

## **Immer wieder artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung – Diesmal VG Wiesbaden, Urt. v. 24.07.2020 (4 K 2962/16.WI)**

06.11.2020 – Energierecht, Erneuerbare-Energien-Recht, Naturschutzrecht, Verwaltungsrecht, Windenergie, Newsletter

Nachdem bereits das VG Gießen mit Urteil vom 22.01.2020 (Az.: 1 K 6019/18.GI) Bewegung in die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Windenergieanlagen gebracht hat, positioniert sich mit dem VG Wiesbaden (Urt. v. 24.07.2020, Az.: 4 K 2962/16.WI) nun ein weiteres hessisches Verwaltungsgericht klar zu dieser Thematik – wenn auch nicht ohne Differenzen.

### Sachverhalt

Die Klägerin, eine Tochtergesellschaft des kommunalen Wiesbadener Energieversorgers ESWE Versorgungs AG, hat eine Verpflichtungsklage auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zehn Windenergieanlagen beim VG Wiesbaden erhoben. Neun dieser Windenergieanlagen befinden sich innerhalb von zwei Trinkwasserschutzgebieten, die von entsprechenden Wasserschutzgebietsverordnungen erfasst werden. Neben diesen wasserrechtlichen Vorschriften wurden im Rahmen des Genehmigungsverfahrens auch bauplanungsrechtliche und forstrechtliche Gründe sowie Belange des Denkmalschutzes relevant. Sämtliche Aspekte stehen der Realisierung des Vorhabens jedoch nicht entgegen.

Darüber hinaus konnte in der näheren Umgebung der WEA 5 bis 9 ein brütendes Wanderfalkenpaar festgestellt werden, so dass sich das VG Wiesbaden auch mit den Vorschriften des besonderen Artenschutzes auseinandersetzen hatte. Insbesondere die Möglichkeit der Erteilung einer energetisch begründeten Ausnahme vom Tötungsverbot i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG war für den Verfahrensausgang ausschlaggebend. Aufgrund der aktuellen Relevanz der Thematik beschränkt sich der vorliegende Newsletter auf artenschutzrechtliche Belange und die Voraussetzungen der Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG.

Das Gericht hat das Regierungspräsidium Darmstadt als zuständige Genehmigungsbehörde zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet und entschieden, dass der Windpark gebaut werden darf.

### Anhaltende Debatte über die Ausnahmegründe

Damit der Anwendungsbereich der Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG überhaupt eröffnet ist, muss zunächst ein einschlägiger Ausnahmegrund vorliegen.

<https://www.maslaton.de/news/Immer-wieder-artenschutzrechtliche-Ausnahmegenehmigung--Diesmal-VG-Wiesbaden-Urt-v-24072020-4-K-2962-16WI--n786>

1/8

Das VG Wiesbaden beschäftigt sich eingehend mit der Anwendbarkeit des Ausnahmegrundes der „öffentlichen Sicherheit“ nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Alt. 2 BNatSchG.

Bisweilen wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass eine Ausnahme für Windenergieanlagen aufgrund der öffentlichen Sicherheit nicht möglich sei, da einzelne Anlagen die Situation der Umwelt nicht unmittelbar und konkret verbessern würden und ihre Realisierung daher gegenüber dem Schutz bestimmter Vogelarten nicht überwiege. Diesem Ansatz hat sich zuletzt das VG Gießen angeschlossen, über dessen Entscheidung wir bereits mit Meldung vom 13.02.2020 berichteten (<https://www.maslaton.de/news/VG-Giessen-stellt-Ausnahme-vom-Toetungsverbot-nach--45-Abs-7-S-1-Nr-5-BN>

Maßgeblich beruht diese Ansicht auf der Begriffsbestimmung der öffentlichen Sicherheit. Demnach soll sich der Begriff an Art. 36 AEUV, der die Einschränkung des freien Warenverkehrs ermöglicht, orientieren. Die Überlegung rührt daher, dass das Artenschutzrecht europarechtlich durch die Vogelschutzrichtlinie sowie die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie geprägt ist und die öffentliche Sicherheit in der Konsequenz unionsrechtlich auszulegen ist. Unter dem Begriff nach Art. 36 AEUV sind lediglich die Existenzsicherung des Staates und die Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen sowie die Abwehr unmittelbar drohender oder absehbarer Gefahren für grundlegend gesellschaftliche Interessen zu verstehen. Für das VG Gießen ist kein Grund erkennbar, warum im Hinblick auf den Artenschutz ein weiterer Begriffsinhalt zur Anwendung kommen sollte.

Demgegenüber ist der Begriff der öffentlichen Sicherheit nach anderer Auffassung im europarechtlichen Kontext der beiden für den Artenschutz relevanten Richtlinien sehr weit zu verstehen. Umfasst sind auch Infrastrukturvorhaben, für die öffentliche Belange streiten, weil ihre Realisierung der Vermeidung einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung dient, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.

#### Positionierung des VG Wiesbaden

Das VG Wiesbaden stellt diesen Meinungsstreit detailliert dar, lässt eine Entscheidung hinsichtlich der Auslegung allerdings offen, da für das streitgegenständliche Vorhaben bereits nach dem engen Verständnis eine Ausnahme nach dem Ausnahmegrund Nr. 4 zu erteilen ist. Es schließt sich weder der engen Auslegung des VG Gießen noch der für ein weites Verständnis streitenden Auffassung eindeutig an.

Demnach zählt die Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit Energie zu den existenziellen Fragen eines Staates und stellt einen überragend wichtigen Belang der öffentlichen Daseinsvorsorge dar. Infolge dessen ist eine für die Existenz des Staates wesentliche Frage betroffen. Im Sinne einer zukünftigen und langfristig gesicherten Energieversorgung zählt dazu auch die Hinwendung zu Erneuerbaren Energien. Folglich kann auch die Errichtung eines einzelnen Windparks für die existenzielle Frage der Versorgungssicherheit mit Erneuerbaren Energien wesentlich sein.

Das VG Gießen tritt dieser Argumentation mit der Begründung entgegen, dass durch eine in Deutschland ohnehin erfolgende Stromüberproduktion keine Gefährdung der Bundesrepublik gegeben sei. Bei einer Reduktion der Stromproduktion aus der Windenergie sollen ausreichend Möglichkeiten bleiben, durch die die Energiegewinnung ausgeglichen wird. Diese Ansicht lehnt das VG Wiesbaden klar ab und stellt dabei die Rolle der Windenergie für die Herbeiführung der Energiewende heraus. Denn die Gewinnung von Strom aus nicht erneuerbaren Quellen gewährleistet nicht die nachhaltige Energieversorgung. Der Windenergie kommt mit Abstand das höchste Potenzial für die Stromgewinnung aus Erneuerbaren Energien zu, die für die Deckung des künftigen Energiebedarfs nötig ist. Schließlich stellt das VG Wiesbaden anhand der konkreten Situation in Hessen und der Klimaschutzziele dar, dass das Potenzial der Windenergie im Land noch nicht ausgeschöpft ist und es zusätzlicher Energiegewinnung aus Windenergieanlagen bedarf. Im Gegensatz zum Ansatz des VG Gießen, der den Aspekt der Nachhaltigkeit völlig vernachlässigt, sind also nicht nur die Klimaschutzziele der einzelnen europäischen Mitgliedsstaaten relevant, sondern sogar die lokalen Ebenen zu berücksichtigen.

#### Zumutbare Alternativen

Insbesondere der Bezugsbereich für die Prüfung von Standortalternativen ist bekanntermaßen umstritten. Zum Teil beschränkt sich die Rechtsprechung auf das Gebiet der planenden Gemeinde während andere Gerichte die Betrachtung eines gesamten Landkreises fordern. Das VG Wiesbaden erachtet unmittelbar angrenzende Nachbargemeinden im Bereich des geplanten Standortes als noch vom Suchbereich umfasst. Die Prüfung weiter entfernt liegende Standorte sei der Klägerin jedoch nicht zumutbar.

#### Erhaltungszustand einer Art

In Bezug auf die Voraussetzung, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art durch die Erteilung der Ausnahme nicht verschlechtern darf, besteht zwischen den Beteiligten Einigkeit. Die vorgesehen Artenhilfsmaßnahme – Aufhängen von fünf

Kunstquartieren/-kästen – ist nach fachlichem Kenntnisstand geeignet, die speziellen Brutplatzanforderungen und daher die im Allgemeinen sehr begrenzten Nist- und Brutmöglichkeiten für die Art Wanderfalke im Naturraum zu verbessern. Sie ist durch entsprechende Nebenbestimmung gesichert.

#### Ermessen

Das Ermessen ist hinsichtlich der Erteilung der Ausnahme auf Null reduziert. Die Vorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG sieht als Rechtsfolge ein sog. intendiertes Ermessen vor, so dass nur bei Vorliegen besonderer Umstände die Verwaltung die Befreiung im Einzelfall doch mit sachgerechten Kriterien verweigern kann. Entsprechende Umstände sind hier nicht ersichtlich; der Behörde bleibt kein Ermessensspielraum.

#### Bewertung

Das VG Wiesbaden führt in seiner Entscheidung eine gegenüber dem VG Gießen entgegengesetzte Argumentation aus und gelangt im Ergebnis zur Anwendbarkeit des Ausnahmegrundes der öffentlichen Sicherheit auf Windenergieanlagen. Interessant ist dieses Ergebnis insbesondere vor dem Hintergrund der aktuell vorliegenden Entwurfsfassung des neuen EEG 2021, die in § 1 Abs. 5 festhält, dass die Nutzung Erneuerbarer Energien zur Stromerzeugung im öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient. Dieser Entwurf dürfte zum Zeitpunkt der Urteilsfällung noch nicht bekannt gewesen sein, bestätigt aber dennoch die Einordnung durch das Gericht.

Leider hat sich das VG Wiesbaden nicht zur Europarechtskonformität des Ausnahmegrundes Nr. 5 (überwiegendes öffentliches Interesse) geäußert, dessen Anwendbarkeit gleichsam umstritten ist. Die Frage, ob neben dem Ausnahmegrund Nr. 4 auch eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG erteilt werden könnte, könne dahinstehen.

Zu einer abschließenden Klärung führt die Entscheidung jedenfalls noch nicht. Aufgrund der Bedeutung der Sache wurde die Berufung zugelassen. Auch gegen das Urteil des VG Gießen ist bereits Berufung eingelegt worden. Somit kommt es letztlich auf die Rechtsauffassung des VGH Kassel an, der als nächste und letzte Instanz über beide Urteile zu entscheiden hat und möglicherweise sogar eine Vorlage der Streitgegenständlichen Fragen an den EuGH in Erwägung ziehen könnte.

Nachdem bereits das VG Gießen mit Urteil vom 22.01.2020 (Az.: 1 K 6019/18.GI) Bewegung in die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Windenergieanlagen gebracht hat, positioniert sich mit dem VG Wiesbaden (Urt. v. 24.07.2020, Az.: 4 K 2962/16.WI) nun ein weiteres hessisches Verwaltungsgericht klar zu dieser Thematik – wenn auch nicht ohne Differenzen.

#### Sachverhalt

Die Klägerin, eine Tochtergesellschaft des kommunalen Wiesbadener Energieversorgers ESWE Versorgungs AG, hat eine Verpflichtungsklage auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zehn Windenergieanlagen beim VG Wiesbaden erhoben. Neun dieser Windenergieanlagen befinden sich innerhalb von zwei Trinkwasserschutzgebieten, die von entsprechenden Wasserschutzgebietsverordnungen erfasst werden. Neben diesen wasserrechtlichen Vorschriften wurden im Rahmen des Genehmigungsverfahrens auch bauplanungsrechtliche und forstrechtliche Gründe sowie Belange des Denkmalschutzes relevant. Sämtliche Aspekte stehen der Realisierung des Vorhabens jedoch nicht entgegen.

Darüber hinaus konnte in der näheren Umgebung der WEA 5 bis 9 ein brütendes Wanderfalkenpaar festgestellt werden, so dass sich das VG Wiesbaden auch mit den Vorschriften des besonderen Artenschutzes auseinandersetzen hatte. Insbesondere die Möglichkeit der Erteilung einer energetisch begründeten Ausnahme vom Tötungsverbot i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG war für den Verfahrensausgang ausschlaggebend. Aufgrund der aktuellen Relevanz der Thematik beschränkt sich der vorliegende Newsletter auf artenschutzrechtliche Belange und die Voraussetzungen der Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG.

Das Gericht hat das Regierungspräsidium Darmstadt als zuständige Genehmigungsbehörde zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet und entschieden, dass der Windpark gebaut werden darf.

#### Anhaltende Debatte über die Ausnahmegründe

Damit der Anwendungsbereich der Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG überhaupt eröffnet ist, muss zunächst ein einschlägiger Ausnahmegrund vorliegen. Das VG Wiesbaden beschäftigt sich eingehend mit der Anwendbarkeit des Ausnahmegrundes der „öffentlichen Sicherheit“ nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Alt. 2 BNatSchG.

Bisweilen wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass eine Ausnahme für Windenergieanlagen aufgrund der öffentlichen Sicherheit nicht möglich sei, da einzelne Anlagen die Situation der Umwelt nicht unmittelbar und konkret verbessern würden und ihre Realisierung daher gegenüber dem Schutz bestimmter Vogelarten nicht überwiege. Diesem Ansatz hat sich zuletzt das VG Gießen angeschlossen, über dessen Entscheidung wir bereits mit Meldung vom 13.02.2020 berichteten

(<https://www.maslaton.de/news/VG-Giessen-stellt-Ausnahme-vom-Toetungsverbot-nach--45-Abs-7-S-1-Nr-5-BN>)

Maßgeblich beruht diese Ansicht auf der Begriffsbestimmung der öffentlichen Sicherheit. Demnach soll sich der Begriff an Art. 36 AEUV, der die Einschränkung des freien Warenverkehrs ermöglicht, orientieren. Die Überlegung rührt daher, dass das Artenschutzrecht europarechtlich durch die Vogelschutzrichtlinie sowie die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie geprägt ist und die öffentliche Sicherheit in der Konsequenz unionsrechtlich auszulegen ist. Unter dem Begriff nach Art. 36 AEUV sind lediglich die Existenzsicherung des Staates und die Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen sowie die Abwehr unmittelbar drohender oder absehbarer Gefahren für grundlegend gesellschaftliche Interessen zu verstehen. Für das VG Gießen ist kein Grund erkennbar, warum im Hinblick auf den Artenschutz ein weiterer Begriffsinhalt zur Anwendung kommen sollte.

Demgegenüber ist der Begriff der öffentlichen Sicherheit nach anderer Auffassung im europarechtlichen Kontext der beiden für den Artenschutz relevanten Richtlinien sehr weit zu verstehen. Umfasst sind auch Infrastrukturvorhaben, für die öffentliche Belange streiten, weil ihre Realisierung der Vermeidung einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung dient, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.

#### Positionierung des VG Wiesbaden

Das VG Wiesbaden stellt diesen Meinungsstreit detailliert dar, lässt eine Entscheidung hinsichtlich der Auslegung allerdings offen, da für das streitgegenständliche Vorhaben bereits nach dem engen Verständnis eine Ausnahme nach dem Ausnahmegrund Nr. 4 zu erteilen ist. Es schließt sich weder der engen Auslegung des VG Gießen noch der für ein weites Verständnis streitenden Auffassung eindeutig an.

Demnach zählt die Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit Energie zu den existenziellen Fragen eines Staates und stellt einen überragend wichtigen Belang der öffentlichen Daseinsvorsorge dar. Infolge dessen ist eine für die Existenz des Staates wesentliche Frage betroffen. Im Sinne einer zukünftigen und langfristig

gesicherten Energieversorgung zählt dazu auch die Hinwendung zu Erneuerbaren Energien. Folglich kann auch die Errichtung eines einzelnen Windparks für die existenzielle Frage der Versorgungssicherheit mit Erneuerbaren Energien wesentlich sein.

Das VG Gießen tritt dieser Argumentation mit der Begründung entgegen, dass durch eine in Deutschland ohnehin erfolgende Stromüberproduktion keine Gefährdung der Bundesrepublik gegeben sei. Bei einer Reduktion der Stromproduktion aus der Windenergie sollen ausreichend Möglichkeiten bleiben, durch die die Energiegewinnung ausgeglichen wird. Diese Ansicht lehnt das VG Wiesbaden klar ab und stellt dabei die Rolle der Windenergie für die Herbeiführung der Energiewende heraus. Denn die Gewinnung von Strom aus nicht erneuerbaren Quellen gewährleistet nicht die nachhaltige Energieversorgung. Der Windenergie kommt mit Abstand das höchste Potenzial für die Stromgewinnung aus Erneuerbaren Energien zu, die für die Deckung des künftigen Energiebedarfs nötig ist. Schließlich stellt das VG Wiesbaden anhand der konkreten Situation in Hessen und der Klimaschutzziele dar, dass das Potenzial der Windenergie im Land noch nicht ausgeschöpft ist und es zusätzlicher Energiegewinnung aus Windenergieanlagen bedarf. Im Gegensatz zum Ansatz des VG Gießen, der den Aspekt der Nachhaltigkeit völlig vernachlässigt, sind also nicht nur die Klimaschutzziele der einzelnen europäischen Mitgliedsstaaten relevant, sondern sogar die lokalen Ebenen zu berücksichtigen.

#### Zumutbare Alternativen

Insbesondere der Bezugsbereich für die Prüfung von Standortalternativen ist bekanntermaßen umstritten. Zum Teil beschränkt sich die Rechtsprechung auf das Gebiet der planenden Gemeinde während andere Gerichte die Betrachtung eines gesamten Landkreises fordern. Das VG Wiesbaden erachtet unmittelbar angrenzende Nachbargemeinden im Bereich des geplanten Standortes als noch vom Suchbereich umfasst. Die Prüfung weiter entfernt liegende Standorte sei der Klägerin jedoch nicht zumutbar.

#### Erhaltungszustand einer Art

In Bezug auf die Voraussetzung, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art durch die Erteilung der Ausnahme nicht verschlechtern darf, besteht zwischen den Beteiligten Einigkeit. Die vorgesehene Artenhilfsmaßnahme – Aufhängen von fünf Kunstquartieren/-kästen – ist nach fachlichem Kenntnisstand geeignet, die speziellen Brutplatzanforderungen und daher die im Allgemeinen sehr begrenzten Nist- und Brutmöglichkeiten für die Art Wanderfalke im Naturraum zu verbessern. Sie ist durch entsprechende Nebenbestimmung gesichert.

## Ermessen

Das Ermessen ist hinsichtlich der Erteilung der Ausnahme auf Null reduziert. Die Vorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG sieht als Rechtsfolge ein sog. intendiertes Ermessen vor, so dass nur bei Vorliegen besonderer Umstände die Verwaltung die Befreiung im Einzelfall doch mit sachgerechten Kriterien verweigern kann. Entsprechende Umstände sind hier nicht ersichtlich; der Behörde bleibt kein Ermessensspielraum.

## Bewertung

Das VG Wiesbaden führt in seiner Entscheidung eine gegenüber dem VG Gießen entgegengesetzte Argumentation aus und gelangt im Ergebnis zur Anwendbarkeit des Ausnahmegrundes der öffentlichen Sicherheit auf Windenergieanlagen. Interessant ist dieses Ergebnis insbesondere vor dem Hintergrund der aktuell vorliegenden Entwurfsfassung des neuen EEG 2021, die in § 1 Abs. 5 festhält, dass die Nutzung Erneuerbarer Energien zur Stromerzeugung im öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient. Dieser Entwurf dürfte zum Zeitpunkt der Urteilsfällung noch nicht bekannt gewesen sein, bestätigt aber dennoch die Einordnung durch das Gericht.

Leider hat sich das VG Wiesbaden nicht zur Europarechtskonformität des Ausnahmegrundes Nr. 5 (überwiegendes öffentliches Interesse) geäußert, dessen Anwendbarkeit gleichsam umstritten ist. Die Frage, ob neben dem Ausnahmegrund Nr. 4 auch eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG erteilt werden könnte, könne dahinstehen.

Zu einer abschließenden Klärung führt die Entscheidung jedenfalls noch nicht. Aufgrund der Bedeutung der Sache wurde die Berufung zugelassen. Auch gegen das Urteil des VG Gießen ist bereits Berufung eingelegt worden. Somit kommt es letztlich auf die Rechtsauffassung des VGH Kassel an, der als nächste und letzte Instanz über beide Urteile zu entscheiden hat und möglicherweise sogar eine Vorlage der streitgegenständlichen Fragen an den EuGH in Erwägung ziehen könnte.