

**Zur Ausnahmeregelung  
des  
§ 45 Abs. 7 BNatSchG**

**Rechtsgutachten**

**im Auftrag des Fördervereins der  
Koordinierungsstelle Windenergierecht  
(k:wer) e.V.**

**von**

**Prof. Dr. Edmund Brandt/  
Ass. iur. Sebastian Willmann  
Technische Universität Braunschweig**

**Juli 2016**

# Gliederung

0.	Einleitung	1
1.	Ausgangslage	1
2.	Mit dem Rechtsgutachten verfolgte Ziele	3
3.	Methodische Überlegungen	4
I.	Das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG	6
II.	Die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG in der Rechtsprechung	10
III.	§ 45 BNatSchG im Normgefüge des Besonderen Artenschutzes	13
IV.	Rechtsdogmatische Durchdringung	15
1.	Fehlende zumutbare Alternative	16
2.	Vorliegen eines Ausnahmegrundes	21
	a) Die Ausnahmegründe nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG	21
	b) Der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG	22
	c) Der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG	23
3.	Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art	27
V.	Rechtsfolge: Abwägungsentscheidung	29
VI.	Sonderproblem: Grundsätzliche Möglichkeit der Ausnahmeerteilung vom Tötungsverbot?	33
VII.	Handlungsempfehlungen	35
VIII.	Ergebnisse	37
	Literaturverzeichnis	39
	Anhang	42

## 0. Einleitung

### 1. Ausgangslage

Der Umgang und die Operationalisierung des Besonderen Artenschutzes, wie er im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)<sup>1</sup> verankert ist, erzeugt im Verhältnis zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen ein nicht unerhebliches Spannungsverhältnis. Das führt dazu, dass sich die Rechtsprechung regelmäßig mit artenschutzrechtlichen Belangen und deren (ausreichender) Berücksichtigung auf Planungs- und Genehmigungsebene zu befassen hat.

Die dabei auftretenden Probleme gestalten sich vielschichtig; dabei stehen in zahlreichen Konstellationen die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG im Mittelpunkt. Die in dem Zusammenhang zu beobachtende Orientierung der Gerichte – allen voran des Bundesverwaltungsgerichts, aber auch der ihm im Wesentlichen folgenden (Ober-)Verwaltungsgerichte – an Rechtsfiguren wie dem Signifikanztheorem oder der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative hat völlig zu Recht teils heftige Kritik erfahren.<sup>2</sup>

Der in der – jedenfalls gerichtlichen Praxis – wichtigste Verbotstatbestand innerhalb von § 44 Abs. 1 BNatSchG ist das sog. Tötungsverbot aus Nr. 1. Auch unter der Prämisse, dass man die dazu ergangene Rechtsprechung für stichhaltig ansehen wollte, fehlt es an der Zurverfügungstellung rechtssicher handhabbar ausgestalteter Maßstäbe, die die Operationalisierung der normativen Vorgaben erleichtern könnten. Denn mit der „Floskel“ einer signifikanten Risikosteigerung verfehlt man ohne die gleichzeitige Benennung heranzuziehender Basisgrößen jedweden Gewinn an Rechtssicherheit oder -klarheit. Da hilft es auch nicht weiter, wenn anstelle der Signifikanz synonym auf den Begriff der „Deutlichkeit“<sup>3</sup> oder den der „Wesentlichkeit“<sup>4</sup> abgestellt wird.

---

<sup>1</sup> Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 100 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154).

<sup>2</sup> Brandt, ER 2013, 192 ff.; ders., NuR 2013, 482 ff.; Ratzbor/Willmann, ZNER 2014, 292 ff.; Gellermann, NuR 2014, 597 ff.

<sup>3</sup> So bereits BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 219; OVG Magdeburg, Beschl. v. 04.06.2013 – 2 L 113/11, juris Rn. 5.

<sup>4</sup> Vgl. dazu – allerdings nur unter Bezugnahme auf ein Gutachten –: OVG Münster, Urt. v. 21.06.2013 – 11 D 8/10.AK, juris Rn. 137.

Die Not der Normadressaten – insbesondere also der Planungs- und Genehmigungsbehörden sowie der Vorhabenträger – ist daher groß, wenn artenschutzrechtliche Belange in rechtskonformer Weise in die zu treffenden Abwägungen und Entscheidungen eingestellt werden sollen. Und so ist es nur allzu nachvollziehbar, wenn nach Auswegen gesucht wird. Dabei erscheinen solche Auswege besonders attraktiv, die allen Beteiligten vergleichsweise leicht handhabbare Handlungsmöglichkeiten eröffnen. Eine solche Handlungsmöglichkeit könnte in der Ausnahmegenehmigung des § 45 Abs. 7 BNatSchG zu finden sein. Danach können die zuständigen Landesbehörden für Naturschutz und Landschaftspflege im Einzelfall und unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG zulassen. Diese Option steht darüber hinaus den Landesregierungen offen, denen es gestattet wird, entsprechende Rechtsverordnungen für einzelne Arten zu erlassen.

Ob § 45 Abs. 7 BNatSchG tatsächlich geeignet ist, die Schwierigkeiten im Umgang mit dem Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG, namentlich dem Tötungsverbot, zu überwinden, bedarf allerdings einer sorgsam Prüfung. Das gilt umso mehr, als – erstaunlicherweise – es bisher allenfalls ansatzweise zu einer stringenten rechtsdogmatischen Durchdringung der Bestimmung gekommen ist.

Es besteht daher Veranlassung, die Voraussetzungen und Anforderungen an eine Ausnahmegenehmigung auf der Basis von § 45 Abs. 7 BNatSchG aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu untersuchen und aus den dabei gewonnenen Erkenntnissen Folgerungen für die praktische Handhabung abzuleiten.

## **2. Mit dem Rechtsgutachten verfolgte Ziele**

Das übergeordnete Ziel, das mit dem Rechtsgutachten verfolgt wird, besteht darin, die tatbestandlichen Voraussetzungen und die daran anknüpfende Rechtsfolge von § 45 Abs. 7 BNatSchG aus rechtsdogmatischer Sicht herauszuarbeiten.

Zu dem Zweck muss eine Reihe von Teil- und Unterzielen verfolgt werden: Um empirisch erfassen zu können, wo und wie tatsächlich von der Bestimmung Gebrauch gemacht wird, werden in einem ersten Schritt sämtliche zugängliche Gerichtsentscheidungen dargestellt, in denen es maßgeblich um § 45 Abs. 7 BNatSchG geht. Für die weiteren Überlegungen fruchtbar zu machen sind dabei logischerweise die Ergebnisse, nicht minder aber auch die Begründungen. Im Zentrum steht danach die eigenständige dogmatische Durchdringung der in ihrer Ausgestaltung alles andere als einfachen Vorschrift. Die Durchdringung selbst hat zweistufig zu erfolgen: zunächst hinsichtlich der tatbestandlichen Anforderungen und sodann in Bezug auf die möglichen Konsequenzen.

Die erzielten Befunde werden dazu genutzt, die Handlungsmöglichkeiten wie auch die bei der Anwendung der Vorschrift bestehenden Restriktionen und Limitierungen aufzuzeigen, was am Ende die Ableitung von Handlungsoptionen ermöglicht.

### **3. Methodische Überlegungen**

Um ein Höchstmaß an Praxisorientierung zu gewährleisten, wird ein ungewöhnliches methodisches Vorgehen gewählt: Anders als bei einer – im weiteren Verlauf nicht zu vernachlässigenden und auch tatsächlich nicht vernachlässigten(!) – strengen Normorientierung steht am Anfang nicht die Erschließung des Bedeutungsgehalts der Norm mit Hilfe der tradierten juristischen Auslegungsregeln. Vielmehr werden zunächst die maßgeblichen Argumentationsmuster entfaltet und kommentiert, die die Gerichte bei der Heranziehung der Vorschrift sukzessive entwickelt haben. Anknüpfungspunkte, vor allem aber Defizite bei der Durchdringung der Norm werden auf die Weise besonders deutlich, der rechtswissenschaftliche Durchdringungsbedarf im Hinblick auf einzelne Normelemente besonders augenfällig.

§ 45 Abs. 7 BNatSchG steht nicht isoliert dar, sondern ist eingebettet in den dem Besonderen Artenschutz gewidmeten Abschnitt 3 des fünften Kapitels des Bundesnaturschutzgesetzes. Demzufolge muss auf den Gesamtkontext kurz eingegangen werden, namentlich auf das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Bei zutreffender Interpretation der Bestimmung würde sich die Notwendigkeit, auf die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG zurückzugreifen, vielfach überhaupt nicht stellen. Sich darauf zu verlassen würde allerdings den Nutzen für die Praxis beträchtlich einschränken; demzufolge wird – notgedrungen – das zugrunde gelegt, was gegenwärtig überwiegend von der Rechtsprechung im Hinblick auf die Interpretation von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG praktiziert wird.

Die rechtsdogmatische Durchdringung sowohl der Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmeregelung als auch für die daran zu knüpfenden Rechtsfolgen geschieht selbstverständlich unter intensiver Nutzung der zur Verfügung stehenden Auslegungsregeln, beginnend mit der grammatikalischen und der systematischen Interpretation, einbeziehend historisch-genetische Aspekte und abgerundet durch teleologische Überlegungen, bei denen nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift gefragt wird. Um von vornherein eine europarechtlich induzierte Angriffsfläche nicht außer Acht zu lassen, wird in einem separaten Abschnitt die grundsätzliche Möglichkeit der Ausnahmeerteilung vom Tötungsverbot erörtert, bevor übergreifend Ergebnisse abgeleitet werden können.

Die einzelnen Aspekte und Prüfungspunkte sind teilweise nicht trennscharf voneinander separierbar oder bauen mitunter aufeinander auf. An einigen Stellen kommt es deshalb zu

Redundanzen; sie werden zwecks besserer Verständlichkeit der Ausführungen in Kauf genommen.

## I. Das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG

Das sog. Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bildet den in der Praxis wichtigsten Verbotstatbestand, wenn es um die Auseinandersetzung zwischen den Interessen eines Anlagenbetreibers und dem (Besonderen) Artenschutz geht

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es unter anderem verboten, Tiere der besonders geschützten Arten zu töten. Die Vorschrift bildet aufgrund ihres repressiven Charakters<sup>5</sup> grundsätzlich den Ausgangspunkt für ein Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren nach den §§ 69, 71, 71a BNatSchG.<sup>6</sup> Dennoch entspricht es zwischenzeitlich gefestigter Rechtsprechung, dass das Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr.1 BNatSchG auch und gerade sowohl im Rahmen eines Planfeststellungs-<sup>7</sup> wie eines immissionsschutzrechtlichen Anlagenzulassungsverfahrens<sup>8</sup> in der sogleich vorzustellenden Operationalisierung zu berücksichtigen ist.

Nach Ansicht der Rechtsprechung ist das Tötungsverbot individuenbezogen.<sup>9</sup> Unter Schutz gestellt sollen demnach nicht (nur) die jeweiligen Arten sein, sondern die einzelnen Exemplare. Neben zweifelsfrei erfassten zielgerichteten Tötungen sollen darüber hinaus auch solche Maßnahmen von dem Verbotstatbestand erfasst werden, die eine Tötung lediglich (billigend) in Kauf nehmen und sogar im Übrigen rechtmäßig sein können.<sup>10</sup> Das führt dazu, dass eine der Tötungshandlung eigentlich immanente subjektive Komponente<sup>11</sup> völlig in den Hintergrund rückt, mitunter gar als grundsätzlich nicht erforderlich angesehen wird.<sup>12</sup>

In Verbindung mit dem Individuenbezug würde die Erfassung beiläufiger Tötungen allerdings quasi zwangsläufig dazu führen, dass Verkehrs- und Energieinfrastrukturprojekte regelmäßig an artenschutzrechtlichen Gesichtspunkten scheitern müssten, ist doch bei lebensnaher

---

<sup>5</sup> Dazu auch *Gellermann*, NuR 2014, 597 (598). Zur Vorgängerregelung des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG *Füßer/Lau*, NuR 2009, 445 (452).

<sup>6</sup> *Engelstätter*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 69 Rn. 12 ff.; § 71 Rn. 6.

<sup>7</sup> Grundlegend: BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, NVwZ 2009, 302 ff., im Folgenden zitiert nach juris.

<sup>8</sup> Grundlegend: BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12, NVwZ 2013, 141 ff. Im Folgenden zitiert nach juris.

<sup>9</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 1407, juris Rn. 91; VGH Kassel, Beschl. v. 17.12.2013 – 9 A 1540/12.Z, juris Rn. 9, 23; OVG Magdeburg, Urt. v. 16.05.2013 – 2 L 80/11, juris Rn. 21.

<sup>10</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, Kommentar, § 44 BNatSchG Rn. 11 m. w. N.

<sup>11</sup> Dazu *Brandt*, ZNER 2014, 114 (115).

<sup>12</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, Kommentar, § 44 BNatSchG Rn. 10.



Betrachtung eine Kollision und eine damit verbundene Tötung einzelner Exemplare niemals gänzlich auszuschließen.

In der Situation eines prognostizierenden Verwaltungsverfahrens kann es dabei zudem bereits aus denklogischen Gründen nur um eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung potenziell anlagebedingter Tötungen gehen, befindet man sich doch noch in einem Stadium, da die Errichtung und der Betrieb des Projekts in weiter Ferne liegt. Wollte man in dem Zeitpunkt jedwedes Risiko einer Kollision und damit Tötung eines geschützten Exemplars als tatbestandsmäßig erachten, ließe sich kaum mehr ein größeres (energie-)infrastrukturelles Vorhaben umsetzen: Bei einer Betriebsdauer von rund 20 Jahren wäre schlechterdings nicht auszuschließen, dass während des Zeitraums ein Vogel möglicherweise zu Tode kommen könnte. Um dem Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht zu einem umfänglichen Realisierungshindernis verkehrs- und energieinfrastruktureller Vorhaben werden lassen zu müssen,<sup>13</sup> ist deshalb nach der Rechtsprechung im Rahmen antizipativer Planfeststellungs-<sup>14</sup> und Genehmigungsverfahren<sup>15</sup> eine Reduktion des Tatbestands für den Fall der Hervorrufung unausweichlicher, aber ungewollter Nebenfolgen vorzunehmen.<sup>16</sup> Die Tatbestandsverwirklichung soll in der Folge nur dann gegeben sein, wenn von der Anlage ein signifikant gesteigertes Tötungsrisiko für Exemplare der geschützten Arten ausgeht.<sup>17</sup> Eine solche signifikante Risikosteigerung soll nach einer vielfach verwendeten „Formel“ dann nicht anzunehmen sein, wenn das Risiko insgesamt unterhalb einer Gefahrenschwelle bleibt, die mit einem Verkehrsweg im Naturraum stets verbunden ist oder damit vergleichbar ist, innerhalb des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art zu werden.<sup>18</sup> Dabei sollen bei der Bewertung der Risikosteigerung solche Maßnahmen einzubeziehen sein, die sich risikomindernd auswirken können.<sup>19</sup>

Die Bewertung des Risikos oder dessen Steigerung erfordert regelmäßig eine naturwissenschaftliche Einschätzung, für die es an einer untergesetzlichen Maßstabsbildung in Gestalt von Durchführungsverordnungen oder (normkonkretisierenden) Verwaltungsvorschriften fehlt.<sup>20</sup> Die rechtsanwendenden Behörden sind demgemäß auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft angewiesen, die allerdings nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts derzeit für den Bereich des artspezifischen Verhaltens

---

<sup>13</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 91.

<sup>14</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 90 ff.

<sup>15</sup> BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12, juris Rn. 3 ff.

<sup>16</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 91.

<sup>17</sup> BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, juris Rn. 23. Man spricht in dem Zusammenhang auch vom sog. Signifikanztheorem, vgl. etwa *Brandt*, ER 2013, 192 (194).

<sup>18</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 91.

<sup>19</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 91. Beispielhaft erwähnt seien: Überflughilfen, Mastfußbrachen, Leitstrukturen.

<sup>20</sup> BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, juris Rn. 16.

vielfach (noch) keine eindeutigen Aussagen getroffen hat.<sup>21</sup> Daher soll der entscheidenden Behörde eine sog. naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuzugestehen sein: Finden sich hinsichtlich der Beantwortung einer artenschutzrechtlichen Frage unterschiedliche Expertisen und handelt es sich dabei jeweils um fachlich vertretbare und vertretene Ansichten, soll es der Behörde erlaubt sein, sich innerhalb des Spektrums einer der vorgefundenen Fachmeinungen anzuschließen.<sup>22</sup> Dabei soll sich eine Expertise nicht deshalb als vorzugswürdig erweisen, weil sie sich eines strengeren Maßstabs bedient oder einen solchen anlegt.<sup>23</sup> Als Konsequenz der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts die gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung darauf beschränkt, die Einhaltung der Grenzen des solchermaßen gewährten Beurteilungsspielraums zu überprüfen.<sup>24</sup> Inhaltlich soll die Einschätzungsprärogative sowohl die Bestandserfassung als auch die Risikobewertung erfassen.<sup>25</sup>

Allerdings soll die Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums auf Tatbestandsebene dann nicht mehr gerechtfertigt sein, wenn sich innerhalb der jeweiligen Fachdisziplin eine Methodik oder ein bestimmter Maßstab durchgesetzt hat und sich in der Folge unterschiedliche Ansichten gerade nicht mehr im Widerstreit befinden, sondern eine Ansicht die Deutungshoheit zu erringen vermochte.<sup>26</sup> Stets haben sich die (Genehmigungs-)Behörden an den aktuellen Entwicklungen zu orientieren und den hierzu notwendigen Sachverstand vorzuhalten.<sup>27</sup> Fehlt es auf Seiten des Verwaltungsträgers an den entsprechenden Fach- und Sachkunde, so ist sie auf externem Wege zu beschaffen, etwa durch die Einholung von Gutachten.<sup>28</sup>

Im Ergebnis entscheidet die zuständige Behörde letztverbindlich darüber, ob der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG aufgrund einer signifikanten Risikosteigerung vorhabenbedingter Verluste verwirklicht ist.

---

<sup>21</sup> BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12, juris Rn. 15.

<sup>22</sup> BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, juris Rn. 16.

<sup>23</sup> BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12, juris Rn. 15.

<sup>24</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 67.

<sup>25</sup> BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, juris Rn. 14.

<sup>26</sup> BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, juris Rn. 19.

<sup>27</sup> BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, juris Rn. 19.

<sup>28</sup> Brandt, ZNER 2014, 114 (115).

Die solchermaßen geprägte Rechtsprechung führt zu erheblichen Schwierigkeiten in der Umsetzung, was sich schon an der Vielzahl der zu dem Themenkomplex ergangener Entscheidungen zeigt.<sup>29</sup>

Die Suche nach Auswegen, mit deren Hilfe die Unwägbarkeiten überspielt werden können, die sich aus der Anwendung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ergeben, ist daher nur allzu verständlich. Ob ein solcher Ausweg in der Heranziehung der Ausnahmevorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG zu finden ist, ist nunmehr zu untersuchen..

---

<sup>29</sup> Vgl. für einen Überblick über die entsprechende Rechtsprechung *Willmann*, in: Brandt, Jahrbuch Windenergierecht 2013, S. 79 (94 ff.); *ders.*, in: Brandt, Jahrbuch Windenergierecht 2014, 126 (147 ff.); *ders.*, in: Brandt, Jahrbuch Windenergierecht 2015, 107 (130 ff.).

## II. Die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG in der Rechtsprechung

In der gerichtlichen Praxis spielt die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG soweit ersichtlich eine eher untergeordnete Rolle. Wenngleich eine durchaus große Anzahl von Entscheidungen die Vorschrift in der Paragraphenkette der angewandten Normen benennt, erfolgt eine dezidierte inhaltliche Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Sonderregelung nur in vergleichsweise wenigen Judikaten. Der Eindruck verstärkt sich, wenn man zudem auf Entscheidungen zu windenergierechtlichen Vorhaben abstellt. Das verwundert insofern, als im Bereich der Verkehrswegeplanung in zahlreichen Varianten auf das Instrument der Ausnahmegenehmigung zurückgegriffen wird.<sup>30</sup> Zahlreiche der hier übersichtsartig dargestellten Entscheidungen ergingen daher entweder zu der Vorgängerregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG oder beziehen sich auf Sachverhalte, die nicht im windenergierechtlichen Umfeld angesiedelt sind. Die darin aufgestellten Grundsätze lassen sich gleichwohl auf die hier interessierende Konstellation übertragen.

Inhaltlich geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG restriktiv auszulegen sein soll.<sup>31</sup> Das folge einerseits aus dem im Artenschutz generell verankerten Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Verboten und ausnahmsweisen Gestattungen sowie speziell aus den unionsrechtlichen Vorgaben der Art. 16 und 12 der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (im Folgenden: FFH-Richtlinie).<sup>32</sup> Entsprechend detailliert haben mögliche Begründungen für eine Ausnahmeerteilung zu sein.<sup>33</sup>

Trotz dieser grundsätzlich an den Tag zu legenden Zurückhaltung soll eine artenschutzrechtliche Ausnahme auch noch nachträglich erteilt werden können.<sup>34</sup> Ein dementsprechend enges Verständnis der Ausnahmeregelung führt allerdings dazu, dass die Vorschrift vielfach nur am Rande Eingang in die richterlichen Erwägungen findet und die Anforderungen mitunter vergleichsweise „schnell“ geprüft und – oftmals – als nicht erfüllt angesehen werden.<sup>35</sup>

Das gilt unter anderem für die in § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG aufgeführten Ausnahmegründe. Gerade die Anforderungen der maßgeblich günstigen Auswirkungen an die Umwelt aus Nr. 4

---

<sup>30</sup> Grothe/Frey, NuR 2016, 316 (323); Ruß/Sailer, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht (#21), S. 4.

<sup>31</sup> VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 07.01.2015 – 5 L 289/14, juris Rn. 47 ff.

<sup>32</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 vom 22.07.1992, S. 7).

<sup>33</sup> In Bezug auf Art. 16 FFH-Richtlinie: EuGH, Urt. v. 14.06.2007 – Rs. C-342/05, juris Rn. 25.

<sup>34</sup> BVerwG, Beschl. v. 29.08.2008 – 9 VR 18/08, juris Rn. 4.

<sup>35</sup> Vgl. etwa OVG Magdeburg, Urt. v. 26.10.2011 – 2 L 6/09, juris Rn. 84 ff.

sollen mangels nachweisbarer und unmittelbarer Kausalität durch windenergetische Anlagen generell nicht erfüllt werden beziehungsweise nicht erfüllt werden können.<sup>36</sup>

In der Folge wird quasi ausschließlich auf den Ausnahmegrund der Nr. 5 und die darin verankerten anderen zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses abgestellt. In dem Zusammenhang soll den energie- und klimapolitischen Zielen insofern doch Rechnung getragen werden, als der Ausbau der erneuerbaren Energien (auch) in § 1 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)<sup>37</sup> Niederschlag gefunden hat.<sup>38</sup> Konsequenterweise wird Klimaschutz als öffentliches Interesse angesehen, welches über vernunftgeleitetes staatliches Handeln verwirklicht wird und folglich ein zwingender Grund sein kann.<sup>39</sup> Damit wird allerdings zugleich eine gewisse Aufweichung des erforderlichen Zwangs in Kauf genommen, ist doch eine „sachzwangvermittelte“ Unvermeidbarkeit nicht (mehr) notwendig, um zu einer Ausnahmegenehmigung gelangen zu können.<sup>40</sup>

Sofern einer der Ausnahmegründe aus § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG erfüllt ist, ist darüber hinaus die aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben resultierenden Anforderungen an eine Ausnahmegenehmigung Rechnung zu tragen.<sup>41</sup> In dem Zusammenhang darf es gegenüber der beantragten Ausnahme keine alternative Vorhabenrealisierung geben; dabei steht ein Verweis auf eine alternative Durchführung unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit. Maßgeblich soll in dem Zusammenhang die Verhältnismäßigkeit eines etwaigen Mehraufwands sein, der sich beispielsweise aus einer technisch veränderten Ausführung oder aber aus einer veränderten örtlichen Belegenheit ergeben kann.<sup>42</sup> Der zusätzliche Aufwand darf nicht außer Verhältnis zu dem mit der Maßnahme erreichbaren Nutzen für den Naturschutz stehen.<sup>43</sup> Dabei muss die Alternative – jedenfalls auf Planungsebene – nicht erschöpfend geprüft werden; ausreichend ist die Erreichung eines Zustands, der eine belastbare Einschätzung ermöglicht.<sup>44</sup> Die angepasste Verwirklichung muss auch tatsächlich umsetzbar sein.<sup>45</sup> Die Substitution eines Verstoßes gegen die Zugriffsverbote des § 44 BNatSchG durch die Beeinträchtigung eines Natura-2000-Gebiets soll indes nicht möglich

---

<sup>36</sup> *VG Halle (Saale)*, Urt. v. 23.11.2010 – 4 A 34/10, juris Rn. 72.

<sup>37</sup> Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 10 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2498) geändert worden ist.

<sup>38</sup> *VGH München*, Beschl. v. 05.10.2007 – 22 CS 07.2073, juris Rn. 18; *VGH Kassel*, Beschl. v. 26.09.2013 – 9 B 1674/13, juris Rn. 34.

<sup>39</sup> In diese Richtung bereits: *BVerwG*, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2/99, juris Rn. 34 ff.

<sup>40</sup> *BVerwG*, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2/99, juris Rn. 39.

<sup>41</sup> Wobei im Rahmen der Prüfung kein zwingender Vorrang einer bestimmten Tatbestandsvoraussetzung besteht.

<sup>42</sup> *BVerwG*, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075/04, juris Rn. 564 ff.

<sup>43</sup> *BVerwG*, Urt. v. 17.05.2002 – 4 A 28/01, juris Rn. 37, 41.

<sup>44</sup> *BVerwG*, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 171.

<sup>45</sup> *BVerwG*, Beschl. v. 01.04.2009 – 4 B 62/08, juris Rn. 44 ff.

sein:<sup>46</sup> Eine Hierarchisierung zwischen Besonderem Arten- und Habitatschutz soll nämlich vermieden werden.

Die Zulassung einer Ausnahme darf schließlich nicht dazu führen, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art verschlechtert. Eine Verschlechterung soll in dem Zusammenhang bereits dann vorliegen, wenn sich das Habitat der Spezies hinsichtlich Größe oder Qualität verringert bzw. sich die Vorhersage über die künftige Bestandsentwicklung verschlechtert.<sup>47</sup> Die grundsätzlich örtlich begrenzte Populationsbetrachtung ist im Einzelfall auf die überregionale Ebene auszudehnen.<sup>48</sup> Sofern im Zeitpunkt der möglichen Ausnahmeerteilung bereits ein ungünstiger Erhaltungszustand besteht, soll eine Ausnahme dann noch zugelassen werden können, wenn zumindest keine weitere Verschlechterung eintritt.<sup>49</sup> Im Rahmen der Bewertung sollen auch Ausgleichsmaßnahmen Berücksichtigung finden können.<sup>50</sup> Dabei soll der zuständigen Behörde hinsichtlich ihrer Bewertung ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum eröffnet sein.<sup>51</sup>

Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, soll nach teilweise vertretener Ansicht das der Genehmigungsbehörde nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zustehende Ermessen dahingehend beschränkt sein, dass von einem intendierten Ermessen auszugehen ist: In der Regel soll in dem Fall eine Ausnahmegenehmigung zu erteilen sein.<sup>52</sup>

Der hier gegebene Überblick vermag bereits einen ersten Eindruck über die tatbestandlichen Voraussetzungen und deren Operationalisierung durch die Rechtsprechung zu geben. Die thematischen Komplexe stellen dabei zugleich diejenigen Aspekte dar, die innerhalb der dogmatischen Durchdringung der Vorschrift in den folgenden Abschnitten untersucht werden.

---

<sup>46</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 02.01.2009 – 11 B 368/08.T, juris Rn. 334.

<sup>47</sup> EuGH, Urt. v. 10.05.2007 – Rs. C-508/04, juris Rn.

<sup>48</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 08.07.2009 – 8 C 10399/08, juris Rn. 290.

<sup>49</sup> BVerwG, Beschl. v. 17.04.2010 – 9 B 5/10, juris Rn. 8.

<sup>50</sup> BVerwG, Beschl. v. 01.04.2009 – 4 B 61/08, juris Rn. 56.

<sup>51</sup> BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 74, 202.

<sup>52</sup> VG Freiburg, Urt. v. 17.02.2009 – 3 K 805/08, juris Rn. 47; VG Augsburg, Beschl. v. 13.02.2013 – Au 2 S 13/143, juris Rn. 46.

### III. § 45 BNatSchG im Normgefüge des Besonderen Artenschutzes

§ 45 Abs. 7 BNatSchG steht als Ausnahmeregelung nicht isoliert; vielmehr handelt es sich dabei um den letzten Absatz einer mehrfach gestuften Norm. § 45 BNatSchG wiederum ist eingebettet in das mit § 44 BNatSchG beginnende Regelwerk des Besonderen Artenschutzes.

Zunächst werden in § 45 Abs. 1 BNatSchG generell Ausnahmen für den Bereich der Besitzverbote aus § 44 Abs. 2 BNatSchG statuiert. Maßgeblicher Aspekt ist dabei der rechtmäßig erfolgte Vorgang einer Zucht, künstlichen Vermehrung, Naturentnahme oder Einfuhr.<sup>53</sup> Hier können die Ausnahmen über den Erlass einer Rechtsverordnung nach § 54 BNatSchG ausgedehnt werden. Die Regelung erstreckt sich nach den Absätzen 2 und 3 auch auf etwaige Vermarktungsverbote für bestimmte Tierarten.

Eine vergleichbare Anordnung enthält Absatz 4, der es erlaubt, tot aufgefundene Tiere – vorbehaltlich jagd- und fischereirechtlicher Vorschriften – aus der Natur zu entnehmen und sie bei den zuständigen Stellen abzugeben; nicht streng geschützte Arten können darüber hinaus für Zwecke der Forschung oder Lehre Verwendung finden. Handelt es sich um verletzte Tiere, stellt deren Pflege ebenfalls keinen Verstoß gegen die Verbote des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG oder das Besitzverbot dar, jedenfalls dann nicht, wenn sie unverzüglich freigelassen oder den zuständigen Behörden übergeben werden. Solche Handlungen sind für den Fall, dass es sich um streng geschützte Arten handelt, mit einer Meldepflicht gegenüber den zuständigen Behörden versehen.

Eingezogene und beschlagnahmte Tiere können schließlich über die Ausnahmemöglichkeit des Absatzes 6 von den Besitz- und Vermarktungsverböten ausgenommen werden, soweit das erforderlich ist und dem keine Rechtsakte der Europäischen Union entgegenstehen. Das gilt nach Satz 2 sowohl in der Konstellation einer landesrechtlichen wie einer bundesrechtlichen Zuständigkeit.

Sämtliche der soeben skizzierten Regelungskomplexe spielen für den Bereich der immissionsschutzrechtlichen Zulassung von Windenergieanlagen keine Rolle: Im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb windenergierechtlicher Anlagen treten – der dargestellten Rechtsprechung folgend – Konflikte mit den Verbotstatbeständen aus § 44 BNatSchG durch eine unbeabsichtigte Verletzung, Tötung oder Störung geschützter Spezies auf. Die Genehmigungsverfahren betreffen weder rechtswidrige Besitz- und

---

<sup>53</sup> Müller-Walter, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 2.

Vermarktungshandlungen noch solche Maßnahmen, die im Nachgang einer Beeinträchtigung der Tiere – beispielsweise in Folge des Auffindens verletzter Tiere – erfolgen. Mangels Relevanz im hier interessierenden Zusammenhang wird demgemäß von einer vertieften Darstellung der Absätze 1 bis 4 jedenfalls insoweit abgesehen, als sie für die Darstellung und Operationalisierung konkreter Ausnahmegewährungen unerheblich sind.

Die weiteren Ausführungen konzentrieren sich daher auf die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG, der im Folgenden aus rechtsdogmatischer Sicht zu interpretieren ist.



#### IV. Rechtsdogmatische Durchdringung der Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG

Bezogen auf Zulassungsverfahren werden mögliche Ausnahmegewährungen in Absatz 7 konkretisiert. In Umsetzung von Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie ermöglicht es die Vorschrift den zuständigen Landesnaturschutz- und Landeslandschaftspflegebehörden, im Einzelfall eine Ausnahme von den Verboten des § 44 BNatSchG zuzulassen. Über vergleichbare Handlungsoptionen verfügen sowohl das Bundesamt für Naturschutz im Falle einer Einfuhr aus Drittländern (§ 45 Abs. 7 S. 1, 2. Var.) als auch die jeweiligen Landesregierungen, indem sie – Ausnahmen generalisierend – Rechtsverordnungen<sup>54</sup> erlassen (§ 45 Abs. 7 S. 4).<sup>55</sup>

Die Regelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG entspricht in weiten Teilen der Vorgängerregelung des § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F. Im Rahmen der sog. kleinen Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes erfuhr sie einige Änderungen, die aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben notwendig geworden waren.<sup>56</sup> Die maßgeblichen tatbestandlichen Voraussetzungen finden sich in den Sätzen 1 bis 3.

Dabei sind die gemeinschaftsrechtlich geforderten Tatbestandsmerkmale der Sätze 2 und 3 generell zu beachten, ohne dass es auf die in Satz 1 genannten speziellen Ausnahmegründe an der Stelle bereits ankäme:<sup>57</sup> Besteht folglich eine zumutbare Alternative oder führt eine potenzielle Ausnahmegenehmigung zu einer Verschlechterung der Population einer Art, so kann eine Ausnahme völlig losgelöst vom Bestehen eines Ausnahmegrunds nicht erteilt werden.

Allerdings erscheint aus systematischen Gründen eine gewisse Anpassung der Prüfung notwendig, die sich sowohl von der Regulationsstruktur im Gesetzeswortlaut als auch von der dogmatischen Vorrangigkeit der unionsrechtlichen Vorgaben löst: Ausgangspunkt der Ausnahmeprüfung ist nämlich die Frage nach zumutbaren Alternativen. Jedenfalls *vor der Erteilung*<sup>58</sup> einer Ausnahme ist dieser Gesichtspunkt zu klären. Darüber, ob eine Ausnahme zugelassen ist, kann freilich auch im Rahmen des Genehmigungsverfahrens befunden werden; die Durchführung des Verwaltungsverfahrens hat allerdings nach den §§ 10, 24

---

<sup>54</sup> Hiervon haben die Bundesländer soweit ersichtlich bisher keinen Gebrauch gemacht.

<sup>55</sup> Allerdings finden sich in einigen Windenergieerlassen der Bundesländer Ausführungen zum Umgang mit der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung. Dazu *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht (#21), S. 8.

<sup>56</sup> Vgl. dazu *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), Vorb. zu § 37 Rn. 17, § 45 Rn. 18.

<sup>57</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 15.

<sup>58</sup> *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 20.

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)<sup>59</sup> einfach, zweckmäßig und zügig betrieben zu werden. Gerade vor dem Hintergrund erscheint es zielführend – wenngleich nicht zwingend –, zunächst mögliche Alternativen auszuschließen, bevor man in die (aufwändige) Prüfung der weiteren Tatbestandsmerkmale eintritt. Innerhalb der Entscheidungsfindung wiederum ist vorrangig die Erörterung der Voraussetzungen eines Ausnahmegrundes. Erst wenn sie feststehen, lässt sich beurteilen, inwiefern daraus eine Verschlechterung des Erhaltungstands einer geschützten Population erwachsen könnte.

Innerhalb der einzelnen Tatbestandselemente sind zahlreiche Gesichtspunkte auslegungsbedürftig, sodass im Folgenden der Reihe nach eine Interpretation der tatbestandlichen Voraussetzungen stattfinden muss. Neben der bereits angesprochenen Alternativenprüfung (1.) werden die im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen relevanten Ausnahmegründe untersucht (2.). Schließlich wird die Anforderung der Nichtverschlechterung des Erhaltungszustands der Population (3.) aus rechtswissenschaftlicher Sicht operationalisiert.

## **1. Fehlende zumutbare Alternative**

Zunächst macht Satz 2 die Zulassung der Ausnahme davon abhängig, dass zumutbare Alternativen nicht gegeben sind. Danach darf keine zweite und damit andere Möglichkeit<sup>60</sup> bestehen. Der Begriff der Alternativität bezieht sich in dem Zusammenhang denklösig und aus systematischen Gründen nur auf solche Optionen, die die Identität des Vorhabens wahren<sup>61</sup> und den Gesamtcharakter nicht in Frage stellen.<sup>62</sup> Mit Hilfe der Ausnahmeregelung soll gerade das nämliche Projekt zugelassen werden, obwohl hierdurch Belange des Artenschutzes tangiert werden. Nur darum geht es!

Man könnte in dem Zusammenhang von der Notwendigkeit einer gewissen „Systembeständigkeit“ sprechen, was etwa die Substitution einer Windenergie- durch eine Photovoltaikanlage ausschließt. Würde man eine völlig abstrakte und unbeschränkte Alternativität zulassen, wären die tatbestandlichen Voraussetzungen im Übrigen stets erfüllt; denn dass ein Vorhaben einzigartig und bar jeder Veränderlichkeit umzusetzen wäre, weil sich hierfür keine andere Form der Energiegestehung finden ließe, dürfte schlicht ausgeschlossen sein.

---

<sup>59</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist.

<sup>60</sup> *Duden*, Deutsche Rechtschreibung.

<sup>61</sup> *Müller-Walter*, in: *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel*, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 16.

<sup>62</sup> *VGH Kassel*, Urt. v. 17.06.2008 – 11 C 1975/07.T, juris Rn. 162.

Folglich sind im Rahmen der Alternativenprüfung zunächst alle denkbaren Varianten der geplanten Maßnahme zu eruieren, die einen der Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG gerade nicht verwirklichten und somit das Nachdenken über die Zulassung einer Ausnahme obsolet machen. Fraglich ist, ob dabei auch solche Varianten einzubeziehen sind, die einen weniger invasiven Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG erfüllen.<sup>63</sup> Beispielhaft sei in dem Zusammenhang auf das Verhältnis zwischen der Zerstörung und der bloßen Beschädigung einer Ruhestätte verwiesen.<sup>64</sup> Letztlich dürfte der Verweis auf einen anderen Verbotstatbestand aber keine Option sein, die im Rahmen der Alternativenprüfung genutzt werden könnte. Das Ergebnis wäre nämlich, dass dann eine ebenso wirksame Zulassungssperre zum Tragen käme:<sup>65</sup> Der Eingriff wäre zwar weniger einschneidend, würde jedoch seinerseits ebenfalls in der Versagung der beantragten Genehmigung münden. Aus artenschutzrechtlicher Sicht ließen sich folglich keine Vorteile erzielen. Derartige Überlegungen führen also nicht weiter.

Das bedeutet allerdings nicht, dass an der Stelle keinerlei Beweglichkeit bestünde. Bereits die Wortsinnauslegung zwingt nicht zur Notwendigkeit einer vollständigen Identitätswahrung. Systematische Erwägungen, namentlich die in der Vorschrift angelegte Verknüpfung mit den Verbotstatbeständen des § 44 Abs. 1 BNatSchG, weisen ebenfalls in die Richtung, dass gewisse Abstriche gerade mit Blick auf die Wahrung der artenschutzrechtlichen Belange hinzunehmen sind. Daraus resultierende Einschränkungen können denkbarerweise so weit gehen, dass auf einen anderen Standort ausgewichen werden muss.<sup>66</sup> Im Einzelfall mag daraus resultieren, dass höhere Kosten für die Erschließung oder den Bau des Vorhabens erwachsen.<sup>67</sup> Im Zusammenhang mit dem Ausfindigmachen von Alternativmöglichkeiten reicht eine Grobanalyse aus.<sup>68</sup> Plan- bzw. Genehmigungsreife ist nicht erforderlich.<sup>69</sup>

Die grundsätzlich hinzunehmenden Einschränkungen seiner Belange müssen dem Anlagenbetreiber zumutbar sein.<sup>70</sup> Synonyme für zumutbar sind erträglich, möglich, normal. Im rechtlichen Kontext läuft das Erfordernis der Zumutbarkeit auf eine Interessenabwägung

---

<sup>63</sup> Ablehnend: *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741 (747).

<sup>64</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 16. A. A. *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 37.

<sup>65</sup> Wie hier: *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 37.

<sup>66</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 16.

<sup>67</sup> Vgl. für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen: *OVG Lüneburg*, Urt. v. 16.12.2009 – 4 LC 730/07, juris Rn. 65.

<sup>68</sup> *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 40.

<sup>69</sup> *BVerwG*, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 171.

<sup>70</sup> Ausführlich: *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 38 f.

hinaus.<sup>71</sup> Im hier interessierenden Zusammenhang müssen danach die Interessen des Anlagenbetreibers an einer Umsetzung seines Vorhabens mit denjenigen des Besonderen Artenschutzes zu einem Ausgleich gebracht werden. Im verfassungsrechtlichen Kontext spricht man auch von praktischer Konkordanz.<sup>72</sup> Im Ergebnis läuft es auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus. Im Rahmen einer derartigen Prüfung sind solche Maßnahmen nicht (mehr) einzubeziehen, die außer Verhältnis zu einem möglichen Gewinn für Natur und Landschaft stehen.<sup>73</sup> Maßgebliches Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist – wie nicht selten – letztlich die Erforderlichkeit: Es darf kein milderer, aber gleich geeignetes Mittel zur Verfügung stehen, welches die Umsetzung des Projekts ebenfalls zu gewährleisten imstande ist. Die Bewertung der Erforderlichkeit kann sich dabei auch auf einen Teilaspekt der in die Natur eingreifenden Maßnahme beschränken.<sup>74</sup>

Abstriche auf Seiten des Anlagenbetreibers sind etwa beim Zielerreichungsgrad der Anlage und damit bei deren ökonomischer Rentabilität zu akzeptieren,<sup>75</sup> wenn auf die Weise den artenschutzrechtlichen Belangen noch Rechnung getragen werden kann. Verallgemeinerungen sind an der Stelle schwer möglich; entscheidend sind die Gegebenheiten des Einzelfalls.

Fehlt es an generalisierbaren Kriterien, lassen sich zumindest Parallelerwägungen aus vergleichbaren Konstellationen anstellen. Ansatzpunkte könnten beispielsweise im Habitatschutz und der dort verankerten Eingriffsregelung zu sehen sein. Für den Fall eines Eingriffs in den Naturhaushalt und einer dadurch verursachten Beeinträchtigung eines Schutzgebiets sind bekanntlich Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zu leisten. Dabei soll eine Mehrbelastung von etwa 10% in Bezug auf die Gesamtkosten als noch verhältnismäßig und damit im Ergebnis noch zumutbar anzusehen sein.<sup>76</sup>

Diese Erwägungen lassen sich auf den hier interessierenden Sachverhalt einer alternativen Vorhabenumsetzung übertragen.<sup>77</sup> Potenzielle Schadensminderungs- und -minimierungsmaßnahmen sind dabei zu berücksichtigen.<sup>78</sup> Dass die wirtschaftlichen Auswirkungen in die Betrachtung einzustellen sind, ergibt sich im Übrigen auch aus der auch

---

<sup>71</sup> Statt vieler: *Dörner/Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 107.

<sup>72</sup> Etwa *Pieper*, in: *Epping/Hillgruber*, Grundgesetz: GG. Kommentar, Art. 60 Rn. 9.

<sup>73</sup> *OVG Münster*, Beschl. v. 23.03.2007 – 11 B 916/06.AK, juris Rn. 65; *VGH München*, Urt. v. 28.01.2008 – 8 A 05.40018, juris Rn. 94. Zum Begriff der Verhältnismäßigkeit in dem Zusammenhang: *Schütte/Gerbig*, in: *Schlacke*, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 38 f.

<sup>74</sup> *Müller-Walter*, in: *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel*, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 17.

<sup>75</sup> *Schütte/Gerbig*, in: *Schlacke*, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 39.

<sup>76</sup> *OVG Lüneburg*, Urt. v. 16.12.2009 – 4 LC 730/07, juris Rn. 65.

<sup>77</sup> *Müller-Walter*, in: *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel*, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 16.

<sup>78</sup> *Schütte/Gerbig*, in: *Schlacke*, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 39.

verfassungsrechtlich über die Art. 12 und 14 GG geschützten unternehmerischen Freiheit sowie der Baufreiheit. Bei der Einzelfallprüfung sind die genannten Wertangaben als Richtgrößen anzusehen, die dann jeweils einer intensiven Überprüfung bedürfen.<sup>79</sup>

Stellt die Güterabwägung im Ergebnis folglich einen Kompromiss dar, bestätigt das quasi reflexhaft und letztlich zwingend die Ansicht, dass auch der Anlagenbetreiber eine teilweise Beschränkung seiner Interessen jedenfalls insoweit hinzunehmen hat, als sie eben zumutbar ist.

Diskutiert wird in dem Zusammenhang, ob die sog. Null-Variante<sup>80</sup> in die Überlegungen miteinzubeziehen ist. Gemeint ist damit, ob das vollständige Absehen von der Verwirklichung des Vorhabens überhaupt Bestandteil der Zumutbarkeitsprüfung sein kann. Das Bundesverwaltungsgericht vertritt diese Auffassung,<sup>81</sup> macht jedoch geltend, dass sie wegen der denkbaren Konsequenz der Nichtausführung letztlich nicht zum Zuge kommen dürfte.<sup>82</sup> Umgekehrt soll nach vom VGH Mannheim vertretener Auffassung die sog. Null-Variante jedenfalls dann ausscheiden, wenn dem Projekt zwingende Gründe des öffentlichen Interesses zugrunde liegen, die die Durchführung des Vorhabens erfordern.<sup>83</sup>

Im hier interessierenden Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Diskussion um die sog. Null-Variante mit ihrer Behandlung auf der Tatbestandsebene falsch verortet ist: Die Prüfung eines Absehens von der Umsetzung aufgrund artenschutzrechtlicher Besorgnisse ist als Option stets gegeben. Sie stellt indes zugleich diejenige Rechtsfolge dar, die über die Ausnahmeprüfung und gegebenenfalls -gewährung gerade nicht ausgelöst werden soll. Wollte man sie innerhalb der tatbestandlichen Erwägungen dennoch berücksichtigen, würde ein Zirkelschluss drohen. Demgegenüber ist es zielführender, die sog. Null-Variante als eine und folglich bloß mögliche Rechtsfolge anzusehen, die dann eintritt, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen einer Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG eben nicht erfüllt sind.

Eine Ausnahmegenehmigung kann folglich dann erteilt werden, wenn eine zumutbare Alternative zu der geplanten Vorhabenrealisierung nicht besteht. Die Prüfung der Zumutbarkeit bedingt eine Güterabwägung zwischen den Belangen des Besonderen Artenschutzes und den Interessen des Anlagenbetreibers. Etwaige Einschnitte für den

---

<sup>79</sup> Wenngleich solche Prozentangaben einen normativen Rückhalt im Habitatschutz haben, erscheint ihre Übertragbarkeit jedenfalls nicht abschließend geklärt. Dazu weiter: *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 38.

<sup>80</sup> Zu dem Begriff: *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 16.

<sup>81</sup> *BVerwG*, Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20/08, juris Rn. 58.

<sup>82</sup> *BVerwG*, Urt. v. 03.05.2013 – 9 A 16/12, juris Rn. 85. Daher die Nullvariante ablehnend: *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG. Kommentar, § 45 Rn. 21.

<sup>83</sup> In diese Richtung wohl *VGH Mannheim*, Urt. v. 07.08.2009 – 5 S 2348/08, juris Rn. 54.

Vorhabenträger kommen insbesondere auf der finanziellen Ebene in Betracht. Was hier zumutbar ist, lässt sich allgemein schwer sagen; die Rechtsprechung geht von einem Richtwert von etwa 10% aus.

## 2. Vorliegen eines Ausnahmegrundes

Für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung bedarf es weiterhin des Vorliegens eines der in Absatz 7 in den Nummern 1 bis 5 aufgeführten Ausnahmegründe. Dabei handelt es sich um einen abschließenden Katalog, der nicht über die analoge Heranziehung anderweitiger Erwägungen erweitert werden kann.<sup>84</sup>

### a) Die Ausnahmegründe nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG

Nach Nr. 1 kann eine Ausnahme zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden zugelassen werden. Im Rahmen der notwendig ökonomischen Betrachtung sind nur erhebliche Schäden relevant. Wenngleich aufgrund der Novellierung des Ausnahmetatbestands und des damit verbundenen Wegfalls des Begriffs des „gemeinwirtschaftlichen Schadens“ auch die Beeinträchtigung einzelner Betriebe erfasst ist,<sup>85</sup> kommt dem Ausnahmegrund für den Bereich der Windenergieerzeugung keine Bedeutung zu: Mit der Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft sind Aspekte der Bedarfsdeckung angesprochen, um die Allgemeinheit mit daseinssichernden Produkten zu versorgen. Die Wasserwirtschaft ist dem gleichgestellt. Über das Merkmal der sonstigen wirtschaftlichen Schäden könnte eine Vergleichbarkeit mit der Energieversorgung zwar hergestellt werden; es fehlt jedoch an der erforderlichen Kausalität zwischen artenschutzrechtlichem Verbot und eintretendem Schaden. Denn im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren wird der Nachweis eines erheblichen Schadenseintritts aufgrund der artenschutzrechtlich begründeten Genehmigungsverweigerung nicht möglich sein. Die Angewiesenheit auf einen ganz konkreten Standort, der alternativlos wäre, dürfte in der Praxis nicht bestehen.

Ähnlich verhält es sich in Bezug auf den Ausnahmegrund aus Nr. 2. Danach können Ausnahmen zum Schutz heimischer Tier- und Pflanzenarten zugelassen werden, wenn sich Exemplare besonders geschützter Arten so stark ausbreiten, dass sie andere Tier- oder Pflanzenarten zu verdrängen oder gar zu vernichten drohen. Dass die Errichtung oder der Betrieb einer Windkraftanlage die Ausbreitung bestimmter Spezies derart fördern, dass andere Arten wiederum davon beeinträchtigt werden, ist schlicht nicht ersichtlich. Aus dem Grund muss auf die Ausnahmeregelung der Nr. 2 im hier interessierenden Zusammenhang nicht weiter eingegangen werden.

---

<sup>84</sup> Müller-Walter, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 23.

<sup>85</sup> Lau, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG. Kommentar, § 45 Rn. 14.

Das gilt auch für die Vorschrift der Nr. 3. Sie ermöglicht Ausnahmen für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung, auch soweit es um eine Aufzucht oder künstliche Vermehrung geht. Der Betrieb einer Windenergieanlage verfolgt demgegenüber wirtschaftliche Interessen des jeweiligen Projektträgers, ungeachtet der Tatsache, dass im Einzelfall damit gegebenenfalls auch klimaschützende Anliegen (mit-)verwirklicht werden mögen. Einschlägig und damit im Rahmen der hiesigen Ausführungen relevant ist der Ausnahmegrund somit nicht.

#### **b) Der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG**

Im Umfeld der Errichtung einer Windkraftanlage könnte allerdings der Ausnahmegrund aus § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG zur Anwendung gelangen.<sup>86</sup> Danach ist eine ausnahmsweise Zulassung aufgrund „maßgeblich günstiger Auswirkungen auf die Umwelt“ denkbar. Hinsichtlich des möglichen Betriebs einer Windkraftanlage könnte eine solche positive Umweltauswirkung in einem mit der regenerativen Energiegestehung verbundenen Schutz des Klimas gesehen werden. Lässt man den Aspekt des Baus und der Errichtung der Anlage unberücksichtigt, leistet ein derartiges Vorhaben einen klimaneutralen Beitrag zur Energieerzeugung – im Vergleich mit konventionellen Projekten ist also eine günstige Auswirkung auf die Umwelt anzunehmen.<sup>87</sup>

Fraglich ist in dem Zusammenhang indes, ob eine solch bloße Neutralität für die Annahme einer positiven Wirkung ausreichend ist. Wortlaut wie Systematik der Regelung deuten darauf hin, dass die Vorschrift eng auszulegen ist mit der Konsequenz, dass verlangt werden muss, dass tatsächlich ein günstiger Effekt an anderer Stelle oder aus anderem Grund eintritt. Zudem stellt sich die Frage, wie es um die Kausalität einer etwaig förderlichen Wirkung bestellt sein muss. Das bedarf einer etwas näheren Betrachtung:

Angesprochen sind die Kausalität respektive die (Un-)Mittelbarkeit der vorteilhaften Wirkung. In der Literatur dominiert insoweit ein restriktives Verständnis. Es sollen nur solche günstigen Auswirkungen in die Bewertung eingestellt werden können, die unmittelbar, nachweislich kausal und kleinräumig den Zustand der Umwelt verbessern.<sup>88</sup> Bloß mittelbar förderliche

---

<sup>86</sup> Die Rechtsprechung tendiert indes dazu, im Zusammenhang mit der Errichtung von Windkraftanlagen lediglich die Regelung aus § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG zu diskutieren und heranzuziehen. Dazu *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht (#21), S. 7 sowie sogleich ausführlich unter c).

<sup>87</sup> *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht (#21), S. 7.

<sup>88</sup> *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht (#21), S. 7 unter Verweis auf u.a. *Gatz*, Windenergieanlagen in der



Maßnahmen sollen hingegen nicht ausreichen.<sup>89</sup> Die damit geforderte Unmittelbarkeit dürfte in der Folge und in Bezug auf eine (einzelne) Windkraftanlage auch kaum anzunehmen sein, weshalb eine Anwendung des Ausnahmegrunds der Nr. 4 bisweilen rundheraus abgelehnt wird.<sup>90</sup> Zusätzlich wird vielfach auf das sog. Leybucht-Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) verwiesen.<sup>91</sup> Danach sind konkrete positive Auswirkungen erforderlich.

Die generelle Ablehnung der Ausnahmemöglichkeit aus Nr. 4 überzeugt indes vor dem Hintergrund, dass Klima- und Umweltschutzmaßnahmen ganz regelmäßig langfristig und mitunter global angelegt sind, nicht.<sup>92</sup> Bestes Beispiel hierfür bildet das Ziel einer Begrenzung des weltweiten Temperaturanstiegs. Eine unmittelbar klimawirksame Maßnahme ist im Übrigen für Vorhaben, die ein solches Ziel nicht von vornherein verfolgen und demgemäß über eine Ausnahme zugelassen werden sollen, nur schwer vorstellbar. Zudem fielen sämtliche Teilbeiträge klimaneutraler oder -schützender Projekte auf dem Weg zu einer Neuausrichtung der (nationalen) Energiegestehungslandschaft aus der Betrachtung heraus. Daneben würde die skizzierte Ansicht dazu führen, dass Klimaschutzmaßnahmen im Rahmen der Bewertung schlechter gestellt würden als solche zum Schutz des Bodens oder von Gewässern, bei denen regelmäßig mit kleinräumigeren Wirkungsradien operiert werden kann.<sup>93</sup> Folglich ist ein Umdenken in Bezug auf die Ausnahmemöglichkeit der Nr. 4 angezeigt.

Festzuhalten bleibt indes, dass die weit überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten keinen Spielraum dafür sehen, über die Regelung zur ausnahmsweisen Zulassung einer Windkraftanlage zu gelangen.

### **c) Der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG**

Schließlich kann der Ausnahmegrund der Nr. 5 zur Anwendung kommen. Danach kann aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art eine Ausnahme gewährt werden. Aufgrund der

---

Verwaltungs- und Gerichtspraxis, R. 258, 293; *Gellermann*, in: Beckmann/Durner/Mann/Röckinghausen, Landmann/Rohmer – Umweltrecht. Kommentar, BNatSchG, § 45 Rn. 23, § 34 Rn. 39.

<sup>89</sup> *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741 (744).

<sup>90</sup> *VG Halle (Saale)*, Urt. v. 23.11.2010 – 4 A 34/10, juris Rn. 72; v. *Marschall*, Naturschutzrechtliche Probleme bei der Zulassung und Planung von Windenergieanlagen auf dem Land, S. 178.

<sup>91</sup> EuGH, Urt. v. 20.02.1991 – Rs. C-57/89, juris Rn. 25.

<sup>92</sup> Wie hier: *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht (#21), S. 7.

<sup>93</sup> *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht (#21), S. 8.

Weite des Anwendungsbereichs wird in dem Zusammenhang teilweise von einem sog. unbenannten Ausnahmegrund gesprochen.<sup>94</sup>

Vertreten wird, das dem Begriff der „zwingenden“ Interessen bei der Interpretation der Bestimmung keine eigenständige Bedeutung zukommen soll. Vielmehr soll dessen Gebrauch aus dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 lit. c FFH-Richtlinie herrühren und lediglich der Verdeutlichung der Voraussetzung dienen, dass die öffentlichen Interessen gegenüber den Belangen des Artenschutzes überwiegen müssen.<sup>95</sup>

Aufgrund der nun einmal gegebenen Verwendung des Worts „überwiegend“ vermag ein Verständnis, das eine Redundanz in Kauf nimmt, jedoch nicht zu überzeugen. Daraus folgt, dass zwar keine Sachzwänge vorliegen müssen, um die Ausnahmeentscheidung treffen zu können, es aber doch vernünftiger Erwägungen und einer daraus resultierenden Handlungsnotwendigkeit bedarf,<sup>96</sup> die vorrangig auf die Verwirklichung des verfolgten öffentlichen Interesses gerichtet ist.<sup>97</sup> Dabei reicht es aus, wenn sie plausibel dargelegt werden können.<sup>98</sup>

Ausschließlich betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte sind demgegenüber regelmäßig von Nr. 5 nicht erfasst. Allein öffentliche Interessen sollen Berücksichtigung finden können,<sup>99</sup> die jedenfalls rein private Belange exkludieren.<sup>100</sup> Teilweise wird allerdings vertreten, dass Privatinteressen dann in die Betrachtung einzustellen sind, wenn sie zugleich öffentliche Zwecke verfolgen.<sup>101</sup> In Bezug auf Windkraftanlagen könnte eine solche doppelte Zweckverfolgung in einer in § 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)<sup>102</sup> verankerten Energiegewinnung zu sehen sein, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Im Rahmen der Errichtung einer Windenergieanlage könnten demgemäß die zu fordernden zwingenden Gründe überwiegender öffentlicher Interessen in einer kontinuierlichen

---

<sup>94</sup> *Ruß/Sailer*, Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht (#21), S. 8.

<sup>95</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 28.

<sup>96</sup> *BVerwG*, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 153; dass., Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20/08, juris Rn. 55.

<sup>97</sup> *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG. Kommentar, § 45 Rn. 18; trotz der Annahme fehlender eigenständiger Bedeutung des Begriffs „zwingend“ in diese Richtung: *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 28.

<sup>98</sup> *BVerwG*, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 125.

<sup>99</sup> *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 32.

<sup>100</sup> *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG. Kommentar, § 45 Rn. 18.

<sup>101</sup> *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741 (745).

<sup>102</sup> Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066).

Stromversorgung liegen,<sup>103</sup> und in dem Fall ginge es auch nicht mehr um ausschließlich betriebswirtschaftliche Aspekte.

Damit der Ausnahmegrund aus § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG zum Tragen kommen kann, muss er seinerseits gemeinschaftsrechtskonform ausgestaltet sein. Die Frage stellt sich deshalb konkret an der Stelle, weil eine Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG auch dann möglich ist, wenn die Betroffenheit europäischer Vogelarten in Rede steht. Allerdings enthält Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-Richtlinie<sup>104</sup> keinen Ausnahmetatbestand, der wirtschaftliche Aspekte berücksichtigt. Trotz der vom EuGH geäußerten Annahme, die Ausnahmegründe in Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-Richtlinie seien abschließend,<sup>105</sup> dürfte die in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG getroffene Regelung noch unionsrechtskonform sein:<sup>106</sup> Anderenfalls ergäben sich kaum zu überwindende Wertungswidersprüche. Ein Gleichlauf und eine Vereinheitlichung der Ausnahmegründe sind also angezeigt.<sup>107</sup> Ohne eine solche Auslegung wären infrastrukturelle Großvorhaben im Übrigen kaum realisierbar – eine Konsequenz, die die Vogelschutz-Richtlinie nicht intendiert haben kann.<sup>108</sup>

Damit ist der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands von § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG zumindest dem Grunde nach eröffnet, sofern – wie dargelegt – zumindest **auch** ein öffentliches Interesse auszumachen ist, es also nicht bei allein privatnützigen Belangen sein Bewenden hat.<sup>109</sup>

Lässt man ein zumindest „auch-öffentliches“ Interesse genügen, das zugleich private Belange fördert, sind allerdings konsequenterweise nur diejenigen Interessen in die Abwägung einzustellen, die aus dem öffentlichen (An-)Teil Belangen resultieren.<sup>110</sup>

In Bezug auf die Errichtung und den Betrieb einer Windkraftanlage könnte deshalb von einer Gemeinwohlförderung ausgegangen werden, weil die Gesteuerung erneuerbar erzeugten

---

<sup>103</sup> *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), 2012, § 45 Rn. 32.

<sup>104</sup> Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 103 vom 25.4.1979, geändert durch die Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 20/7 vom 26.1.2010.

<sup>105</sup> *EuGH*, Urt. v. 08.07.1987 – Rs. 247/85, Slg. 1987, 3029, Rn. 9; *ders.*, Urt. v. 12.07.2007 – Rs. C-507/04, Slg. 2007, I-5939, Rn. 326.

<sup>106</sup> Zweifelnd hingegen *BVerwG*, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 262.

<sup>107</sup> *Gellermann*, in: Beckmann/Durner/Mann/Röckinghaus, Landmann/Rohmer – Umweltrecht. Kommentar, Bd. 2, § 45 BNatSchG Rn. 24.

<sup>108</sup> *Gellermann*, in: Beckmann/Durner/Mann/Röckinghaus, Landmann/Rohmer – Umweltrecht. Kommentar, Bd. 2, § 45 BNatSchG Rn. 24.

<sup>109</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 28.

<sup>110</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 28.

Stroms einerseits der Sicherung der Stromversorgung insgesamt dient und andererseits die Umsetzung der sogar in Art. 20a Grundgesetz (GG)<sup>111</sup> verankerten klimapolitischen Verantwortung des Staates fördert.<sup>112</sup>

Dagegen lässt sich anführen, dass ein generelles Interesse an „sauberer“ Energie nicht ausreicht,<sup>113</sup> um als zwingender Grund eines überwiegenden öffentlichen Interesses angesehen werden zu können.<sup>114</sup> Vielmehr muss das Vorhaben am nämlichen Standort derart gewichtig sein, dass für die Verwirklichung des übergeordneten Gesamtziels darauf nicht verzichtet werden könnte.<sup>115</sup> In der Literatur wird daraus gefolgert, dass der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG im hier interessierenden Zusammenhang vergleichsweise selten zum Tragen kommen dürfte.<sup>116</sup>

Der Beantwortung der Frage kommt man näher, wenn man die Normstruktur schärfer in den Blick nimmt. Dabei ergibt sich, dass das Vorhandensein überwiegender öffentlicher Interessen nicht ausreicht. Wäre das der Fall, könnte man – wie das gelegentlich versucht wird – abwägen und durchaus den zunehmenden Beitrag, den die Erneuerbaren Energien für die Stromversorgung leisten, in die Abwägung einstellen und müsste nicht von vornherein Beiträge, die die einzelne Anlage zu erbringen in der Lage wäre, marginalisieren. Indes setzt die Vorschrift voraus, dass **zwingende** Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses vorliegen müssen. Zwingend ist etwas nur, wenn es unbedingt erforderlich, unerlässlich ist. So wichtig der Beitrag der fraglichen Anlage für den Ausbau der Energieerzeugung auf der Grundlage Erneuerbarer Energien sein mag – unerlässlich im Sinne einer Unverzichtbarkeit wird sie kaum jemals sein können. Das gilt auch dann, wenn der zugrunde gelegte geografische Rahmen eher eng gezogen wird.

---

<sup>111</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438).

<sup>112</sup> Müller-Mitschke, NuR 2015, 741 (745).

<sup>113</sup> VG Halle, Urt. v. 23.11.2010 – 4 A 23/10, juris Rn. 72 f.

<sup>114</sup> VG Cottbus, Urt. v. 07.03.2013 – 4 K 6/10, juris Rn. 85 f.; VG Halle, Urt. v. 19.08.2010 – 4 A 9/10, juris Rn. 55.

<sup>115</sup> OVG Münster, Urt. v. 13.12.2007 – 8 A 2810/04, juris Rn. 231. A. A. Müller-Mitschke, NuR 2015, 741 (745 ff.), die eine Zulassung aus Allgemeinwohlgründen in Bezug auf eine nachhaltige Energiegewinnung befürwortet.

<sup>116</sup> Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 260, 293, der von „unüberwindlichen Hürden“ für Windenergieanlagen spricht und demgemäß davon ausgeht, dass die Voraussetzungen einer Ausnahme über § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht erfüllt werden können.

### 3. Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art

Über das Fehlen zumutbarer Alternativen und das Vorliegen eines Ausnahmegrunds hinaus muss als weitere Voraussetzung hinzukommen, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art aufgrund der auf der Ausnahme basierenden Zulassung des Vorhabens nicht verschlechtern darf. Die genannten Tatbestandsvoraussetzungen stehen kumulativ, nicht alternativ nebeneinander.

Im Gegensatz zum sog. Störungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG gibt es hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals Erhaltungszustand der Population keine Begrenzung auf die oder eine lokale Population. Lediglich bei endemischen und damit örtlich nur beschränkt vorkommenden Arten ist gegebenenfalls eine Betrachtung der – dann notwendigerweise – lokalen Population geboten.<sup>117</sup> Der Erhaltungszustand im Sinne des § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG muss im Zeitpunkt der Entscheidung grundsätzlich günstig sein.<sup>118</sup> Bei Vorliegen entsprechender wissenschaftlicher Nachweise ist eine Ausnahme im Einzelfall jedoch auch dann möglich, wenn zumindest keine weitere Verschlechterung des bestehenden Zustands droht oder die Wiederherstellung eines besseren Zustands wenigstens nicht gefährdet wird.<sup>119</sup>

Der Begriff der Population meint eine Mehrzahl von Exemplaren einer Art, die einen konkreten, zusammenhängenden Lebensraum bewohnen und oftmals eine gemeinsame genetische Kontinuität aufweisen.<sup>120</sup> Dabei ist die Population einer Art insgesamt im Rahmen einer gebietsbezogenen Gesamtschau zu betrachten, die zusätzlich weitere (Teil-) Populationen der Art in den Blick nehmen kann.<sup>121</sup>

Dem folgend handelt es sich um eine Form der Saldierung,<sup>122</sup> bei der etwaige Einbußen an der einen Stelle über eine anderweitig gesicherte Population kompensiert und damit zumindest eine Verschlechterung des Erhaltungszustands insgesamt vermieden wird. Die Art muss als lebensfähiges Element im Naturraum erhalten bleiben.<sup>123</sup> Im Falle eines ohnehin ungünstigen Erhaltungszustands soll jede weitere Verschlechterung unzulässig sein.<sup>124</sup>

---

<sup>117</sup> *Stöckel/Müller-Walter*, in: *Ambs/Häberle, Erbs/Kohlhaas – Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar*, Loseblatt, § 45 BNatSchG Rn. 18.

<sup>118</sup> *EuGH*, Urt. v. 10.05.2007 – Rs. C-508/04, juris Rn. 114.

<sup>119</sup> *EuGH*, Urt. v. 14.06.2007 – Rs. C-342/05, juris Rn. 29; *BVerwG*, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12/10, juris Rn. 152.

<sup>120</sup> *Müller-Walter*, in: *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 18.*

<sup>121</sup> *BVerwG*, Urt. v. 21.06.2006 – 9 A 28/05, juris Rn. 44; *dass.*, Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20/08, juris Rn. 60.

<sup>122</sup> *Müller-Walter*, in: *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 18.*

<sup>123</sup> *BVerwG*, Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20/08, juris Rn. 60.

<sup>124</sup> *Müller-Walter*, in: *Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht Kommentar, § 45 BNatSchG Rn. 18.*

Klärungsbedürftig ist in dem Zusammenhang, welche Bezugsgröße im Rahmen einer Bewertung herangezogen werden muss.

In dem Kontext könnte auf das „natürliche Verbreitungsgebiet“ abgestellt werden.<sup>125</sup> Wenngleich insoweit und damit im Gegensatz zu § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG innerhalb des Wortlauts nicht explizit auf die „örtliche“ Population zu rekurrieren ist, so ist eine irgendwie geartete räumliche Begrenzung bereits aus systematischen Gründen vorzunehmen. Das ergibt sich schon aus dem Populationsbegriff, der – wie soeben dargelegt – auf einen zusammenhängenden Lebensraum abstellt.<sup>126</sup> Deshalb könnte man erwägen, auf das Gebiet eines entsprechenden Bundeslands abzustellen.<sup>127</sup> Unter Umständen könnte man sogar darüber hinausgehend an eine Vergrößerung des Maßstabs und eine damit verbundene Ausdehnung des Betrachtungs- respektive Verbreitungsgebiets denken: Da die relevante Bezugsgröße das „natürliche Vorkommen“ ist, könnte gegebenenfalls auf das Bundesgebiet insgesamt abgestellt werden. Besinnt man sich allerdings – dem Wortlaut folgend – auf den Populationsbegriff und versteht Population als „Mehrzahl von Individuen, die einen bestimmten, zusammenhängenden Lebensraum bewohnen und dabei eine genetische Kontinuität aufweisen“,<sup>128</sup> ist eine solche Maßstabsvergrößerung indes nur dann begründbar, wenn tatsächlich eine biologische oder räumliche Kontinuität innerhalb der einbezogenen Exemplare vorliegt. Das dürfte für den nationalen Raum aufgrund der völlig unterschiedlichen Topographie ausscheiden. Im Ergebnis läuft es danach auf eine Einzelfallbetrachtung hinaus, die an das jeweilige Verbreitungsgebiet der Art anknüpft.

---

<sup>125</sup> BVerwG, Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20/08, juris Rn. 60.

<sup>126</sup> Dazu soeben.

<sup>127</sup> In diese Richtung *Müller-Mitschke*, NuR 2015, 741 (748).

<sup>128</sup> *Müller-Walter*, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht Kommentar, § 45 BNatSchG Rn. 18 m. w. N.

## V. Rechtsfolge: Abwägungs- und Ermessensentscheidung

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen von § 45 Abs. 7 BNatSchG vor, können die zuständigen Behörden im Einzelfall Ausnahmen zulassen.

Das zwingt die zuständige Behörde zunächst zu einer Bewertung des – wie bereits im Wortlaut gefordert – jeweiligen Einzelfalls, innerhalb derer eine entsprechende Abwägungsentscheidung notwendig ist. Dabei stehen selbstverständlich zunächst die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG im Mittelpunkt. Sehr wohl können aber auch weitere Erwägungen in die Entscheidung einfließen<sup>129</sup>. Das folgt bereits aus der Regulationsstruktur als Ermessensentscheidung. Darauf ist nunmehr noch etwas ausführlicher einzugehen.

Am Ende des Abwägungsvorgangs hat die Behörde eine Ermessensentscheidung darüber zu treffen, ob eine Ausnahmegenehmigung gewährt werden *kann*. Das danach eingeräumte Können stellt den normativen Anknüpfungspunkt für die Ermessensentscheidung dar: Zwischen unterschiedlichen Rechtsfolgen kann die Behörde wählen; dabei ist eine Alternativität zwischen zwei möglichen Konsequenzen ausreichend.

Innerhalb des Ermessens wird zwischen dem Entschließungs- und dem Auswahlermessen differenziert. Die Entschließung bezieht sich auf den Gesichtspunkt, überhaupt behördenseitig tätig zu werden, das Auswahlermessen hingegen betrifft die Frage, welche Ausformung eine staatliche Entscheidung haben soll.

Mit der Einräumung von Ermessen erhält die Verwaltung ein rechtsstaatliches Instrument, um in einer und auf eine bestimmte(-n) Situation reagieren und damit einen Beitrag zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit leisten zu können.<sup>130</sup> Die ihr damit zugestandene „Freiheit“ darf nicht mit Beliebigkeit verwechselt werden. Ein mitunter so bezeichnetes „freies Ermessen“ gibt es nicht. Vielmehr wächst mit steigendem Freiheitsgrad stets auch die Verantwortung, im Fall einer behördlichen Ermessensentscheidung also diejenige dafür, zu einer rechtskonformen und dem konkreten Einzelfall Rechnung tragenden Entscheidung zu gelangen. Pflichtgemäß<sup>131</sup> ausgeübtes Ermessen ist daher stets am Gesetzeszweck zu orientieren.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> Dazu *Europäische Kommission*, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, endg. Fassung Februar 2007, S. 60 Rn. 13: Es müssen die konkreten Bedingungen erfüllt sein, bevor eine Ausnahme gewährt werden „kann“.

<sup>130</sup> *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 38.

<sup>131</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 17.

<sup>132</sup> *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 41.

Ermessensfehler kommen zunächst dann in Betracht, wenn die Behörde die trotz der Ermessensbetätigung bestehenden rechtlichen Bindungen unbeachtet lässt. Eine Überschreitung dieser Grenzen ist dann gegeben, wenn die Behörde eine Rechtsfolge wählt, die nicht mehr innerhalb des normativ eröffneten Rahmens liegt, wohingegen ein Nichtgebrauch dann anzunehmen ist, wenn überhaupt keine Ermessenserwägung angestellt, sondern schlicht von einer gebundenen Entscheidung ausgegangen wird. Von einem Fehlgebrauch spricht man, wenn gerade nicht der mit der gesetzlichen Vorschrift verfolgte Zweck Leitlinie staatlichen Handelns ist, sondern sachfremde Erwägungen zur (maßgeblichen) Richtschnur behördlicher Handlungen werden. Zweckmäßigkeitserwägungen sind gerade keine Kategorie für die rechtliche Bewertung einer Ermessensentscheidung.

Demgegenüber sind Formulierungen wie „muss“, „hat zu...“ oder „hat nicht zu ...“ Anzeichen dafür, dass von einer gebundenen Handlung auszugehen ist<sup>133</sup> und die staatliche Maßnahme keinen Ermessenscharakter besitzt. In einem solchen Fall besteht keine Ermessensentscheidung, sondern die Behörde hat die allein angeordnete Rechtsfolge dann auszusprechen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind.

Aus rechtlicher Sicht „dazwischen“ liegen die sog. Soll-Vorschriften. Hier hat der Gesetzgeber die Verwaltung für den Regelfall zu einer ganz bestimmten Entscheidung verpflichtet, von der nur im Ausnahmefall abgewichen werden kann.<sup>134</sup> In eine ähnliche Richtung geht die verschiedentlich anzutreffende Annahme von einem sog. intendierten Ermessen in bestimmten Konstellationen.<sup>135</sup> Auch hierbei soll das Ergebnis des Entscheidungsprozesses in gewisser Weise determiniert sein:<sup>136</sup> Bereits das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen soll die Behörde danach für den Regelfall dazu anhalten, die entsprechende Rechtsfolge anzuordnen.

Im hier interessierenden Zusammenhang *muss* die Genehmigungsbehörde – anders als etwa beim gebundenen Genehmigungsanspruch gemäß § 6 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)<sup>137</sup> – gerade keine Ausnahme nach § 45 Abs. 7

---

<sup>133</sup> Zu den eine Ermessensnorm charakterisierenden Formulierungen insgesamt *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 9.

<sup>134</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 11.

<sup>135</sup> Vgl. etwa *BVerwG*, Urt. v. 16.06.1997 – 3 C 22/96, juris Rn. 14 ff.

<sup>136</sup> Kritisch dazu *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 12.

<sup>137</sup> Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 76 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.



BNatSchG zulassen. Vielmehr spricht der Wortlaut der Vorschrift davon, dass sie die Rechtsfolge einer Ausnahmegenehmigung bei Verwirklichung der tatbestandlichen Merkmale auslösen *kann*. Dabei können neben den tatbestandlich aufgeführten auch anderweitige Belange des Natur- und Artenschutzes – beispielsweise der Aspekt der Biodiversität<sup>138</sup> – einer möglichen Ausnahme entgegenstehen respektive sind im Einzelfall in die Abwägung einzustellen.

Demgegenüber nimmt eine teilweise vertretene Ansicht eine Ermessenbeschränkung oder -reduzierung an. Unter dem soeben erläuterten Stichwort des sog. intendierten Ermessens<sup>139</sup> geht sie davon aus, dass es sich bei § 45 Abs. 7 BNatSchG um eine „Soll-Vorschrift“ handelt, nach der eine Ausnahme regelmäßig dann zuzulassen ist, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>140</sup> Einschränkend geht eine andere Ansicht davon aus, dass lediglich in der Situation einer auf den konkreten Einzelfall bezogenen Ermessensbetätigung, in der gegenüber den bereits tatbestandlich erfassten Ausnahmebeziehungsweise Tatbestandsvoraussetzungen keine neuen Erkenntnisse oder Gesichtspunkte gewonnen werden können, eine Ermessensreduzierung mit der Folge einer regelmäßig zu erteilenden Ausnahmegenehmigung anzunehmen sei.<sup>141</sup>

Beide Auffassungen sind im Ergebnis abzulehnen. Bereits das unionsrechtlich geforderte hohe Schutzniveau für die über § 44 BNatSchG geschützten Spezies bedingt eine restriktive Auslegung etwaiger Ausnahmegenehmigungsvorschriften.<sup>142</sup> Im Übrigen handelt es sich bei der hier betrachteten normativen Ausprägung schlicht um eine pflichtgemäße Ausübung des gesetzlich gewährten Ermessens, in deren Rahmen die konkreten Gegebenheiten und Umstände in die Abwägung einzustellen sind. Zugleich soll der Verwaltung durch die Ermessensgewährung seitens des Gesetzgebers die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, eine bestimmte Verwaltungspraxis zu etablieren.<sup>143</sup> Eine solche Option ginge dann verloren, wenn schon das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen regelmäßig dazu führen würde, die Ausnahme zuzulassen.

Die Behörde hat demgemäß alle relevanten Sachverhaltsbestandteile zu ermitteln und eine abschließende Abwägungsentscheidung zu treffen, die eine dem Einzelfall angemessene

---

<sup>138</sup> Müller-Walter, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 20.

<sup>139</sup> Zu diesem Begriff Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO. Kommentar, § 114 Rn. 21 ff.; Borowski, DVBl 2000, 149 ff.

<sup>140</sup> Lau, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG. Kommentar, § 45 Rn. 13.

<sup>141</sup> Müller-Walter, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 14.

<sup>142</sup> Wie hier: Schütte/Gerbig, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 19.

<sup>143</sup> Müller-Walter, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 45 BNatSchG Rn. 14.

sachgerechte Lösung herbeiführt.<sup>144</sup> Dabei hat sie das unionsrechtlich geforderte hohe Schutzniveau für die über § 44 BNatSchG geschützten Spezies als maßgebliche Zielrichtung der Regelungen über den besonderen Artenschutz zu berücksichtigen und in ihre Erwägungen einzubeziehen.<sup>145</sup> Für den Antragsteller folgt daraus ein Anspruch auf eine pflichtgemäße Ermessensausübung – nicht mehr und nicht weniger.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 38.

<sup>145</sup> Wie hier: *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 45 Rn. 19.

<sup>146</sup> *BayVGH*, Beschl. v. 14.01.2004 – 9 ZB 03.2305, juris Rn. 28.

## VI. Sonderproblem: Grundsätzliche Möglichkeit der Ausnahmeerteilung vom Tötungsverbot?

Im Rahmen der Beurteilung einer möglichen Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG tritt im Zusammenspiel mit dem Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ein Sonderproblem auf. Denn aufgrund der Absolutheit des von der Rechtsprechung angenommenen Individuenbezugs des Tötungsverbots<sup>147</sup> könnte es in der Situation der Annahme eines antizipierten Verstoßes gegen den Verbotstatbestand aus europarechtlichen Gründen generell ausgeschlossen sein, eine Ausnahmegenehmigung zu erteilen.

Eine explizite gerichtliche Entscheidung hierzu gibt es bisher zwar nicht; allerdings lassen sich unter Umständen Parallelerwägungen im thematischen Umfeld vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen im Sinne von § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG auf die Konstellation einer Ausnahmegenehmigung übertragen. Deshalb ist vorsorglich an der Stelle kurz darauf einzugehen.

Die Regelung des § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG knüpft an das unionsrechtliche Konzept der sog. CEF-Maßnahmen<sup>148</sup> an. Unvermeidliche Maßnahmen sollen durch Kompensationen an anderer Stelle aufgewogen werden, um im Ergebnis eine Zulassung des Vorhabens zu erreichen. Ein häufig genanntes Beispiel ist die Einrichtung eines Habitats, verbunden mit einer entsprechenden Umsiedelung oder Neuansiedelung der betroffenen Art.

Nun soll es nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht möglich sein, im Wege einer CEF-Maßnahme vom individuenbezogenen Tötungsverbot des Art. 12 Abs. 1a FFH-Richtlinie abzusehen.<sup>149</sup> In der Folge könnten vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen ebenfalls nicht dazu geeignet sein, vom nationalrechtlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG freizustellen.<sup>150</sup>

Fraglich ist in dem Zusammenhang, inwieweit sich eine solche Ansicht auf die Möglichkeit einer Ausnahmeerteilung auswirken könnte. Würde man der Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts folgen, dürften einer Ausnahmegenehmigung im Falle der antizipierten Verwirklichung des Tötungsverbots zumindest Bedenken gegenüberstehen. Denn wenn es nicht einmal möglich sein soll, eine artenschutzrechtliche Beeinträchtigung

---

<sup>147</sup> Dazu unter I.

<sup>148</sup> *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar Bundesnaturschutzgesetz (GK-BNatSchG), § 44 Rn. 56 ff.: Measures that ensure the continued ecological functionality – CEF-Measures.

<sup>149</sup> Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, endg. Fassung 2007, II.3.4.d, S. 53 ff.

<sup>150</sup> So jedenfalls *BVerwG*, Urt. v. 14.7.2011 – 9 A 12/10, juris Rn. 119; ähnlich: *Gellermann*, in: Beckmann/Durner/Mann/Röckinghaus, Landmann/Rohmer – Umweltrecht. Kommentar, Bd. 2, § 44 BNatSchG Rn. 45.

über eine vorgezogene Maßnahme auszugleichen, so dürfte eine – im Zweifelsfall sogar kompensationslose – Ausnahmegenehmigung ebenfalls nicht in Betracht kommen.

Gegen eine solche Annahme spricht indes die explizit in Art. 16 FFH-Richtlinie eingeräumte Ausnahmemöglichkeit. Sie gestattet Ausnahmen von den Verboten des Art. 12 FFH-Richtlinie, ohne wie auch immer geartete Einschränkungen – etwa in Bezug auf das Tötungsverbot – zu normieren. Überzeugender erscheint demgemäß, das europarechtlich geforderte hohe Schutzniveau über eine europarechtskonforme Auslegung dergestalt zu realisieren, dass die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen unter besonderer Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und ihrer Operationalisierung durch den Europäischen Gerichtshof angewendet werden. Bis zu einer diesbezüglichen Entscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht oder den EuGH bleibt allerdings eine gewisse Unsicherheit in Bezug auf die Europarechtskonformität der Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG.

## VII. Handlungsempfehlungen

Die Normstruktur des § 45 Abs. 7 BNatSchG ist auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen mehrfach miteinander verknüpft, in ihrem Bedeutungsgehalt nicht ohne weiteres erschließbar – auf der Ebene der Rechtsfolgen durch die Einräumung eines Ermessens geprägt. Schon von daher verbietet es sich, die Handlungsmöglichkeiten, die die Bestimmung eröffnet, gewissermaßen als Königsweg anzusehen, als eleganten Ausweg, um den ersichtlich beträchtlichen Schwierigkeiten aus dem Weg zu gehen, die mit der Anwendung von § 44 Abs. 1 BNatSchG verbunden sind. Selbstverständlich führt das nicht dazu, § 45 Abs. 7 BNatSchG gänzlich zu ignorieren und für den Fall, dass es nicht gelungen ist, die Verbotstatbestände insbesondere von § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG zu überwinden, das Genehmigungsverfahren endgültig als gescheitert anzusehen. Alle rechtlichen Handlungsmöglichkeiten sind auszuschöpfen, aber eben gestuft und im Wissen darum, in welcher Reihenfolge vorzugehen ist, wie die Argumentation jeweils auszusehen hat und was die einzelnen Bestimmungen „hergeben“.

Vor dem Hintergrund ist zunächst daran zu erinnern: § 6 Abs. 1 BImSchG verleiht dem Antragsteller prinzipiell eine starke Rechtsposition – die Behörde muss die Genehmigung erteilen, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen („gebundene Genehmigung“); zudem kann sie sich nicht hinter irgendwelchen Fachbehörden oder sonstigen in- oder externen Einrichtungen „verstecken“, hat sie schließlich von Amts wegen das Genehmigungsverfahren zu fördern. Davon ist man bei § 45 Abs. 7 BNatSchG weit entfernt. Wie die rechtsdogmatische Durchdringung der Vorschrift gezeigt hat, sind die in Betracht kommenden Tatbestandsvoraussetzungen nur schwer zu fassen, zudem sind sie wegen des Ausnahmecharakters der Bestimmung im Zweifel eng auszulegen. Vor allem aber gibt die Ermessenseinräumung, die eben nicht von vornherein in eine bestimmte Richtung gehen muss, der Behörde ein vergleichsweise breites Spektrum an – rechtmäßigen – Handlungsmöglichkeiten. Deshalb kann nicht oft genug davor gewarnt werden, sich vorschnell – etwa aufgrund entsprechender Anregungen der Behörde – damit abzufinden, dass die Hürde des § 44 Abs. 1 BNatSchG als nicht überwindbar eingestuft und der Ausweg über § 45 Abs. 7 BNatSchG gesucht wird.

Läuft es aber doch auf die Heranziehung dieser Bestimmung hinaus, sind selbstverständlich die insoweit zur Verfügung stehenden „Stellschrauben“ zu bedienen. Auf der Tatbestandsebene betrifft das zunächst die argumentativ intensiv unterfütterte Darlegung, dass zumutbare Alternativen nicht gegeben sind. Bei den in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nrn. 1 – 5 BNatSchG aufgezählten Ausnahmegründen sollte der Aspekt der maßgeblich günstigen

Auswirkungen auf die Umwelt durchaus ins Feld geführt werden, auch wenn das von der Rechtsprechung bislang kaum goutiert worden ist. Logischerweise ergeben sich am ehesten Anknüpfungspunkte aus § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG mit dem Tatbestandsmerkmal der anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses. Es bietet bei entsprechender differenzierter, substantiierter Argumentation durchaus Chancen, auch wenn die Hürden mit Blick auf das Merkmal „zwingende Gründe“ hoch sind.

Bezogen auf die Rechtsfolgenebene dürfte es nicht schaden, die Behörde explizit darauf hinzuweisen, dass sie über ein – selbstverständlich pflichtgemäß auszuübendes – Ermessen verfügt, was ihr bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen einen beträchtlichen Handlungsspielraum verleiht. Und auch wenn kein Raum ist für eine wie auch immer geartete Einschränkung des Ermessensspielraums im Sinne eines „intendierten Ermessens“ oder dgl., wird man dann, wenn erst einmal die Hürden auf der Tatbestandsebene genommen sind, nicht selten von einer gewissen Bereitschaft der Behörde ausgehen können, sich Erwägungen nicht zu verschließen, die für eine Realisierung des Vorhabens sprechen. Dem sollte man durch eine entsprechende argumentative Unterfütterung des § 45 Abs. 7 BNatSchG-Antrages Rechnung tragen.

## VIII. Ergebnisse

1. § 45 Abs. 7 BNatSchG eröffnet unter im Einzelnen aufgeführten Voraussetzungen die Möglichkeit, Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG zuzulassen. Um den Ausnahmecharakter der Bestimmung zu wahren, sind die Tatbestandsmerkmale grundsätzlich eng auszulegen.
2. Dafür, sich intensiv mit dem Bedeutungsgehalt von § 45 Abs. 7 BNatSchG zu befassen, besteht umso mehr Veranlassung, als die rechtsdogmatische Durchdringung der Vorschrift in Rechtsprechung und Literatur bisher eher rudimentär ist.
3. Innerhalb von § 45 BNatSchG kommt für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung von Windenergieanlagen Abs. 7 die maßgebliche Bedeutung zu.
4. Als übergreifend zu nehmende Hürden dürfen a) zumutbare Alternativen nicht gegeben sein und darf b) sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtern. Im Ergebnis läuft die Prüfung der Zumutbarkeit auf eine Güterabwägung zwischen den Belangen des Besonderen Artenschutzes und den Interessen des Anlagenbetreibers hinaus.
5. Im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen spielen die Ausnahmegründe gemäß § 45 Abs. 7 Satz Nr. 1 Nrn. 1 bis 3 BNatSchG so gut wie keine Rolle.
6. Entgegen der bislang ganz überwiegend vertretenen Auffassung kann der Ausnahmegrund aus § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG, wonach eine ausnahmsweise Zulassung aufgrund „maßgeblich günstiger Auswirkungen auf die Umwelt“ möglich ist, durchaus relevant werden. Für ein Umdenken an der Stelle lassen sich gute Argumente ins Feld führen.
7. Im Kontext von § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG dominiert der Ausnahmegrund aus Nr. 5. Danach kann aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art eine Ausnahme gewährt werden. Das Erfordernis, dass zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gegeben sein müssen, stellt eine hohe, allerdings nicht unüberwindbare Hürde dar. Umso wichtiger ist an der Stelle, sorgsam auszuloten, welche öffentlichen Interessen in Betracht kommen und wie sie zu gewichten sind.

8. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, kann die zuständige Behörde im Einzelfall Ausnahmen zulassen. Sie verfügt dabei über ein Ermessen, kann also zwischen verschiedenen in Betracht kommenden Rechtsfolgen wählen. Selbstverständlich muss das Ermessen pflichtgemäß ausgeübt werden; ein „freies“ Ermessen gibt es nicht. Eine weitergehende Einschränkung im Sinne eines „intendierten Ermessens“ sieht § 45 Abs. 7 BNatSchG entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung nicht vor.

9. Mit § 45 Abs. 7 BNatSchG steht kein „Königsweg“ zur Verfügung, mit dessen Hilfe die Schwierigkeiten überwunden werden können, die sich im Zusammenhang mit den Verbotstatbeständen des § 44 Abs. 1 BNatSchG auftun. Gelangt § 45 Abs. 7 BNatSchG zur Anwendung, kommt der argumentativen Unterfütterung eine besondere Bedeutung zu und zwar sowohl auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen als auch der möglicher Rechtsfolgen.



## Literaturverzeichnis

*Ambts, Friedrich/Peter Häberle*, Erbs/Kohlhaas – Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Loseblatt,

Stand: 205. Ergänzungslieferung, München 2015.

*Ascheid, Reiner/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt*, Kündigungsrecht, 4. Auflage, München 2012.

*Beckmann, Martin/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghausen*, Landmann/Rohmer – Umweltrecht Kommentar, Stand: 78. Ergänzungslieferung, München 2015.

*Borowski, Martin*, Intendiertes Ermessen, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2000, S. 149 – 160.

*Brandt, Edmund*, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 21.11.2013 (7 C 40.11) – Zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative, Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) 2014, S. 114 – 115.

*Brandt, Edmund*, Jahrbuch Windenergierecht 2013, Berlin 2014.

*Brandt, Edmund*, Jahrbuch Windenergierecht 2014, Berlin 2015.

*Brandt, Edmund*, Jahrbuch Windenergierecht 2015, Berlin 2016.

*Brandt, Edmund*, Zum Tötungsverbot als Versagungsgrund im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, EnergieRecht (ER) 2013, S. 192 – 196.

*Brandt, Edmund*, Tötungsverbot und Einschätzungsprärogative, Natur und Recht (NuR) 2013, S. 482 – 484.

*Duden*, Deutsche Rechtschreibung,  
26. Auflage, Berlin 2014.

*Epping, Volker/Christian Hillgruber*, Grundgesetz: GG. Kommentar,  
2. Auflage, München 2013.

*Erbguth, Wilfried*, Allgemeines Verwaltungsrecht,  
6. Auflage, Baden-Baden 2014.

*Europäische Kommission*, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, endg. Fassung Februar 2007.

*Frenz, Walter/Hans-Jürgen Müggenborg*, Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG. Kommentar,  
Berlin 2011.

*Füßer, Klaus/Marcus Lau*, Die systematische Verankerung des Artenschutzes im Ordnungsrecht,  
Natur und Recht (NuR) 2009, S. 445 – 454.

*Gatz, Stephan*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis,  
2. Auflage, Bonn 2013.

*Gellermann, Martin*, Zugriffsverbote des Artenschutzes und behördliche Einschätzungsprärogative,  
Natur und Recht (NuR) 2014, S. 597 – 605.

*Grothe, Silke/Michael Frey*, Die Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen,  
Natur und Recht (NuR) 2016, S. 316 – 324.

*Kopp, Ferdinand O./Wolf-Rüdiger Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) Kommentar,  
20. Auflage, München 2014.

*Lorz, Albert/Christian Konrad/Hermann Mühlbauer/Markus Müller-Walter/Heinz Stöckel,*  
Naturschutzrecht,  
3. Auflage, München 2013.

*Von Marschall, Joyce Sabrina Wilhelmina,* Naturschutzrechtliche Probleme bei der  
Zulassung und Planung von Windenergieanlagen auf dem Land,  
Frankfurt/a. M. 2016.

*Maurer, Hartmut,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage,  
München 2011.

*Müller-Mitschke, Sonja,* Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot für  
windenergieempfindliche Vogelarten bei Windenergieanlagen,  
Natur und Recht (NuR) 2015, S. 741 – 749.

*Ratzbor, Günter/Sebastian Willmann,* Anmerkung zur Entscheidung des VGH Kassel vom  
17.12.2013 (9 A 1540/12.Z) – Zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung von  
Windenergieanlagen und Artenschutz,  
Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) 2014, S. 292 – 294.

*Russ, Sylvia/Frank Sailer,* Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf  
Windenergievorhaben, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht (#21), April 2016,  
abrufbar unter: [http://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2016/04/  
stiftung\\_umweltenergierecht\\_wueberichte\\_21\\_ausnahme\\_artenschutz.pdf](http://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2016/04/stiftung_umweltenergierecht_wueberichte_21_ausnahme_artenschutz.pdf) (Abrufdatum:  
27.06.2016).

*Schlacke, Sabine,* Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz (GK-  
BNatSchG),  
Köln 2012.

## Anhang

### § 45 Abs. 7 BNatSchG

(7) <sup>1</sup> Die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen

1. zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- und sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden,
2. zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt,
3. für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung oder diesen Zwecken dienende Maßnahmen der Aufzucht oder künstlichen Vermehrung,
4. 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 oder
5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

<sup>2</sup> Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. <sup>3</sup> Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 79/409/EWG sind zu beachten. <sup>4</sup> Die Landesregierungen können Ausnahmen auch allgemein durch Rechtsverordnung zulassen. <sup>5</sup> Sie können die Ermächtigung nach Satz 4 durch Rechtsverordnung auf andere Landesbehörden übertragen.