

**Gutachtliche Stellungnahme
zu
ausgewählten Fragestellungen im
Zusammenhang mit der geplanten
Novellierung des
Bundesnaturschutzgesetzes**

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

von

Prof. Dr. Edmund Brandt

k:wer

TU Braunschweig

März 2017

Gliederung

Einleitung	1
1) Ausgangslage	1
2) Mit der gutachtlichen Stellungnahme verfolgte Ziele	2
3) Methodische Überlegungen und Gang der Darstellung	3
I Europarechtlicher Rahmen	..5
II Wesentliche Defizite der gegenwärtigen Rechtsanwendung – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	..9
1) Begriffliche, kategoriale Klärungen	9
2) Vom Bundesverwaltungsgericht zu leisten	10
3) Zentrale Normbereiche	11
4) Befunde	12
a) Individuenbezug	12
b) Tathandlung	13
c) Signifikanztheorem	15
d) Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative	17
e) § 45 Abs. 7 BNatSchG	19
5) Folgerungen	19
III Zur möglichen Rechtweite einer Gesetzgebung des Bundes	21
IV Analyse ausgewählter Regelungsansätze im Referentenentwurf	23
1) Die wesentlichen Aussagen	23
2) Immanente Analyse	25
3) Abgleich mit dem Novellierungsbedarf	30

V	Anregungen für die weitere Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens	32
	Zusammenfassung der Ergebnisse	35
	Literaturverzeichnis	37
	Anhang: Auszug aus dem Referentenentwurf	

Einleitung

1) Ausgangslage

Am 01.12.2016 hat das BMUB einen Referentenentwurf zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vorgelegt.¹ Aufgegriffen werden darin Problemstellungen, die aus Sicht der Windenergie von großer Bedeutung sind, so insbesondere das Tötungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und die artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelungen gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG.

Bereits kurze Zeit nach dem Bekanntwerden des Referentenentwurfs hat eine lebhafte Diskussion eingesetzt. So hat der NABU in seiner Stellungnahme vom 16.12.2016 unter der Überschrift „Artenschutz nicht aufweichen – Novelle als Chance nutzen“ moniert, die geplante Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes setze an den falschen Stellen an und sei eine vertane Chance für den Naturschutz in Deutschland.² Am 20.12.2016 ist beim Deutschen Bundestag eine Petition eingegangen, mit der gefordert wird, „dass im Rahmen der Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) die Änderung des § 44 Abs. 5 Satz eins und zwei nicht erfolgt“.³

In einem primär referierenden Beitrag hat *Fielenbach* demgegenüber eine vorsichtige Unterstützung des Regelungsansatzes erkennen lassen.⁴

Allen Stellungnahmen gemein ist die Einschätzung, dass gesetzgeberisches Handeln geboten ist. Keine Übereinstimmung besteht demgegenüber dahingehend, in welche Richtung die Änderung gehen sollte. In der Tat bedarf es einer grundsätzlichen Prüfung, ob der vom BMUB eingeschlagene Weg zielführend ist.

¹ Auszüge daraus finden sich im Anhang.

² NABU – Stellungnahme vom 16.12.2016 | Novellierung Bundesnaturschutzgesetz.

³ Petition 69040 – https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2016/_12/_20/petition. Bis zum 18.02.2017 haben online 227 Mitzeichner die Petition unterstützt.

⁴ *Fielenbach*, juris PR-UmwR 1/2017 Anm. 1, S. 2.

2) Mit der gutachtlichen Stellungnahme verfolgte Ziele

Das übergeordnete Ziel besteht darin herauszuarbeiten, ob bezogen auf die genannten Bestimmungen der im Referentenentwurf enthaltene Ansatz in die richtige Richtung weist. Sollte das nicht der Fall sein, sind Hinweise dahingehend zu liefern, wie die rechtliche Entwicklung aussehen müsste, um Fehlentwicklungen wirksam zu begegnen.

Um das übergeordnete Ziel erreichen zu können, sind vor allem die folgenden Teilziele anzustreben:

- Klärung, was europarechtlich geboten ist,
- Identifizierung der wesentlichen Defizite der gegenwärtigen Rechtsanwendung – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
- Klärung der möglichen Reichweite einer Gesetzgebung des Bundes,
- selbstverständlich vorrangig die Analyse der einschlägigen Ansätze im Referentenentwurf

und schließlich

- gegebenenfalls jedenfalls ansatzweise die Formulierung von Anregungen für die weitere Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens.

Die auf die Weise erzielten Teilbefunde sind zusammenzuführen und übergreifende Folgerungen daraus abzuleiten.

3) Methodische Überlegungen und Gang der Darstellung

Angesichts der komplexen Problemstellung ist methodisch mehrstufig vorzugehen:

- Bei der Klärung des europarechtlichen Rahmens sind die spezifischen juristischen Auslegungsregeln heranzuziehen und hat insbesondere eine sorgsame und(!) kritische Würdigung der EuGH-Rechtsprechung stattzufinden.
- Bei der Ermittlung der wesentlichen Defizite der gegenwärtigen Rechtsanwendung inklusive der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind a) grundsätzliche wissenschaftliche Standards heranzuziehen, müssen b) Befunde aus der Implementationsforschung fruchtbar gemacht werden, und muss c) schließlich geklärt werden, inwiefern die Defizite bei der Rechtsanwendung ihren Ursprung **auch** in der konkreten Normstruktur haben.⁵
- Bei der Klärung der möglichen Reichweite einer Gesetzgebung des Bundes sind die üblichen staatsorganisationsrechtlichen Anforderungen zu ermitteln.
- Die Bewertung der Ansätze im Referentenentwurf hat einerseits aus einer immanenten Analyse des Textes (inklusive der Begründung) zu resultieren, andererseits aus der Kontrastierung mit den zuvor erzielten Befunden. Entsprechend dem Gesamtzuschnitt der gutachtlichen Stellungnahme wird hier der Schwerpunkt der Erörterungen zu liegen haben.
- Die Entwicklung von Verbesserungsvorschlägen schließlich ist grundsätzlich in den Kontext der Gesetzgebungslehre einzubetten;⁶ der Sache nach handelt es sich um

⁵ Streng genommen ist c) Bestandteil von b). Allerdings ist außerordentlich verbreitet, dass sich die Implementationsforschung ganz vorrangig um die Vollzugsinstanzen und die Normadressaten kümmert. Deshalb und um dem Aspekt die im vorliegenden Zusammenhang gebotene besondere Berücksichtigung zukommen zu lassen, erscheint es angemessen, auf die damit verbundenen Fragestellungen separat einzugehen.

⁶ Das bedeutet natürlich nicht, dass auch nur annähernd alle Aspekte angesprochen werden, die im Zusammenhang mit der Gesetzgebung eine Rolle spielen. Weiterführend dazu *Smeddinck*, Integrierte Gesetzesproduktion, 2006.

die Verlängerung der Linie, die ihren Ursprung in der zuvor vorgenommenen Defizitanalyse hat.

Die methodischen Überlegungen führen zum folgenden Aufbau der gutachtlichen Stellungnahme:

Der erste Abschnitt (unter I) ist dem europarechtlichen Rahmen gewidmet. Unter II werden wesentliche Defizite der gegenwärtigen Rechtsanwendung herausgearbeitet – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Die knappe Darlegung der möglichen Reichweite einer Gesetzgebung des Bundes schließt sich unter III an. Der Abschnitt IV enthält die Analyse ausgewählter Regelungsansätze im Referentenentwurf. Verbesserungsvorschläge finden sich unter V.

Abgerundet wird die gutachtliche Stellungnahme durch eine Zusammenfassung der Ergebnisse, ein Literaturverzeichnis und einen Anhang, der Auszüge aus dem Referentenentwurf enthält.

I Europarechtlichen Rahmen

Im hier interessierenden Zusammenhang muss nicht weiter eingegangen werden auf das Normarsenal, das für die besonderen Schutzgebiete entwickelt worden ist (Art. 6 FFH-RL). Vorliegend geht es nämlich um den Artenschutz, der objektbezogen ausgerichtet ist, der Habitatschutz demgegenüber raumbezogen. Es handelt sich um Regelungsansätze, die normstrukturell nebeneinanderstehen und jeweils dort zum Zuge kommen, wo es dafür bezogen auf den jeweiligen Gegenstand Veranlassung gibt.

Die Prüfung kann sich deshalb konzentrieren auf Art. 12 Abs. 1 FFH-RL sowie Art. 5 VRL.⁷

Nach Art. 12 Abs. 1 FFH-RL treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für besonders geschützte Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen. Das verbietet u. a. alle absichtlichen Formen des Fangens oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten (Art. 12 Abs. 1a)).

Der Wortlaut „von Exemplaren“ deutet auf einen individuenbezogenen Schutzansatz hin,⁸ ohne dass eine solche Auslegung allerdings zwingend geboten wäre. Für den Fall einer derartigen Interpretation entstünde allerdings ein Spannungsverhältnis zu dem mit dem Verbot verfolgten Ziel. Danach geht es nämlich um die Errichtung eines strengen Schutzsystems für die **Arten** nach Anhang IV FFH-RL, somit um den Erhalt der Art und nicht vorrangig des Individuums.⁹

Für die Umsetzung des Europarechts lassen sich aus dem Befund unmittelbare Erkenntnisse ohnehin nicht ableiten, was bereits daraus folgt, dass hinsichtlich der Art und Weise der Realisierung von im Europarecht normierten Ziele Spielräume bestehen.

⁷ Dazu bereits *Brandt*, in: Jahrbuch Windenergierecht, 2013, S. 165 ff. (179 ff.).

⁸ So auch *Frenz/Lau*, in: BNatSchG. Kommentar, 2011, Vorb §§ 44 – 45 Rn. 3.

⁹ *Frenz/Lau*, ebenda.

Hinsichtlich der Tathandlung „Tötung“ erfährt sie eine besondere Akzentuierung durch den Gebrauch des Merkmals „absichtlich“: Alle **absichtlichen** Formen der Tötung sind verboten. Damit wird in den relevanten europäischen Regelwerken – also in Art. 12 Abs. 1 Nr. 1 FFH-RL sowie in Art. 5 lit. a) V’RL – die Tathandlung „Tötung“ mit dem qualifizierenden Merkmal „absichtlich“ verknüpft. Synonyme für Absicht sind „Bestreben, Bestrebungen ..., Plan, Vorhaben, Vorsatz, Ziel“.¹⁰ Synonyme für absichtlich sind „beabsichtigt, bewusst, geflissentlich, gewollt, vorsätzlich“.¹¹ Die explizit subjektive Ausrichtung, die so stark mit dem Erfolg ausgerichtet ist, wie das mit dem Merkmal „Absicht, absichtlich“ ausgedrückt wird, ist mit einer wie auch immer gearteten Indifferenz hinsichtlich des Kausalverlaufs nicht vereinbar. Anders ausgedrückt: Schon die Auslegung des Wortlauts führt zu einem insoweit eindeutigen, abschließenden Ergebnis.

Die Erörterungen könnten an der Stelle somit aufhören, ginge die Rechtsprechung des EuGH nicht möglicherweise in eine andere Richtung. Eine weitergehende Diskussion ist also erforderlich. Insbesondere das vielzitierte Caretta-Urteil¹² und einige weitere Entscheidungen¹³ könnten auf ein deutlich weiteres Verständnis der artenschutzrechtlichen Verbote in Art. 12 Abs. 1 FFH-RL und Art. 5 VRL durch den EuGH hindeuten.

Im Kern geht es darum, dass der EuGH in der Caretta-Entscheidung bezogen auf Art. 12 Abs. 1 FFH-RL bereits den Mopedverkehr auf dem Fortpflanzungsstrand der Caretta-Schildkröte und das Vorhandensein von Tretbooten im davorliegenden Meeresgebiet als absichtliche Störungen der betroffenen Tierart angesehen hat.¹⁴ Der Verkehr mit Mopeds sei vor allem aufgrund der Lärmbelästigungen geeignet, die Schildkröten während der Eiablage sowie des Ausschlüpfens der jungen Schildkröten und auf ihrem Weg zum Meer zu stören. Anlegestellen in der Nähe der Fortpflanzungsstätten würden

¹⁰ *Duden*, Bedeutungswörterbuch, S. 64.

¹¹ Ebenda.

¹² *EuGH*, Urt. v. 30.01.2002 – Rs. C-103/00, Caretta, Slg. 2002, I-1147.

¹³ Genannt seien etwa *EuGH*, Urt. v. 10.01.2006 – Rs. C-98/03, Kommission/Deutschland, Slg. 2006, I-53; vorher schon *EuGH*, Urt. v. 20.10.2005 – Rs. C/04, Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 2005, I-9017.

¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 30.01.2002, a. a. O., Rn. 36. Eine zusammenfassende Darstellung und Kommentierung der Rechtsprechung des EuGH gerade zu dieser Frage findet sich bei *Frenz/Lau* (Fn. 8), Vorb §§ 44 – 45 BNatSchG, Rn. 8 ff.

eine Gefahrenquelle für das Leben und die körperliche Unversehrtheit bilden.¹⁵ Maßgeblich soll danach offensichtlich allein das Ergebnis der Beeinträchtigung sein, nicht die eigentliche Tathandlung.

Mit dem Wortlaut der genannten Bestimmungen ist eine solche Auslegung allerdings nicht vereinbar.¹⁶ Die Argumentationslinie des EuGH – soweit eine solche überhaupt erkennbar ist – sieht wie folgt aus: Der Verkehr mit Mopeds an den Fortpflanzungsstränden sei verboten gewesen. Es seien Schilder aufgestellt worden, die auf das Vorhandensein der geschützten Schildkröte an diesen Stränden hinwiesen.¹⁷ Eine Missachtung dieser speziellen Beschilderung führe „somit“¹⁸ zu einer absichtlichen Handlung.

Das Wort „somit“ suggeriert auf der subjektiven Ebene eine Verbindungslinie, die tatsächlich nicht vorhanden ist: Denjenigen, die trotz der Verbotsschilder mit ihren Mopeds an den Stränden herumfahren, mag – und wird es – häufig völlig gleichgültig sein, welche Konsequenzen sich daraus ergeben, ob also die Schildkröten gestört werden oder nicht. Allenfalls wird davon ausgegangen werden, dass – ohne dass es darauf ankäme – der „Störungserfolg“ eintritt. Damit bewegt man sich in den Kategorien „leichte Fahrlässigkeit“, „grobe Fahrlässigkeit“ beziehungsweise allenfalls „bedingter Vorsatz“. Jedenfalls bleibt man deutlich hinter dem zurück, was mit dem Begriff „Absicht, absichtlich“ verbunden ist.

Um keine Missverständnisse entstehen zu lassen: Selbstverständlich verdient das Motiv des EuGH, die bedrohte Schildkrötenart zu schützen, uneingeschränkt Zustimmung. Das rechtfertigt jedoch nicht eine Auslegung contra legem. Sie wäre im Übrigen auch überhaupt nicht nötig, um der Intention des Gerichts gerecht werden zu können: Art. 12 Abs. 1 d) FFH-RL regelt ausdrücklich die Beschädigung oder Vernichtung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten. Bei dieser Norm fehlt – anders als bei den Tatbestandsausformungen in a), b) und c) – das Merkmal „absichtlich“. Eine rechtsdogmatisch einwandfreie und vom Ergebnis her gleichwohl ohne Weiteres

¹⁵ *EuGH*, a. a. O., Rn. 34.

¹⁶ Ebenso *Füßer/Lau*, NuR 2009, S. 445 ff.

¹⁷ *EuGH*, a. a. O., Rn. 35.

¹⁸ *EuGH*, a. a. O., Rn. 36.

zufriedenstellende Interpretation der Bestimmungen der FFH-RL wäre also ohne Weiteres möglich gewesen. Warum der EuGH diesen Weg nicht gegangen ist, bleibt unerfindlich.

Zumal äußerst kursorisch – wenn überhaupt – begründet, ist die EuGH-Rechtsprechung nicht in Stein gemeißelt, gibt es keine „Automatikschtaltung“ dergestalt, dass eine dem Wortlaut der FFH- RL bzw. VRL Rechnung tragende Ausformung auf nationaler Ebene zwangsläufig zu einer Aufhebung durch den EuGH führen müsste und führen würde. Für ein vorsorglich diesbezügliches „vorausseilendes Gehorsam“ besteht demzufolge keine Veranlassung. Vielmehr sollte umgekehrt darauf hingearbeitet werden, dass es zu einer – partiellen – Korrektur bzw. Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung kommt.

II Wesentliche Defizite der gegenwärtigen Rechtsanwendung – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Um insoweit nicht beliebig zu agieren, sind zunächst einige begriffliche, kategoriale Erklärungen erforderlich (unter 1)). Sodann ist zu erörtern, was der Sache nach das Bundesverwaltungsgericht leisten müsste (dazu unter 2)). Zu benennen sind sodann die zentralen Gegenstandsbereiche (unter 3)). Und schließlich sind die Befunde selbst zu entwickeln (unter 4)). Das alles zusammen führt zu einigen Folgerungen (dazu unter 5)).

1) Begriffliche, kategoriale Klärungen

Wenn im Folgenden von Rechtsanwendung die Rede ist, geht es um die Heranziehung artenschutzrechtlicher Bestimmungen im Zuge der Genehmigung von Windenergieanlagen. Maßgebliche Rechtsanwendungsinstanzen sind die Genehmigungs- und die Naturschutzbehörden. Ihr Verhalten ist ganz wesentlich durch die Rechtsprechung zu den einschlägigen Bestimmungen des Bundesnaturschutzgesetzes geprägt. Darum geht es angesichts der übergeordneten Fragestellung hier, nicht etwa um die Qualifikation, die Verhaltensmuster, die Regularien, die bei der Bearbeitung der Vorgänge zum Tragen kommen und die natürlich auch Auswirkungen auf das Ergebnis haben.¹⁹

Als „gegenwärtige Rechtsanwendung“ wird der Zeitraum erfasst, der seine Prägung in erster Linie durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfahren hat (dazu sogleich). Grob gesprochen geht es um seit 2008 ergangene Entscheidungen.

Bei der geplanten Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes soll es darum gehen, als solche identifizierte Unzulänglichkeiten bei der Rechtsanwendung zu überwinden.

¹⁹ Die Erstellung einer solchen Studie, bei der Implementationsaspekte im Vordergrund stünden, wäre allerdings in hohem Maße wünschenswert.

Anders formuliert: Würde insoweit nicht etwas festgestellt, was Anlass gäbe, für Abhilfe sorgen zu wollen würde der Gesetzgeber nicht daran denken, tätig zu werden. Das, was diese Unzulänglichkeiten ausmacht, wird im weiteren Verlauf als „Defizite“ bezeichnet. Um sie identifizieren und ihr Ausmaß erkennen zu können, muss herausgefunden werden, welche „Leistungen“ das Normprogramm zu erbringen hat (auch dazu sogleich).

Schließlich meint die Akzentuierung „wesentlich“, dass selbstverständlich nur die zentralen Aspekte erörtert werden, also das, was in der Vollzugspraxis die größten Probleme bereitet.

Dass im Zentrum eine Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht, resultiert daraus, dass gerade dann, wenn die Normauslegung Probleme bereitet, alle beteiligten Akteure sich Klärungen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung – zu Recht – erwarten. Außerdem muss bei einem so konflikträchtigen Bereich wie dem Spannungsfeld Windenergieanlagen – Artenschutz damit gerechnet werden, dass unabhängig davon, wie die behördliche Entscheidung ausfällt, Gerichte angerufen werden und durch die Instanzen hindurch prozessiert wird, was am Ende zu einem Tätigwerden des Bundesverwaltungsgerichts führt. Die Prägekräfte, die von den Entscheidungen dieses Gerichts ausgehen, sind also beträchtlich. Im Übrigen: Wenn im Referentenentwurf von Anpassungen an „Anforderungen der Rechtsprechung“ die Rede ist, bezieht sich das ersichtlich auf Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts.

2) Vom Bundesverwaltungsgericht zu leisten

Im Folgenden werden einige wenige normative „Anstriche“ vorgenommen, um eine Vorstellung davon zu vermitteln, was im Zusammenspiel der verschiedenen Akteure der Part des Bundesverwaltungsgerichts zu sein hat bzw. zu sein hätte.

Formal hat gemäß den Vorgaben der Verwaltungsgerichtsordnung das Bundesverwaltungsgericht im hier interessierenden Zusammenhang als

Revisionsinstanz die Aufgabe, insbesondere zur Rechtsfortbildung (Grundsatzrevision) und zur Wahrung der Rechtseinheit (Divergenzrevision) beizutragen.²⁰ Das geschieht nicht zuletzt durch eine Obersatzbildung *lege artis*, hier bezogen auf zentrale Ausprägungen von § 44 Abs. 1 Nr. 1 und § 45 Abs. 7 BNatSchG. *Lege artis* meint hier nicht zuletzt die präzise Heranziehung der juristischen Auslegungsregeln bei der Klärung des Bedeutungsgehalts der maßgeblichen unbestimmten Rechtsbegriffe, die reflektierte Verarbeitung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse sowie die Auseinandersetzung mit Positionen und Argumentationslinien in der Literatur.²¹ Auf der Grundlage ist dann das vom Gesetzgeber vorgegebene Normprogramm zu operationalisieren. Bezogen auf § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist die Normstruktur vergleichsweise einfach; bei § 45 Abs. 7 BNatSchG sieht das etwas anders aus, weil zusätzlich zu der Aneinanderreihung von unbestimmten Rechtsbegriffen die Normstruktur insgesamt wenig transparent erscheint.

Ganz wesentlich steht und fällt die Überzeugungskraft höchstrichterlicher Entscheidungen mit einer sorgsam, argumentativ überzeugenden Begründung, die gerade auch die konkrete vom Gericht gefundene Entscheidung einsichtig erscheinen lässt. Dazu gehört nicht zuletzt das Eingehen auf das und die Auseinandersetzung mit dem Vortrag der Parteien.

3) Zentrale Normbereiche

Bezogen auf § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG geht es im Kern um das Tatbestandsmerkmal Tötungsverbot, selbstverständlich verknüpft mit der Klärung der Reichweite der Vorschrift, also der Beantwortung der Frage, wer genau durch das Tötungsverbot geschützt werden soll.

Bezogen auf § 45 Abs. 7 stehen im Vordergrund die Alternativenprüfung, die im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen relevante

²⁰ Ausführlich dazu *Czybulka*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 2014, § 132 Rn. 4 ff.

²¹ Dazu *Brandt*, in: Jahrbuch Windenergierecht 2016 (im Erscheinen).

Ausnahmegründe sowie die Anforderung der Nichtverschlechterung des Erhaltungszustands der Population.

Schließlich ist das Verhältnis von § 44 Abs. 1 zu § 45 Abs. 7 BNatSchG zu klären und in dem Zusammenhang herauszufinden, wo von der gesetzgeberischen Komposition her anzusetzen wäre, wenn Veränderungen erfolgen sollen.

4) Befunde

Konzentrieren können sich in dem Zusammenhang die Erörterungen auf die Problembereiche „Individuenbezug“, „Tathandlung“, „Signifikanztheorem“ sowie „Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“.

a) Individuenbezug

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nennt als Schutzobjekte Tiere der besonders geschützten Arten.

Im Rahmen der Auslegung der Bestimmung lässt sich die Frage, was unter besonders geschützte Arten zu verstehen ist, leicht beantworten. Insoweit muss nur auf die Begriffsbestimmung in § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG zurückgegriffen werden.

Nicht ganz so einfach ist es demgegenüber mit der Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Tiere“. Die Verwendung des Plurals deutet eher nicht darauf hin, dass es um den Schutz einzelner Exemplare gehen soll, eine Auslegung, die durch systematische und historisch-genetische Erwägungen gestützt wird. Eine spätestens bei

der teleologischen Auslegung vorzunehmenden quantitativen Risikoanalyse²² zeigt, dass bezogen auf ein **konkretes** Tier und eine **konkrete** Windenergieanlage es keinen Sinn ergibt, ein besonders unwahrscheinliches Schadensereignis als Beurteilungskriterium heranzuziehen und im Anschluss daran auf vermeintliche relative Risikoerhöhungen abzustellen.²³

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts agiert an der Stelle unklar bzw. widersprüchlich. Einerseits wird daran festgehalten, den Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG individuenbezogen zu sehen.²⁴ Andererseits soll es aber nicht Ausreichen, dass einzelne Exemplare durch Kollisionen zu Schaden kommen, damit die Bestimmung greift.

b) Tathandlung

Tathandlung ist das „Töten“. Die transitive Komponente wird insbesondere dann offenkundig, wenn man sich geläufige Synonyme anschaut. Erwähnt seien nur die Begriffe „umbringen, ermorden, erschlagen, umlegen, erstechen, liquidieren“ usw. Damit ist allerdings noch nicht geklärt, wie die Intention beschaffen sein muss, aufgrund derer die Tathandlung erfolgt. Sicherlich einbezogen ist der Fall, in dem der Akteur mit Sicherheit davon ausgeht, dass seine Verhaltensweise zu dem Erfolg – hier dem Tod der Tiere – führt. Fraglich ist demgegenüber, ob es auch ausreicht, wenn der Erfolgseintritt lediglich für möglich gehalten wird.

Die Wortsinninterpretation stößt hier an ihre Grenzen. Weitere Befunde lassen sich indes möglicherweise aus der systematischen Interpretation gewinnen. Dafür spricht im Übrigen, dass sowohl in der näheren Umgebung des Tatbestandsmerkmals (also in § 44

²² Grundlegend *Schlüter*, in: Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren, 2015, S. 105 ff. (125 ff.).

²³ A. a. O., S. 125.

²⁴ Seit der Entscheidung vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 (301 f.).

Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) als auch in der „weiteren Umgebung“ (also in § 44 Abs. 1 Zif. 2 bis 4 sowie in § 44 Abs. 2 und sogar in § 45 BNatSchG) sich sowohl Einzelmerkmale als auch Handlungskomplexe finden, die eine weitere Präzisierung zulassen.

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG enthält durchgängig transitorische Komponenten: „Nachstellen“, „Fangen“, „Verletzen“, „Entnehmen“, „Beschädigen“ sowie „Zerstören“ – jedes Mal wird ein Verhalten ausgedrückt, welches, dabei den Einsatz von nicht wenig Kraft, Energie und Aufwand voraussetzend intentional auf einen ganz bestimmten Erfolg gerichtet ist.

Die systematische Interpretation mit Blick auf die in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG aufgeführten Merkmale weist bezogen auf den Begriff „Töten“ demnach darauf hin, dass auf der subjektiven Ebene zumindest ein direkter Vorsatz erforderlich ist.

Dieser Befund erhärtet sich, wenn weitergehend § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG in die Betrachtung einbezogen wird. Danach ist untersagt, „wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten zu bestimmten Zeiten erheblich zu stören“. Nach § 44 Abs. 1 Zif. 2 a. E. BNatSchG liegt eine erhebliche Störung dann vor, „wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert“. Lediglich bezogen auf das Ergebnis – die erhebliche Störung – werden auf der subjektiven Ebene insoweit also Abstriche gemacht; bezogen auf die eigentliche Tathandlung dagegen nicht. Das gilt auch für die weiteren tatbestandsmäßigen Ausprägungen in § 44 Abs. 2 umgekehrt auch mit Blick auf mögliche Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG.

Die Wortsinn- in Verbindung mit der systematischen Auslegung führt also zu einem vergleichsweise engen Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Töten“. Einbezogen sind danach nur diejenigen Verhaltensweisen, bei denen der Erfolg intendiert ist, also auf direktem Vorsatz oder Absicht beruht. Demgegenüber reicht die lediglich billigende Inkaufnahme des Todes der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten nicht aus.

In Fällen, in denen die wörtliche und systematische Auslegung ein eindeutiges Ergebnis erbracht hat, ist „nur“ noch eine aus teleologischen Erwägungen resultierende Begleitkontrolle durchzuführen, gegebenenfalls ergänzt um eine Prüfung, ob das Resultat verfassungs- und europarechtskonform ist.

Vorliegend folgt daraus: Der Artenschutz soll den Schutz bestimmter Tiere bewirken; es soll etwas geschehen, was eine Gefährdung abhält oder einen Schaden abwehrt. Vorgegeben sind damit eine Richtung und ein weitgefächertes Betätigungsfeld. Vorgaben dergestalt, was a) die konkrete Messlatte anbelangt, die im Zusammenhang mit den Schutz gewährenden Aktivitäten beachtet werden soll, und b) konkrete instrumentelle Ausformungen sind damit nicht verbunden. Vielmehr findet eine Festlegung und Ausdifferenzierung in den Bestimmungen des Besonderen Artenschutzes und namentlich der Regelung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG statt. Das heißt umgekehrt, dass die hier erzielte Interpretation des Tötungsverbots sich innerhalb des allgemeinen Rahmens hält, die teleologische Auslegung somit nicht im Widerspruch mit Hilfe der Wortsinn- und systematischen Auslegung gewonnenen Ergebnis steht.

Hinweise darauf, dass die Verfassungskonformität nicht gegeben sein könnte, gibt es nicht. Mit Blick auf das oben erzielte Ergebnis zu dem europarechtlichen Rahmen droht auch keine Europarechtswidrigkeit.

Demgegenüber verwendet das Bundesverwaltungsgericht in nunmehr gefestigter Rechtsprechung auf die Herleitung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Tötungsverbots in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit. Prinzipiell sollen von dem Verbot auch solche Handlungen erfasst sein, die zwar keine zielgerichtete Tötung beinhalten, den Tod jedoch als quasi zwangsläufige Nebenfolge mit sich bringen. Davon erfasst seien dann auch regelmäßig Windenergieanlagen, sei bei ihnen doch die Möglichkeit von Schlagopfern und Vögeln oder Fledermäusen nie gänzlich auszuschließen.

c) Signifikanztheorem

Bei einer sorgsam, die juristischen Auslegungsregeln streng zur Anwendung kommenden Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist für wie auch immer geartete Hilfskonstruktionen, mit deren Hilfe eine

„teleologische Reduktion“ erreicht würde, kein Raum, würde es sich vielmehr um eine absolut „normale“ Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs handeln, die es selbstverständlich auch im Bundesnaturschutzgesetz zu Hauf zu finden gibt.

Um zu vermeiden, dass es aufgrund des Abstellens auf die bloße Erhöhung des Kollisionsrisikos zu ersichtlich völlig unsinnigen Ergebnissen kommt, hat das Bundesverwaltungsgericht so etwas wie ein Korrektiv ersonnen. Danach soll es nicht ausreichen, dass einzelne Exemplare besonders geschützter Arten durch Kollisionen mit Windkraftanlagen beziehungsweise deren Rotorblättern zu Schaden kommen könnten. Dergleichen sei bei lebensnaher Betrachtung nie völlig auszuschließen. Folglich soll der artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungstatbestand dann nicht erfüllt sein, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibe, der mit dem Vorhaben im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art würden.²⁵ Sollte das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis werden, müsse das Risiko des Erfolgseintritts in signifikanter Weise erhöht sein. Dabei seien Maßnahmen, mittels derer solche Kollisionen vermieden oder dieses Risiko zumindest deutlich minimiert werde, einzubeziehen. Gemeint sei eine „deutliche“ Steigerung des Tötungsrisikos. Dafür genüge es nicht, dass im Eingriffsbereich überhaupt Tiere der besonders geschützten Art angetroffen worden seien; erforderlich seien vielmehr Anhaltspunkte dafür, dass sich das Risiko eines Vogelschlags durch das Vorhaben deutlich und damit signifikant erhöhe.

Für die Einführung des – restringierenden – Theorems „signifikant erhöhtes Risiko“ gibt es keine rechtsdogmatischen Anknüpfungspunkte. Darüber hinaus dreht man sich, was sofort ohne Weiteres einleuchtet, mit dem Versuch, „signifikant“ mit „deutlich“ zu umschreiben, im Kreise beziehungsweise ruft lediglich Missverständnisse hervor. In der

²⁵ So die inzwischen in unzähligen VG- und OVG-Entscheidungen wiederholte Formulierung.

Statistik können durchaus geringfügige Abweichungen signifikant sein; maßgeblich ist nicht das Ausmaß, sondern die Möglichkeit, die Abweichung eindeutig benennen zu können. Sollte aber „signifikant“ ein Synonym für „deutlich“ sein, wird letztlich „deutlich“ mit „deutlich“ umschrieben.

d) Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative

Die Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative meint das Letztentscheidungsrecht der Genehmigungsbehörde hinsichtlich der Rechtsvoraussetzungen und der Rechtsfolgen im Hinblick auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines „signifikant“ erhöhten Risikos. In der Konsequenz führt die Zubilligung der Naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative zu einer erheblichen Einschränkung der gerichtlichen Kontrollrechte: Die zugrunde liegende behördliche Entscheidung ist gerichtlich nicht voll überprüfbar; vielmehr findet sie statt nur im Hinblick auf die Einhaltung der rechtlichen Grenzen der Einschätzungsprärogative.

Ein solcher Ansatz wird der in Art. 19 Abs. 4 verankerten Rechtsschutzgarantie, die als Ausgleich zum staatlichen Gewaltmonopol einen substantiellen Anspruch auf eine wirkungsvolle gerichtliche Kontrolle vorsieht, nicht gerecht. Zwar sind selbstverständlich Limitierungen dieses Anspruchs zulässig, ja unvermeidlich. Innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben kann sich jedoch weder die Exekutive noch die Judikative selbst von Aufgaben dispensieren. Das obliegt allein dem Gesetzgeber. Er besitzt die Befugnis, letztverbindliche Entscheidungen der Verwaltung zuzuweisen. Ob und inwieweit er das getan hat, ist dem Inhalt der jeweils heranzuziehenden Vorschriften zu entnehmen. Ihr Bedeutungsgehalt ist mit Hilfe der üblichen Auslegungsregeln zu klären; darüber hinaus sind die besondere Stellung, Organisation und Arbeitsweise der jeweiligen Verwaltungseinrichtung zu berücksichtigen.

Mit Blick auf die §§ 6 Abs. 1 BImSchG und 44 Abs. 1 BNatSchG gibt es für die Einräumung eines derartigen behördlichen Handlungsspielraums keine Anhaltspunkte. Es handelt sich in den genannten Bestimmungen um die nicht ungewöhnliche Verknüpfung unbestimmter Rechtsbegriffe („entgegenstehen“, „Tiere der besonders

geschützten Arten“, „töten“). Ihr Bedeutungsgehalt kann ohne Weiteres mit Hilfe der üblichen Auslegungsregeln erfasst werden. Anknüpfungspunkte dafür, dass ein Spielraum zur Konkretisierung einer Regulierungsstrategie und ihrer Umsetzung Behörden zugewiesen werden soll, finden sich nicht.

Die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts, aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift für die Behörden einen Options- und Konkretisierungsspielraum abzuleiten („... kann ... nur als Ermächtigung verstanden werden, ...“), vermag nicht zu überzeugen.

- Wortlaut- und systematische Auslegung führen, wie schon dargelegt, bereits zu einem abschließenden Befund. Demzufolge bleibt kein Spielraum dafür, auf – vermeintliche – Motive des Gesetzgebers zu rekurrieren.

- Daraus, dass der Gesetzgeber für die Prüfung, welche Anforderungen an die Art und den Umfang der artenschutzrechtlichen Bestandsaufnahme sowie die Erfassung und Bewertung der vorhabenbedingten Einwirkungen zu stellen sind, kein formalisiertes Verfahren einer artenschutzrechtlichen Verträglichkeitsprüfung vorgesehen hat, lässt sich keineswegs ableiten, dass der Behörde eine Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt worden wäre. Ungleich näher liegt nämlich die Annahme, dass der Gesetzgeber von derartigen Festlegungen schlicht deshalb abgesehen hat, weil es dafür keinerlei Veranlassung gab.

- Schließlich: Selbst dann, wenn man der Prämisse des Bundesverwaltungsgerichts folgen würde, die ökologischen Fragestellungen hätten noch in weitem Umfang keine eindeutigen, in einschlägigen Fachkreisen allgemein anerkannte Antworten gefunden, gäbe es keine Veranlassung, die Einschätzungsprärogative auch auf die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten zu erstrecken. Hier handelt es sich um absolut normale empirische Festlegungen, bei denen prognostische Elemente, Risikobeurteilungen usw. keine Rolle spielen. Die benötigten Feststellungen sind aufgrund reiner Sachverhaltsermittlungen zu treffen und ohne Weiteres überprüfbar.

In der Summe ergibt sich daraus der folgende Befund: Die §§ 6 Abs. 1 BImSchG sowie § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG enthalten keine Anknüpfungspunkte für die Einräumung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative. Um Genehmigungsverfahren angemessen bewältigen zu können, bedarf es einer derartigen Konstruktion nicht. Sie steht zudem im Widerspruch zu der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

e) § 45 Abs. 7 BNatSchG

Die Normstruktur von § 45 Abs. 7 BNatSchG ist auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen mehrfach miteinander verknüpft, in ihrem Bedeutungsgehalt nicht ohne Weiteres erschließbar und auf der Rechtsfolgenebene durch die Einräumung eines Ermessens geprägt. Klärungsbedarf gibt es insbesondere hinsichtlich des Ausnahmegrundes der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt sowie der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses.

Von daher gäbe es durchaus Veranlassung, seitens des Gesetzgebers korrigierend und präzisierend einzugreifen, sollte der Wunsch bestehen, die mit § 45 Abs. 7 BNatSchG verbundenen Handlungsmöglichkeiten stärker zu entfalten, als das bisher der Fall ist.

5) Folgerungen

Namentlich bei der Auslegung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG hat sich die Rechtsprechung in eine Sackgasse manövriert: Nachhaltiger Artenschutz lässt sich nur populations-, nicht individuenbezogen realisieren. Das Tötungsverbot schon bei der bloßen Erhöhung des Tötungsrisikos als erfüllt anzusehen, führt zu einer mit dem Wortlaut nicht vereinbaren Überdehnung des Norminhalts. Diese Überdehnung mit dem Konstrukt Signifikanztheorem wieder einfangen zu wollen, um gänzlich unhaltbare Entscheidungen zu vermeiden, findet in der Vorschrift keinen Rückhalt und wird grundsätzlichen wissenschaftlichen Anforderungen nicht gerecht. Die den Genehmigungsbehörden eingeräumte Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative schließlich verstößt gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

Bezogen auf § 45 Abs. 7 BNatSchG, der im Einzelfall Ausnahmen von den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG zulässt, hat die Rechtsprechung nicht vermocht, die Voraussetzungen gerade im Hinblick auf den Bedeutungsgehalt zentraler Tatbestandsmerkmale zu klären.

Vor dem Hintergrund besteht Veranlassung, dass der Gesetzgeber korrigierend eingreift, zumal die überfällige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den 2013 und 2014 eingelegten Verfassungsbeschwerden immer noch aussteht.

III Zur möglichen Reichweite einer Gesetzgebung des Bundes

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung u. a. auf den Naturschutz. Wird der Bundestag auf dem Gebiet gesetzgeberisch tätig, braucht es keine Zustimmung des Bundesrates. Das folgt aus einem Umkehrschluss aus Art. 74 Abs. 2 GG, wonach Gesetze nach Abs. 1 Nr. 25 und 27 der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.

Gemäß Art. 72 Abs. 3 Nr. 1 GG können die Länder durch Gesetz abweichende Regelungen von der Bundesgesetzgebung auf dem Gebiet des Naturschutzes und der Landschaftspflege treffen (sog. Abweichungskompetenz). Das betrifft allerdings nicht die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes und auch nicht das Recht des Artenschutzes (Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG).

Der Begriff Artenschutz wird im Grundgesetz nicht weiter konkretisiert.

Ohne insoweit weiter ausholen zu müssen, dürfte insoweit unzweifelhaft feststehen, dass das, was im Kapitel 5 des Bundesnaturschutzgesetzes geregelt ist (Schutz der wildlebenden Tier- und Pflanzenarten, ihrer Lebensstätten und Biotope), mit Bestimmungen zum Allgemeinen (§§ 39 ff. BNatSchG) sowie zum Besonderen Artenschutz (§§ 44 ff. BNatSchG), darunter fällt,

Im Referentenentwurf wird im Allgemeinen Teil der Begründung²⁶ ausgeführt, der Bund mache von seiner konkurrierenden Zuständigkeit für den Naturschutz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG Gebrauch.

Wie dargelegt, stellt der Allgemeine und Besondere Artenschutz Kernbereiche des Naturschutzes dar. Insoweit bestehen hinsichtlich der Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Bundes im hier interessierenden Zusammenhang keine Bedenken. Das gilt auch hinsichtlich der im Einzelnen vorgesehenen Regelungen, die

²⁶ Unter IV.

sich ja nicht auf die hier thematisierten Bereiche beschränken, sondern auch andere Teile des Bundesnaturschutzgesetzes betreffen.

IV Analyse ausgewählter Regelungsansätze im Referentenentwurf

Die Erörterungen erfolgen in drei Stufen. Zunächst werden knapp die wesentlichen Aussagen aus dem Entwurf rekapituliert (unter 1)). Daran schließt sich eine immanente Analyse an (unter 2)). Den Schwerpunkt bildet sodann der Abgleich mit den oben – unter II – herausgearbeiteten Handlungsanforderungen (unter 3)).

1) Die wesentlichen Aussagen

Im Abschnitt „Problem und Ziel“²⁷ wird zunächst übergreifend ausgeführt, der Gesetzentwurf enthalte Anpassungen, die sich aus aktuellen Entwicklungen in der deutschen Naturschutzpolitik bzw. im deutschen Naturschutzrecht ergäben. Diese würden u. a. „eine Anpassung des § 44 Absatz 5 an Anforderungen der Rechtsprechung, eine Klarstellung der Zuständigkeiten für artenschutzrechtliche Ausnahmen nach § 45 Absatz 7 BNatSchG“ betreffen.²⁸

Im Gesetzentwurf selbst heißt es:

„... § 44 Absatz 5 Sätze 1 und 2 werden wie folgt gefasst:

„Für nach § 17 Absatz 1 oder Absatz 3 zugelassene oder von einer Behörde durchgeführte Eingriffe in Natur und Landschaft nach § 14 sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Absatz 2 Satz 1 gelten die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5. Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen 1. das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist,

²⁷ FN 1, S. 1.

²⁸ Ebenda.

...²⁹

Und im weiteren Verlauf heißt es:

„In § 45 Absatz 7 Satz 1 werden die Wörter „ nach Landesrecht“ gestrichen.“³⁰

Im Begründungsteil wird bei der Darstellung des wesentlichen Inhalts des Entwurfs ausgeführt, in § 44 werde eine Konkretisierung der artenschutzrechtlichen Verbote im Hinblick auf Eingriffe in Natur und Landschaft und Vorhaben im geplanten und ungeplanten Innenbereich getroffen. In § 45 werde die Befugnis zur Erteilung von Ausnahmen auf Bundesbehörden ausgeweitet.³¹

Zur Frage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird ausgeführt, der Bund mache von seiner konkurrierenden Zuständigkeit für den Naturschutz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG Gebrauch.³²

Zum Thema „Nachhaltigkeitsaspekte“ heißt es, der Gesetzentwurf passe Teile des deutschen Naturschutzrechts an aktuelle rechtliche und politische Entwicklungen an und leiste hierdurch einen Beitrag zu seiner Stärkung. Die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen sei ein wichtiger Bestandteil der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung.³³

Im Besonderen Teil der Gesetzesbegründung wird zu Satz 2 Nr. 1 ausgeführt:

Die Vorschrift schränke den Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 in Übereinstimmung mit der sich namentlich auf betriebs-, aber auch bau- und anlagenbezogene Risiken (zum Beispiel bei Tierkollisionen im Straßenverkehr oder mit Windkraftanlagen, Baufeldfreimachung) beziehenden Rechtsprechung (BVerwGE 134, 166, Rn. 42; BVerwG, Urt. v. 13.05.2009, 9 A 73/07, Rn. 86; BVerwG, Urt. v. 08.01.2014, 9 A 4/13, Rn. 99) dahingehend ein, dass der unvermeidbare Verlust einzelner Exemplare durch

²⁹ FN 1, S. 4.

³⁰ FN 1, S. 5.

³¹ FN 1, S. 7.

³² FN 1, S. 7.

³³ FN 1, S. 8.

ein Vorhaben nicht automatisch und immer einen Verstoß gegen das Tötungsverbot darstelle. Vielmehr setze ein Verstoß voraus, dass durch das Vorhaben das Tötungsrisiko für Individuen der betroffenen Art signifikant erhöht werde. Der Bedeutungsgehalt von „signifikant“ werde nach der Rechtsprechung in einigen Urteilen auch mit dem Begriff „deutlich“ gleichgesetzt. Diese Einschränkung trage dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Von Unvermeidbarkeit könne ausgegangen werden, wenn die gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen angewandt würden. Zudem könne auch für Vorhaben privater Träger die Ausnahmevorschrift des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 in Anspruch genommen werden, wenn zudem hinreichend gewichtige öffentliche Belange ihre Realisierung erfordern. Im Bereich der Windkraftanlagenerrichtung bestehe ein über die Zielsetzung des EEG 2017 vermitteltes öffentliches Interesse an der weiteren nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung und an der Erhöhung des Anteils der Erneuerbaren Energien am Stromverbrauch auf 40 – 45 % im Jahr 2025 und 55 – 60 % im Jahr 2035.³⁴

Zu Nr. 6 (§ 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG) heißt es:

Für den Bereich der deutschen Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) sei schon bisher das Bundesamt für Naturschutz als zuständige Behörde für die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG anzusehen. Durch § 58 Abs. 1 Satz 1 werde das Bundesamt für Naturschutz zur zuständigen Naturschutzbehörde für die AWZ bestimmt. Allerdings spreche § 45 Abs. 7 bisher von den „nach Landesrecht (...) zuständigen Behörden“ und bedürfe daher insoweit der Auslegung. Die vorliegende Novelle nehme in § 45 Abs. 7 BNatSchG durch Streichung der Wörter „nach Landesrecht“ eine Klarstellung vor.³⁵

2) Immanente Analyse

Mit der Formulierung, der Gesetzentwurf enthalte Anpassungen, die sich aus aktuellen Entwicklungen in der deutschen Naturschutzpolitik bzw. im deutschen Naturschutzrecht

³⁴ FN 1, S. 16.

³⁵ FN 1, S. 17.

ergäben, wird von vornherein zum Ausdruck gebracht, dass kein „großer Wurf“ beabsichtigt ist, sondern etwas in Gesetzesform gegossen werden soll, was sich auf der politischen bzw. rechtlichen Ebene bereits vollzogen hat. Anders formuliert: Es soll sich gewissermaßen um eine „nachholende Gesetzgebung“ handeln, um auf die Weise – wieder – eine Kongruenz mit dem herzustellen, was bereits geschehen ist. Dem entsprechen haargenau die Aussagen speziell zu § 44 Abs. 5 BNatSchG. Bezogen auf diese Bestimmung wird das Wort „Anpassung“ wiederholt und konkret auf „Anforderungen der Rechtsprechung“ bezogen. Die Verfasser gehen demgemäß also davon aus, aus rechtlichen Gründen müsse es diese Neuregelung geben, und darauf reduziert sich zugleich die mit der geplanten Novellierung verbundene Intention. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass andere Überlegungen, die eine Weiterentwicklung des Rechtsrahmens bedeuten könnten, von vornherein außerhalb der Überlegungen geblieben sind.

Um innovative Aspekte soll es auch im Zusammenhang mit § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht gehen, was aus der Verwendung des Terminus „Klarstellung der Zuständigkeiten“ abzuleiten ist.

Die mit § 44 Abs. 5 Sätze 1 und 2 beabsichtigte Neuregelung soll die Reichweite des Tötungs- und Verletzungstatbestands nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG einschränken. Anders formuliert: Wenn die im weiteren Verlauf genannten Voraussetzungen vorliegen, soll die Tatbestandsmäßigkeit entfallen. Angesetzt werden soll damit auf der Ebene der Rechtsvoraussetzungen – nicht, was regelungstechnisch natürlich auch möglich wäre – auf der Rechtsfolgenseite.

Die Voraussetzungen, unter denen die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen sein soll, sind mehrstufig gestaltet:

- Basisgröße ist der neue Terminus „Beeinträchtigung“. Nicht explizit gesagt wird, was darunter zu verstehen ist. Mittelbar könnte es sich dadurch erschließen, dass im weiteren Verlauf vom Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Art die Rede ist.

- Parallel gesetzt werden als „Tathandlung“ der Eingriff oder das Vorhaben. Im hier interessierenden Zusammenhang dürfte klar sein, dass damit die Errichtung und der Betrieb von Windkraftanlagen jedenfalls auch gemeint sind.
- Bezugsgröße sind nach dem beabsichtigten Regelungsansatz Exemplare der betroffenen Arten, nämlich die, die zuvor aufgeführt wurden.
- Für sie soll das Tötungs- und Verletzungsrisiko nicht signifikant erhöht werden dürfen, wenn die tatbestandliche Einschränkung greifen soll. Das Tatbestandsmerkmal „nicht signifikante Erhöhung“ ist neu; es findet bislang im Bundesnaturschutzgesetz (und auch sonst) keine Verwendung. Eine weitere Konkretisierung oder etwa eine Legaldefinition dieses unbestimmten Rechtsbegriffs ist nicht vorgesehen.
- Bei der Frage, ob eine signifikante Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos gegeben ist, sollen „auch“ Vermeidungsmaßnahmen berücksichtigt werden. Durch das „auch“ wird zum Ausdruck gebracht, dass sich die Bewertung nicht auf derartige Maßnahmen beschränken soll.
- Schließlich wird kumulativ als Voraussetzung eingeführt, dass „diese“ Beeinträchtigung unvermeidbar ist. Worauf sich das „diese“ bezieht, wird nicht ausdrücklich gesagt und muss aus dem Kontext heraus erschlossen werden.

Bezogen auf § 45 Abs. 7 Satz 1 werden lediglich die beiden Wörter „nach Landesrecht“ gestrichen. Die Regelungsstruktur im Übrigen bleibt unverändert.

Bei der Charakterisierung des wesentlichen Inhalts des Entwurfs wird die in § 44 beabsichtigte Neuregelung als „Konkretisierung“ der artenschutzrechtlichen Verbote klassifiziert. Andere Termini bezüglich weiterer beabsichtigter Regelungen sind „erweitert“, „zusätzlich aufgenommen“, „dahingehend ergänzt“ sowie, dass nunmehr etwas „ausdrücklich verboten wird“. Weiterhin ist noch zweimal von einer „Ausweitung“ die Rede. Die artenschutzrechtlichen Verbote sollen im Hinblick auf Vorhaben im geplanten und ungeplanten Innenbereich „konkretisiert“ werden. Laut Duden-Bedeutungswörterbuch meint konkret „fest umrissen, anschaulich und deutlich

ausgedrückt“.³⁶ Beabsichtigt ist demnach keine Richtungsänderung, sondern das, was bereits vorhanden/angelegt ist, soll eine Präzisierung erfahren.

Im gewissen Widerspruch dazu ist in der Einzelbegründung³⁷ davon die Rede, die Vorschrift schränke den Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in einer im weiteren Verlauf spezifizierten Weise ein. Einschränken meint nämlich laut Duden-Bedeutungswörterbuch „abschwächen, begrenzen, einengen, reduzieren“ usw.³⁸ In der Tat ist ersichtlich eine Veränderung in der beabsichtigten Aussage des Tatbestandsmerkmals gegeben: Die Vorschrift soll nunmehr – als Wille des Gesetzgebers – anders interpretiert werden, als das vorher der Fall war.

Als Motiv wird die Herstellung der Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung genannt. Insoweit soll Kongruenz herrschen. Das erweist sich auch darin, dass im sich anschließenden Satz zwar ohne Kenntlichmachung durch Anführungszeichen, aber wortgleich die entsprechende Aussage aus den Bundesverwaltungsgerichtsentscheidungen wiedergegeben wird.³⁹ Gewissermaßen als „Nachklapp“ wird zu dem neuen Begriff „signifikant“ die Information geliefert, dass nach der Rechtsprechung in einigen Urteilen „signifikant“ auch mit „deutlich“ gleichgesetzt werde. Welche Funktion diese Information haben soll, wird nicht ausgeführt.

Vielmehr wird, offenbar um die lediglich formale Absicherung durch die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts durch eine inhaltliche Begründung zu ergänzen, hervorgehoben, dass die beabsichtigte Einschränkung dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung trage. Warum das der Fall sein soll, wird nicht gesagt.

Es folgt – insoweit zurückspringend – eine Umschreibung dessen, was unter Unvermeidbarkeit verstanden werden soll, nämlich die Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen. Eine darüber hinausgehende Erläuterung dessen, was a) Schutzmaßnahmen bedeutet, b) geboten ist, c) fachlich anerkannt ist und schließlich d), was angewandt bedeuten soll, findet nicht statt.

³⁶ *Duden*, Das Bedeutungswörterbuch, S. 546.

³⁷ FN 1, S. 16.

³⁸ *Duden*, Das Bedeutungswörterbuch, S. 303.

³⁹ „Vielmehr setzt ein Verstoß voraus, dass durch das Vorhaben ...“

Ohne dass rechtssystematisch insoweit ein sachlich ohne Weiteres ersichtlicher und im sprachlichen Kontext angelegter Zusammenhang bestünde, wird sodann – eingeleitet durch das Wort „zudem“ zu § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG übergeleitet. Ersichtlich soll auf die dort angelegte Möglichkeit, Ausnahmen zuzulassen, dezidiert hingewiesen werden. Als gesetzgeberischer Wille soll danach gelten, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch für Vorhaben privater Träger die Ausnahmevorschrift in Anspruch genommen werden können soll, ohne insoweit den Diskussionsstand näher zu spezifizieren. Diese Voraussetzungen werden dahingehend als erfüllbar gekennzeichnet, dass „zugleich“ hinreichend gewichtige öffentliche Belange die Realisierung des Vorhabens erfordern. Und als ein solcher gewichtiger öffentlicher Belang wird für den Bereich der Windkraftanlagenerrichtung explizit auf die Zielsetzung des EEG 2017 verwiesen. Darin vermittelt sei ein öffentliches Interesse an der weiteren nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung und an der Erhöhung des Anteils der Erneuerbaren Energien am Stromverbrauch.

Zusammenfassend ist danach festzuhalten:

Mit der beabsichtigten Neuregelung von § 44 Abs. 5 Sätze 1 und 2 BNatSchG wird angestrebt, das Tötungs- und Verletzungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG unter bestimmten Voraussetzungen einzuschränken. Bei der Regelungskonstruktion wird auf entsprechende Ansätze in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zurückgegriffen und insbesondere das sog. Signifikanztheorem in die Gesetzgebung implantiert. Im Einzelnen soll die Nichterfüllung der Tatbestandsmäßigkeit durch die kumulativ gefasste Erbringung von Voraussetzungen erreicht werden.

Die übergreifende und die Einzelbegründung divergieren dahingehend, als in der übergreifenden Begründung lediglich von einer Konkretisierung die Rede ist, wohingegen die Einzelbegründung deutlich weitergeht und partiell Richtungsänderungen intendiert. In der Einzelbegründung werden, ohne dass insoweit eine durchgehende Linie zu erkennen wäre, einzelne Aspekte der beabsichtigten Neuregelung erläutert. Dabei werden teilweise wortwörtlich einzelne Versatzstücke aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts referiert.

3) Abgleich mit dem Novellierungsbedarf

Ersichtlich hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Überdehnung der Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Tötungsverbot“ in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG einerseits, dem untauglichen Versuch, über den „Korrekturfaktor“ Signifikanztheorem die Überdehnung wieder einzufangen und der mit verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht vereinbaren und in der Sache völlig unnötigen Einräumung einer Naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative in eine Sackgasse manövriert. Die in den letzten Entscheidungen anklingenden Versuche, wenigstens partiell einen Ausweg zu finden – das betrifft insbesondere Präzisierungsbemühungen hinsichtlich des Signifikanztheorems und die Beschränkung der Naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative auf die Rechtsfolgenseite – haben zwar minimal Bewegung gebracht; an der Grundaussage ändert sich deshalb aber nichts. Vor dem Hintergrund verdient es Zustimmung, dass sich der Gesetzgeber auf den Weg gemacht hat, um Abhilfe zu schaffen.

Allerdings geht der Grundansatz des Referentenentwurfs, „... eine Anpassung des § 45 Absatz 5 an Anforderungen der Rechtsprechung“⁴⁰ vornehmen zu wollen, in die falsche Richtung: Weder wird damit die Problemdimension angemessen erfasst, noch wird dem Ziel, unnötige Probleme im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen, adäquat entsprochen. Eher im Gegenteil:

- Das Prüfprogramm, das nunmehr zu absolvieren wäre, wäre noch ein Stück unübersichtlicher und keineswegs geeignet, die Handlungssicherheit zu erhöhen.
- Mit der Implementierung des Tatbestandsmerkmals „signifikant“ wäre das Sachproblem, mit Hilfe klarer Kriterien bestimmen zu können, wann das Tötungsrisiko noch für vertretbar gehalten wird und wann nicht, in keiner Weise einer Lösung nähergebracht.
- Vorgelagert wird kein Beitrag zur adäquaten Interpretation des Tötungsverbots in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG geleistet. Darum müsste es aber vorrangig gehen.

⁴⁰ Referentenentwurf (Fn. 1), S. 1.

- Und schließlich steht nach wie vor das Konstrukt Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative im Raum.

Bezogen auf § 45 Abs. 7 BNatSchG ist die Klarstellung der Zuständigkeiten für artenschutzrechtliche Ausnahmen sicherlich nützlich. Die eigentlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Bestimmung stellen, werden dadurch aber überhaupt nicht berührt.

V Anregungen für die weitere Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens

Ihrem Charakter als Anregungen entsprechend werden im weiteren Verlauf Punkte aneinandergereiht, die teilweise auf verschiedenen Ebenen angesiedelt sind und in ihrer Wertigkeit beträchtlich divergieren. Je nachdem, wie sich der weitere Diskussionsverlauf gestaltet, sind sie weiter zu entfalten und auch zu unterfüttern.

- Dass der Gesetzgeber tätig wird, ist zu begrüßen. Der berühmte Satz, ein Federstrich des Gesetzgebers könne ganze juristische Bibliotheken zur Makulatur werden lassen, gilt selbstverständlich auch im Hinblick auf die Entscheidungssammlungen hoher und höchster Gerichte. Er sollte sich allerdings im hier interessierenden Zusammenhang nicht bemüßigt fühlen, „Anpassungen“ an eine Rechtsprechung vornehmen zu wollen, die – wie dargelegt – in hohem Maße kritikwürdig ist. Er muss das nicht, niemand zwingt ihn dazu,⁴¹ und in der Sache wäre es falsch: sowohl mit Blick auf Belange der Windenergie wie des Artenschutzes.

- Dass nachhaltiger Artenschutz nur populationsbezogen praktiziert werden kann, ist offenkundig. Der jetzige Wortlaut des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG lässt – wie dargelegt – eine Interpretation, die den Individuenbezug transzendiert, ohne weiteres zu. Vor dem Hintergrund spricht viel dafür, an dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu rühren, wohl aber in der Gesetzesbegründung entsprechende Aussagen zu machen. Spätestens bei der historisch-genetischen Interpretation der Norm könnte das Früchte tragen.

- Wie oben⁴² ausführlich dargelegt, bedürfte es unter dem Vorzeichen eines nachhaltigen Artenschutzes der Überdehnung des Tatbestandsmerkmals „töten“ nicht. Zudem ist das Abstellen auf die (bloße) Risikoerhöhung bei korrekter Anwendung der juristischen Auslegungsregeln nicht statthaft.

Dem sollte der Gesetzgeber deshalb einen unmissverständlichen Riegel vorschieben. Am einfachsten könnte das dadurch geschehen, dass unter wortwörtlicher Übernahme

⁴¹ Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht das Bundesverfassungsgericht!

⁴² Unter II.

der einschlägigen Formulierungen im Europarecht das Wort „absichtlich“ eingefügt würde. Hinsichtlich der Kompatibilität mit dem Europarecht könnten dann Zweifel logischerweise nicht aufkommen, und die „Interpretationshilfe“ für die Auslegung des Merkmals „töten“ befände sich genau an dem neuralgischen Punkt.

- Regelungstechnisch einen neuen Absatz 5 anzufügen und ihn gestuft zu konturieren, würde bei der Normanwendung zusätzliche Probleme bereiten und ist zudem gänzlich unnötig, wenn bei der Tathandlung die – wie ein Blick in die Entscheidungen aus den letzten Jahren zeigt – dort offenbar benötigte Klarstellung erfolgt.

- Aus einer Reihe von Erwägungen ist dringend davon abzuraten, das sog. Signifikanztheorem zu kodifizieren: a) Aus den dargelegten Gründen ist unnötig, mit irgendwelchen Korrekturlementen zu operieren – wenn auf eine Überdehnung des Tatbestandsmerkmals „töten“ auf der Interpretationsebene verzichtet wird oder eine gesetzgeberische Klarstellung erfolgt. b) In der Sache würde man keinerlei Gewinn daraus ableiten können. c) Regeln guter wissenschaftlicher Praxis würden nicht beachtet. d) Der Begriff ist nicht in der Lage, das auszudrücken, was gemeint ist; als Merkmal eines Gesetzes würde er Raum für beliebig viele Missverständnisse bieten.

- Nur eine unzureichende bzw. fehlerhafte Interpretation des in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG enthaltenen Normprogramms kann zu der Folgerung führen, dort eine Einschätzungsprärogative verankert zu sehen. Gleichwohl sieht – wie dargelegt – das Bundesverwaltungsgericht das so. Eine gesetzgeberische Reaktion in der Vorschrift selbst wäre natürlich möglich, würde aber die Normstruktur des § 44 BNatSchG insgesamt berühren und dürfte letztlich auch nicht nötig sein. Vielmehr müsste es genügen, wenn im Rahmen der Gesetzesbegründung an geeigneter Stelle eine entsprechende Klarstellung erfolgen würde.

- Bezogen auf § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG verdient Zustimmung, dass nunmehr explizit in der Einzelbegründung hervorgehoben wird, die weitere nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung und die Erhöhung des Anteils der erneuerbaren Energien am Stromverbrauch erfülle den Tatbestand. Damit dürfte eine Unklarheit, die

bisher die Anwendung der Vorschrift erschwert hat, beseitigt sein. Freilich ist damit nur ein Problem bewältigt. Es bleibt a) die insgesamt sehr verschachtelte Normstruktur, b) die bislang nicht zufriedenstellend beantwortete Frage, inwieweit nicht auch Nr. 4 herangezogen werden könnte („maßgeblich günstige Auswirkungen auf die Umwelt“), und c) die Anforderung an das Erfordernis „zumutbare Alternativen“. Auch insoweit wären Aussagen in der Einzelbegründung wie auch übergreifend hinsichtlich des Stellenwerts der Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG wünschenswert.

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Angesichts der offenkundigen Defizite in der durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geprägten Rechtsanwendung ist zu begrüßen, dass der (Bundes-)Gesetzgeber sich anschickt, Änderungen in den §§ 44 Abs. 1 und 45 Abs. 7 BNatSchG vorzunehmen.

2. Die Defizite betreffen namentlich das in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verankerte Tötungsverbot im Kern: Nachhaltiger Artenschutz lässt sich nur populations-, nicht individuenbezogen realisieren. Das Tötungsverbot schon bei der bloßen Erhöhung des Tötungsrisikos als erfüllt anzusehen, führt zu einer Überdehnung des Norminhalts. Diese Überdehnung mit dem Konstrukt Signifikanztheorem wieder einfangen zu wollen, um gänzlich unhaltbare Entscheidungen zu vermeiden, findet in der Vorschrift keinen Rückhalt und wird grundsätzlichen wissenschaftlichen Anforderungen nicht gerecht. Die den Genehmigungsbehörden eingeräumte Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative schließlich verstößt gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

Bezogen auf § 45 Abs. 7 BNatSchG, der im Einzelfall Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG zulässt, hat es die Rechtsprechung nicht vermocht, die zu erfüllenden Voraussetzungen gerade im Hinblick auf den Bedeutungsgehalt zentraler Tatbestandsmerkmale und deren Ineinandergreifen zu klären.

3. Aus europarechtlicher Sicht bestünden keine Bedenken gegen ein gesetzgeberisches Handeln, mit dessen Hilfe die unter 2. genannten Defizite überwunden würden.

4. Bei seinem Tätigwerden kann sich der Bund auf die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG verankerte Gesetzgebungskompetenz stützen.

5. Mit der beabsichtigten Neuregelung von § 44 Abs. 5 Sätze 1 und 2 BNatSchG wird angestrebt, das Tötungs- und Verletzungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG unter bestimmten Voraussetzungen einzuschränken. Die Intention verdient Zustimmung.

Allerdings bestehen erhebliche Bedenken dagegen, die Lösung darin sehen zu wollen, dass auf Ansätze in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zurückgegriffen und insbesondere das sog. Signifikanztheorem implantiert werden soll.

6. Es stünden ohne weiteres Konstruktionselemente zur Verfügung, mit deren Hilfe eine sowohl den Belangen der Windenergie wie des Artenschutzes gerecht werdende Regelungen gefunden werden könnten. Zu einem geringen Teil bräuchte es dafür Klarstellungen im Gesetzestext selbst, überwiegend würden entsprechende Aussagen in der Gesetzesbegründung genügen.

7. Die Erläuterung in der Einzelbegründung zu § 45 Abs. 7 BNatSchG in Bezug auf den Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „Gründe(n) des überwiegenden öffentlichen Interesses“ schafft in einem wichtigen Normsegment Rechtsklarheit. Der Gesetzgeber sollte dabei nicht stehenbleiben, sondern sich auch zu anderen Tatbestandsmerkmalen klarstellend äußern.

Literaturverzeichnis

Artenschutz nicht aufweichen – Novelle als Chance nutzen, NABU-Stellungnahme vom 16.12.2016

Brandt, Edmund, Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Tötungsverbot“ in § 44 Abs. 1 Zif. 1 BNatSchG. Anmerkungen aus rechtsdogmatischer Sicht, in: Jahrbuch Windenergierecht 2012. Edmund Brandt (Hrsg.), Braunschweig 2013, S. 165 ff.

Brandt, Edmund, Die Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative im Kontext der Genehmigung von Windenergieanlagen, in: Jahrbuch Windenergierecht 2013. Edmund Brandt (Hrsg.), Berlin 2014, S. 45 ff.

Brandt, Edmund, Zum Tötungsverbot als Versagungsgrund im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen – Neuralgische Punkte in der neueren Rechtsprechung zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, EnergieRecht (ER) 2013, S. 192 ff.

Brandt, Edmund, Tötungsrisiko und Einschätzungsprärogative. Zugleich Anmerkung zum Urteil des OVG Magdeburg vom 16.05.2013, NuR 2013, 514, Natur und Recht (NuR) 2013, S. 482 ff.

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 f.

Brandt, Edmund/Sebastian Willmann, Zur Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG. Rechtsgutachten, o. O. (Braunschweig), Juli 2016

Duden, Das Bedeutungswörterbuch,
3. Auflage, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2002

Fielenbach, Katharina, Die geplante Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes – insbesondere die Neuregelung artenschutzrechtlicher Vorschriften in § 44 Abs. 5 BNatSchG,
juris PR-UmwR 1/2017 Anm. 1

Füßer, Klaus/Marcus Lau, Die systematische Verankerung des Artenschutzrechts im Ordnungsrecht,
NuR 2009, S. 445 ff.

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 ff.

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 ff.

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

Müller, Markus H., Das System des deutschen Artenschutzrechts und die Auswirkungen der Caretta-Entscheidung des EuGH auf den Absichtsbegriff des § 43 Abs. 4 BNatSchG,
NuR 2005, S. 157 ff.

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

Schlüter, Hartwig, Qualitative und quantitative Risikoanalyse. Die Ermittlung und Beurteilung von Rotmilan-Kollisionsrisiken an Windenergieanlagen, in: Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren. Edmund Brandt (Hrsg.), 2. Auflage, Berlin 2015, S. 105 ff.

Schmidt-Assmann, Eberhard, Kommentierung von Art. 19 Abs. 4, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, München (Loseblatt)

Smeddinck, Ulrich, Integrierte Gesetzesproduktion. Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinärer Perspektive, Berlin 2006

Willmann, Sebastian, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Windenergierecht im Jahre 2014, in: Jahrbuch Windenergierecht 2014. Edmund Brandt (Hrsg.), Berlin 2015, S. 127 ff.

Willmann, Sebastian, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Windenergierecht im Jahre 2013, in: Jahrbuch Windenergierecht 2013. Edmund Brandt (Hrsg.), Berlin 2014, S. 79 ff.

Auszug aus dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Umwelt,
Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit

Entwurf

Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes

Bonn, 01.12.2016¹

A. Problem und Ziel

Der Gesetzentwurf enthält Anpassungen, die sich aus aktuellen Entwicklungen in der deutschen Naturschutzpolitik bzw. im deutschen Naturschutzrecht ergeben. Diese betreffen ..., eine Anpassung des § 44 Absatz 5 an Anforderungen der Rechtsprechung, eine Klarstellung der Zuständigkeiten für artenschutzrechtliche ausnahmen nach § 45 Absatz 7 BNatSchG, ...

Artikel 1

Das Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt ...[zu ergänzen] geändert worden ist, wird wie folgt geändert: ...

5. § 44 Absatz 5 Sätze 1 und 2 werden wie folgt gefasst:

„...Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen

1. das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der

¹ N II 1 – (70301/10-4).

betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist, ...

6. In § 45 Absatz 7 Satz 1 werden die Wörter „nach Landesrecht“ gestrichen.

...

Artikel 2

...

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Das Gesetz passt das Bundesnaturschutzgesetz an aktuelle rechtliche und politische Entwicklungen an.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Der Entwurf betrifft verschiedene Bereiche des Bundesnaturschutzgesetzes... In § 44 „Vorschriften für besonders geschützte und bestimmte andere Tier- und Pflanzenarten“ wird eine Konkretisierung der artenschutzrechtlichen Verbote im Hinblick auf Eingriffe in Natur und Landschaft und Vorhaben im beplanten und unbeplanten Innenbereich getroffen. In § 45 „Ausnahmen; Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen“ wird die Befugnis zur Erteilung von Ausnahmen auf Bundesbehörden ausgeweitet. ...

IV. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Der Bund macht von seiner konkurrierenden Zuständigkeit für den Naturschutz nach Art. 74 Absatz 1 Nr. 29 Grundgesetz Gebrauch....

Zu Nummer 5 (§ 44 Absatz 5 Satz 1, 2 BNatSchG)

Zu Satz 1:

Die Privilegierung von artenschutzrechtlichen Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverboten soll für Vorhaben gelten, die im Rahmen der Eingriffsregelung sowie gemäß § 18 Absatz 2 Satz 1 im Rahmen des Baugesetzbuches ein

behördliches umweltbezogenes Prüfungsverfahren durchlaufen haben, das grundsätzlich die Möglichkeit bietet, naturschutzbezogene Konflikte zu bewältigen. Es wird damit klargestellt, dass die Inanspruchnahme einer artenschutzrechtlichen Privilegierung nicht von einer in jeder Hinsicht fehlerfreien Eingriffsprüfung abhängt. Entscheidend ist, dass in einem behördlichen Verfahren angemessene Maßnahmen zur Vermeidung und Minderung naturschutzrechtlicher Konflikte festgelegt wurden.

Zu Satz 2 Nr. 1:

Die Vorschrift schränkt den Tatbestand des § 44 Absatz 1 Nummer 1 in Übereinstimmung mit der sich namentlich auf betriebs-, aber auch bau- und anlagenbezogene Risiken (z. B. bei Tierkollisionen im Straßenverkehr oder mit Windkraftanlagen, Baufeldfreimachung) beziehenden Rechtsprechung (BVerwGE 134, 166 Rn. 42; BVerwG, Urt. v. 13.05.2009, 9 A 73/07, Rn. 86; BVerwG Urt. v. 08.01.2014, 9 A 4/13, Rn. 99) dahingehend ein, dass der unvermeidbare Verlust einzelner Exemplare durch ein Vorhaben nicht automatisch und immer einen Verstoß gegen das Tötungsverbot darstellt. Vielmehr setzt ein Verstoß voraus, dass durch das Vorhaben das Tötungsrisiko für Individuen der betroffenen Art signifikant erhöht wird. Der Bedeutungsgehalt von „signifikant“ wird nach der Rechtsprechung in einigen Urteilen auch mit dem Begriff „deutlich“ gleichgesetzt. Diese Einschränkung trägt dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Von Unvermeidbarkeit kann ausgegangen werden, wenn die gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen angewandt werden. Zudem kann auch für Vorhaben privater Träger die Ausnahmegesetzgebung des § 45 Absatz 7 Satz 1 Nummer 5 in Anspruch genommen werden, wenn zugleich hinreichend gewichtige öffentliche Belange ihre Realisierung erfordern. Im Bereich der Windkraftanlagenerrichtung besteht ein über die Zielsetzung des EEG 2017 vermitteltes öffentliches Interesse an der weiteren nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung und an der Erhöhung des Anteils der erneuerbaren Energien am Stromverbrauch auf 40 – 45 % im Jahr 2025 und 55 – 60 % im Jahr 2035. ...

Zu Nummer 6 (§ 45 Absatz 7 Satz 1 BNatSchG)

Für den Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) ist schon bisher nach § 3 Absatz 1 Nummer 2 i.V.m. § 58 Absatz 1 Satz 1 BNatSchG das Bundesamt für Naturschutz als zuständige Behörde für die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen nach § 45 Absatz 7 BNatSchG anzusehen. Durch § 58 Absatz 1 Satz 1 wird das Bundesamt für Naturschutz zur zuständigen Naturschutzbehörde für die AWZ bestimmt. Allerdings spricht § 45 Absatz 7 bisher von den „nach Landesrecht (...) zuständigen Behörden“ und bedarf daher insoweit der Auslegung. Die vorliegende Novelle nimmt in § 45 Absatz 7 BNatSchG durch Streichung der Wörter „nach Landesrecht“ eine Klarstellung vor.