

# Stellungnahme

---

zu den „Hinweisen zu den rechtlichen und fachlichen  
Ausnahmevoraussetzungen nach §45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von  
Windenergievorhaben“ des Bundesamtes für Naturschutz (BfN)



## **Ansprechpartner**

Bundesverband WindEnergie e.V.  
Sonja Hemke  
Abteilungsleiterin Fachgremien  
s.hemke@wind-energie.de

Anne Lepinski  
Fachreferentin Planung und Umwelt  
a.lepinski@wind-energie.de

Verband kommunaler Unternehmen e.V.  
Dr. Jürgen Weigt  
Fachgebietsleiter Erneuerbare Energien  
weigt@vku.de

bne - Bundesverband Neue Energiewirtschaft e.V.  
Bernhard Strohmayer  
Leiter Erneuerbare Energien  
bernhard.strohmayer@bne-online.de

## **Datum**

04. Mai 2020

## **Foto**

@arteum.ro, ZYu6P9 Glic, Unsplash

## **Haftungsausschluss**

Die in diesem Papier enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Diese Veröffentlichung stellt ferner keine Rechtsberatung dar. Bitte beachten Sie, dass die unten gemachten Ausführungen nicht rechtsverbindlich sind.

## Einleitung

Mit Datum vom 30.03.2020 hat das Bundesamt für Naturschutz (BfN) die „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach §45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergieanlagen“ erstellt (kurz: Vollzugshinweise). Die Vollzugshinweise wurden am 17.04.2020 den Verbänden BWE, BDEW, VKU, BEE, BNE sowie VDMA offiziell übermittelt. Im Folgenden nehmen die Verbände BWE, BNE und VKU Stellung.

### I. Grundsätzliche Position zu den Vollzugshinweisen

Die vorliegenden Vollzugshinweise wurden im Zusammenhang mit zwei weiteren Papieren, dem „Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA“ (kurz: Methodenvorschlag) und den „Anforderungen an die Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung von Windenergieanlagen“ (kurz: Anforderungen) erstellt. Der Beschluss über den Methodenvorschlag soll aufgrund sehr kontroverser Diskussion verschoben und zunächst nur die vorliegenden Papiere zu den Anforderungen und zu den Vollzugshinweisen von der Umweltministerkonferenz im Mai verabschiedet werden. Die unterzeichnenden Verbände sprechen sich ausdrücklich dagegen aus, die Vollzugshinweise getrennt von dem Methodenvorschlag und den Anforderungen zu diskutieren.

So müssen vor Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme zunächst einheitliche und verbindliche Maßstäbe zur Prüfung und Bewertung eines möglicherweise signifikant erhöhten Tötungsrisikos gemäß § 44 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) durch das Vorhaben erarbeitet werden. Die Ausnahme muss Ausnahme bleiben und darf nicht zum Regelfall werden. Bei Vorziehen der Vollzugshinweise zur Ausnahme bestünde die erhebliche Gefahr, dass Genehmigungsbehörden den – rechtlich überaus umstrittenen – Weg der artenschutzrechtlichen Ausnahme gehen, ohne zuvor eine intensive Prüfung der Signifikanz vorgenommen zu haben.

Bei sachgerechter Anwendung des Naturschutzrechts und dem Einsatz von Vermeidungsmaßnahmen (Schutzmaßnahmen gem. §44 BNatSchG) wird der Gang in die Ausnahmegenehmigung nur in wenigen Fällen überhaupt notwendig sein. Für diese Fälle ist es zu begrüßen, dass Klarheit hinsichtlich der Voraussetzungen geschaffen werden soll. Auch ist ausdrücklich zu begrüßen, dass in den Vollzugshinweisen deutlich wird, dass die Förderung Erneuerbarer Energien im übergeordneten öffentlichen Interesse gemäß §45 BNatSchG Abs. 7 liegt und somit die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme grundsätzlich ermöglichen kann.

Ein Lösungsansatz für die bestehenden Hemmnisse bei der Genehmigung von Windenergieanlagen kann allein damit aber nicht erreicht werden.

So sind Ausnahmegenehmigungen aufgrund der aktuellen gesetzlichen Vorgaben mit großen Rechtsunsicherheiten verbunden und halten daher der gerichtlichen Überprüfung oftmals nicht stand.<sup>1</sup> Insoweit sind zahlreiche rechtliche und fachliche Fragen bislang unbeantwortet (Vorliegen eines Ausnahmegrunds, keine zumutbaren Alternativen, Nichtverschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art). Eine Ausnahmegenehmigung kann daher zum aktuellen Zeitpunkt nicht als Instrument für schnelle und rechtssichere Genehmigungen dienen.

---

<sup>1</sup> EuGH, VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, S. 34.

**BWE, VKU und BNE fordern, alle drei vorgelegten Papiere („Methodenvorschlag zur Prüfung der Signifikanz“, „Anforderungskatalog an die Prüfung der Signifikanz“, „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen“) im Paket zu diskutieren und hierbei auch eine rechtliche Verbindlichkeit anzustreben. Die Diskussion sollte von folgender logischen Schrittfolge geleitet sein: 1. Klare Definition des Signifikanzbegriffs, 2. Erarbeitung verbindlicher, auf Rechtsprechung und aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhender, Maßstäbe zur Frage, ob das Tötungsrisiko eines Individuums durch das Vorhaben signifikant erhöht ist, und 3. Klärung rechtlicher Unsicherheiten bei der Anwendung der Ausnahmegründe sowie eine ergebnisoffene Prüfung, ob eine Gesetzesänderung notwendig ist.**

Weitere Punkte zu den Vollzugshinweisen werden nachfolgend im Einzelnen dargelegt. Aufgrund der kurzen Frist kann leider nicht auf alle Einzelheiten eingegangen werden. Weitere Punkte werden ggf. später nachgereicht.

## **II. Allgemeine Hinweise zur Anwendung der Ausnahme**

Das besondere Artenschutzrecht umfasst mehrere artenschutzrechtliche Verbotstatbestände, welche gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1-3 BNatSchG die Tötung von Individuen, die Störung lokaler Populationen sowie die Zerstörung bzw. Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten europarechtlich geschützter Arten verbieten. Unter gewissen Vorraussetzungen können Behörden jedoch Ausnahmen hiervon zulassen, die Bestimmungen dazu werden in § 45 Abs. 7 BNatSchG geregelt.

Wurde die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung für Windenergieanlagen zunächst pauschal abgelehnt, ist die Ausnahmeerteilung mittlerweile in der Behörden- und Gerichtspraxis angekommen.<sup>2</sup> In den Empfehlungen und Vorschriften zu Naturschutz und Windenergienutzung zahlreicher Bundesländer finden sich inzwischen Bestimmungen zur artenschutzrechtlichen Ausnahme. Auch die Vollzugshinweise gehen grundsätzlich davon aus, dass Windenergieprojekte die Vorraussetzungen einer artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung erfüllen können. Insofern ist die Herausstellung der Anwendbarkeit von Ausnahmegründen für Windenergieanlagen (Kap. 2.1 Zwingende Gründe des öffentlichen Interesses, Kap. 2.2 Interesse der öffentlichen Sicherheit<sup>3</sup>) positiv anzumerken.

Es bestehen jedoch erhebliche rechtliche und fachliche Vorbehalte zur vermehrten Anwendung der Ausnahmeregelung. In Einzelfällen mag die Ausnahmegenehmigung ein sinnvoller Weg sein, als flächendeckend einzusetzendes Instrument darf sie jedoch keinesfalls verstanden werden.

Insbesondere darf bei den aktuellen Diskussionen um die Ausnahme nicht vergessen werden, welche vorherigen Schritte für rechtssichere Genehmigungen von Windenergieanlagen (auch der Ausnahme) gegangen werden müssen:

- Zentral ist die Erarbeitung verbindlicher Maßstäbe zur Prüfung und Beantwortung der Frage, ob das Tötungsrisiko eines Individuums durch das Vorhaben signifikant, also erheblich, erhöht ist und ob

---

<sup>2</sup> Stiftung Umweltenergierecht: Frank Sailer, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020, S. 1. ([LINK](#), zuletzt abgerufen am 02.04.2020)

<sup>3</sup> BfN 27.3.2020 Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach §45BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben. S. 3ff

das Vorhaben dementsprechend gegen die Zugriffsverbote gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoßen würde. Eben solcher Maßstäbe bedarf es auch für die weiteren Zugriffsverbote.

- Zu den unbedingt erforderlichen Prüfungsvorgaben für das Tötungsverbot gehören verbindliche und der Rechtsprechung entsprechende Vorgaben zur Ermittlung des jeweils entscheidungserheblichen Sachverhalts. Diese Sachverhaltsermittlung hat nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG zunächst ein vorhabenunabhängiges Grundrisiko zu ermitteln. Sodann ist das vorhabenspezifische Risiko zu ermitteln. Beide sind zueinander ins Verhältnis zu setzen, um eine etwaige signifikante Erhöhung zu prüfen<sup>4</sup>. Insoweit gibt es also bereits inhaltlich einheitliche Maßstäbe durch die Rechtsprechung des BVerwG, die den Verwaltungsbehörden handhabbar in Erlassen nahe zu bringen sind.
- Bei der Erarbeitung dieser Maßstäbe sind die Rechtsprechung sowie aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse zu den Vorkommen und den Verhaltensweisen einzelner Arten zwingend zu berücksichtigen.
- Die Anwendung der Empfehlungen des Helgoländer Papiers (LAG VSW 2015) in Form von radialen Mindestabständen und einer davon ausgehenden Regelvermutung des Vorliegens eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos wird durch die unterzeichnenden Verbände abgelehnt.<sup>5</sup> Denn es wird somit theoretisch festgelegt, was den realen Sachverhalten - nämlich regelmäßig einer sehr geringen Kollisionswahrscheinlichkeit - an Windenergieanlagen widerspricht.

Ohne eine klare Definition des Signifikanzbegriffs besteht die Gefahr, dass die Ausnahme systemwidrig zum Regelfall wird, wenn nicht die „signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos“ hinreichend anwendbar definiert ist und die Ausnahme sozusagen vorsorglich ohne konkrete Einschätzung der Auswirkung der jeweiligen Windenergieanlage regelmäßig erteilt wird.

Daher müssen zunächst die oben beschriebenen Maßstäbe zur Signifikanzbewertung bei Windenergieanlagen dringend in einem transparenten Prozess unter Einbeziehung der relevanten Akteure erarbeitet werden, bevor die Vollzugshinweise in den Ländern Anwendung finden und so einen Weg ebnen, der für die Windenergiebranche in Deutschland keineswegs Erleichterungen, sondern vielmehr erhebliche Rechtsunsicherheiten bringen würde.

An dieser Stelle sei auch der auf den ersten Blick naheliegende Vergleich zu anderen Infrastrukturprojekten angesprochen. Für Verkehrswege werden oftmals Ausnahmen erteilt, wenn durch sie Niststätten und Lebensräume zerstört und beeinträchtigt werden. Es wird jedoch keine Ausnahme erteilt, weil in der Nähe einer Bahnstrecke ein geschützter Vogel nistet und die Gefahr einer Kollision besteht. Denn in diesem Fall kommt die Sachverhaltsvermittlung gerade nicht zu dem Schluss einer Notwendigkeit einer Ausnahme.

Es ist davon auszugehen, dass bei sachgerechter Anwendung des Artenschutzrechts Windenergieprojekte regelmäßig nicht gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoßen. Sollte die Signifikanzschwelle in Einzelfällen dennoch überschritten sein und auch Vermeidungsmaßnahmen einen Verstoß gegen das Tötungsverbot nicht verhindern können, so ist nur in diesen Fällen die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zu prüfen.

---

<sup>4</sup> BVerwG, Urteil vom 9.2.2017 – 7 A 2.15 („Elbvertiefung“), Rn. 466

<sup>5</sup> Siehe BfN Dokumente: Anforderungen und Methodenvorschlag zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von 03/2020

Ein Nullrisiko ist auch nach der Umsetzung von artenschutzrechtlichen Vermeidungsmaßnahmen nicht erforderlich.<sup>6</sup>

Entsprechend den Vorgaben des EuGH kann eine artenschutzrechtliche Ausnahme nur in eng umgrenzten Fällen ergehen. Die derzeit diskutierten Ansätze zeigen jedoch eher eine „Diskursverschiebung“ dahin, vermeintliche Konflikte zwischen Windenergieanlagen und Artenschutzrecht vorrangig über die Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung zu lösen. Dies ist mit geltenden bundes- und europarechtlichen Vorgaben wohl nicht vereinbar.

### III. Voraussetzungen für eine artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung

Auch wenn die Ausnahme die Ausnahme bleiben muss, ist eine Klärung ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen sinnvoll. Deshalb begrüßen die Verbände eine Klärung hierzu.

Für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Vorliegen eines Ausnahmegrundes,
- keine zumutbaren Alternativen und
- Erhaltungszustand der Population einer Art darf sich nicht verschlechtern

Im Rahmen der Vollzugshinweise müssen diese Voraussetzungen praxis- und anwendungsorientiert, also möglichst eindeutig, erläutert werden. Im Folgenden wird auf diese drei Voraussetzungen kritisch eingegangen.

#### 1. Vorliegen eines Ausnahmegrundes

Es ist bislang nicht abschließend gerichtlich geklärt, ob die in den Vollzugshinweisen aufgeführten Ausnahmegründe „Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ und „Interesse der öffentlichen Sicherheit“ herangezogen werden können.

Ob der Ausnahmegrund „Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG) bei der Genehmigung von Windenergieanlagen herangezogen werden kann, ist in der Rechtsprechung umstritten. So hob das VG Gießen mit Urteil vom 22.01.2020 die Genehmigung für drei Windenergieanlagen u.a. mit der Begründung auf, dass der Ausnahmetatbestand in Bezug auf europäische Vogelarten nicht anwendbar sei, da sonst ein Verstoß gegen die Europäische Vogelschutzrichtlinie vorläge.<sup>7</sup> Bereits 2012 hatte der EuGH hinsichtlich einer mit der deutschen Regelung praktisch wortgleichen Regelung des polnischen Rechts die mangelnde Europarechtskonformität festgestellt.<sup>8</sup>

Ob der Ausnahmegrund Nr. 4 – „im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheit des Menschen“ – auf die Genehmigung von Windenergieanlagen anwendbar ist, ist in der Rechtsprechung umstritten.<sup>9</sup> Bejahte man dies, so wäre damit das oben dargestellte Problem des möglichen Verstoßes gegen Art. 9 Abs.

---

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil vom 28. April 2016 – 9A9.15

<sup>7</sup> VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, S. 34.

<sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – C 192/11.

<sup>9</sup> z.B. VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, S. 34; a.A. VG Darmstadt, Beschl. v. 24.08.2018 – 6 L 4907/17.DA, S. 66 f.

1 VS-RL gelöst, denn dieser enthält gerade den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit.

Somit bestehen bei der Frage, ob ein Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 BNatSchG für Windenergieprojekte herangezogen werden kann, weiterhin erhebliche rechtliche Unsicherheiten, aufgrund derer die vermehrte Anwendung der Ausnahmegenehmigung höchst problematisch ist.

## **2. Keine zumutbaren Alternativen**

Gemäß §45 BNatSchG wird eine Alternativenprüfung erforderlich. Insoweit besteht die Frage der zumutbaren Alternativen und insbesondere die Problematik, in welchem räumlichen Bereich nach Alternativen zu suchen ist. Die Ausführungen in Kapitel 3 „Keine zumutbaren Alternativen“ der Vollzugshinweise sind diesbezüglich unkonkret. So könnten die Ausführungen auch so verstanden werden, dass dieser Bereich gemäß dem Urteil des OVG Niedersachsen vom 25.10.2018<sup>10</sup> das komplette Gebiet des jeweiligen regionalen Planungsträgers umfasst. Dies würde zu einem immens hohen Prüfungs- und Darlegungsaufwand des Vorhabenträgers führen, welcher in der Praxis regelmäßig nicht geleistet werden kann.

## **3. Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen**

Auch das Kapitel 4 „Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen einer Art“ bedarf weiterer Überarbeitung, damit die Vollzugshinweise für Behörden und Vorhabenträger wirklich hilfreich sein können. So ist nicht eindeutig definiert, wie die lokalen, überregionalen und landesweiten Populationen zu operationalisieren und voneinander abzugrenzen sind. Dies birgt die Gefahr, dass vorsorglich übergroße Betrachtungsräume gewählt werden, was den Aufwand auf Seiten des Projektierers enorm erhöht. Diese Unschärfe führt zudem zu erheblichen rechtlichen Unsicherheiten, da regelmäßig die Gefahr besteht, dass der gewählte Betrachtungsraum im Falle von Klagen Dritter vor Gericht nicht standhält. Auch die Ausführungen zur Bewertung des Erhaltungszustands bedürfen weiterer Schärfung, zudem definieren die Vollzugshinweise nicht die Beweislast bezüglich der Erhaltungszustände. Insgesamt besteht entsprechend auch hinsichtlich dieser Voraussetzung dringender Überarbeitungsbedarf.

---

<sup>10</sup> OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, Rn. 233.