

27. Windenergietage
6. bis 8. November 2018 in Linstow



Die Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG im Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen

Dr. Silke Marie Christiansen

Gliederung des Vortrags

1. Keine Ausnahme ohne Regel
2. Voraussetzungen der Ausnahme
3. Rechtsfolge der Ausnahme: Ermessen
4. Die Ausnahme im Genehmigungsverfahren
5. Länderspezifische Besonderheiten
6. Die Ausnahme vor Gericht
7. Chancen und Risiken
8. Fazit

Keine Ausnahme ohne Regel

Grundsatz: Tötungsverbot gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG:

- Individuenbezug,
- Signifikanzschwelle:
 - ♦ Vergleichbarkeit mit natürlichen Risiken im vom Menschen vorgeprägten Naturraum,
 - ♦ Berücksichtigung von Schutzmaßnahmen,
- Keine Abwägung.

Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG von den Verboten aus § 44 BNatSchG:

- Blick auf die Population,
- Abwägung.

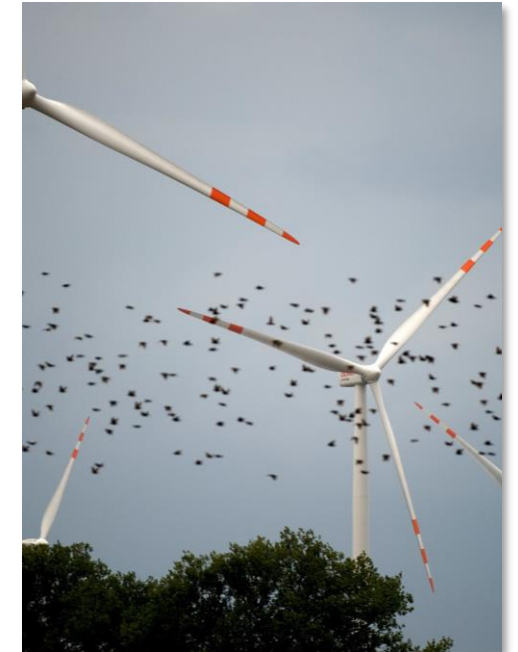


Foto: Danish-Wind-Industry-association

Voraussetzungen der Ausnahme

§ 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG bestimmt:

Die zuständigen Behörden können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen [...]

5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

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 weitergehende Anforderungen enthält.

**→ Ausnahmegrund, keine zumutbare Alternative,
keine Verschlechterung des Erhaltungszustand der Population.**

Voraussetzungen der Ausnahme

Unbestimmte Rechtsbegriffe des Ausnahmegrundes gem. § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG:

- *Öffentliches Interesse* = alle Belange, die zumindest auch, dem Wohl der Allgemeinheit dienen.
- *Zwingend* = die Gründe, wenn sie einem durch „Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetem staatlichen Handeln entsprechen“.
- *Überwiegen* = Pflicht zur Durchführung einer Abwägung des öffentlichen Interesses einerseits und dem Artenschutz andererseits.

Voraussetzungen der Ausnahme

Frage der Europarechtskonformität des Ausnahmegrundes Nr. 5:

- Keine Entsprechung in der Vogelschutzrichtlinie,
- EuGH → Ausnahmegründe in der Vogelschutzrichtlinie sind abschließend,
- Beanstandung des EuGH von wortgleicher Regelung in Polen.

Gegenüberstellung der Regelungen:

- Polnisches Naturschutzrecht a. F.: *aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt.*
- Deutsche Fassung: *andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.*

Voraussetzungen der Ausnahme

Keine zumutbare Alternative:

- *Alternative* = weniger einschneidend aus naturschutzfachlicher Sicht, Ziele des Vorhabens werden, unter etwaigen Abstrichen, dennoch verwirklicht.
- *Zumutbarkeit* = Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, auch naturschutzexterne Gründe können herangezogen werden.
- Standortbezogen → Gemeindegebiet.
- Windkonzentrationszonen = artenschutzrechtliche Belange auf Planungsebene beachtet.

Voraussetzungen der Ausnahme

Keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population einer Art:

- Gesamtbetrachtung = lokale Population und die anderen Populationen in ihrem natürlichem Verbreitungsgebiet.
- Beim Rotmilan Teilpopulation.
- Bestandsstabilisierende Maßnahmen (sog. FCS-Maßnahmen):
 - ♦ Nicht ausdrücklich normiert,
 - ♦ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,
 - ♦ keine zwingende räumliche Bindung, keine zeitliche Bindung an die Inbetriebnahme,
 - ♦ Sicherung der Flächen.



Foto: le-poidesans

Voraussetzungen der Ausnahme

Ungünstige Ausgangslage:

- EuGH: Finnischer Wolf
 - ♦ „außergewöhnliche Umstände“,
 - ♦ BVerwG (-).
- Ausreichend, wenn sich Ausnahme neutral auswirkt:
 - Keine weitere Verschlechterung,
 - Keine Verhinderung der Verbesserung.
- Aber: strenge Voraussetzungen.

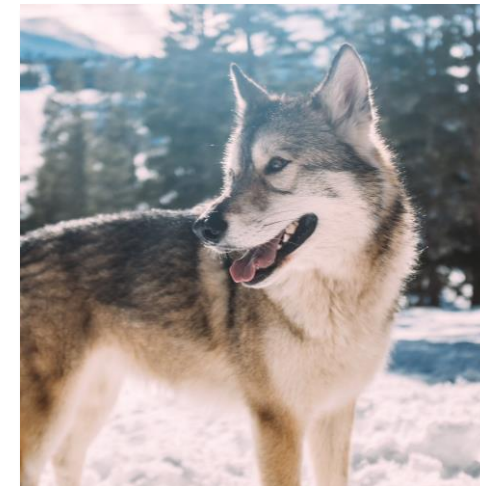


Foto: Unsplash

Rechtsfolge der Ausnahme: Ermessen

Pflichtgemäßes Ermessen:

- Wortlaut „Ausnahme“ restriktive Anwendung, Einzelfallbetrachtung,
- Schutzniveau des § 44 BNatSchG als Ziel des Artenschutzes.

Intendiertes Ermessen:

= Gesetzgeber hat eine bestimmte Entscheidung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen gewollt.

- Abweichungen nur in atypischen Fällen,
- Anderweitiges Abweichen führt zu Ermessensfehler;
→ Ermessensfehler sind gerichtlich überprüfbar.

Die Ausnahme im Genehmigungsverfahren

Muss ein Antrag gestellt werden?

- Die Ausnahme ergeht als Verwaltungsakt,
- Antragserfordernis nicht normiert,
→ Antragserfordernis (-).

In welchem Verfahrensstadium wird die Ausnahme geprüft?

- Eigentlich als *ultima ratio* nach erfolglosem Regelantrag
→ gestuftes Verfahren.
- In der Praxis zusammen mit dem Genehmigungsantrag
→ „in die Ausnahme beantragen“.
- Praxis: Prüfung im Regelantrag → Antrag zu empfehlen.

Länderspezifische Besonderheiten

Windenergieerlasse und Leitfäden der Länder:

- Behördeninterne Verbindlichkeit, Außenwirkung über Art. 3 GG und dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung.

Einzelne Regelungen und Besonderheiten:

- Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen:
Ausnahme nur an windhöffigen Standorten → gewisser Stromertrag.
- Thüringen, Bayern, Baden-Württemberg:
keine Ausnahme in Dichtezentren.
- Baden-Württemberg:
keine Ausnahme für gefährdete Arten.

Die Ausnahme vor Gericht

Ermessensfehler?

- Kläger: Projektierer.
- Rüge: Abweichen, obwohl kein atypischer Fall vorliegt.

Drittanfechtungsklage gegen eine Ausnahmegenehmigung?

- Kläger: Nachbar.
- Klagebefugnis: § 45 Abs. 7 BNatSchG gewährt keinen Drittschutz.

Verbandsklage?

- Kläger: Umweltvereinigung, gem. UmwRG (+).
- Gem. § 61 Abs. 2 i. V. m. §§ 63, 64 BNatSchG (-).

Chancen und Risiken der Ausnahme

Fachliche Risiken:

- Zulässigkeit von Anlagen trotz Tötungsrisiken,
- FCS-Maßnahmen → Problem der Flächenverfügbarkeit.

Rechtliche Risiken:

- Rechtsprechung teils öffentliches Interesse (-),
- Klagemöglichkeit der Verbände,
- mehr Ausnahmen = mehr Klagen?
- Problem der Europarechtskonformität,
- Problem der Flächensicherung bzgl. der FCS-Maßnahmen.

Chancen und Risiken der Ausnahme

Chancen der Ausnahme:

- Populations- statt Individuenbezug,
- rechtssichere Genehmigung,
- flexible Maßnahmen der Sicherung des Erhaltungszustandes,
- Begünstigung in Windkonzentrationszonen:
 - ♦ Bündelung der Windenergie,
 - ♦ aufgeräumte Landschaft im Interesse des Gesetzgebers,
- gerichtliche Überprüfung von Ermessensfehlern bei Versagung der Ausnahme möglich.

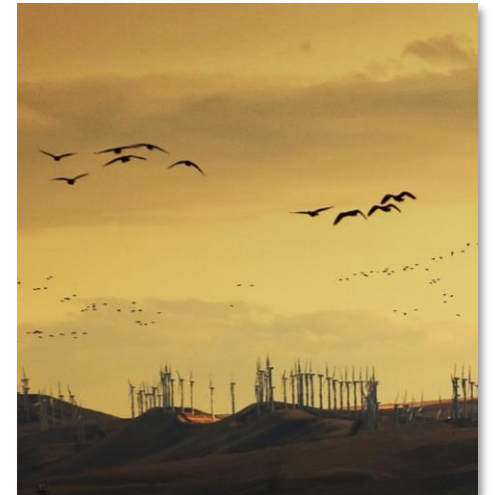


Foto: Scott Butner

Fazit


- Ausnahme heißt nicht Ausnahme vom Artenschutz!
- Strenge Voraussetzungen der Ausnahme müssen gegeben sein.
- Stets am Einzelfall zu prüfen:
→ keine pauschale Ausnahme für die Windenergie.
- Die Ausnahme steht im Gesetz und sollte, soweit die Voraussetzungen vorliegen, genutzt werden können.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Die KNE-Präsentation wird nur zur internen Verwendung zur Verfügung gestellt. Für eine Weiterleitung oder Veröffentlichung ist die Zustimmung des Kompetenzzentrums Naturschutz und Energiewende erforderlich.

Kontakt zum Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende:

Dr. Silke Marie Christiansen

 +49 30 – 7673738-21

 silke.christiansen@naturschutz-energiewende.de

 www.naturschutz-energiewende.de

 [@KNE_tweet](https://twitter.com/KNE_tweet)

 Abonnieren Sie unseren [YouTube-Kanal](#)

Literaturverzeichnis

Bick, U.; Wulfert, K., Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht in: NVwZ 2017, 346.

Brandt, E.; Willmann, S., Zur Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG, 2016.

EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation (pdf online).

Fachagentur Windenergie an Land, Klagemöglichkeiten nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) 2017.

Gellermann, M., Windkraft und Artenschutz in: NdsVBl. 2016, 13.

Grothe, S. und Frey, M., Die Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, NuR 2016, 316.

Lau, M., Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, NuR 2013, 685.

Müller-Mitschke, S., Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot für windenergieempfindliche Vogelarten bei Windenergieanlagen in: NuR 2015, 601.

Ruß, S., Artenschutzrechtliche Monitoring-Auflagen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen – Teil II: Monitoring als Bestandteil eines Risikomanagements in: ZUR 2018, 18.

Ruß, S., Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises? In: NuR 2016, 591.

Saurer, J., Rechtswirkungen der Windenergieerlasse der deutschen Bundesländer in: NVwZ 2016, 201.

Literaturverzeichnis

Bayerischer VGH, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14/1875, 22 B 14/1876 (Abstellen auf das Bundesland, bei übergreifenden Populationen).

BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 – 9 A 12/10 (Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses).

BVerwG, Urteil vom 6. November 2013 – 9 A 14/12 (Ausnahme: Population in natürlichem Verbreitungsgebiet maßgeblich).

BVerwG, Beschluss vom 17. April 2010 – 9 B 5/10 (Übersetzungsfehler finnischer Wolf).

BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06, Rn. 267. (Zweifel an der Europarechtskonformität des Ausnahmegrundes § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG).

EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – C-342/05, Slg. 2007, I-4713 (finnischer Wolf).

EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012 – C-192/11 (Beanstandung der Ausnahmeregelung im polnischen Naturschutzrecht) für eine nichtamtliche deutsche Übersetzung vgl. NuR, 2013, 718 ff.

VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14/1875, 22 B 14/1876 (Abstellen auf Teilpopulation).