grad Celsius gegenüber der vorindustriellen Zeit in der Lage sein wird, dramatische Veränderungen des Weltklimas noch zu verhindern.[1] Gleichzeitig verdichten sich die Befürchtungen, dass auch hinsichtlich der Biodiversität die planetaren Belastungsgrenzen bald erreicht sein könnten.[2] Während sich Maßnahmen des Klimaschutzes und solche des Artenschutzes sicherlich vielfach kohärent und in gegenseitiger Verstärkung ausgestalten lassen,[3] können Konflikte trotz aller Vermeidungsmaßnahmen beim Ausbau der Wasserkraft, gerade aber auch dem der Windenergie nicht immer vollständig ausgeschlossen werden, so dass am Ende entschieden werden muss, welchem Interesse der Vorrang gebührt.

Diese Dichotomie ist nicht neu, sie hat aber zu Beginn dieses Jahres durch das Urteil des Verwaltungsgerichts (VG) Gießen vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18. GI – eine gewisse Zuspitzung erfahren. Das Gericht hat mit seinem Urteil, gegen das mittlerweile Berufung eingelegt worden ist, die Genehmigung von drei Windenergieanlagen mit einer Nabenhöhe von 149 Metern, einem Rotordurchmesser von 115 Metern und einer Nennleistung von 3,0 Megawatt wegen der Verletzung der europäischen Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG aufgehoben.[4] Das Gericht war der Auffassung, der Betrieb der Anlagen stelle eine Verletzung des Tötungsverbots aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) dar, die auch nicht im Wege einer Ausnahme in europarechtskonformer Weise genehmigt werden könne. Sollte sich diese Rechtsauffassung durchsetzen, würde das schon wegen des umfassenden Schutzansatzes

1 Siehe Art. 2 (1) lit. (a) des Übereinkommens von Paris, ABl. 2016 EU Nr. L 282, S. 4, 5. Wie hochbrisant die Lage schon jetzt ist, belegen Studien, die für das Jahr 2025 einen CO_2-Gehalt in der Luft vorhersagen, wie er auf der Erde das letzte Mal vor 3,3 Millionen Jahren beobachtet werden konnte, s. de la Vega/Chalk/Wilson et al., 10 Sci Rep 2020, 11002, https://doi.org/10.1038/s41598-020-67154-8 (Stand: 10.10.2020).

2 Siehe jüngst den Bericht der European Environment Agency, State of nature in the EU, Results from reporting under the nature directives 2013-2018, EEA-Report 10/2020, 2020, https://www.eea.europa.eu/publications/state-of-nature-in-the-eu-2020 (Stand: 21.10.2020).

3 Zu optimistisch allerdings die Beurteilung der Spannungslage durch die Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Fitness Check of the EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives), Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, SWD(2016) 472 final, S. 6 f.

4 Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EG Nr. L 020 v. 26.1.2010, S. 7.

der Vogelschutzrichtlinie eine erhebliche weitere Hürde beim ohnehin ins Stocken geratenen Ausbau der Windenergie als Element des Klimaschutzkonzeptes der Bundesregierung bedeuten.[5] Daher ist im Folgenden zu untersuchen, ob und inwiefern Möglichkeiten bestehen, den umschriebenen und nicht stets vermeidbaren Zielkonflikt[6] unter Beachtung der Vorgaben des europäischen Naturschutzrechts so zu lösen, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien – namentlich der der Windenergie an Land – von seinem Umfang her kompatibel mit den Zielen des Klimaschutzes erfolgen kann.

2. Gang der Darstellung

Dazu soll zunächst ein kurzer Abriss über die Argumentation des VG Gießen informieren (II.). Sodann wird hinsichtlich der europarechtlichen Vorgaben zu analysieren sein, ob die Auslegung des Verwaltungsgerichts überzeugt, nach welcher eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos wegen Kollisionsgefahren für europäisch geschützte Vogelarten im Falle von Windenergieanlagen als Tötung im Sinne der Vogelschutzrichtlinie verstanden werden muss und im deutschen Recht weder durch Gründe der öffentlichen Sicherheit (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG) noch durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG) gerechtfertigt werden kann (III.). Vorgreiflich sei gesagt, dass die Argumentation des VG Gießen Möglichkeiten einer Harmonisierung zwischen europarechtlichen Bestimmungen und ihrer deutschen Umsetzung übersieht, die für eine Lösung fruchtbar gemacht werden können (IV.). Die Ergebnisse werden in einem Fazit zusammengefasst (V.).

5 Quantifizierte Ausbauziele für die Windenergie in Bundesregierung, Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, 2019, https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1679914/e01d6bd855f09bf05cf7498e06d0a3ff/2019-10-09-klima-massnahmen-data.pdf?download=1 (Stand: 10.10.2020), S. 39.

6 Anders offenbar die Auffassung der Europäischen Kommission, die auf dem Gebiet des Naturschutzrechts und des Klimaschutzes ein kohärentes System zu erkennen vermag, das allenfalls unter Bedrohungen seitens (land-)wirtschaftlicher Interessen leidet, Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Fitness Check of the EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives), Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds and Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, SWD (2016) 472 final, S. 6 f.

KAPITEL II

VG Gießen: Kategorisches Tötungsverbot als Grenze des Ausbaus der Windenergie an Land

(§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG)

1. Das Verfahren vor dem VG Gießen 1 K 6019/18.GI

In dem anlassgebenden Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Gießen richtete sich die Klage eines anerkannten Umweltverbands gegen eine am 12. Oktober 2018 erteilte Genehmigung von drei Windenergieanlagen, in die auch eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG hinsichtlich der nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verbotenen Tötung von Wespenbussard und Mäusebussard eingeschlossen war. Im Verwaltungsverfahren war zwar nach ordentlicher Vorprüfung die Erforderlichkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) verneint worden. Um dennoch die Auswirkungen auf betroffene Vögel und andere geschützte Arten der Anlagen abschätzen zu können, waren ornithologische Gutachten und Raumnutzungsanalysen durchgeführt worden. Die Genehmigung sah, gestützt auf die Ergebnisse der Gutachten eine Reihe von Maßnahmen vor, mit denen das Kollisionsrisiko für betroffene Vogelarten minimiert werden sollte, so besonders die Wahrung von Sicherheitsabständen zu den Horsten, und Maßgaben, die Anlagen in der Zeit zwischen dem 1. Mai und dem 31. August zwischen 8 und 17 Uhr abzuschalten, wenn die Windgeschwindigkeiten unter 6,1 Meter pro Sekunde betragen, sowie die Auflage, Betriebsprotokolle anzufertigen und unter Beachtung bestimmter Kriterien auszuwerten.

Das Verwaltungsgericht gab der Klage statt und führte zur Begründung aus, es liege eine Tötung im Sinne einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos vor, wie auch von der Genehmigungsbehörde festgestellt. Dabei bezog sich das Verwaltungsgericht auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, nach der die Beurteilung, ob ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand nach § 44 BNatSchG erfüllt sei, anhand der artspezifischen Verhaltensweisen, der Häufigkeit des Aufenthaltes im Gefährdungsbereich und der Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen erfolgen müsse.[7] Das Gericht erläuterte weiter, der Behörde sei bei der Frage des Vorliegens eines

7 BVerwG v. 14.7.2011, 9 A 12/10 – juris, Rz. 99; v. 18.3.2009, 9 A 39/07 – juris, Rz. 58.

artenschutzrechtlichen Verbotstatbestands eine naturschutzrechtliche Einschätzungsprärogative zuzugestehen, deren Wahrnehmung durch das Regierungspräsidium Darmstadt in rechtlich nicht zu beanstandender Art und Weise erfolgt sei.

Dem Regierungspräsidium sei jedoch hinsichtlich der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung unter Heranziehung von **§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG** nicht zu folgen. Nach dieser Norm kann die Behörde von den Verboten des § 44 BNatSchG im Einzelfall weitere Ausnahmen aus anderen **zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art** zulassen. Dieser Ausnahmetatbestand sei jedoch in Bezug auf die europäischen Vogelarten nicht anwendbar, da dies einen Verstoß gegen die vorrangigen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie zur Folge hätte (Rz. 105). Dass diese Vorschrift nicht auf europäische Vogelarten angewendet werden dürfe, ergebe sich bereits aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 26. Januar 2012,[8] mit dem der Gerichtshof eine gleichlautende Vorschrift des polnischen Rechts als mit der Vogelschutzrichtlinie unvereinbar bewertet hätte. Der Ausnahmetatbestand der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art" entstamme dem Art. 16 Abs. 1 lit. c) Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) und dürfe nicht schon zur Erzielung einer **Harmonisierung** zwischen den beiden Richtlinien auf den Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie (V-RL) übertragen werden (Rz. 109). Die sich daraus ergebenden Wertungswidersprüche bei der Gewährung von Ausnahmen seien rechtlich hinzunehmen, nachdem es dem Gesetzgeber im Zuge der Änderung der Vogelschutzrichtlinie im Jahr 2009 durchaus möglich gewesen wäre, eine Angleichung vorzunehmen, er dieses aber unterlassen habe (Rz. 109).

Eine Heranziehung des **Art. 2 V-RL** zum Zweck der Rechtfertigung der Ausnahme komme auch nicht in Betracht (Rz. 112). Danach steht die Pflicht der Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Bestände aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, unter dem Vorbehalt, dass den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird (Rz. 112). Art. 2 V-RL verfolge mithin den gegenteiligen Ansatz der Ausnahmevorschrift des Art. 9 V-RL und komme daher nicht als Rechtfertigung für eine Tötungserlaubnis in Betracht.

Schließlich sei auch der europarechtlich verankerte **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** nicht in der Lage, eine Ausnahme vom Tötungsverbot zu rechtfertigen (Rz. 113 ff.). Der insoweit zugunsten des Beklagten vorgebrachte Verweis auf ein Judikat des EuGH, in der sich der Gerichtshof zur Rolle des Grundsatzes im Zusammenhang mit der Vogelschutzrichtlinie geäußert hatte, gehe fehl, da die streitgegenständliche Frage eine ganz andere gewesen sei, als die im Falle der Genehmigung einer Windenergieanlage mit Hilfe einer Ausnahmeerteilung. Eine Übertragung der Ausnahmegründe der FFH-RL aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sei jedenfalls nicht geboten.

Eine Ausnahme lasse sich im Übrigen auch nicht auf **§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG** stützen (Rz. 116 ff.). Die Norm gestattet die Erteilung von Ausnahmen im Interesse der **Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit,** einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder **der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt.** Keiner dieser Tatbestände sei erfüllt. Die „öffentliche Sicherheit" beziehe sich nach der einschlägigen und auf die Vogelschutzrichtlinie übertragbaren Rechtsprechung des EuGH zu Art. 36 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auf Umstände, die wesentlich für die Existenz eines Staates seien (Urteil vom 10.7.1984 – Rs. C-72/83). Das sei bei der Errichtung einer kleinen Anzahl von Windenergieanlagen nicht der Fall (Rz. 123). Insbesondere sei kein Energieversorgungsengpass zu besorgen, wenn drei Windenergieanlagen an einem bestimmten Standort nicht in Betrieb genommen werden könnten. Die „maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt" seien in

8 EuGH v. 26.1.2012, Rs. C-192/11 – Kommission/Polen.

der V-RL nicht als Ausnahmegrund enthalten (Rz. 117). **Windenergieanlagen** stellten auch anders als Flughäfen oder Fernstraßen keine **bedeutenden Infrastrukturmaßnahmen** dar, und könnten daher anders als diese nicht unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit subsumiert werden (Rz. 126). Weitere Erwägungen des Gerichts betrafen die Nichterforderlichkeit der Durchführung einer UVP (Rz. 129 ff.), die nichts zu der hiesigen Fragestellung austragen und daher nicht näher untersucht werden.

2. Schlussfolgerungen für die artenschutzrechtliche Analyse

Das VG Gießen folgte der Genehmigungsbehörde in der Einschätzung, dass der Betrieb der genehmigten Windenergieanlagen zu einer signifikanten Erhöhung des Kollisionsrisikos für zwei europäische Vogelarten, Mäusebussard und Wespenbussard, führen würde und dies einen Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bedeutet. Eine Genehmigung konnte daher nur im Falle der Erteilung einer Ausnahme erteilt werden, was das Regierungspräsidium Darmstadt auch unter Heranziehung von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG getan hatte. Nach Auffassung des VG Gießen war aber weder dieser Tatbestand erfüllt, noch hätte die Ausnahme auf irgendeiner anderen Grundlage erfolgen können. Damit zieht das Verwaltungsgericht eine kategorische und keiner weiteren Abwägung zugängliche Grenze für den Ausbau von Windenergieanlagen an Land, die im Prinzip auch für Windenergieanlagen auf See und – in vermindertem Maß – auch für Wasserkraftanlagen gilt.

Der Kern der Überlegungen des VG Gießen geht zum ersten dahin, dass die Vogelschutzrichtlinie keine Auslegung zulässt, nach der eine Windenergieanlage im Falle der signifikanten Erhöhung des Kollisionsrisikos zugelassen werden könnte, und dies zum zweiten auch nicht durch das deutsche Umsetzungsrecht überspielt werden kann. Zentral muss deshalb für die nachstehende Analyse die Untersuchung sein, ob dem VG Gießen in seiner Auslegung zugestimmt werden kann. Die Beantwortung dieser Frage setzt zunächst die Klärung des Begriffs der absichtlichen Tötung in Art. 5 V-RL voraus, da nur dessen Bejahung in die Diskussion der verschiedenen Ausnahmetatbestände des Art. 9 V-RL führt (III.1). Der Hauptteil der Untersuchung ist sodann auf die Identifizierung derjenigen Voraussetzungen gerichtet, unter denen eine Rechtfertigung der Verletzung des Tötungsverbots im Wege von Ausnahmen gelingen kann (III.2).

KAPITEL III

Die artenschutzrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen an Land

1. Das Tötungsverbot der Vogelschutzrichtlinie

a) Absicht als Merkmal des subjektiven Tatbestands

Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz aller in Europa wildlebenden Vogelarten nach Artikel 1 zu erlassen, insbesondere Verbote

a) des absichtlichen Tötens oder Fangens, ungeachtet der angewandten Methode;
b) der absichtlichen Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und der Entfernung von Nestern;
c) des Sammelns der Eier in der Natur und des Besitzes dieser Eier, auch in leerem Zustand;
d) ihres absichtlichen Störens, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt.

Unter den Tatbestand des absichtlichen Tötens (vorstehend a) fällt eindeutig die auf die Tötung gerichtete Jagd, die auch im Zentrum der Entstehung des Berner Übereinkommens[9] und der das Berner Übereinkommen im Europarecht umsetzenden Vogelschutzrichtlinie gestanden haben dürfte.[10] Da Windenergieanlagen keine Einrichtungen darstellen, die zur Jagd von Vögeln dienen oder die ihre Tötung bezwecken, ist vorgeschlagen worden, die durch Kollision gelegentlich des Betriebs einer Windenergieanlage getöteten Vögel nicht als Resultat einer nach Art. 5 lit. a) V-RL verbotenen Tötungshandlung anzusehen.[11] Damit wären Windenergieanlagen artenschutzrechtlich von der Rechtfertigung für eine Tötungshandlung im Sinne der Vogelschutzrichtlinie befreit.

Das hat sich jedoch in der Rechtsprechung des EuGH (bislang) nicht durchsetzen können, wonach jedenfalls im Kontext der FFH-Richtlinie der Tatbestand

9 Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume v. 19.9.1979 (Berner Übereinkommen), BGBl. 1984 II, S. 618, 620.

10 Vgl. Art. 9 des Berner Übereinkommens und Art. 9 der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (Vogelschutzrichtlinie), ABl. 2010 L 20, S. 7, 10 f.

11 In diesem Sinne wohl Sobotta, Christoph, NuR 2007, S. 642, 648 f.

des absichtlichen Tötens bereits im Falle einer billigen Inkaufnahme erfüllt ist. Der Gerichtshof befand in seinem Urteil vom 30. Januar 2002, es liege bereits dann eine absichtliche Störung von Meeresschildkröten der Art Caretta caretta vor, wenn diese in ihrer Fortpflanzung an bestimmten Stränden im Meer durch kleinere Boote und am Strand durch Mopeds beeinträchtigt würden.[12] Daraus lässt sich schließen, dass es dem Gerichtshof für die Annahme von Absicht genügt, wenn eine menschliche Handlung bekanntermaßen die verbotenen Folgen eintreten lassen wird. In einem weiteren Urteil befand der Gerichtshof dann wörtlich, es liege bereits dann eine absichtliche Tötung vor, wenn diese billigend in Kauf genommen würde.[13] Beide Judikate ergingen zur FFH-Richtlinie. Eine Übertragung auf die Vogelschutzrichtlinie entspricht wohl der nachstehend erläuterten herrschenden Ansicht in Deutschland, ist aber nicht unproblematisch, da sich die Rechtfertigungsgründe von FFH- und Vogelschutzrichtlinie erheblich unterscheiden und sich daraus ein unterschiedliches Schutzniveau ergibt, das wegen seiner Wertungswidersprüche befremdet.[14]

Schon die deutsche Rechtsprechung wollte jedoch ersichtlich „auf der sicheren Seite" liegen und hat daher den Begriff der absichtlichen Tötung hinsichtlich des subjektiven Tatbestands auch für den Bereich der Vogelschutzrichtlinie erheblich gelockert, wenn nicht sogar im Ergebnis aufgehoben. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt schon dann eine absichtliche Tötung vor, wenn sich durch den Betrieb der Anlage das Tötungsrisiko für geschützte Tierarten im Vergleich mit dem allgemeinen Lebensrisiko signifikant erhöht.[15] Der ursprünglich von der Rechtsprechung entwickelte Signifikanz-Ansatz hat mit der Novelle des BNatSchG im Jahre 2017 auch Eingang in die gesetzliche Regelung des § 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG gefunden, nach der

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

Eine Differenzierung des Tatbestands jeweils nach FFH- oder Vogelschutzrichtlinie erfolgt dabei nicht. Erforderlich ist damit auf objektiver Seite ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Betrieb der Anlage und einer hinreichend erhöhten Tötungswahrscheinlichkeit, die anhand der artspezifischen Verhaltensweisen, der Häufigkeit des Aufenthaltes im Gefährdungsbereich und der Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen zu bewerten ist.[16] Für den subjektiven Tatbestand genügt ein **billiges Inkaufnehmen eines Kollateralschadens.**

Die Erfüllung des so verstandenen objektiven Tatbestands ist im Falle von Windenergieanlagen nicht kategorisch auszuschließen, das Vorliegen eines Eventualvorsatzes dann stets anzunehmen, wenn die signifikante Erhöhung der Tötungswahrscheinlichkeit ornithologisch zu bejahen ist und die Anlage trotzdem errichtet werden soll. Dem folgt auch das VG Gießen.[17] Das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sei schon dann erfüllt, wenn die Tötung eines Exemplars der besonders geschützten Art nicht im engeren Sinne absichtlich erfolge, sondern sich als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns erweise.[18]

---

12 EuGH v. 30.1.2002, Rs. C-103/00, Slg. 2002, I-1147 – Kommission/Griechenland (Caretta caretta), Rz. 36.

13 EuGH v. 18.5.2006, Rs. C-221/04, Slg. 2006, I-4515 – Kommission/Spanien (Schlingenjagd), Rz. 71.

14 Für Sobotta, Christoph, ist die Übertragung der Maßstäbe der FFH-Richtlinie auf die Vogelschutzrichtlinie ein „provozierendes Ergebnis", Sobotta, NuR 2007, S. 642, 648 r. Sp.; s. a. auch die Warnung von Generalanwältin Kokott vor einer Übertragung des Absichtsbegriffs von der FFH-Richtlinie auf die Vogelschutzrichtlinie, Schlussanträge v. 19.9.2020, verbundene Rs. C-473/19 und C-474/19, Rz. 39.

15 BVerwG v. 9.7.2008, 9 A 14/07 – juris, Rz. 91, v. 28.4.2016, 9 A 9/15 – juris, Rz. 141; v. 10.11.2016, 9 A 18/15 – juris, Rz. 82 f.; v. 6.4.2017, 4 A 16/16 – juris, Rz. 73; aus jüngerer Zeit BVerwG v. 8.3.2018, 9 B 25/17 – juris, Rz. 11. (st. Rspr.).

16 BVerwG v. 14.7.2011, 9 A 12/10 – juris, Rz. 99; v. 18.3.2009, 9 A 39/07 – juris, Rz. 58.

17 VG Gießen v. 22.1.2020, 1 K 6019/18.GI – juris, Rz. 87.

18 VG Gießen v. 22.1.2020, 1 K 6019/18.GI – juris, Rz. 87.

Der Ansatz des Verwaltungsgerichts Gießen, der die für die FFH-Richtlinie entwickelte Rechtsprechung des EuGH auf die Vogelschutzrichtlinie überträgt und für den Tötungsbegriff nicht nach dem Erhaltungszustand der betroffenen Arten differenziert, entspricht mithin nicht nur dem BNatSchG und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,[19] sondern in der Tendenz auch der des EuGH. Sie verdient im Sinne des Vorsorgeprinzips nach Art. 191 Abs. 2 AEUV zugunsten des Artenschutzes grundsätzlich volle Zustimmung, da ein getöteter Vogel oder eine ausgestorbene Art unwiederbringlich verloren sind. Es sprechen aber nachvollziehbare Überlegungen dafür, im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie dem Erhaltungszustand mit Blick auf den Absichtsbegriff größere Beachtung zu schenken (s. sogleich b).

Zweifel sind auch an der weiteren Begründung des Verwaltungsgerichts anzubringen, dem Regierungspräsidium stehe eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu, die zu respektieren sei.[20] Die in Bezug genommene Einschätzungsprärogative bezieht sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf eine Lage, in der die einschlägigen Fachwissenschaften keine eindeutigen Antworten zu geben in der Lage sind.[21] Damit unterscheidet sich die vom Bundesverfassungsgericht anerkannte naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative deutlich von Spielräumen, die durch Gesetz eingeräumt sind und auf die sich die vom VG Gießen herangezogene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung im Kern bezieht.[22] Das ist bereits in der Literatur kritisch angemerkt worden.[23]

Für die weitere Untersuchung ist die Frage jedoch von untergeordneter Bedeutung, da der Konflikt zwischen Artenschutz und Klimaschutz auch dann besteht, wenn die gerichtliche Kontrolle hinsichtlich der Überprüfung naturschutzfachlicher Erkenntnisgrenzen nur eingeschränkt erfolgt. Entscheidend ist für den Untersuchungsgegenstand, dass die Erhöhung des Kollisionsrisikos für europäische Vogelarten infolge des Betriebs von Windenergieanlagen nicht schon deshalb rechtlich für irrelevant erklärt werden kann, weil die Erzeugung von Strom auf diesem Weg nicht zur im strafrechtlichen Sinne absichtlichen Tötung von Tieren führt, sondern nur gelegentlich des Betriebs einer Anlage, die mit der Versorgung mit erneuerbarer Energie möglicherweise rechtlich geschützten Interessen dient.

b) Berücksichtigung des Erhaltungszustands betroffener Populationen

Angesichts der unterschiedlichen Konzeption von FFH- und Vogelschutzrichtlinie verdient der jüngst unterbreitete Vorschlag der Generalanwältin Kokott besondere Beachtung, den Absichtsbegriff abhängig vom Erhaltungszustand der betroffenen Arten zu differenzieren.[24] Ihr Vorschlag geht dahin, in den Fällen, in denen eine Tötung nicht bezweckt, sondern nur in Kauf genommen wird, die Verbote nach Art. 5 lit. a) und b) der Vogelschutzrichtlinie nur gelten zu lassen, soweit dies notwendig ist, um diese Arten im Sinne von Art. 2 auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, und dabei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung trägt.[25]

Für diese Auffassung spricht sicherlich, dass die FFH-Richtlinie anders als die Vogelschutzrichtlinie mit den „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interessen einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“ einen sehr weiten „Auffangtatbestand“ zur Erteilung von Ausnahmen im Falle von unvermeidbaren Tötungen zugunsten gewichtiger Gründe enthält. Ein konsistenter Sprachgebrauch wäre es aber prima facie nicht, den Begriff der Absicht in beiden Richtlinien so unterschiedlich zu interpretieren. Auch

19 BVerwG v. 14.7.2011, 9 A 12/10 – juris, Rz. 99; v. 18.3.2009, 9 A 39/07 – juris, Rz. 58.

20 VG Gießen v. 22.1.2020, 1 K 6019/18.GI – juris, Rz. 88.

21 BVerfG v. 23.10.2018, 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, S. 52, Rz. 17 ff.

22 BVerwG v. 9.7.2008, 9 A 14/07 – juris, Rz. 65; v. 14.7.2011, 9 A 12/10 – juris, Rz. 99; HessVGH v. 28.1.2014, 9 B 2184/13 – juris, Rz. 14.

23 Bick, Ulrike/Wulfert, Katrin, NuR 2020, S. 250, 251 f.; Eichberger, Michael, NVwZ 2019, S. 1560, 1565 f.

24 Generalanwältin Kokott, Schlussanträge v. 10.9.2020, verbundene Rs. C-473/19 und C-474/19, Rz. 93.

25 Generalanwältin Kokott, Schlussanträge v. 10.9.2020, verbundene Rs. C-473/19 und C-474/19, Rz. 93.

erscheint noch nicht restlos geklärt, wie sich diese Neuinterpretation des Absichtsbegriffs unter Einbeziehung der Ziele der Vogelschutzrichtlinie nach Art. 2 V-RL zum Verschlechterungsverbot des Art. 13 V-RL verhielte, das die inkriminierten Handlungen weitestgehend ohnehin verbieten dürfte. Kokotts Vorschlag läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass eine Inkaufnahme der Erhöhung des Tötungsrisikos keine Tötung darstellen soll, wenn und soweit sich ein guter Erhaltungszustand im Sinne des Art. 2 V-RL infolge des erhöhten Tötungsrisikos nicht verschlechtert, oder aber die Erreichung eines mit Art. 2 V-RL kompatiblen Zustands verhindert würde. Hinsichtlich der ersten Variante würde das zur Funktionslosigkeit von Art. 13 V-RL führen. Es bleibt deshalb abzuwarten, ob sich der EuGH dieser Auffassung anschließen wird. Sollte er es nicht tun, bliebe es dabei, dass bereits die beiläufige Tötung geschützter Vogelarten grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig ist.

Unabhängig von dem Vorschlag Kokotts lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH schon jetzt recht eindeutig ableiten, dass auf der einen Seite alleine ein guter Erhaltungszustand einer betroffenen Population nicht von der Ergreifung geeigneter, zumindest den Erhaltungszustand konservierender Schutzmaßnahmen suspendiert.[26] Auf der anderen Seite schließt selbst ein ungünstiger Erhaltungszustand Maßnahmen nicht von vornherein aus, die das Tötungsrisiko signifikant erhöhen.[27]

Für die Errichtung von Windenergieanlagen bedeutet das, dass bereits die Betroffenheit einer europäischen Vogelart das Schutzregime der Vogelschutzrichtlinie unabhängig vom Erhaltungszustand auslöst, wonach zwar ein ungünstiger Erhaltungszustand nicht von vornherein zur Unzulässigkeit einer Maßnahme führt, sich aber stets der Erhaltungszustand einer Art zumindest nicht verschlechtern darf und die Rechtfertigung einer Ausnahme über einen der Tatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL gelingen muss. Der letztgenannte Punkt steht im Zentrum der nachstehenden Betrachtung.

2. Die Ausnahmetatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL

a) Die Korrektur der Ausnahmetatbestände der Vogelschutzrichtlinie mit Hilfe ungeschriebener Ausnahmegründe?

aa) Die unterschiedlichen Schutzkonzepte

Das Aufeinandertreffen von artenschutzrechtlichen Anforderungen und den Vorgaben des Klimaschutzes erfährt eine deutliche Zuspitzung, wenn man mit dem VG Gießen annimmt, dass im Falle von Windenergieanlagen regelmäßig europäische Vogelarten getötet werden und dafür kein hinreichender Rechtfertigungsgrund in Art. 9 Abs. 1 V-RL zu finden ist. Ein solches Ergebnis beleuchtet in größter Schärfe die Differenz zwischen dem Schutzregime der FFH-Richtlinie und dem der Vogelschutzrichtlinie. Während die Vogelschutzrichtlinie alle europäischen Vogelarten ihrem differenzierten Schutz unterstellt und dabei der praktischen Rechtsanwendung zur Lösung von Konfliktfällen ein strenges Konzept der Ausnahmeerteilung bereitstellt, unterscheidet die FFH-Richtlinie zwischen verschiedenen Tierarten nach Schutzbedürftigkeit und erlaubt ihre Beeinträchtigung unter bestimmten, im Einzelnen aufgezählten Umständen, aber eben auch im Falle des Vorliegens zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses auch sozialer und wirtschaftlicher Art.[28]

26 EuGH v. 11.6.2020, Rs. C-88/19, Rz. 23 („vorbeugende Maßnahmen"); v. 10.10.2019, Rs. C-674/17, Rz. 27 („vorbeugende Maßnahmen"); v. 17.4.2018, Rs. C-441/17, Rz. 262; v. 24.11.2016, Rs. C-461/14, Rz. 82 f.; v. 14.1.2016, Rs. C-141/14, Rz. 76; U. v. 18.12.2007, Rs. C-186/06, Slg. 2007, I-12093, Rz. 36; v. 2.8.1993, Rs. C-355/90, Slg. 1993, I-4221, Rz. 15.

27 EuGH v. 10.10.2019, Rs. C-674/17, ZUR 2020, S. 54, Rz. 68; v. 14.6.2007, Rs. C-342/05, Slg. 2007, I-4713, Rz. 29.

28 Übersichtliche Zusammenstellung der Unterschiede bei Sailer, Frank, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Hintergrundpapier, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Nr. 49 vom 11.3.2020, https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2020/03/Stiftung_Umweltenergierecht_WueBerichte_49_Artenschutzrechtliche_Ausnahme_2020-03-11.pdf (Stand: 10.10.2020), S. 4.

bb) Harmonisierung der Ausnahmetatbestände in Art. 9 Abs. 1 V-RL mit Hilfe des Primärrechts?

Dies führt angesichts der Bevorzugung des Fangs von Vögeln zu Liebhaberzwecken gegenüber der nur mit der Argumentation des VG Gießen schwer zu begründenden oder gar nicht zulässigen Verwirklichung von Infrastrukturprojekten im öffentlichen Interesse zu Ergebnissen, die als Wertungswiderspruch empfunden werden. Während das VG Gießen davon ausgeht, dass der europäische Gesetzgeber die unterschiedliche Konzeptionierung bewusst vorgenommen habe und diese daher hinzunehmen sei,[29] haben andere Stimmen die beobachteten Schutzkonzeptdifferenzen zum Anlass für Überlegungen genommen, auf welchem Weg eine Harmonisierung erreicht werden könnte.[30] So wird vorgeschlagen, die „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" aus der (jüngeren) FFH-Richtlinie auf die Vogelschutzrichtlinie zu übertragen, um insbesondere zu vermeiden, dass im Ergebnis das Schutzniveau in einem faktischen Vogelschutzgebiet infolge von Art. 7 und 16 FFH-Richtlinie höher liegt als einem förmlich festgesetzten, für das die Ausnahmevorschriften der FFH-Richtlinie gelten.[31] Das darf als systematische Auslegung von Art. 9 Abs. 1 V-RL „im Lichte von" Art. 16 FFH-RL bewertet werden, die sicher einiges für sich hat, der der EuGH aber bislang nicht beigetreten ist.

Verschiedentlich wird ein Ausweg über die Annahme eines **ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes** in Art. 9 Abs. 1 V-RL gesehen. Hierfür wird mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der willkürlichen Ungleichbehandlung verschiedener Tierarten argumentiert,[32] zum Teil wird unmittelbar auf die skizzierten Wertungswidersprüche zwischen beiden Richtlinien hingewiesen.[33]

Vom methodischen Ansatz her dürfen diese Bemühungen als Versuch gewertet werden, die Richtlinien mit Hilfe des Primärrechts zu korrigieren. Das ist an sich ein gangbarer, methodisch einwandfreier Weg. Gleichgültig jedoch, auf welchem konstruktiven Weg eine Harmonisierung erreicht werden soll, das Ergebnis einer interpretatorischen Ergänzung der Vogelschutzrichtlinie ist mit der Rechtsprechung des EuGH nicht in Einklang zu bringen, der in dem Katalog des Art. 9 Abs. 1 V-RL eine abgeschlossene Enumeration möglicher Ausnahmen erkennt.[34] Mit der Annahme eines solchen abgeschlossenen Katalogs wäre die Erweiterung um ungeschriebene Rechtfertigungsgründe von vornherein nicht vereinbar. Im Übrigen steht dieser Befund auch dem eben erläuterten Vorschlag Berkemanns entgegen, die Ausnahmetatbestände der FFH-Richtlinie auf die Vogelschutzrichtlinie zu übertragen.[35] Auch das wäre eine Erweiterung der Rechtfertigungsmöglichkeiten gegenüber dem mit der Rechtsprechung des EuGH abgeschlossenen Katalogs an Tatbeständen in Art. 9 Abs. 1 V-RL.

cc) Würdigung anhand der Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH verdient in seiner Rechtsprechung zur Vogelschutzrichtlinie auch Zustimmung. Das Konzept der Vogelschutzrichtlinie geht, ganz kurz gesagt, insbesondere ausweislich von Art. 2 bis 5 V-RL davon aus, dass alle in Europa wildlebenden Vogelarten vor Tötungen und anderen Beeinträchtigungen geschützt sein müssen, um die Bestände der Vogelarten zu erhalten oder zu verbessern. Dieser nur wenig nach dem jeweiligen

29 VG Gießen v. 22.1.2020, 1 K 6019/18.GI – juris, Rz. 109.

30 Müller, Moritz/Klostermeier, Lara, NVwZ 2020, S. 774, 775 f.; ebenso bereits Gellermann, Martin, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, 92. EL, Stand: Februar 2020, BNatSchG, § 45 Rz. 24; ders., NuR 2020, S. 178, 181; ders., in: Schrödter, Baugesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., 2019, BauGB, § 1a Rz. 219 m.w.N.; Berkemann, Jörg, in: Berkemann/Halama, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EU, 2. Aufl., 2011, S. 816 f. Rz. 253 (das strenge Schutzregime der Vogelschutzrichtlinie entbehre der sachlichen Rechtfertigung).

31 Berkemann, Jörg, in: Berkemann/Halama, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EU, 2. Aufl., 2011, S. 816 f. Rz. 253.

32 Lau, Marcus, NuR 2013, S. 685, 688; Philipp, Renate, NVwZ 2008, S. 593, 597; Karpenstein, Hans/Engel, Stephan, ZUR 2020, S. 437, 438; ähnlich wohl auch BayVGH v. 19.2.2014, 8 A 11.40040 – juris, Rz. 846-849.

33 Müller, Moritz/Klostermeier, Lara, NVwZ 2020, S. 774, 775.

34 Zuletzt sehr deutlich EuGH v. 26.1.2012, Rs. C-192/11 – Kommission/Polen, Rz. 39 („…énumérés de manière exhaustive à l'article 9…"); zuvor schon EuGH v. 8.7.1987, Rs. C-247/85, Slg. 1987, 3029 – Kommission/Belgien, Rz. 7, 58; v. 7.3.1996, Rs. C-118/94, Slg. 1996, I-1223 – Associazione Italiana per il WWF, Rz. 21; Schütte, Peter/Gerbig, Mara, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl., 2017, BNatSchG, § 45 Rz. 32.

35 Berkemann, Jörg, in: Berkemann/Halama, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EU, 2. Aufl., 2011, S. 816 f. Rz. 253.

Erhaltungszustand der betroffenen Arten differenzierte Schutz kann nur dann hinreichende Wirksamkeit entfalten, wenn er als individuenbezogene Regel Beachtung einfordern kann und Abweichungen zu Lasten der geschützten Vögel die Ausnahme bleiben. Der Katalog an Gründen, die eine Ausnahme begründen können, muss daher einer verlässlichen Beschränkung unterworfen sein. Dass Art. 9 Abs. 1 V-RL so gemeint ist, belegt auch der Wortlaut der Bestimmung, nach der die Aufzählung der Ausnahmetatbestände keinen Hinweis enthält, es würde nur eine Auswahl besonders wichtiger Ausnahmegründe aufgezählt (etwa durch „insbesondere" oder ähnliche Formulierungen).

Für den Fall des Baus der Windenergieanlagen an Land, die dem Ausbauplan des Klimaschutzkonzeptes der Bundesregierung Rechnung tragen und damit einen Beitrag zu den europarechtlich vorgegebenen Klimaschutzzielen leisten, sind die vorstehend genannten Bemühungen um eine Harmonisierung der Ausnahmetatbestände von FFH- und Vogelschutzrichtlinie ohnehin nicht zielführend. Der EuGH hat sich an unterschiedlichen Ansätzen in der Vogelschutzrichtlinie einerseits und der FFH-Richtlinie andererseits bislang nicht gestört, so dass die Annahme eines Verstoßes gegen das primärrechtliche **Gleichbehandlungsgebot** aus Art. 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRCh) oder das Kohärenzgebot des Art. 7 AEUV keinen Anhalt in seiner Judikatur finden würde, zumal der hier angesprochene Gesetzgeber sicher über Gestaltungsspielräume verfügt, deren Verletzung erst dann in der Justiz moniert wird, wenn sich gar kein vernünftiger Grund für die Differenzierung finden lässt.[36] Die Verletzung selbst eines so zurückhaltend formulierten Maßstabs ist angesichts der Spielräume des Gesetzgebers, sich für verschiedene Sachbereiche auch auf unterschiedliche Schutzkonzepte zu verlassen, nicht zu erkennen, zumal sich die Unterschiede zwischen beiden Richtlinien auf marginale, wenn auch im Einzelfall folgenreiche Unterschiede bei der Berücksichtigung gegenläufiger Interessen beziehen.

Gleiches gälte für die Bemühung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** nach Art. 5 Abs. 4 des Vertrages über die Europäische Union (EUV). So argumentiert beispielsweise die deutsche Umweltministerkonferenz (UMK), Art. 9 V-RL sei im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auszulegen, der verbiete, bedeutende Infrastrukturvorhaben scheitern zu lassen, für die zwingende Gründe des öffentlichen Interesses stritten.[37] Eine Gleichstellung der Ausnahmemöglichkeiten von Vogelschutzrichtlinie und FFH-Richtlinie sei daher erforderlich.[38] Bislang hat der EuGH hingegen, soweit ersichtlich, noch nicht einmal angedeutet, dass er die Ausnahmetatbestände der Vogelschutzrichtlinie mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder aus anderen Gründen als unzureichend bewertet. Angesichts des nach zutreffender Auffassung des EuGH abschließenden, jedoch zum Teil weitreichend formulierten Katalogs an Rechtfertigungsgründen ist daher nicht zu erkennen, dass Art. 9 Abs. 1 V-RL ohne die Ergänzung um einen ungeschriebenen Ausnahmegrund unverhältnismäßig wäre.

Eine Harmonisierung im Wege des Hinzufügens eines ungeschriebenen Ausnahmegrundes für den Ausbau der Windenergie ist ohnehin nur dann erforderlich, wenn sich tatsächlich kein passender Rechtfertigungsgrund in der Vogelschutzrichtlinie finden lässt. Daher ist die Analyse auf den Wortsinn des Art. 9 Abs. 1 V-RL zu beschränken und insofern zunächst zu untersuchen,

36 Vgl. zu Art. 20 EU-GRCh etwa EuGH v. 13.11.1990, Rs. C-370/88, Slg. 1990, I-4071, Rz. 24; v. 13.12.1984, Rs. C-129/82 u.a., Slg. 1984, 4127, Rz. 19 ff.; v. 6.7.1983, Rs. C-117/81, Slg. 1983, 2191, Rz. 14; v. 19.10.1977, verbundene Rs. C-117/76 und C-16/77, Slg. 1977, 1753, Rz. 7 f.; zur eingeschränkten Justiziabilität bzgl. Art. 7 AEUV vgl. Obwexer, Walter, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., 2015, AEUV, Art. 7 Rz. 15 sowie Ruffert, Matthias, in: Calliess/Ruffert, EUV, AEUV, das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., 2016, AEUV, Art. 7 Rz. 5 sowie Streinz, Rudolf, in: Streinz, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., 2018, AEUV, Art. 7 Rz. 8 sowie Schorkopf, Frank, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 70. EL, Stand: Mai 2020, AEUV, Art. 7 Rz. 14.

37 Umweltministerkonferenz, 94. UMK-Bericht, Bericht zu TOP 4 Ziffer 4, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, 2020, https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf (Stand: 10.10.2020), S. 3.

38 Umweltministerkonferenz, 94. UMK-Bericht, Bericht zu TOP 4 Ziffer 4, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, 2020, https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf (Stand: 10.10.2020), S. 3.

welches Herangehen in der Rechtsprechung des EuGH in methodischer Hinsicht zu beobachten ist (b), bevor die Auslegungsgrundsätze dann auf die einzelnen Tatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL angewendet werden (c).

b) Auslegungsgrundsätze

Der Streit um die rechtlichen Voraussetzungen für die Genehmigung von Windenergieanlagen, trotz der damit verbundenen Risiken für die Natur, lässt sich zentral darauf zurückführen, dass das geltende Recht derartige Entscheidungen nicht ohne weiteres eindeutig determiniert. Vielmehr sind die Ergebnisse der rechtlichen Bewertung von der Beantwortung einer ganzen Reihe methodischer Fragen abhängig, die im Vorwege im Sinne eines Umrisses gebündelt betrachtet werden sollen, bevor eine Analyse der einzelnen Tatbestände erfolgt.

aa) Beseitigung semantischer Vagheit

Die erste Frage dieser Art betrifft den Umgang mit semantischer Vagheit. Die in Art. 9 Abs. 1 V-RL verwendeten Begriffe – sei es die Gesundheit und die öffentliche Sicherheit, erhebliche Schäden an Kulturen und Viehbeständen, oder der Schutz der Pflanzen- und Tierwelt – sind dadurch gekennzeichnet, dass es Umstände gibt, auf die sie klar zutreffen (positive Kandidaten), solche, für die sie klar zu verneinen sind (negative Kandidaten), und schließlich solche, deren Bejahung oder Verneinung nicht ohne Weiteres vorgenommen werden kann.[39] Diese so genannten neutralen Kandidaten stellen die Rechtsanwendung vor die eigentlichen Auslegungsprobleme.[40] Ihre Verwendung erklärt sich im Zusammenhang mit der Vogelschutzrichtlinie durch das entsprechende Abstraktionsniveau, zumal die betreffenden Vorschriften des Art. 9 V-RL auf die Umsetzung von Art. 9 des Berner Übereinkommens zurückgehen, der zum Teil wortwörtlich übernommen wurde. Die durch die Heranziehung semantisch vager Begriffe entstehenden Spielräume sind gewollt und eröffnen dem Gesetzgeber die Möglichkeit, den Grundgedanken einer Regelung zu umreißen und dabei zu gewährleisten, dass zukünftige Neuentwicklungen einer sachgerechten Lösung zugeführt werden können, ohne dass in jedem Fall der Gesetzgeber eine Neuregelung schaffen muss.[41]

In der Rechtsanwendung hat dann eine Engführung im Sinne einer eindeutigen Zuordnung zu erfolgen, für die auch der EuGH die Analyse seiner eigenen Rechtsprechung und die herkömmlichen Auslegungsmethoden heranzieht. Nur wenn es keinen klaren Präzedenzfall gibt und die Ermittlung des Wortsinns, des Kontextes und der teleologischen Auslegung verschiedene Lösungen zulässt, liegt ein neutraler Kandidat vor, dessen Bejahung oder Verneinung eine weitere Begründung erforderlich macht. Kennzeichnend für den Ansatz des EuGH ist dabei generell, dass der Gerichtshof keine feste Rangfolge unter den Auslegungsmethoden kennt.

bb) Am effet utile orientierte Auslegung unter Berücksichtigung neuer Umstände?

Eine Bindung an die Motive des Gesetzgebers im Sinne einer **subjektiv-historischen Auslegung** ist in der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls nicht zu sehen. Es dominiert in den hier interessierenden Zweifelsfällen klar eine **„dynamische Auslegung"** zur Erreichung des Grundsatzes des effet utile, der wiederum häufig auf das Integrationsziel gerichtet ist.[42] Es kommt dem EuGH zentral darauf an, dass eine Auslegung gewählt wird, die die beabsichtigten Regelungszwecke am besten verwirklicht.[43] Auf welchem Weg die Regelungszwecke im Einzelfall bestimmt werden, lässt der EuGH nicht immer erkennen. Jedenfalls bietet die Rechtsprechung des EuGH keinen Anhalt für die Annahme einer strikten Bindung an die im Zeitpunkt der Verabschiedung einer

39 Für den wissenschaftstheoretischen Ansatz im Überblick Körner, Stephan, Erfahrung und Theorie, Ein wissenschaftstheoretischer Versuch, 1970, S. 44 ff.

40 Für die Rechtswissenschaft früh Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen, Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, 1913, S. 37 f.

41 Zum Hintergrund der Debatte um die Zulässigkeit von Generalklauseln („rules vs. standards") s. Ehrlich, Isaac/Posner, Richard A., 3 The Journal of Legal Studies 1975, S. 257 ff.; Diver, 93 The Yale Law Journal 1983, S. 65 ff.; Kaplow, Louis, 11 The Journal of Law, Economics, & Organization 1995, S. 150 ff.; Ulen, Thomas S., Standards und Direktiven im Lichte begrenzter Rationalität, in: Ott/Schäfer, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Beiträge zum VI. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts vom 25.–28. März 1998, 1999, S. 347 ff.

42 Leisner, Walter Georg, EuR 2007, S. 689, 694.

43 Instruktiver, wenn auch nicht mehr ganz aktueller Überblick bei Seyr, Sibylle, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 94 ff.

Richtlinie schon erkannten Zwecke. Es lässt sich trotz dieser Einschränkungen recht eindeutig sagen, dass

- der **Entstehungsgeschichte** in der Regel keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt,
- dem Anwendungsvorrang des **Primärrechts** bei der Auslegung des Sekundärrechts Rechnung getragen werden muss,
- die Auslegung auch anhand eines Vergleichs der **verschiedenen Sprachfassungen** und des einschlägigen Sekundärrechts **(systematische Auslegung)** erfolgt, und
- die dem Sekundärrecht häufig vorangestellten **Präambeln** jedenfalls hilfsweise ungefähren Aufschluss über die Regelungszwecke des Gesetzgebers geben können.

c) Die Ausnahmetatbestände im Einzelnen

Die Ausnahmetatbestände sind mit vorstehenden Überlegungen in Art. 9 Abs. 1 V-RL abschließend aufgeführt. Auch Art. 2 V-RL enthält keine über Art. 9 V-RL hinausgehenden Rechtfertigungsgründe,[44] gebietet jedoch zu berücksichtigen, dass die Vogelschutzrichtlinie im Spannungsfeld zwischen den Interessen des Naturschutzes und anderen, zum Teil gegenläufigen Interessen kultureller, wirtschaftlicher und freizeitbezogener Art steht, denen ebenfalls Rechnung getragen werden muss. Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

aa) Gesundheit und öffentliche Sicherheit (1. Spiegelstrich)

Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich V-RL bestimmt, dass die Mitgliedstaaten, sofern es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt, von den Artikeln 5 bis 8 im Interesse der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit abweichen können.

(1) Gesundheit

i) Begriff

Mit dem Begriff der **Gesundheit** dürfte sich die Richtlinie auf die menschliche Gesundheit beziehen,[45] auf die es schon lange gut belegte Auswirkungen des Klimawandels gibt. Trotz der mittel- und langfristigen Entwicklung im Bereich der globalen Erwärmung sind die naturwissenschaftlich hoch anspruchsvollen ursächlichen Zusammenhänge und die zu erwartenden Folgen im Grundsatz bekannt. Schon im Jahre 2009 urteilte das Umweltbundesamt, die Auswirkungen des Klimawandels hätten „bereits heute“ vielfältige direkte und indirekte Effekte auf die menschliche Gesundheit.[46] Damit bezog sich das Umweltbundesamt auf das erhöhte Auftreten wärmeliebender und zum Teil schädlicher Organismen wie etwa Ambrosiapollen und Brennhaare von Nachtfaltern. Gesundheitsrisiken liegen aber auch in erhöhten Mortalitätsraten infolge von klimabedingten Hitzewellen, die empfindliche Bevölkerungsteile besonders hart treffen, sowie in gesundheitsbezogenen Gefahren aus Hochwasserereignissen. Diese Auswirkungen lassen sich in den Prognosen mittlerweile regional spezifizieren, so dass Vorhersagen etwa für den norddeutschen Raum möglich geworden sind.[47]

---

44 EuGH v. 8.7.1987, Rs. C-262/85, Slg. 1987, 3073 – Kommission/Italien, Rz. 8; wohl zustimmend Sobotta, Christoph, NuR 2007, S. 642, 649.

45 So jedenfalls die deutsche Umsetzung in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG.

46 Umweltbundesamt, Klimawandel und Gesundheit, Welche Probleme verursachen Wärme liebende Schadorganismen?, Abschlussbericht, Internationales UBA/BMU-Fachgespräch: 09. und 10. November 2009, UBA, Berlin-Dahlem, 2010, https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/publikation/long/3925.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 11.

47 Deutscher Wetterdienst/Extremwetterkongress Hamburg, Was wir heute über das Extremwetter in Deutschland wissen, Stand der Wissenschaft zu extremen Wetterphänomenen im Klimawandel in Deutschland, 2020, https://www.dwd.de/DE/presse/ewk_hamburg/downloads/ewk_papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Stand: 11.10.2020), S. 7.

Die Bundesregierung hatte sich jedenfalls schon im Jahr 2013 veranlasst gesehen, das Umweltbundesamt (UBA) und das Robert-Koch-Institut (RKI) um die Erarbeitung eines Ratgebers zu „Klimawandel und Gesundheit" als allgemeinen Rahmen für Handlungsempfehlungen für Behörden und weitere Akteure zu bitten.[48] In ganz ähnlicher Herangehensweise identifiziert und quantifiziert ein von der Europäischen Kommission im Jahre 2014 veröffentlichter Bericht verschiedene Gesundheitsrisiken infolge des Klimawandels.[49] Auch die Weltgesundheitsorganisation sieht diese klimawandelbedingten Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung.[50] Eine Maßnahme, die wie die Errichtung einer Windenergieanlage einen – wenn auch einzeln betrachtet kleinen – Beitrag zum Klimaschutz leistet, liegt damit wegen ihrer Zielrichtung eindeutig im Interesse des so verstandenen Gesundheitsschutzes.

Es gibt keinen Anlass, dies für den Kontext der Vogelschutzrichtlinie anders zu beurteilen. Die Rechtsprechung des EuGH ist zu der Frage der Auslegung des Gesundheitsbegriffs im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 1 V-RL unergiebig. Auch gibt die Entstehungsgeschichte der Vogelschutzrichtlinie weder in ihrer ursprünglichen Gestalt noch in ihrer Novelle aus dem Jahre 2009 Anhaltspunkte dafür her, dass dem Gesetzgeber der Zusammenhang von Artenschutz, Klimawandel und Gesundheit bewusst gewesen sein könnte. Das spricht jedoch nicht entscheidend gegen die vorstehend umrissene Interpretation. Denn erstens ist die Entstehungsgeschichte, soweit sie denn überhaupt fruchtbar gemacht werden kann, in der Rechtsprechung des EuGH nicht als Bindung im Sinne einer subjektiv-historischen Auslegung zu verstehen.[51] Zweitens dient die Heranziehung semantisch vager Begriffe, wie schon erläutert, auch dazu, abstrakte Regelungen zukunftsoffen auszugestalten, so dass sie es erlauben, neue Entwicklungen einer problemadäquaten Lösung zuzuführen.[52] Dazu dürfte die dramatische Verschärfung der Klimaproblematik insbesondere im vergangenen Jahrzehnt ohne Weiteres zählen, zumal der Ausbau der erneuerbaren Energien in jüngerer Zeit vom EuGH als „übergeordnetes öffentliches Interesse" anerkannt worden ist.[53]

Des Weiteren – drittens – ist das Klimaschutzrecht mittlerweile im **Primärrecht** der EU höchstrangig und so persistent verankert, dass eine Auslegung des Gesundheitsbegriffs im Rahmen von Art. 9 Abs. 1 V-RL, die die entsprechenden Auswirkungen des Klimawandels ignoriert, kaum mit den Zielen des Primärrechts in Einklang zu bringen wäre. Für die Berücksichtigung der gesundheitlichen Konsequenzen des Klimawandels spricht schon, dass Art. 191 Abs. 1 AEUV in Bezug auf die Umweltpolitik der Union gleichberechtigt die Ziele des Gesundheitsschutzes (Art. 191 Abs. 1 2. Spiegelstrich) und die der Bekämpfung des Klimawandels (Art. 191 Abs. 1 4. Spiegelstrich am Ende) nebeneinanderstellt. Was die für den Ausbau der Windenergie einschlägige Förderung der erneuerbaren Energien angeht, so ist sie ebenfalls auf höchster Ebene zu beachten (Art. 194 Abs. 1 lit. c) AEUV). Begrifflich liegt damit bei den dem Klimaschutz dienenden Windenergieanlagen ein hinreichender Bezug zur Gesundheit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 V-RL vor.

ii) „Im Interesse von": Kausalität

Notwendig ist aber auch, dass die Maßnahme, zu deren Gunsten eine Ausnahme von den Tötungs- und Beeinträchtigungsverboten gemacht werden soll, „im Interesse" der Gesundheit erfolgt. Die Formulierung verweist auf eine Zwecksetzung der jeweiligen Maßnahme,

48 Umweltbundesamt/Robert Koch-Institut, Klimawandel und Gesundheit, Allgemeiner Rahmen zu Handlungsempfehlungen für Behörden und weitere Akteure in Deutschland, 2013, https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/UmweltKommission/Stellungnahmen_Berichte/Downloads/klimawandel_gesundheit_handlungsempfehlungen_2013.pdf?__blob=publicationFile (Stand: 11.10.2020).

49 Paci, Daniele, Human Health Impacts of Climate Change in Europe, Report for the PESETA II project, 2014, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86970/lfna26494enn.pdf (Stand: 11.10.2020), passim, insbes. S. 20 f.

50 World Health Organization Regional Office for Europe, Protecting Health in Europe from Climate Change: 2017 Update, 2017, https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/355792/ProtectingHealthEuropeFromClimateChange.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 2 ff.

51 S. o. III.2.bb).

52 S. o. III.2.aa).

53 EuGH v. 4.5.2016, Rs. C-346/14 – Kommission/Österreich, Rz. 71 (im Kontext der WRRL und eines Wasserkraftwerks).

die auf die entsprechende Absicht zielt. Die reine Behauptung einer richtlinienkonformen Zwecksetzung dürfte aber nicht genügen; es muss auch objektiv plausibel sein, dass die fragliche Handlung die beabsichtigten Wirkungen haben kann. Mit dieser Überlegung verlangen die Tatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL zu ihrer Verwirklichung, dass die fragliche Maßnahme einen **ursächlichen Beitrag** zur Förderung des in Rede stehenden Rechtsguts leistet.

Hier setzt Gellermann an, wenn er argumentiert, der Bau der einzelnen Windenergieanlage habe keinen nachweisbaren Effekt im Sinne eines Beitrags zum Klimaschutz.[54] Die Folgen des Klimawandels ließen noch Jahrzehnte auf sich warten und der ursächliche Zusammenhang zwischen der Errichtung einer Windenergieanlage und der Abwendung der globalen Erwärmung sei höchstens minimal.[55] Eine solche Entscheidung unter Unsicherheit könne nicht zur Rechtfertigung einer **greifbaren Erhöhung des Tötungsrisikos** für europäische Vogelarten herangezogen werden, das sich nicht in diesem Sinne **„verrechnen"** ließe.[56] Plakativ formuliert Gellermann, es sei im Rahmen von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG kein Raum für umweltpolitisch fragwürdige Verrechnungen, die effektive Verluste im Bereich der Artenvielfalt durch potenzielle Vorteile für das Klima aufzuwiegen versuchten.[57]

In eine ähnliche Richtung zielen weitere Stimmen in der Literatur, nach der Rechtsprechung des EuGH[58] seien **konkrete positive Auswirkungen** auf die Umwelt gefordert, was bei den mittelbaren, kausal nicht nachweisbaren Effekten des Betriebs einer Windenergieanlage zu verneinen sei.[59] Ob das als Auslegung des in dem genannten Urteil noch nicht einmal erwähnten Art. 9 Abs. 1 V-RL betrachtet werden kann, müsste für die Übertragung auf die vorliegende Problematik genauso hergeleitet werden, wie der Transfer der Begründung des EuGH zur Anerkennung der Verkleinerung eines Vogelschutzgebiets in der Leybucht-Entscheidung wegen positiver Folgen für die Umwelt auf den Begriff der Gesundheit in Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich V-RL. Das wäre nicht unproblematisch. Gatz verkennt jedenfalls, dass die konkreten positiven Auswirkungen der Schutzgebietsverkleinerung auf die Vogelwelt in der Leybucht-Entscheidung eine hinreichende Bedingung für deren Zulässigkeit darstellen, nicht eine notwendige.[60] Aber selbst unter der Annahme, dass beides im Ergebnis trägt, folgt daraus nicht, dass eine Windenergieanlage, die zusammen mit anderen Windenergieanlagen hilft, ein mitgliedstaatliches Programm zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Pariser Übereinkommen zu verwirklichen, wegen ihres einzeln betrachtet nur kleinen Beitrags zum Klimaschutz nicht gerechtfertigt werden könnte.

Dem Argument der **fehlenden Kausalität** muss nämlich entschieden entgegengehalten werden, dass in Wirklichkeit auf **beiden Seiten langfristige** und damit **unsichere Folgen** menschlicher Handlungen abzuwägen sind. Nicht nur der Klimaschutz ist einer Perspektive von mehreren Jahrzehnten unterworfen, obschon sich in der jüngeren Vergangenheit die Anzeichen mehren, dass die befürchteten Änderungen des globalen Klimas eher früher als bislang und eher heftiger als erwartet eintreten werden. Das Gleiche gilt im Kern auch für den Artenschutz, bei dem das einzelne Exemplar in aller Regel nicht um seiner selbst willen geschützt wird, sondern als Teil einer Strategie, dem Artensterben grundsätzlich Einhalt zu gebieten. Zentral ist daher der globale oder – mit Blick auf die Vogelschutzrichtlinie

54 Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 9.

55 Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 9.

56 So wohl Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 9.

57 Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 9.

58 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. 1991, I-883 – Leybucht, Rz. 25 f.

59 Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl., 2019, Rz. 297, 263.

60 Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl., 2019, Rz. 297, 263.

– zumindest regionale europäische Erhalt geschützter Populationen (vgl. Art. 2 V-RL, der auf den Erhalt der Bestände (sic!) an Vogelarten zielt). Ein (zu) eng verstandener Individualbezug verstellt den Blick auf die zu lösende Problematik. Beiden Seiten des Spannungsfelds ist zu eigen, dass es um die Abwendung von Risiken geht, die **inkrementaler** Natur sind, sich **langfristig** verwirklichen und die für die natürlichen Lebensgrundlagen der Menschheit **systemrelevant** sein dürften, so dass nicht einseitig darauf fokussiert werden darf, dass die Berechnung der Erhöhung des Tötungsrisikos durch die zu erwartenden Vogelkollisionen möglicherweise mit größerer Validität erfolgt, als der Beitrag einer einzelnen Windenergieanlage zum Klimaschutz. Anders mag der Fall zu beurteilen sein, würde die betreffende Art durch den Betrieb einer zu errichtenden bestimmten Windenergieanlage ausgerottet. Dem stünde aber schon das Verschlechterungsverbot des Art. 13 V-RL entgegen.

iii) Verrechnung: gesellschaftlicher positiver Nettonutzen?

Auch Gellermanns Verrechnungsargument[61] überzeugt nicht. Stehen wie hier auf beiden Seiten des Spannungsfelds Belange, die durch inkrementale Veränderungen gefördert oder auch beeinträchtigt werden können, so muss sich jede Auslegung, die anhand und mit Blick auf die Lösung eines Einzelfalls entwickelt wird, als verallgemeinerungsfähiger Maßstab rekonstruieren lassen. Daher ist das Gesamtbild der Schutzkonzeption der Vogelschutzrichtlinie und ihr Verhältnis zu anderen öffentlichen Interessen zu betrachten, das zum einen durch ein strenges Schutzregime gekennzeichnet ist, das nur wenige Ausnahmen zu Lasten der geschützten Arten zulässt. Zum anderen ist aber auch die Vogelschutzrichtlinie so konzipiert, dass der Vogelschutz durchaus in bestimmten Fällen gegenüber anderen öffentlichen Interessen zurücktreten kann, darf oder sogar muss, wie sich insbesondere an den Tatbeständen des Art. 9 Abs. 1 V-RL zeigt. Eine „Verrechnung" von Vor- und Nachteilen ist daher als solche weder in der Sache noch nach dem Konzept der Vogelschutzrichtlinie vermeidbar.

Die Offenheit der Vorschrift gegenüber **gegenläufigen beachtlichen Interessen** wird auch dadurch unterstrichen, dass die Bestimmung der Umsetzung von Art. 9 des Berner Übereinkommens dient, nach dem sich Ausnahmen auch „im Interesse der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit … oder anderer (Hervorhebung E. H.) vorrangiger öffentlicher Belange" rechtfertigen lassen. Dies spricht dafür, dass zwar nicht beliebige Belange zur Beschränkung des Schutzkonzepts herangezogen werden dürfen.[62] Ein mögliches Zurücktreten gegenüber bestimmten, hinreichend gewichtigen öffentlichen Interessen gehört jedoch zur Substanz der Regelungen. Insgesamt kommt es für die Wirksamkeit des auf den Erhalt der Bestände gerichteten Konzepts mithin darauf an, dass die Ausnahmen hinsichtlich ihrer einzelnen Tatbestände und bezüglich der Zahl der Tötungen oder Beeinträchtigungen auf lange Sicht das Hauptziel aus Art. 2 V-RL nicht gefährden.

Das leistet eine den Klimaschutz einschließende Auslegung der „Gesundheit" im Sinne von Art. 9 Abs. 1 V-RL, da neben der spezifischen Engführung des Tatbestands auf die Förderung von Klimaschutzbelangen auch weitere und für den Bau von Windenergieanlagen **bedeutsame Sicherungen** greifen, die zu einer Begrenzung des Tötungsrisikos führen. Dazu rechnet schon das aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geltende Gebot, das signifikante Tötungsrisiko mit **Vermeidungsmaßnahmen** zu minimieren und das verbleibende Risiko nur dann zu akzeptieren, wenn zumutbare Alternativen nicht vorhanden sind. Art. 9 Abs. 1 V-RL bringt das durch die Maßgabe zum Ausdruck, dass Ausnahmen nur dann erteilt werden dürfen, wenn es **keine andere zufriedenstellende Lösung** gibt.

61 Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 9.

62 Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 12, hält daher eine enge Auslegung des Tatbestands der Sicherheit erforderlich, da nur dann gewährleistet sei, dass nur Gründe herangezogen würden, die ihrem Gewicht nach den „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses" entsprächen.

Das BNatSchG enthält der Sache nach dieselbe Regelung in § 44 Abs. 5 Ziff. 1 und § 45 Abs. 7 S. 2. Letztgenannte Norm stellt zudem noch die Anforderung, dass sich der Erhaltungszustand der betroffenen Populationen nicht verschlechtern darf, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der FFH-Richtlinie 92/43/EWG weitergehende Anforderungen enthält. Eine weitere Eingrenzung des Tötungsrisikos erfolgt indirekt über die Bestimmungen des gebietsbezogenen Naturschutzes, die der Errichtung von Anlagen ebenfalls entgegenstehen können.[63] Schließlich können **naturschutzrechtliche Kompensationsmaßnahmen** zu einem gewissen Ausgleich (§ 6 Abs. 4 FFH-RL, § 13 Abs. 1, § 15 Abs. 2 BNatSchG) und damit zu einem kleineren Nettoverlust an geschützten Tieren beitragen.

Eine Auslegung wie die des VG Gießen, die den Tatbestand der Gesundheit in Art. 9 Abs. 1 V-RL nicht in Erwägung zieht und infolgedessen im deutschen Recht keine entsprechenden Möglichkeiten sucht, dem Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien im Rahmen der Anwendung der Vogelschutzrichtlinie Berücksichtigung zu verschaffen, verkennt im Ergebnis, dass die Vogelschutzrichtlinie **keinen einseitigen und kategorischen Vorrang der Belange des Artenschutzes** enthält, sondern ausweislich der genannten Bestimmungen in Art. 2 V-RL und der Ausnahmetatbestände des Art. 9 V-RL der Abwägung mit gegenläufigen Interessen durchaus Raum gibt.[64] Die Rechtsprechung des EuGH respektiert diese Grundkonzeption und akzeptiert sogar die auf Freizeitbetätigungen gerichteten Ausnahmetatbestände.[65]

Das bedeutet allerdings nicht, dass beliebige Gründe, die dem Rechtsanwender bedeutsam erscheinen können, als Rechtfertigungstatbestand in Betracht kommen. Teile der Literatur schießen über die Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie deutlich hinaus, wenn sie fordern, bei richtiger Interpretation könne eine Rechtfertigung auch über Gründe sozialer und wirtschaftlicher Art gelingen.[66] Die Interpretation wäre nur dann richtig, wenn es bei den Ausnahmetatbeständen der Vogelschutzrichtlinie bleibt und keine darüber hinausgehenden als zulässig erachtet werden. Das ist aber ersichtlich nicht die Zielrichtung der genannten Stimmen in der Literatur, die für eine Harmonisierung von FFH-Richtlinie und Vogelschutzrichtlinie plädieren. Eine solche Interpretation des BNatSchG wäre nicht unionsrechtskonform.[67]

iiii) Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten

Die Auslegung von Art. 9 Abs. 1 V-RL steht mit den vorstehenden Überlegungen im Schnittfeld von Artenschutzrecht und Klimaschutzrecht, dessen Spannungen nur dann durch adäquate Einzelfallentscheidungen aufgelöst oder zumindest gemindert werden können, wenn man schließlich berücksichtigt, dass das europäische **Sekundärrecht** in Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen aus dem Pariser Übereinkommen festlegt[68], welche **Treibhausgas-Reduzierungen** durch die Mitgliedstaaten zu erbringen sind[69], und dabei

63 Vgl. Art. 3-11 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (FFH-RL), ABl. 1992 L 206, S. 7, 10-12, sowie §§ 20-36 BNatSchG.

64 So schon Dolde, Klaus-Peter, NVwZ 2007, S. 7, 11; Lau, Marcus/Steeck, Sebastian, NuR 2008, S. 386, 391 f.

65 EuGH v. 16.10.2003, Rs. C-182/02, Slg. 2003, I-12105, Rz. 11.

66 Müller-Mitschke, Sonja, NuR 2015, S. 741, 744; de Witt, Siegfried/Geismann, Maria, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, Ein Leitfaden für die Praxis zum Bundesnaturschutzgesetz, Verwaltungsrecht für die Praxis (Hrsg. de Witt, Siegfried), Band 1, 2. Aufl., 2013, Rz. 45; Kautz, Steffen, NuR 2007, S. 234, 239; Bick, Ulrike/Wulfert, Katrin, NuR 2020, S. 250.

67 Dazu nachstehend IV.1, IV.3.

68 United Nations, Framework Convention on Climate Change, Conference of the Parties, Twenty-first session, Paris, 30 November to 11 December 2015, Agenda item 4(b), Durban Platform for Enhanced Action (decision 1/CP.17), Adoption of a protocol, another legal instrument, or an agreed outcome with legal force under the Convention applicable to all Parties, Adoption of the Paris Agreement, Proposal by the President, Draft decision -/CP.21, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12.12.2015, https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf (Stand: 21.10.2020), S. 2.

69 Für Deutschland sind das 38 % für das Jahr 2030 gegenüber dem Jahr 2005, s. Art. 4 Abs. 1, Anhang I der Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013, ABl. 2018 L 156, S. 26, 33 f., 39.

gleichzeitig den Mitgliedstaaten Spielräume einräumt, auf welchem Weg sie diese erreichen wollen.[70] Es ist auch zu erwarten, dass dieser Ansatz in der EU für absehbare Zeit weiter verfolgt werden wird.[71]

Einem solchem System ist immanent, dass das Regelungsumfeld dem politischen Handlungsraum Grenzen ziehen kann. Dazu rechnet auch die Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, mit der die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, den Anteil der erneuerbaren Energien am Strommix im Jahr 2030 auf mindestens 32 Prozent zu erhöhen.[72] Dazu dürfte auch ein bestimmter Anteil an Windenergieanlagen erforderlich sein.[73] Dass aber mit dem VG Gießen gerade eine Auslegung der Vogelschutzrichtlinie, die die Berücksichtigung eines nicht von der Hand zu weisenden gesellschaftlichen Interesses an einem wirksamen Klimaschutz nicht zulässt, eine derartige Limitierung markieren soll, die dann zu einer Plankorrektur auf mitgliedstaatlicher Ebene nötigt[74] und damit zu einem verstärkten und möglicherweise an anderer Stelle problematischen Ausbau anderer Energiequellen, erscheint angesichts der tatbestandlichen Offenheit von Art. 9 Abs. 1 V-RL wenig plausibel. Das VG Gießen setzt sich mit dem Begriff der „Gesundheit" als Rechtfertigungsgrund des Art. 9 Abs. 1 V-RL nicht substanziell auseinander[75], obwohl die Norm in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG eine ausdrückliche Entsprechung im deutschen Recht gefunden hat und daher als Umsetzungsrecht in Betracht kommen könnte (s. u. IV.2).

Nimmt man diese Eingrenzungen zusammen, so erscheint die Heranziehung des Tatbestands der Gesundheit in Art. 9 Abs. 1 lit. a) V-RL geeignet, um im Zusammenspiel mit den genannten weiteren Regelungselementen der Vogelschutzrichtlinie und den übrigen Vorgaben des Europarechts die Genehmigung von Windenergieanlagen in Einklang mit artenschutzrechtlichen Bestimmungen zu bringen.

(2) Öffentliche Sicherheit (Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich V-RL)

Im Ergebnis gilt das auch für den Tatbestand der öffentlichen Sicherheit. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit wird vom EuGH – allerdings in anderem Kontext – als erfüllt angesehen, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.[76] Es genüge, dass das in Rede stehende Vorhaben erforderlich sei, um Risiken für die öffentliche Sicherheit zu verringern.[77] Auch die deutsche Rechtsprechung teilt überwiegend diesen Grundansatz und vertritt die Auffassung, die „öffentliche Sicherheit" in Art. 9 Abs. 1 V-RL sei weit auszulegen.[78] Ein enges polizeirechtliches Verständnis des

70 Siehe insbesondere Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. 2009 L 140, S. 16 ff.; Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 2001 L 283, S. 33 ff.

71 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz), COM (2020) 80 final.

72 Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. 2018 L 328, S. 82, 105 (Art. 3 I).

73 Bundesregierung, Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, 2019, https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1679914/e01d6bd855f09bf05cf7498e06d0a3ff/2019-10-09-klima-massnahmen-data.pdf?download=1 (Stand: 10.10.2020), S. 39.

74 Erinnert sei an das Klimaschutzprogramm der Bundesregierung, Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, 2019, https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1679914/e01d6bd855f09bf05cf7498e06d0a3ff/2019-10-09-klima-massnahmen-data.pdf?download=1 (Stand: 10.10.2020), S. 39.

75 VG Gießen v. 22.1.2020, 1 K 6019/18.GI – juris, Rz. 116.

76 EuGH v. 14.3.2000, Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335, Rz. 17; v. 4.6.2002, Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809, Rz. 47; v. 8.11.2012, Rs. C-244/11, Rz. 67.

77 EuGH v. 10.7.1984, Rs. C-72/83, Slg. 1984, 2727 – Campus Oil Limited, Rz. 41.

78 BayVGH v. 19.2.2014, 8 A 11.40040 – juris, Rz. 849; HessVGH v. 21.8.2009, 11 C 318/08.T – juris, Rz. 771 ("sehr weit zu verstehen"), bestätigt durch BVerwG v. 14.4.2011 – 4 B 77/09 – juris, Rz. 82; OVG RhPf v. 8.11.2007, 8 C 11523/06 – juris, Rz. 199, bestätigt durch BVerwG v. 17.7.2008 – 9 B 15/08 – NVwZ 2008, S. 1115.

Begriffs einschließlich der damit einhergehenden Anforderungen an den Nachweis der Ursächlichkeit[79] ist mit ihm im Kontext der Vogelschutzrichtlinie nicht verbunden und würde im Regelungskontext der sich gegenüberstehenden Richtlinien – Vogelschutz auf der einen, Klimaschutz auf der anderen Seite – nicht gerecht.[80] In der Folge würde daher die praktische Wirksamkeit des europarechtlichen Rechtsrahmens unterlaufen.

Gegen eine weite Auslegung der „öffentlichen Sicherheit" führt Gellermann die Überlegung an, dass nur „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" die Erhöhung des Tötungsrisikos und andere Beeinträchtigungen zu rechtfertigen imstande seien.[81] Es könnte daher **nur ein sehr begrenzter Kreis öffentlicher Belange** gemeint sein, die überhaupt von einer Wichtigkeit seien, dass selbst das mit den artenschutzrechtlichen Verboten verfolgte Interesse an der Bewahrung des Naturerbes der Gemeinschaft dahinter zurückzutreten habe. Der Klimaschutz, der als ein gesellschaftliches Grundinteresse höchsten Ranges unter die öffentliche Sicherheit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH gefasst werden kann, genügt angesichts der Brisanz der Lage diesem Ansatz.

Die in der Literatur zum Beleg des gegenteiligen Resultats herangezogene Rechtsprechung des EuGH vermag nicht als Argument zu überzeugen. Das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-348/96[82], auf die Lau – allerdings im Ergebnis die Anwendung auf Anlagen der erneuerbaren Energien offenbar befürwortend – verweist[83], betraf die Vorlage des griechischen Areios Pagos, wie Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, auszulegen ist. Eine nähere Erläuterung der für den Zusammenhang mit der Vogelschutzrichtlinie interessierenden Tatbestandsmerkmale erfolgt in dem Judikat nicht. Eine Übertragung der Rechtsprechung zu Art. 36 AEUV, nach der die öffentliche Sicherheit im Zusammenhang mit Energieversorgungsengpässen nur betroffen ist, wenn für die Existenz des Staates unverzichtbare und nicht anders zu befriedigende Versorgungsbedürfnisse in Rede stehen[84], ist wegen des gänzlich anderen Kontextes ohnehin nicht zielführend.[85]

Im Falle der Heranziehung polizeirechtlicher Maßstäbe, nach denen eine Gefahr vorliegt, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden an einem Rechtsgut zu erwarten ist, wäre die Verringerung des Ausmaßes klimaänderungsbedingter Schäden durch eine einzelne Anlage oder für einen Windpark wegen ihrer inkrementalen Bedeutung nicht nachzuweisen. Wie schon im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Gesundheit erläutert[86], bewirkt die einzelne Anlage aber nicht nur eine vernachlässigenswerte inkrementale Veränderung, da ihr Wirkungsbeitrag für den Klimaschutz nicht verlässlich beurteilt werden kann, sie ist **gleichzeitig von systemischer Bedeutung,** da allein die Gesamtheit der Anlagen den beabsichtigten Effekt der Einsparung von Treibhausgasemissionen in relevanter Menge bewirken kann. Der Verzicht auf den

79 Sowohl bezüglich von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 5. Alt. („Umwelt") BNatSchG Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl., 2019, Rz. 297, 263; Lau, Marcus, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 2016, BNatSchG, § 45 Rz. 17; deren Auffassung im Zusammenhang mit § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG ("Umwelt") ablehnend Sailer, Frank, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Hintergrundpapier, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Nr. 49 vom 11.3.2020, https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2020/03/Stiftung_Umweltenergierecht_WueBerichte_49_Artenschutzrechtliche_Ausnahme_2020-03-11.pdf (Stand: 10.10.2020), S. 9.

80 Unzutreffend daher Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl., 2019, Rz. 297, 263; Lau, Marcus, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 2016, BNatSchG, § 45 Rz. 17.

81 Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 12.

82 EuGH v. 19.1.1999, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-11 – Areios Pagos/Donatella Calfa.

83 Lau, Marcus, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 2016, BNatSchG, § 45 Rz. 17.

84 EuGH v. 10.7.1984, Rs. C-72/83, Slg. 1984, 2727 – Campus Oil Limited, Rz. 34.

85 So aber Gellermann, Martin, NuR 2020, S. 178, 180 l. Sp.

86 S. o. III.2.c)aa)(1).

Bau einer Anlage wegen mangelnden Nachweises eines Zurechnungszusammenhangs zwischen der einzelnen Anlage und der Begrenzung klimawandelbedingter Schäden würde in der Summe der Einzelentscheidungen eine Gefährdung der Zielerreichung im Klimaschutz bedeuten. Anhaltspunkte für eine so weitreichende Konsequenz artenschutzrechtlicher Vorschriften können Art. 9 Abs. 1 V-RL entgegen der Auffassung des VG Gießen nicht entnommen werden.

Angesichts der mittlerweile klar vor Augen stehenden Gefahren infolge des Klimawandels dürfte somit der Tatbestand der öffentlichen Sicherheit zu bejahen sein. Derzeit schmelzen die Eisschilde Grönlands und der Antarktis mit einer Geschwindigkeit, die nur noch mit den „worst case"-Szenarien in Deckung gebracht werden können[87], sodass weiteres Zuwarten die Risiken des Klimawandels und die Verfehlung der Ziele des Pariser Übereinkommens deutlich erhöhen würde.

Vor diesem Hintergrund der globalen Erwärmung dient der Klimaschutz in der Formulierung des EuGH der Sicherung gesellschaftlicher Kerninteressen, die vom bereits angesprochenen Gesundheitsschutz über wirtschaftliche Interessen etwa im Zusammenhang mit der Nahrungsmittelproduktion bis hin zur Sicherung der Befahrbarkeit von Schifffahrtswegen reicht, die Teil der Infrastruktur für die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln und anderen Erzeugnissen sind. Mittlerweile sieht selbst die NATO die Sicherheitsrelevanz des Klimawandels.[88]

Gellermann verkennt hingegen die Problematik, wenn er alleine auf die Risiken für die Energieversorgung abstellt,[89] die möglicherweise auch ohne Verletzung artenschutzrechtlicher Tötungsverbote gewährleistet werden könnte. Zur Begründung verweist er vor allem auf das Urteil des EuGH vom 29. Juli 2019 in der Rechtssache C-411/17 – Wallonie –.[90] Der Gerichtshof hatte über die Frage zu befinden gehabt, ob die Überholung und anschließende Wiederinbetriebnahme von Kernkraftwerken mit der Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaates gerechtfertigt werden könnte, obwohl es um ein Gebiet ging, das einen prioritären natürlichen Lebensraumtyp und/oder eine prioritäre Art einschloss. Für solche Gebiete legt Art. 6 Abs. 4 UA 2 FFH-Richtlinie fest, dass nur Erwägungen im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen und der öffentlichen Sicherheit oder im Zusammenhang mit maßgeblichen günstigen Auswirkungen für die Umwelt geltend gemacht werden können. Die Richter befanden, nur die Notwendigkeit der Abwendung einer tatsächlichen und schwerwiegenden Gefahr, dass die Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaats unterbrochen wird, unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens einen Grund der öffentlichen Sicherheit im Sinne dieser Vorschrift darstellen könne.[91]

Trotz der Ähnlichkeiten in der Begriffsbildung („öffentliche Sicherheit") ist daraus für die Auslegung von Art. 9 Abs. 1 V-RL wenig zu gewinnen. Das Urteil betrifft die FFH-Richtlinie, nicht die Vogelschutzrichtlinie. Wie bereits erläutert, unterscheiden sich beide Richtlinien aber in ihren Schutzkonzepten.[92] Dass prioritäre Arten und Lebensräume besonderen Schutz verdienen, wie es die FFH-Richtlinie vorsieht, ist etwas ganz anderes als der Ansatz der Vogelschutzrichtlinie, nach der im Grundsatz alle wildlebenden Vogelarten gleichermaßen geschützt werden sollen. Die Begriffsschärfung des EuGH im Zusammenhang mit der FFH-Richtlinie, nicht jede energieversorgungsrelevante Maßnahme genüge als Rechtfertigungsgrund für die Beeinträchtigung prioritärer Lebensräume und -arten, steht im Kontext von Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie und

87 Slater, Thomas/Hogg, Anna E./Mottram, Ruth, 10 Nat. Clim. Chang. 2020, 879 ff, https://doi.org/10.1038/s41558-020-0893-y (Stand: 11.10.2020).

88 Der Spiegel, NATO-Generalsekretär Stoltenberg: „Der Klimawandel bedroht unsere Sicherheit", Spiegel Online v. 27.9.2020, mit Hinweis auf einen Gastbeitrag Stoltenbergs in der Welt am Sonntag v. 27.9.2020.

89 Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 13 f.

90 EuGH v. 29.7.2019, Rs. C-411/17 – Wallonie.

91 EuGH v. 29.7.2019, Rs. C-411/17 – Wallonie, Rz. 159.

92 Vor einer Übertragung der Maßstäbe von einer Richtlinie auf die andere warnt auch Generalanwältin Kokott, Schlussanträge v. 10.9.2020, verbundene Rs. C-473/19 und C-474/19, Rz. 39.

verdient Zustimmung. Ein unkritischer Transfer dieser Auslegung auf Art. 9 V-RL ginge jedoch daran vorbei, dass dann, wenn keine prioritären Lebensraumtypen und Arten betroffen sind, im Rahmen der FFH-Richtlinie nur die Regel des Art. 6 Abs. 4 UA 1 FFH-Richtlinie zur Anwendung kommt, der jedoch im Vergleich mit der Vogelschutzrichtlinie viel weiter reicht als Art. 9 Abs. 1 V-RL. Die Frage der hinreichenden Gewichtigkeit eines Rechtfertigungsgrundes wird im Rahmen der Vogelschutzrichtlinie anders beantwortet, insbesondere durch die Abgeschlossenheit des Ausnahmekatalogs und die Abwesenheit eines Tatbestands, der (gewichtige, aber der Art nach beliebige) Gründe eines unspezifizierten öffentlichen Interesses genügen lässt.

Entscheidend dürfte für die Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit als Tatbestand des Art. 9 Abs. 1 V-RL am Ende sein, dass der EuGH in allen Judikaten, in denen er sich zu dem Begriff geäußert hat, eine gewisse Vorsicht hat walten lassen. Nicht jeder noch so vage Bezug zu Sicherheitsinteressen des Staates ist genug, um dessen Voraussetzungen zu erfüllen, sei es im Zusammenhang mit Art. 36 AEUV, sei es bei Art. 6 Abs. 4 UA 2 FFH-Richtlinie. Nimmt man deshalb den Ansatz des Gerichtshofs zum Ausgangspunkt, nach welcher die öffentliche Sicherheit dann berührt ist, wenn Grundinteressen der Gesellschaft betroffen sind, dann muss bei einer Windenergieanlage, die in ein nationales Konzept zur Erreichung der Klimaschutzziele eingebunden ist, dieser Tatbestand für Art. 9 Abs. 1 V-RL und auch bei der Genehmigung einer einzelnen Anlage bejaht werden können.

bb) Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern (3. Spiegelstrich)

Der dritte Spiegelstrich von Art. 9 Abs. 1 V-RL erfasst die Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern. Das Schutzgut dieses Rechtfertigungstatbestands ist mithin, verkürzt gesagt, die Landwirtschaft im weiteren Sinn. Bezogen auf die artenschutzrechtliche Rechtfertigung des Baus und Betriebs von Windenergieanlagen bedeutet dies, dass auf die Schäden zu blicken ist, die an den genannten Schutzgütern eintreten würden, bliebe man untätig. Da der Klimawandel absehbar mit einer erhöhten CO_2-Konzentration der Luft verbunden ist und dies Auswirkungen auf das Pflanzenwachstum hat[93], sind die erforderlichen ursächlichen Zusammenhänge und Risiken im Grunde bekannt. Daher kann es nicht erstaunen, wenn seit einiger Zeit landwirtschaftliche Anpassungsstrategien entwickelt werden, um die Schäden möglichst klein zu halten.[94]

Sieht man von den zunächst mit Blick auf Windenergieanlagen und den Vogelschutz etwas weniger betroffenen Fischereigebieten und Gewässern ab, ist eine Maßnahme, die zur Abschwächung der anthropogen verursachten Erderwärmung getroffen wird, auch eine Maßnahme zur Abwendung erheblicher Schäden an den Schutzgütern des dritten Spiegelstrichs. Dient die Errichtung einer Windenergieanlage der Verwirklichung eines belastbaren Klimaschutzkonzepts im Sinne von Art. 7 des Pariser Übereinkommens, so kann hierfür zur Rechtfertigung auch auf Art. 9 Abs. 1 lit. a) 3. Spiegelstrich zurückgegriffen werden.

93 Roel J W Brienen, Roel J.W./Caldwell, Liam/Duchesne, Louis et al., 11 Nat Commun 2020, 4241, https://doi.org/10.1038/s41467-020-17966-z (Stand: 11.10.2020).

94 Verband der Landwirtschaftskammern, Klimawandel und Landwirtschaft, Anpassungsstrategien im Ackerbau, 2019, http://www.landwirtschaftskammern.de/pdf/klimawandel.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 5 ff.

cc) Schutz der Pflanzen- und Tierwelt (4. Spiegelstrich)

Schließlich können auch Maßnahmen zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt ergriffen werden, selbst wenn dies ein Tötungsverbot nach Art. 5 V-RL verletzt. Damit geht der 4. Spiegelstrich über die Tatbestände des 3. Spiegelstrichs hinaus, indem die Pflanzen- und Tierwelt auch dann geschützt wird, wenn sie nicht einer kommerziellen landwirtschaftlichen Nutzung unterliegt. Die Schäden, um die es im Zusammenhang mit dem Klimawandel geht, sind allerdings dieselben. Sie rechtfertigen daher im selben Umfang wie die drohenden Schäden für die Landwirtschaft Ausnahmen zu Lasten des Artenschutzes.

dd) Vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten (lit. c)

Es ist auch zur Diskussion gestellt worden, die windenergiebedingten Kollateralschäden als vernünftige Nutzung europäischer Vogelarten (lit. c) mit der Folge zu interpretieren, dass ein Ausnahmetatbestand des Art. 9 Abs. 1 V-RL erfüllt wäre.[95] Schon der Wortsinn dürfte einer solchen Auslegung entgegenstehen. Buchstabe c) bezieht sich auf Handlungen, die darauf zielen, Tiere zu nutzen. Ein solches Moment der Absicht ist bei der Tötung, die trotz aller Schutzmaßnahmen nur eine unvermeidliche Nebenfolge des Betriebs einer Windenergieanlage darstellt, nicht zu erkennen, selbst wenn man mit dem EuGH akzeptiert, dass die „Entnahme" (als „vernünftige Nutzung") im Sinne von Art. 16 Abs. 1 lit. e) FFH-RL auch die Tötung einschließt.[96] Die vernünftige Nutzung der Vögel scheidet mithin als Rechtfertigungsgrund für die Erhöhung des Tötungsrisikos wildlebender Vogelarten aus, selbst wenn es sich um „geringe Mengen" handelt.[97]

3. Zwischenergebnis

Angesichts einer noch ausstehenden Klärung in der Rechtsprechung des EuGH, unter welchen Voraussetzungen die Erhöhung der Tötungswahrscheinlichkeit europäischer Vogelarten mit Hilfe der Ausnahmetatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL gerechtfertigt werden kann, ist jede Aussage über die Rechtslage mit nicht restlos zu beseitigenden Unsicherheiten behaftet. Aus der Judikatur des EuGH lässt sich jedoch recht verlässlich schließen, dass die Ergänzung von Art. 9 Abs. 1 V-RL um ungeschriebene Ausnahmetatbestände mit Blick auf den abgeschlossenen Katalog an Rechtfertigungsgründen ausgeschlossen ist. Das schließt auch die Möglichkeit einer systematischen Auslegung aus, die im Ergebnis die Ausnahmetatbestände der FFH-Richtlinie auf die Vogelschutzrichtlinie überträgt.

Es ist des Weiteren festzuhalten, dass die Tatbestände der Vogelschutzrichtlinie semantisch vage sind und daher der Auslegung bedürftig, aber auch fähig sind. Zieht man die Auslegungsgrundsätze des EuGH im Allgemeinen heran, so muss nicht nur der Wortsinn und der Kontext der Vorschriften, sondern auch das

95 BayVGH v. 19.2.2014, 8 A 11.40040 – juris, Rz. 851; Sailer, Frank, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Hintergrundpapier, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Nr. 49 vom 11.3.2020, https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2020/03/Stiftung_Umweltenergierecht_WueBerichte_49_Artenschutzrechtliche_Ausnahme_2020-03-11.pdf (Stand: 10.10.2020), S. 7.

96 EuGH v. 10.10.2019, Rs. C-674/17, Rz. 32.

97 Darin sieht Gellermann ein weiteres Hindernis, s. Gellermann, Martin, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020, https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf (Stand: 11.10.2020), S. 18 f.

Primärrecht und der aus ihm entwickelte Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (effet utile) Beachtung finden. Auf die Tatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL übertragen heißt das, dass sich die Windenergie und der mit ihr verbundene Klimaschutz in einer ganzen Reihe von Vorschriften wiederfinden lassen.

Das gilt zunächst für die menschliche Gesundheit (Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich 1. Alt. V-RL), die durch den anthropogenen Klimawandel klar identifizierbaren Risiken unterworfen ist, etwa durch die Zunahme von Infektionskrankheiten, Mortalitätserhöhungen infolge vermehrter Hitzewellen und Überschwemmungen. Gleiches lässt sich sagen für die öffentliche Sicherheit nach Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich 2. Alt. V-RL, die vom EuGH begrifflich als die Berührung gesellschaftlicher Grundinteressen verstanden wird, was auf den Klimawandel gerade angesichts der aktuellen Entwicklung mit großer Sicherheit zutrifft, wenn man die Vorschrift als Regelung zum Ausgleich systemischer Risiken versteht. Ebenfalls im Grundsatz zu bejahen sind die Tatbestände des dritten und vierten Spiegelstrichs (Landwirtschaft und Flora und Fauna). Nicht herangezogen werden kann dagegen die „vernünftige Nutzung" der getöteten Vögel (lit. c).

Alles in allem bietet das Europarecht einen leistungsfähigen Rahmen für den Ausgleich zwischen den Belangen des Naturschutzes und denen des Klimaschutzes. Das strenge, auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zielende Schutzkonzept der Vogelschutzrichtlinie ist für die Abwägung mit beachtlichen gegenläufigen Interessen offen, beschränkt diese aber mit Art. 9 Abs. 1 V-RL auf einen abgeschlossenen Katalog an Gründen, der auch nicht unter Berufung auf das Primärrecht um weitere Tatbestände erweitert werden kann. Die in Art. 9 Abs. 1 V-RL aufgeführten Rechtfertigungsgründe stehen dem konzeptionell gesteuerten Ausbau der Windenergie an Land mit den vorstehenden Überlegungen nicht grundsätzlich entgegen, auch weil das europäische Naturschutzrecht weitere Sicherungen für die Begrenzung des Tötungsrisikos enthält wie etwa die Anforderung fehlender zumutbarer Alternativen, den gebietsbezogenen Naturschutz, das Populationsverschlechterungsverbot und die erforderliche Kompensation von Belastungen.

Diese Vorgaben führen zu der sogleich zu erörternden Frage, ob und inwieweit das europäische Artenschutzrecht unionsrechtskonform ins deutsche Recht übertragen worden ist.

KAPITEL IV

Konsequenzen für das deutsche Recht

EU-Richtlinien sind bekanntlich hinsichtlich ihrer Ziele für die Mitgliedstaaten verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Eine wortwörtliche Übernahme des Richtlinientextes in das nationale Recht ist daher nicht erforderlich. Die den Mitgliedstaaten aus Art. 288 Abs. 3 AEUV erwachsenden Spielräume sind allerdings nicht so groß, wie die genannte Norm vermuten lassen würde. Insbesondere legt der EuGH den Richtlinientext verbindlich aus, so dass alleine aus der Beobachtung semantischer Vagheit kein Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten erwächst. Daher ist dem VG Gießen im Ansatz, wenn auch nicht im Ergebnis, durchaus zuzustimmen, wenn es die Erteilung einer Betriebsgenehmigung für drei Windenergieanlagen zulasten europäischer Vogelarten aufhebt, weil es im deutschen Recht keinen richtlinienkonformen einschlägigen Rechtfertigungstatbestand erkennen konnte. Nach Auffassung des Gerichts darf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG wegen fehlender Deckungsgleichheit zwischen den Ausnahmetatbeständen des Art. 9 Abs. 1 V-RL und der genannten Bestimmung nicht auf europäische Vogelarten angewendet werden. Auch auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG – Ausnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit – lasse sich die Ausnahmeerteilung nicht stützen, da es sich bei einer einzelnen Windenergieanlage nicht um ein bedeutendes Infrastrukturvorhaben handele.[98]

Wie im vorstehenden Abschnitt erörtert, trifft die Analyse des VG Gießen hinsichtlich der europarechtlichen Tatbestände der Vogelschutzrichtlinie nicht in vollem Umfang zu. Bau und Betrieb von Windenergieanlagen lassen sich mit Blick auf das Tötungsrisiko für europäische Vogelarten grundsätzlich durchaus mit in Art. 9 Abs. 1 V-RL genannten Tatbeständen rechtfertigen. Wer dem VG Gießen aber in der europarechtlichen Bewertung folgt und annimmt, die Vogelschutzrichtlinie enthalte für die Erteilung einer Genehmigung für eine Windenergieanlage im Falle der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos für geschützte Vögel keine Möglichkeit zur Erteilung einer Ausnahme, muss konsequenterweise in Kauf nehmen, dass auch das deutsche Recht keine entsprechende Option enthalten kann.

98 VG Gießen v. 22.1.2020, 1 K 6019/18.GI – juris, Rz. 126.

1. Ungeschriebener Rechtfertigungsgrund in der Umsetzung durch das BNatSchG?

Dieses Ergebnis ließe sich nur vermeiden, wenn man in das BNatSchG einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund hineinlesen würde, der in Anerkennung des öffentlichen Interesses am Ausbau erneuerbarer Energien im Allgemeinen und der Windenergie an Land im Besonderen die Ausnahmeerteilung gestattet. Ein solcher Vorschlag ist bislang, soweit ersichtlich, jedenfalls noch nicht ausdrücklich gemacht worden. Das kann auch nicht verwundern, da er unter der Annahme, dass sich Art. 9 Abs. 1 V-RL gegen eine Ergänzung um ungeschriebene Ausnahmetatbestände sperrt, gegen den Vorrang des Europarechts verstieße. Die entsprechenden Vorschläge zur Harmonisierung von Vogelschutzrichtlinie und FFH-Richtlinie gehen auch eher dahin, die Ausnahmetatbestände der FFH-Richtlinie, insbesondere die Berufung auf zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, auf den Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie zu übertragen. Die dafür unter Zuhilfenahme des Primärrechts notwendigen europarechtlichen Operationen sind mit der Rechtsprechung des EuGH nicht zu vereinbaren und können mit den vorstehenden Überlegungen nicht überzeugen.[99] Dann aber kann es als zwingende Konsequenz auch keinen entsprechenden Rechtfertigungsgrund im deutschen Recht geben.

Wer hingegen die Auffassung vertritt, eine derartige Ausweitung und/oder Harmonisierung der Vogelschutzrichtlinie auf die in der FFH-Richtlinie enthaltenen Ausnahmegründe sei europarechtlich zulässig, müsste im Bundesnaturschutzgesetz nach einer Umsetzungsvorschrift Ausschau halten. Dafür käme dann § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG in Betracht, die zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art. Windenergieanlagen ließen sich unter einen so weit gefassten Ausnahmetatbestand durchaus subsumieren, der jedoch mit der Rechtsprechung des EuGH nicht unbesehen auf europäische Vogelarten angewendet werden darf, sondern zur Frage führt, ob sich die Vorschrift unionsrechtskonform auslegen lässt (s. u. IV.3).

2. Rechtfertigung über die Gesundheit und die öffentliche Sicherheit, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG

Mit den Überlegungen unter III. ist der Weg über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG für den Ausbau der Windenergie allerdings gar nicht erforderlich. So lässt sich ein Verstoß gegen das Tötungsverbot der Vogelschutzrichtlinie infolge des Betriebs von Windenergieanlagen europarechtlich auf die Tatbestände der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit stützen. Da diese Gründe mit § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG Eingang in das deutsche Naturschutzrecht gefunden haben, bieten sie die Möglichkeit, entsprechende Ausnahmen zu erteilen.

Eine wortwörtliche Entsprechung der europarechtlich vorgegebenen Ausnahmegründe aus Art. 9 Abs. 1 lit. a) 3. und 4. Spiegelstrich V-RL (zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern, und zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt) findet man hingegen im BNatSchG nicht. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 5. Alt. BNatSchG gestattet

99 S. o. III.2.a).

jedoch die Ausnahmeerteilung auch im Falle „der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt". Die Spiegelstriche in Art. 9 Abs. 1 V-RL beziehen sich auf Gegenstände, die sich unter den Begriff der „Umwelt" subsumieren lassen könnten. Möglicherweise wollte der deutsche Umsetzungsgesetzgeber sogar diese Tatbestände mit Hilfe des Begriffs der „Umwelt" im Sinne einer Zusammenfassung ins deutsche Recht transformieren, nachdem der EuGH im Leybucht-Urteil diesen Weg vorgezeichnet hatte.[100] Es ist auch nicht auszuschließen, dass damit die entsprechende Formulierung aus der FFH-Richtlinie umgesetzt werden sollte.[101] Jedenfalls ließe sich die Vorschrift des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 5. Alt. BNatSchG unionsrechtskonform interpretieren. Das VG Gießen greift daher mit seiner Argumentation zu kurz, der Tatbestand der „Umwelt" sei in der Vogelschutzrichtlinie nicht wiederzufinden, weshalb insoweit kein Rückgriff auf das BNatSchG erfolgen könne.[102]

3. Richtlinienkonforme Auslegung von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG?

Wie soeben erläutert, benötigt man den Ausnahmetatbestand der sonstigen zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich sozialer und wirtschaftlicher Art für den klimapolitisch induzierten Ausbau der Windenergie nach zutreffender Auffassung nicht, da sich andere passende Tatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL zum Teil sogar wortwörtlich im BNatSchG wiederfinden. Hält man wie das VG Gießen diesen Weg über die Gesundheit, die öffentliche Sicherheit oder die Umwelt hingegen nicht für gangbar, müsste man weiter untersuchen, ob nicht eine Rechtfertigung über die zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art erfolgen könnte. Das Verwaltungsgericht ist der Auffassung, dass das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-192/11 (Kommission/Polen) diesen Ausweg versperrt[103], da der Gerichtshof eine Norm des polnischen Rechts mit Art. 9 V-RL für unvereinbar erklärt hat, die mit § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG zum Teil wörtlich übereinstimmt. Anders als die polnische Norm schränkt die deutsche Vorschrift ihren Anwendungsbereich durch verschiedene Bezüge auf das Europarecht ein.[104] Sie verlangt in den Sätzen 2 und 3, dass weitergehende Anforderungen aus Art. 16 Abs. 1 und 3 der FFH-Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG beachtet werden. Darin liegt ein bedeutsamer Unterschied zur polnischen Regelung.[105] Allerdings wird dabei nicht die Frage beantwortet, ob § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG mit Art. 9 Abs. 1 V-RL vollkommen in Einklang steht.

Das dürfte mit gravierenden Folgen zu verneinen sein.[106] Solange § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG – wie von der Bundesregierung intendiert[107] – auch

100 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. 1991, I-883 – Leybucht, Rz. 22.

101 Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie.

102 VG Gießen v. 22.1.2020, 1 K 6019/18.GI – juris, Rz. 117.

103 VG Gießen v. 22.1.2020, 1 K 6019/18.GI – juris, Rz. 107 ff.

104 Karpenstein, Hans/Engel, Stephan, ZUR 2020, S. 437, 438 r. Sp.

105 Karpenstein, Hans/Engel, Stephan, ZUR 2020, S. 437, 438 r. Sp.

106 Anders Teile der Rechtsprechung nach dem Polen-Urteil des EuGH v. 26.1.2012, Rs. C-192/11, OVG Berlin-Brandenburg v. 20.2.2020, OVG 11 S 8/20 – juris, Rz. 39; BayVGH v. 19.2.2014, 8 A 11.40040 – juris, Rz. 846 ff.; HessVGH v. 6.1.2020, 9 B 1876/18 – juris, Rz. 29; im Ergebnis auch HessVGH v. 21.2.2019, 9 B 182/19, juris, Rz. 16, 34; OVG Nds. v. 19.12.2016, 12 ME 85/16 – juris, Rz. 36.

107 § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG sollte eine Umsetzung für beide Richtlinien (V-RL und FFH-RL) sein, Bundesregierung, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, BT-Drs. 16/5100, 2007, S. 13.

europäische Vogelarten betrifft und keine Einschränkung der „zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art" enthält, die dem abgeschlossenen Katalog des Art. 9 Abs. 1 V-RL Geltung verschafft, ist die Norm zu weit gefasst. Sie lässt die Erteilung einer Ausnahme auch in Fällen zu, die unter Art. 9 Abs. 1 V-RL nicht zulässig sein dürften, wie etwa die Bezugnahme auf eine regionale Wirtschaftsförderung, die Schaffung oder Sicherung von Arbeitsplätzen oder weitere strukturpolitische Gründe. Die zum Teil als Beleg des Gegenteils angeführte Rechtsprechung betrifft entweder keine Windenergieanlagen oder argumentiert maßgeblich mit anderen Tatbeständen des § 45 Abs. 7 BNatSchG. So hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 19.2.2014 zum Flughafen München die artenschutzrechtliche Rechtmäßigkeit der Genehmigungsentscheidung im Wesentlichen mit der Vereinbarkeit der Ausnahmeerteilung unter Heranziehung der Tatbestände der „öffentlichen Sicherheit" (Art. 9 Abs. 1 lit. a) 1. Spiegelstrich V-RL) und den Interessen der Luftfahrt (Art. 9 Abs. 1 lit. a) 2. Spiegelstrich V-RL) begründet.[108] Bezüglich der Umsetzung verwies der Verwaltungsgerichtshof darauf, dass der Tatbestand der öffentlichen Sicherheit im BNatSchG in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 verankert sei.[109]

Die weitere Begründung des Gerichts, der Flughafenausbau diene Interessen, die über das rein Wirtschaftliche hinausgingen und als bedeutende Infrastrukturmaßnahme auch als vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten zu bewerten seien[110], trifft erstens nicht die Frage der Vereinbarkeit des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG mit der Vogelschutzrichtlinie und dürfte zweitens mit den vorstehenden Überlegungen nur dann im Ergebnis als zutreffend zu beurteilen sein, wenn man die Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs als unionsrechtskonforme Auslegung der zwingenden Gründe mit Blick auf den Ausnahmetatbestand der Sicherheit der Luftfahrt rekonstruiert. Als Beleg für die Anerkennung der generellen Unionsrechtskonformität des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG lässt sich das Urteil jedenfalls nicht heranziehen.

So darf festgehalten werden, dass § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG mit den vorstehenden Überlegungen nicht europarechtskonform ist, soweit sich die Vorschrift auch auf europäische Vogelarten im Sinne der Vogelschutzrichtlinie bezieht. Daran kann auch nichts ändern, dass die genannte Bestimmung des BNatSchG einige einschränkende Elemente der Vogelschutzrichtlinie enthält, so etwa die Anforderungen an die Alternativenwahl und das Populationsverschlechterungsverbot (§ 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG). Die noch darüber hinausgehenden Anforderungen in § 45 Abs. 7 S. 3 BNatSchG, nach denen Artikel 16 Absatz 3 der FFH-Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG zu beachten sind, gewährleisten gerade nicht, dass die zur Rechtfertigung von Ausnahmen heranzuziehenden Gründe im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie auf diejenigen des Art. 9 Abs. 1 V-RL beschränkt bleiben.

In dieser überschießenden Wirkung des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG liegt daher nach der hier vertretenen Rechtsauffassung eine Vertragsverletzung. Die EU-Kommission hat diese bislang nicht gerügt, eine entsprechende Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland liegt nicht vor. Das würde eine Gelegenheit eröffnen, mit einer Änderung des BNatSchG Klarheit zu schaffen. Solange aber die Gesetzeslage in Deutschland unverändert bestehen bleibt, ist in der Rechtsanwendung nach einer unionsrechtsformen Auslegung von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG Ausschau zu halten. Diese kann auch gelingen. Die Formulierung der Vorschrift geht über Art. 9 Abs. 1 V-RL hinaus, kann aber durch eine richtlinienkonforme Reduktion auf die Gründe beschränkt werden, die mit der Vogelschutzrichtlinie vereinbar sind. Soweit das in der Genehmigungspraxis geschieht, kann ein Verstoß gegen die Vogelschutzrichtlinie vermieden werden.

Eine korrekte Umsetzung von Art. 9 Abs. 1 V-RL ist die bloße Anwendung in den Genehmigungsverfahren

108 BayVGH v. 19.2.2014, 8 A 11.40040 – juris, Rz. 848.

109 BayVGH v. 19.2.2014, 8 A 11.40040 – juris, Rz. 848.

110 BayVGH v. 19.2.2014, 8 A 11.40040 – juris, Rz. 851.

aber nicht, da eine Verwaltungspraxis jederzeit modifiziert werden kann und daher den Anforderungen des EuGH an eine rechtssichere Umsetzung nicht genügt.[111] Erforderlich ist mithin die Begrenzung von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG auf die Tatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL. Eine Möglichkeit, dies im deutschen Recht umzusetzen, wäre die Ergänzung von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 S. 3 BNatSchG durch eine Inbezugnahme von Art. 9 Abs. 1 V-RL. Die Norm könnte daher im Ergebnis ungefähr lauten:

„Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 2009/147/EG sind zu beachten".

111 EuGH v. 6.5.1980, Rs. 102/79, Slg. 1980, 1473 – Kommission/Belgien, Rz. 11; ähnlich EuGH v. 15.10.1986, Rs. 168/85, Slg. 1986, 2945 – Kommission/Italien, Rz. 13; v. 30.5.1991, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607, Rz. 28; v. 28.2.1991, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825, Rz. 61.

KAPITEL V

Fazit und Ausblick

Es lässt sich wie folgt bilanzieren: Das Urteil des VG Gießen vom 22. Januar 2020 hat einen weiteren Anstoß zur Diskussion über das Verhältnis des Artenschutzrechts zu gegenläufigen öffentlichen Interessen gegeben. Solange insbesondere die Frage, ob der Bau von Windenergieanlagen nicht unter einen der Tatbestände des Art. 9 Abs. 1 V-RL fallen kann, wenn und soweit das Projekt rechtfertigungsbedürftige Tötungen geschützter Vogelarten mit sich bringt, nicht unmittelbar durch den EuGH geklärt wird, muss eine Analyse bei den europarechtlichen Vorgaben ansetzen. Zunächst war daher der Begriff der absichtlichen Tötung zu untersuchen, der in der Rechtsprechung des EuGH bereits dann erfüllt ist, wenn es zu Tötungen kommt, die sich als unvermeidliche Folge menschlicher Handlungen darstellen und durch die die Mortalität gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko signifikant erhöht wird. Das kann bei Windenergieanlagen der Fall sein, bei deren Betrieb Kollisionen trotz der Ergreifung von Schutzmaßnahmen nicht immer ausgeschlossen werden können. Auf Absicht im Sinne eines direkten Vorsatzes kommt es nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung nicht an. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass sich der Gerichtshof der Auffassung der Generalanwältin Kokott anschließt, nach der eine absichtliche Tötung nur dann vorliegt, wenn das Verbot der Maßnahme erforderlich ist, um den Erhaltungszustand der betroffenen Arten nicht zu verschlechtern.

Es bleibt aber zunächst dabei, dass dann, wenn eine Anlage trotz einer rechtfertigungsbedürftigen Tötung gebaut und betrieben werden soll, dies die Vogelschutzrichtlinie erlaubt, daran aber strenge Anforderungen stellt. Art. 9 Abs. 1 V-RL verlangt zunächst, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung geben darf (Erforderlichkeit). Auch darf sich der Erhaltungszustand der betroffenen Arten nicht verschlechtern (Art. 13 V-RL). Der materielle Kern der Zulässigkeit der Ausnahme liegt dann weiter darin, dass sie nur mit Hilfe der Gründe, die in dem abgeschlossenen Katalog des Art. 9 Abs. 1 V-RL aufgeführt sind, gelingen kann. Das bedeutet zunächst, dass die Ergänzung der Tatbestände um weitere ungeschriebene Ausnahmetatbestände ausgeschlossen ist. Wie die vorstehende Untersuchung ebenfalls zeigen sollte, sind Korrekturen der Vogelschutzrichtlinie unter Heranziehung des Primärrechts zwar grundsätzlich methodisch möglich, führen aber im Falle der Auslegung von Art. 9 Abs. 1 V-RL nicht zum gewünschten Ziel einer Harmonisierung der Ausnahmetatbestände von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie.

Im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 V-RL gibt es allerdings eine Reihe von Tatbeständen, die für die Erteilung einer Ausnahme zugunsten von Windenergieanlagen herangezogen werden können. Mit den vorstehenden Überlegungen lassen sich Windenergieanlagen mit der Förderung des Gesundheitsschutzes, der öffentlichen Sicherheit, der Landwirtschaft und der Pflanzen- und Tierwelt begründen. Diese Rechtfertigungsgründe finden sich zum Großteil auch im BNatSchG wieder, so dass die naturschutzrechtliche Zulässigkeit derartiger Anlagen unter bestimmten Voraussetzungen durchaus hergestellt werden kann. Diese Voraussetzungen müssen dem strengen Schutzkonzept Rechnung tragen und im Ergebnis zu Tötungszahlen führen, die mit dem Erhaltungsziel der Richtlinie vereinbar sind. Da die Vogelschutzrichtlinie nur in ihrem Regelungsumfeld angemessen bewertet werden kann, gilt insgesamt, dass die signifikante Erhöhung des Risikos für Kollisionsverluste als Kollateralschaden des Betriebs von Windenergieanlagen dann gerechtfertigt ist, wenn

- der **gebietsbezogene** Naturschutz dies zulässt,
- zumutbare (Standort-)**Alternativen nicht** gegeben sind,
- sich der **Erhaltungszustand** der betroffenen Populationen nicht verschlechtert,
- ein **vollständiger Ausgleich der Eingriffe** zulasten betroffener europäischer Vogelarten angeordnet worden ist,
- die Rechtfertigung des Tötungsrisikos über in **primärrechtskonformer** Auslegung der Vogelschutzrichtlinie **öffentliche Sicherheit** (1. Spiegelstrich), Abwendung von **Gefahren für die Pflanzen- und Tierwelt** (4. Spiegelstrich) oder für die **Kulturen und Viehbestände** (3. Spiegelstrich) in hinreichendem Maß gelingt,
- insgesamt also die Zahl der zu erwartenden toten Tiere gering ist, die **Erhaltung** der Populationen **nicht gefährdet** wird und das Eingehen des Risikos **zur Erreichung der Klimaschutzziele** notwendig ist.

Für die Umsetzung der V-RL ins deutsche Recht bedeutet das, dass § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG eine überschießende Wirkung aufweist, die eine Vertragsverletzung darstellt, die nur der Gesetzgeber beseitigen kann. Bis auf weiteres ist die Vorschrift europarechtskonform, also vogelschutzrichtlinienkonform in dem Sinne auszulegen, dass nicht beliebige öffentliche Interessen den Tatbestand zu erfüllen imstande sind, sondern von der Art her nur diejenigen, die die Vogelschutzrichtlinie in Art. 9 Abs. 1 V-RL zulässt, und von der Intensität her als „zwingend“ zu bewerten sind, sich also als im strengen Sinn erforderliche Maßnahmen erweisen müssen; die Gründe dürfen daher nicht nur unspezifischer sozialer und wirtschaftlicher Art sein (§ 5 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG), sondern sie müssen den Tatbeständen der V-RL entsprechen. Das wäre mit Hilfe einer richtlinienkonformen Reduktion des BNatSchG zu erreichen.

KAPITEL VI

Literaturverzeichnis

- Berkemann, Jörg/Halama, Günter, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EU, 2. Aufl., Bonn 2011.
- Bick, Ulrike/Wulfert, Katrin, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, Anmerkung zu VG Gießen, Urt. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18, NuR 2020, S. 250 ff.
- Brienen, Roel J. W./Caldwell, Liam/Duchesne, Louis et al., Forest carbon sink neutralized by pervasive growth-lifespan trade-offs, Nat Commun 11, 4241 (2020) Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).
- Bundesregierung, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, BT-Drs. 16/5100, Berlin 2007.
- dies., Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, Berlin 2019.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV, AEUV, das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., München 2016.
- de la Vega, Elwyn/Chalk, Thomas B./Wilson, Paul A. et al., Atmospheric CO_2 during the Mid-Piacenzian Warm Period and the M2 glaciation, Sci Rep 10, 11002 (2020) Link zum Dokument (Stand: 10.10.2020).
- de Witt, Siegfried/Geismann, Maria, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, Ein Leitfaden für die Praxis zum Bundesnaturschutzgesetz, Verwaltungsrecht für die Praxis (Hrsg. de Witt, Siegfried), Band 1, 2. Aufl., Berlin 2013.
- Der Spiegel, Nato-Generalsekretär Stoltenberg: „Der Klimawandel bedroht unsere Sicherheit", Spiegel Online v. 27.9.2020 Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).
- Deutscher Wetterdienst/Extremwetterkongress Hamburg, Was wir heute über das Extremwetter in Deutschland wissen, Stand der Wissenschaft zu extremen Wetterphänomenen im Klimawandel in Deutschland, 2020 Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).
- Diver, Colin S., The Optimal Precision of Administrative Rules, 93 The Yale Law Journal 1983, S. 65 ff.

- Dolde, Klaus-Peter, Europarechtlicher Artenschutz in der Planung, NVwZ 2007, S. 7 ff.
- Ehrlich, Isaac/Posner, Richard A., An Economic Analysis of Legal Rulemaking, 3 The Journal of Legal Studies 1975, S. 257 ff.
- Eichberger, Michael, Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, S. 1560 ff.
- Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Fitness Check of the EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives), Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, SWD(2016) 472 final, Brüssel 2016.
- dies., Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz), COM(2020) 80 final, Brüssel 2020.
- European Environment Agency, State of nature in the EU, Results from reporting under the nature directives 2013-2018, EEA-Report 10/2020, 2020 Link zum Dokument (Stand: 21.10.2020).
- Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 2016.
- Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl., Bonn 2019.
- Gellermann, Martin, Windenergienutzung im Lichte der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG, Anmerkungen zum Urteil des VG Gießen vom 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, S. 178 ff.
- ders., Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Möglichkeiten der Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme, 2020 Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union, 70. EL, Stand: Mai 2020.
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin, Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Baden-Baden 2015.
- Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen, Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Tübingen 1913.
- Kaplow, Louis, A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules, 11 The Journal of Law, Economics, & Organization 1995, S. 150 ff.
- Karpenstein, Hans/Engel, Stephan, Anmerkung zum Urteil des VG Gießen vom 22. Januar 2020 – 1 K 6019/18.GI, ZUR 2020, S. 437 ff.
- Kautz, Steffen, Artenschutz in der Fachplanung, Zur Umsetzung der artenschutzrechtlichen Vorschriften der FFH-RL und V-RL im Bundesnaturschutzgesetz, NuR 2007, S. 234 ff.

- Körner, Stephan, Erfahrung und Theorie, Ein wissenschaftstheoretischer Versuch, Frankfurt a. M. 1970.
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav, Umweltrecht, Kommentar, 92. EL, Stand: Februar 2020.
- Lau, Marcus, Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, NuR 2013, S. 685 ff.
- ders./Steeck, Sebastian, Das Erste Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes – Ein Ende der Debatte um den europäischen Artenschutz?, NuR 2008, S. 386 ff.
- Leisner, Walter G., Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, Der „Wille des Gesetzgebers" in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, S. 689 ff.
- Müller-Mitschke, Sonja, Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot für windenergieempfindliche Vogelarten bei Windenergieanlagen, NuR 2015, S. 741 ff.
- Müller, Moritz/Klostermeier, Lara, Europarechtskonformität der artenschutzrechtlichen Ausnahme vom Tötungsverbot zugunsten von Windenergieanlagen, NVwZ 2020, S. 774 ff.
- Paci, Daniele, Human Health Impacts of Climate Change in Europe, Report for the PESETA II project, 2014
  Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).
- Philipp, Renate, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, S. 593 ff.
- Sailer, Frank, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Hintergrundpapier, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Nr. 49 vom 11.3.2020
  Link zum Dokument (Stand: 10.10.2020).
- Schlacke, Sabine, Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl., Köln 2017.
- Schrödter, Wolfgang, Baugesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., Baden-Baden u. a. 2019.
- Seyr, Sibylle, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin 2008.
- Slater, Thomas/Hogg, Anna E./Mottram, Ruth, Ice-sheet losses track high-end sea-level rise projections, Nat. Clim. Chang. 10, 879-881 (2020)
  Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).
- Sobotta, Christoph, Artenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, NuR 2007, S. 642 ff.
- Streinz, Rudolf, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2018.
- Ulen, Thomas S., Standards und Direktiven im Lichte begrenzter Rationalität, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Beiträge zum VI. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts vom 25.–28. März 1998, Tübingen 1999, S. 347 ff.

- Umweltbundesamt, Klimawandel und Gesundheit, Welche Probleme verursachen Wärme liebende Schadorganismen?, Abschlussbericht, Internationales UBA/BMU-Fachgespräch: 9. und 10. November 2009, UBA, Berlin-Dahlem, 2010
  Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).

- dass./Robert Koch-Institut, Klimawandel und Gesundheit, Allgemeiner Rahmen zu Handlungsempfehlungen für Behörden und weitere Akteure in Deutschland, 2013
  Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).

- Umweltministerkonferenz, 94. UMK-Bericht, Bericht zu TOP 4 Ziffer 4, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, 2020
  Link zum Dokument (Stand: 10.10.2020).

- United Nations, Framework Convention on Climate Change, Conference of the Parties, Twenty-first session, Paris, 30 November to 11 December 2015, Agenda item 4(b), Durban Platform for Enhanced Action (decision 1/CP.17), Adoption of a protocol, another legal instrument, or an agreed outcome with legal force under the Convention applicable to all Parties, Adoption of the Paris Agreement, Proposal by the President, Draft decision -/CP.21, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12.12.2015
  Link zum Dokument (Stand: 21.10.2020).

- Verband der Landwirtschaftskammern, Klimawandel und Landwirtschaft, Anpassungsstrategien im Ackerbau, 2019
  Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).

- World Health Organization Regional Office for Europe, Protecting Health in Europe from Climate Change: 2017 Update, 2017
  Link zum Dokument (Stand: 11.10.2020).

www.naturschutz-energiewende.de