

Dr. Christoph Riese und Nicolas Brennecke, LL.M. (Cape Town)*

Klimaschutz vs. Artenschutz – Abstrakter Vorrang der Erneuerbaren Energien?

„Öffentliches Interesse“ und „öffentliche Sicherheit“ im Lichte der Rechtsprechung unter Berücksichtigung des BVerfG-Beschlusses zum Klimaschutzgesetz

I. Einführung

Die Erzeugung von Strom durch Erneuerbare Energien muss deutlich erhöht, die Emission von Treibhausgasen deutlich gesenkt werden. Bereits nach geltender Rechtslage soll der Anteil des aus Erneuerbaren Energien erzeugten Stroms im Jahr 2030 auf 65 %¹ erhöht werden; im Jahr 2050² soll der gesamte Strom treibhausgasneutral erzeugt werden. Minderungsziele im Hinblick auf die Treibhausgasemissionen enthält das Bundes-Klimaschutzgesetz, wonach bis zum Jahr 2030 eine Minderungsquote von 55 %³ erreicht sein soll. Die Bundesregierung hat unmittelbar nach der viel beachteten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24.3.2021⁴ beschlossen, diese Ziele nochmals ambitionierter zu formulieren. Die Treibhausgasemissionen sollen bis zum Jahr 2030 um mindestens 65 % und bis zum Jahr 2040 um 88 % gemindert werden; die Treibhausgasneutralität soll bis zum Jahr 2045⁵ erreicht sein.

Dieser Beitrag fokussiert sich im Wege einer Betrachtung des derzeit intensiv diskutierten⁶ Zielkonflikts zwischen Klimaschutz und Artenschutz auf die Frage, ob die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien nach der Rechtsprechung der letzten Jahre im öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient und ob dem Ausbau Erneuerbarer Energien ein besonderes Gewicht zukommt. Er untersucht insbesondere das Natur- und Artenschutzrecht. Diesbezüglich erläutert der Beitrag, wie die Begriffe „überwiegendes“ öffentliches Interesse“ und „öffentliche Sicherheit“ durch die Rechtsprechung ausgelegt werden.⁷

II. Hintergrund

Die Festlegung neuer Klimaziele ist keine besondere gesetzgeberische Herausforderung. Prozentzahlen werden ausge-

* Dr. Christoph Riese ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner am Berliner Standort von GÖRG im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Vergaberecht und Energiewirtschaftsrecht. Nicolas Brennecke, LL.M. (Cape Town) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei GÖRG in Berlin und promoviert zu einem umweltrechtlichen/verwaltungsprozessualen Thema.

1 Vgl. § 1 Abs. 2 EEG 2021.

2 Vgl. § 1 Abs. 3 EEG 2021.

3 Vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 KSG.

4 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, juris.

5 Vgl. § 3 Abs. 1 und 2 des Referentenentwurfs zum KSG (Stand vom 11.5.2021), S. 5 (verfügbar unter <https://www.bmu.de/gesetz/950/>, zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

6 Siehe u.a. Regelungsvorschlag der Stiftung Klimaneutralität vom 4.5.2021, verfügbar unter <https://www.stiftung-klima.de/de/themen/energie/artenschutz-und-windenergie/> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021); Köck/Rheinschmitt/Verheyen, ZUR 2021, 259; Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346; Köck/Bovet, ZUR 2018, 579; Maslaton, NVwZ 2019, 1081.

7 Hierbei sollen nicht sämtliche Voraussetzungen der jeweiligen Normen erläutert werden, sondern es soll eine Konzentration auf die beiden genannten Begriffe erfolgen; zum relevanten § 45 Abs. 7 BNatSchG siehe u.a. Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346 (349 ff.).

tauscht, Jahreszahlen geändert; ein einfaches Geschäft für Politik und Gesetzgeber. Die Herausforderung liegt an anderer Stelle. Nachdem bei der Windenergie an Land in den Jahren 2014 bis 2017 die Ausbauziele deutlich übertroffen wurden, halbierte sich der Zubau im Jahr 2018.⁸ Die Ausbauziele für die Jahre 2018 und 2019 konnten deutlich nicht erreicht werden. Die Entwicklung ist nicht gestoppt.

So konnte die Bundesnetzagentur (BNetzA) im Rahmen der Ausschreibung zum 1.2.2021 von dem Ausschreibungsvolumen von 1.500 MW für Windenergie nur 691 bezuschlagen.⁹ Auch im gesamten Jahr 2020 lag die bezuschlagte Menge deutlich unter der ausgeschriebenen Menge. Im Bereich Offshore gibt es seit Mitte 2020 überhaupt keinen Zubau mehr;¹⁰ neue Anlagen werden frühestens 2026¹¹ ans Netz gehen. Bei der solaren Strahlungsenergie zeigt sich eine Steigerung des Zubaus,¹² dieser kann aber die Lücke beim Ausbau der Windenergie auf Land kaum ausgleichen.¹³ Insgesamt werden die Herausforderungen steigen, wenn die Energieerzeugung durch Erneuerbare Energien auf immer weitere Sektoren ausgeweitet wird. Nur beispielhaft sei auf die Elektromobilität und die verschiedenen Varianten des Power-to-X verwiesen.

Im Mittelpunkt muss daher die Frage stehen, wie der Ausbau der Erneuerbaren Energien tatsächlich und rechtlich gefördert wird, und zwar nicht durch die fortdauernde Definition neuer Ziele, sondern durch konkrete Maßnahmen, die das Erreichen der Ziele ermöglichen.

Tatsächlich verzögert sich der Ausbau der Erneuerbaren Energien durch planungsrechtliche Vorgaben auf Landesebene, regionalplanerischer Ebene und kommunaler Ebene. Landesentwicklungspläne und Regionalpläne erschweren einen Ausbau durch restriktive Bestimmungen und schwer überwindbare Ausnahmeregelungen. Die Windenergie im Wald wird noch immer außerordentlich restriktiv gehandhabt und ist in einigen Bundesländern vollständig ausge-

schlossen.¹⁴ Die Errichtung von Photovoltaikfreiflächenanlagen auf an sich geeigneten Flächen wird planungsrechtlich behindert oder erschwert. Im Ergebnis sind häufig nur kleine Anlagen zulässig, eine Entwicklung, die durch die damit verbundene Zersiedlung nicht selten eine stärkere Beeinträchtigung des Landschaftsbildes als im Falle von wenigen großen Anlagen darstellt.

Auf kommunaler Ebene kommen zudem häufig schwer kalkulierbare politische Motive hinzu, die zu einer Bauleitplanung führen, die die Realisierung von Windenergieanlagen oder Photovoltaikfreiflächenanlagen erschweren oder wirtschaftlich sinnlos machen.

Neben diesen vorwiegend politisch verursachten Schwierigkeiten bestehen harte rechtliche und fachliche Konflikte: Naturschutz und Artenschutz im Besonderen genießen zu Recht einen hohen Rang bei der Abwägung widerstreitender Interessen.

Hinzu kommen speziell bei dem Ausbau der Windenergie die Belange des Schutzguts Mensch. Es geht v.a. um dessen Gesundheit. Viele Menschen fühlen sich unabhängig von etwaigen Schallimmissionen belästigt. Nur beispielhaft wird auf die Diskussion zum Infraschall¹⁵ verwiesen. Das Gefühl der Belästigung nimmt zu. Insgesamt ist eine sinkende Akzeptanz von Windenergieanlagen festzustellen.¹⁶ Die Zahl der Rechtsmittel gegen Vorhaben steigt.¹⁷

Die Gesamtheit der vielfältigen Konflikte kann nicht Gegenstand dieses Beitrags sein. Dieser konzentriert sich vielmehr auf einen speziellen Aspekt, nämlich das öffentliche Interesse am Ausbau Erneuerbarer Energien als Rechtsbegriff und insbesondere den Konflikt zwischen diesem öffentlichen Interesse und dem Artenschutz.

Aus den vielfältigen Konflikten, die zu bewältigen sind, soll dieser Beitrag den Natur- und insbesondere Artenschutz hervorheben und sich im Einzelnen mit dem öffentlichen Interesse und mit der öffentlichen Sicherheit auseinander-

8 Vgl. Angaben des BWE, verfügbar unter <https://www.wind-energie.de/themen/zahlen-und-fakten/deutschland/> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

9 Vgl. Informationen der BNetzA, verfügbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Wind_Onshore/Gebotstermin_01_02_2021/Gebotstermin_01_02_21_node.html (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

10 Vgl. <https://www.windbranche.de/news/nachrichten/artikel-37198-offshore-windenergie-markt-in-deutschland-2020-bricht-ein-kein-zubau-im-zweiten-halbjahr> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

11 Vgl. Pressemitteilung der BNetzA vom 26.2.2021, verfügbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/20210226_Offshore.html (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

12 Vgl. Aktuelle Fakten des Fraunhofer ISE zur Photovoltaik in Deutschland vom 15.5.2021, S. 5 (verfügbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/aktuelle-fakten-zur-photovoltaik-in-deutschland.html>, zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

13 Bei der Biomasse konnten 90 % des Zubaus durch Leistungserhöhung realisiert werden. Ein Großteil dieser Leistungserhöhungen wird seit

dem EEG 2014 mit der Flexibilitätsprämie vergütet. Die Ausbauziele konnten seit 2014 dadurch übertroffen werden. Die Biomasse wird allerdings kaum in der Lage sein, die Hauptlast der energiepolitischen Ziele zu tragen.

14 Vgl. sächsischer Koalitionsvertrag, S. 39 (verfügbar unter https://www.staatsregierung.sachsen.de/download/Koalitionsvertrag_2019-2024-2.pdf, zuletzt abgerufen am 20.5.2021) und sächsischer Landesentwicklungsplan 2013, S. 146 (verfügbar unter https://www.landesentwicklung.sachsen.de/download/Landesentwicklung/LEP_2013.pdf, zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

15 Vgl. <https://www.cleanthinking.de/infraschall-von-windkraftanlagen-wissenschaftler-holzheu-deckt-schwere-fehler-in-bgr-studie-auf/> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

16 Siehe Handlungsempfehlungen für eine umfassende Akzeptanzpolitik der Agora Energiewende, verfügbar unter <https://www.agora-energiende.de/veroeffentlichungen/akzeptanz-und-lokale-teilhabe-in-der-energiende/> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

17 Vgl. <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/klagewellen-schrecken-hersteller-von-windkraftanlagen-in-deutschland-ab/> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

setzen und in diesem Zusammenhang wiederum mit der besonderen Notwendigkeit, die Erneuerbaren Energien verstärkt auszubauen.

Wir werden aufzeigen, dass es einen grundsätzlichen Vorrang des öffentlichen Interesses am Ausbau der Erneuerbaren Energien nicht geben kann. Es ist stets eine Einzelfallabwägung erforderlich. Auch rechtlich dürfte eine allgemeine Festlegung auf nationaler Ebene nicht möglich sein, da der Naturschutz und auch der Artenschutz auf unionsrechtlichen Normen beruhen, die durch nationale Gesetze ohnehin nicht eingeschränkt werden können.

Gleichwohl bleibt es bei der Frage, wie das öffentliche Interesse am Ausbau der Erneuerbaren Energien bei einem Abwägungsprozess in besonderer Weise Wirkung entfalten kann.

Dieser Beitrag konzentriert sich vor diesem Hintergrund auf die Rechtsprechung zur besonderen Bedeutung der Erneuerbaren Energien und legt hierbei einen Schwerpunkt auf den Konflikt mit dem Natur- und Artenschutzrecht insbesondere bei der Zulassung von Windenergieanlagen.¹⁸ Hierbei ist v.a. hinsichtlich streng geschützter Vogelarten das Verletzungs- und Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu beachten. Ferner ist für verschiedene Arten von Erneuerbaren-Anlagen auch der in § 34 BNatSchG normierte Schutz von Naturschutzgebieten (sogenannte Natura 2000-Gebiete) relevant. „Überwiegendes öffentliches Interesse“ wie „öffentliche Sicherheit“ sind als Ausnahmegründe in §§ 34, 45 BNatSchG normiert. Dies zeigt, dass das Verständnis dieser beiden Begriffe eine maßgebliche Rolle insbesondere im Rahmen dieses intraökologischen Konflikts zwischen natur- und artenschutzrechtlichen Belangen des Bundesnaturschutzgesetzes und klimaschutzrechtlichen Belangen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes spielt und für den Ausbau v.a. der Windenergie an Land entscheidend ist.

III. Rahmenbedingungen

1. Überblick

Der Interessenkonflikt zwischen dem Ausbau der Erneuerbaren Energien und den Belangen des Artenschutzes ist eingebettet in ein komplexes System verschiedener Rahmenbedingungen.

Die besondere Bedeutung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien wird auf allen Ebenen der Normenhierarchie – im Völker- und Unionsrecht, in Bundes- und Landesgesetzen, Raumordnungsplänen, Flächennutzungsplänen und Erlassen der Landesministerien – deutlich.¹⁹ Völkerrechtlich ist insbesondere das Kyoto-Protokoll,²⁰ worin die Vertragsparteien die Erfüllung quantifizierter Emissionsbegrenzungsverpflichtungen vereinbart haben, zu beachten. Im Unionsrecht ergibt sich die Bedeutung speziell der Windenergienutzung u.a. aus der Richtlinie 2009/28/EG. Relevante bun-

desgesetzliche Regelungen ergeben sich v.a. aus den § 1 Abs. 2–4 des neuen EEG 2021. Die besondere Bedeutung des Naturschutzes, auch im Hinblick auf das Klima, betont u.a. § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG.²¹ Auf Landesebene sind in Klimaschutzgesetzen und landesweiten Raumordnungsplänen zahlreiche Festlegungen getroffen worden. Ferner bezeugen Regelungen, die eine Gesamtleistung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder eine jährlich zu erbringende Leistung festlegen, das öffentliche Interesse am Ausbau speziell der Windenergie: Beispielsweise sollen nach dem niedersächsischen Windenergieerlass²² bis 2050 mindestens 20 GW Windkraftleistung in Niedersachsen an Land errichtet werden können. Auch in Flächennutzungsplänen zeigt sich die Wichtigkeit des Windenergieausbaus. Schließlich ist die privilegierte bauplanungsrechtliche Zulässigkeit im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu beachten.

2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der Klimaschutz hat in der Rechtsprechung des BVerfG große Relevanz. Jüngst hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 24.3.2021²³ das Klimaschutzgesetz für teilweise verfassungswidrig erklärt. Dem BVerfG zufolge verpflichtet Art. 20a GG den Staat zum Klimaschutz und zielt auch auf die Herstellung von Klimaneutralität.²⁴ Allerdings genießt Art. 20a GG keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen.²⁵ Dabei nimmt das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu.²⁶ Art. 20a GG ist zudem auch hinsichtlich des Klimaschutzgebots eine justiziable Rechtsnorm.²⁷ Es bleibt Aufgabe verfassungsgerichtlicher Kontrol-

18 Zum Artenschutz bei der Vorhabenzulassung siehe auch *Bick/Wulfert*, NVwZ 2017, 346; *Köck/Bovet*, ZUR 2018, 579 und die rechtsvergleichende Betrachtung von *Backes*, ZUR 2018, 587; zur Windenergieplanung allgemein siehe u.a. *Fest/Fechler*, NVwZ 2016, 1050 und *Marquard*, ZUR 2020, 598.

19 Siehe zu diesem Abschnitt im Einzelnen: Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 6 ff. (verfügbar unter: https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/anlage-zu-top-4,-ziff-4_1591168257.pdf; zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

20 Protokoll von Kyoto vom 11.12.1997 zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen; das deutsche Zustimmungsgesetz datiert vom 27.4.2002.

21 Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 12.3.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 59.

22 Nds. MBl. 2016, S. 190, 191.

23 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., juris.

24 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., juris Rn. 198.

25 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., juris Rn. 198.

26 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., juris Rn. 198.

27 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., juris Rn. 205.

le, über die Wahrung der Grenzen des Art. 20a GG zu wachen, damit dieses Gebot nicht leerläuft.²⁸

Zugleich hat die Sicherstellung der Energieversorgung eine überragende Bedeutung für das Gemeinwohl.²⁹ Das Gericht betont mehrfach, dass die Sicherung der Energieversorgung durch geeignete Maßnahmen als öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung zu qualifizieren ist. Die Energieversorgung zählt zum Bereich der Daseinsvorsorge und ist für die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich.³⁰ Der Staat hat daher durch geeignete Maßnahmen die Energieversorgung sicherzustellen. Es handelt sich dabei um eine öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung.³¹ Die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen ist nach Auffassung des BVerfG eine entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft und damit ein von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängiges „absolutes“ Gemeinschaftsgut.³²

Die dargestellten Entscheidungen des BVerfG stehen nicht im Widerspruch, sie eröffnen vielmehr die Möglichkeit einer Lösung für die bestehenden Konfliktpotenziale. Denn wenn Klimaschutz eine grundrechtsähnliche Bedeutung erlangt und zugleich die Sicherstellung der Energieversorgung ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut ist und des Weiteren die Energieversorgung auf Erneuerbare Energien umgestellt werden soll, haben mithin Klimaschutz und der Ausbau der Erneuerbaren Energien eine in die gleiche Richtung weisende überragende Bedeutung.

3. Unionsrecht

Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten auf nationaler Ebene müssen stets bedenken, dass der Natur- und Artenschutz in erheblichem Maße von europäischem Recht geprägt sind. Grundsätzlich hat das Unionsrecht einen Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht. Der Europäische Ge-

richtshof (EuGH) lässt keinen Zweifel daran, dass die mitgliedstaatlichen Hoheitsrechte vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs zeitlich unbeschränkt begrenzt sind.³³ Das BVerfG seinerseits sieht es ähnlich und stützt diese Rechtslage auf Art. 23 GG.³⁴

Inwieweit besteht also ein Gestaltungsspielraum? Er stößt jedenfalls dann an die Grenzen, wenn das nationale Recht gegen europäisches Recht verstößt. Das europäische Recht, der EuGH und die Kommission – auch hier zu Recht – legen höchsten Wert auf den Umweltschutz.

Im Ergebnis bleibt nur die Möglichkeit, im Rahmen des europäischen Rechts nationales Recht durch die Auslegung und das Verständnis von Begriffen sowie notwendige Abwägungsprozesse zu nutzen. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hatte vor dem Hintergrund zu Recht Folgendes festgestellt:

„Das Unionsrecht belässt den Mitgliedstaaten hierbei einen Spielraum, der jedoch nicht unbegrenzt ist. Sie dürfen ihre öffentlichen Interessen nicht in einer Weise definieren und bewerten, die praktisch jedem Vorhaben, das das Erfordernis der Planrechtfertigung erfüllt und nach dem Muster der Abwägungsregeln des deutschen Planungsrechts vertretbar ist, von vornherein ein hohes Gewicht beimisst mit der Folge, dass es allenfalls bei schweren Beeinträchtigungen der Schutzziele hinter dem Interesse an der Integrität des FFH-Gebiets zurücktreten müsste. Die Gewichtung des öffentlichen Interesses muss vielmehr den Ausnahmecharakter einer Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL berücksichtigen. Deshalb muss im Einzelnen begründet werden, woraus sich ein erhebliches Gewicht der mit dem Vorhaben verfolgten Ziele ergibt [...]“³⁵

Gleichwohl sieht Art. 194 Abs. 1 AEUV vor, dass die Energiepolitik der Union unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Erhaltung und Verbesserung der Umwelt die Ziele Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union, Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen und Förderung der Interkonnektion der Energienetze verfolgt.³⁶

IV. Aktuelle Diskussion

Speziell zum Zielkonflikt zwischen Klimaschutz und Artenschutz veröffentlichte am 4.5.2021 die Stiftung Klimaneutralität einen Regelungsvorschlag,³⁷ in dem der ungelöste Zielkonflikt mit dem Artenschutz als einer der maßgeblichen Gründe für den signifikanten Einbruch des Windenergieausbaus in den letzten drei Jahren benannt wird. Eine Feststellung des Gesetzgebers, dass die Windenergie an Land für den Klimaschutz und die Versorgungssicherheit in Deutschland unerlässlich sei und damit der öffentlichen Sicherheit diene, sei erforderlich.³⁸

28 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., juris Rn. 207.

29 BVerfG, Urteil vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, juris Rn. 286 m.w.N.

30 BVerfG, Urteil vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, juris Rn. 286 m.w.N.

31 BVerfG, Beschluss vom 20.3.1984 – 1 BvL 28/82, juris Rn. 37.

32 BVerfG, Beschluss vom 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, juris Rn. 82.

33 EuGH, Urteil vom 15.7.1964 – Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269 f.; vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 17.

34 Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, juris Rn. 85.; vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 17.

35 BVerwG, Urteil vom 9.2.2017 – 7 A 2/15, juris Rn. 391; vgl. Urteil vom 9.7.2009 – 4 C 12.07, juris Rn. 15.

36 EuGH, Urteil vom 4.5.2016 – Rs. C-346/14, juris Rn. 72.

37 Regelungsvorschlag der Stiftung Klimaneutralität vom 4.5.2021.

38 Regelungsvorschlag der Stiftung Klimaneutralität vom 4.5.2021, S. 3.

Auch der Gesetzentwurf zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2021 sah die Normierung der Begriffe „öffentliches Interesse“ und „öffentliche Sicherheit“ in einem neuen § 1 Abs. 5 vor,³⁹ wobei dieser Passus auf den letzten Metern des Gesetzgebungsverfahrens noch gestrichen wurde.⁴⁰ Laut der diesbezüglichen Gesetzesbegründung sei sogar ein „übergeordnetes öffentliches Interesse“ gegeben.⁴¹

Ferner sind die Beschlüsse der 94. Umweltministerkonferenz (UMK) vom 15.5.2020 von Interesse.⁴² Die UMK thematisierte die Anforderungen an die artenschutzrechtlichen Ausnahmegründe der § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 („öffentliche Sicherheit“) und Nr. 5 („überwiegendes öffentliches Interesse“) BNatSchG. Die UMK betont die Wichtigkeit der Rechtsfragen „Bestimmung von Signifikanzschwellen“ und „Anforderungen an die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen“ und formuliert als Ziel einen bundesweiten Rahmen der Standardsetzung, um Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen effizient und rechtssicher zu gestalten.⁴³ Die vom Bundesumweltministerium (BMU) vorgelegten „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“ wurden beschlossen.⁴⁴ Diesen Hinweisen zufolge können Ausnahmen bei der Zulassung von Windenergieanlagen grundsätzlich sowohl auf den Ausnahmegrund der „öffentlichen Sicherheit“ in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4⁴⁵ als auch auf den des „überwiegenden öffentlichen Interesses“ in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG⁴⁶ gestützt werden. Schließlich beauftragte die 94. UMK eine Bund-/Länder-Arbeitsgruppe,⁴⁷ einen „Rahmen zur Bemessung von Signifikanzschwellen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf tödungsgefährdete Vogelarten an WEA“ vorzulegen.⁴⁸ Nach längeren Diskussionen⁴⁹ beschloss die Sonder-Umweltministerkonferenz am 11.12.2020 den Signifikanzrahmen.⁵⁰ Die Hinweise und Arbeitsgruppenempfehlungen helfen allerdings nur sehr begrenzt weiter, weil es sich lediglich um Auslegungshilfen bei der Inanspruchnahme von Ausnahmen handelt.

39 BT-Drucks. 19/23482, S. 15.

40 BT-Drucks. 19/25302, S. 20.

41 BT-Drucks. 19/23482, S. 96.

42 Ergebnisprotokoll der 94. Umweltministerkonferenz am 15.5.2020 (verfügbar unter: https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/endgueltiges-ergebnisprotokoll-94_umk_1591103085.pdf; zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

43 Ergebnisprotokoll der 94. Umweltministerkonferenz am 15.5.2020, S. 12.

44 Ergebnisprotokoll der 94. Umweltministerkonferenz am 15.5.2020, S. 12.

45 Siehe im Einzelnen: Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 4 ff.

46 Siehe im Einzelnen: Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 3 f.

V. Natur- und Artenschutzrecht im Bundesnaturschutzgesetz

Die beiden Begriffe „öffentliches Interesse“ und „öffentliche Sicherheit“ sind insbesondere als natur- und artenschutzrechtliche Ausnahmegründe von Relevanz. Der Wortlaut „überwiegendes öffentliches Interesse“ findet sich v.a. in den § 34 Abs. 3 Nr. 1, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 und § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG und „öffentliche Sicherheit“ in den § 34 Abs. 4 S. 1 und § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG.

1. Naturschutzrechtliche Ausnahmegründe der § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG

a. Überwiegendes öffentliches Interesse gemäß § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG

§ 34 Abs. 1 BNatSchG regelt als zentrale Norm des Naturschutzrechts den Schutz von Natura 2000-Gebieten. Projekte müssen vor einer Zulassung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines solchen Gebiets überprüft werden, wenn sie das Gebiet erheblich beeinträchtigen können. Wenn diese Verträglichkeitsprüfung ergibt, dass das Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen führen kann, ist es gemäß § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässig. § 34 Abs. 3 BNatSchG regelt Ausnahmen. Ein Projekt darf zugelassen werden, soweit es aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist und zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind.

Im Rahmen der Abwägung nach § 34 Abs. 3 BNatSchG können Gemeinwohlbelange minderen Gewichts nicht rechtfertigend sein und müssen zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses das strenge Gemeinwohlerfordernis des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG erfüllen.⁵¹ Die

47 Diese beinhaltete die Amtschefinnen und Amtschefs der Umweltsorts des Bundes und der Länder und band u.a. die Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung (LANA), das Kompetenzzentrums Naturschutz und Energiewende (KNE) und die Fachagentur Windenergie ein.

48 Ergebnisprotokoll der 94. Umweltministerkonferenz am 15.5.2020, S. 13.

49 Ergebnisprotokoll der 95. Umweltministerkonferenz am 13.11.2020, S. 19 (verfügbar unter: https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/endgueltiges-ergebnisprotokoll_95_umk_2_1608714572.pdf; zuletzt abgerufen am: 20.5.2021).

50 Beschluss der Sonder-Umweltministerkonferenz am 11.12.2020 (verfügbar unter: https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/beschluss_soko_umk_signifikanzrahmen_final_1608198103.pdf; zuletzt abgerufen am: 20.5.2021).

51 BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9 A 20/05, juris Rn. 129; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 34 Rn. 41.

Verwirklichung der öffentlichen Interessen muss sich bei der Abwägung ferner als einer der Hauptzwecke des Vorhabens und nicht bloß als ein begleitender Nebenzweck erweisen.⁵² Die Gemeinwohlbelange müssen sich gegenüber den betroffenen Integritätsinteressen des Naturschutzes als „überwiegend“ erweisen.⁵³ Ihnen muss der Vorrang attestiert werden können, wobei es einer gewichtsvergleichenden und gerichtlich vollumfänglich überprüfbareren Abwägung bedarf.⁵⁴

Zunächst ist maßgeblich, dass nach der Rechtsprechung ein generelles öffentliches Interesse i.S.v. § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG am Ausbau der Erneuerbaren Energien zu bejahen ist.⁵⁵ Fraglich ist jedoch, ob aufgrund des stagnierenden Ausbaus der Windenergie zukünftig ein abstrakter Vorrang der Erneuerbaren Energien angenommen werden wird. Dies könnte durch den unionsrechtlich eingeschränkten Spielraum des Bundesgesetzgebers schwierig werden.

Dem Erneuerbare-Energien-Gesetz ist nach bisheriger Rechtsprechung gerade kein abstrakter Vorrang des Ausbaus der Erneuerbaren Energien vor naturschutzrechtlichen Belangen zu entnehmen.⁵⁶ Zwar besteht ein hohes öffentliches Interesse beispielsweise an der Nutzung der regenerativen Energiequelle Wasserkraft zur Stromerzeugung.⁵⁷ Ein Vorhaben, das auf die Förderung Erneuerbarer Energien abzielt, kann zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung sowie zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen.⁵⁸ Hieraus lässt sich jedoch nicht

generell ableiten, dass demgegenüber alle anderen betroffenen Belange nachrangig sind.⁵⁹ Die Beschränkungen des § 40 Abs. 4 EEG 2014 sowie die Bestimmungen der § 67 Abs. 1 und § 35 WHG 2010 beispielsweise belegen vielmehr die Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber Eingriffen in natürliche oder naturnahe Gewässer.⁶⁰ Ein Vorrang bestimmter Energiekonzepte gegenüber etwa dem Naturschutzrecht ist dem Willen des Gesetzgebers nicht zu entnehmen.⁶¹ Es bleibt jedoch auch bei dieser Betrachtungsweise die Möglichkeit, im Rahmen der Begriffsdefinition und Auslegung dem Ausbau Erneuerbarer Energien ein besonderes Gewicht zu geben.

b. Öffentliche Sicherheit gemäß § 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG

§ 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG bezieht sich auf die Ausnahmeregelung des § 34 Abs. 3 BNatSchG und regelt im jeweiligen Naturschutzgebiet vorkommende prioritäre natürliche Lebensraumtypen und prioritäre Arten. Sollte sich das Projekt auf diese auswirken, können gemäß § 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG als zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nur solche im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden.

Im deutschen Umweltrecht finden sich sonst kaum Normierungen der „öffentlichen Sicherheit“. Ausnahmen bilden die Normierungen in § 34 Abs. 4 S. 1 und § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG mit der „öffentlichen Sicherheit“ als Unterfall des „öffentlichen Interesses“. Schon aufgrund der Herkunft des Begriffs im Polizei- und Ordnungsrecht sind bei der Auslegung der jeweiligen Norm im Natur- und Artenschutzrecht die von der Rechtsprechung entwickelten speziellen Anforderungen zu beachten.

Der EuGH sieht das Ziel der Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaats als einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses i.S.v. Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 der Habitat-Richtlinie an.⁶² Jedoch kann nur die Notwendigkeit der Abwendung einer tatsächlichen und schwerwiegenden Gefahr, dass die Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaats unterbrochen wird, unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit i.S.v. Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 der Habitat-Richtlinie fallen.⁶³ Ferner ist der Gerichtshof der Auffassung, dass Energieerzeugnisse wegen ihrer außerordentlichen Bedeutung als Energiequelle in der modernen Wirtschaft wesentlich für die Existenz eines Staates sind, da nicht nur das Funktionieren seiner Wirtschaft, sondern v.a. auch das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und selbst das Überleben seiner Bevölkerung von ihnen abhängen.⁶⁴ Eine Versorgungsunterbrechung und die sich daraus für die Existenz eines Staates ergebenden Gefahren können somit seine öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigen.⁶⁵ Diese Erwägungen seien laut

52 BVerwG, Urteil vom 27.1.2000 – 4 C 2/99, juris Rn. 39; vgl. *Lüttgau/Kockler*, in: BeckOK Umweltrecht, 58. Ed. 1.4.2021, BNatSchG, § 34 Rn. 18.

53 *Cellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 34 Rn. 41.

54 Vgl. BVerwG, Urteil vom 9.7.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 13; *Cellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 34 Rn. 41.

55 So zuletzt zu § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG OVG Münster, Beschluss vom 12.3.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 31; zu § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG vgl. u.a. OVG Bremen, Beschluss vom 3.4.2017 – 1 B 126/16, juris Rn. 85.

56 VGH München, Beschluss vom 5.8.2019 – 8 ZB 18.60, juris Rn. 24; VGH München, Beschluss vom 6.9.2016 – 8 CS 15.2510, juris Rn. 39; VGH München, Beschluss vom 26.2.2007 – 8 ZB 06.879, juris Rn. 11; VG Augsburg, Urteil vom 14.11.2017 – Au 3 K 17.196, juris Rn. 38; VG Regensburg, Urteil vom 20.2.2017 – RO 8 K 16.1319, juris Rn. 37.

57 VGH München, Beschluss vom 23.2.2016 – 8 CS 15.1096, juris Rn. 18; VG Augsburg, Urteil vom 14.11.2017 – Au 3 K 17.196, juris Rn. 38.

58 VG Augsburg, Urteil vom 14.11.2017 – Au 3 K 17.196, juris Rn. 38; vgl. EuGH, Urteil vom 4.5.2016 – Rs. C-346/14, juris Rn. 73.

59 VG Augsburg, Urteil vom 14.11.2017 – Au 3 K 17.196, juris Rn. 38.

60 VGH München, Beschluss vom 6.9.2016 – 8 CS 15.2510, juris Rn. 39; VG Augsburg, Urteil vom 14.11.2017 – Au 3 K 17.196, juris Rn. 38.

61 VG Regensburg, Urteil vom 20.2.2017 – RO 8 K 16.1319, juris Rn. 37.

62 EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – Rs. C-411/17, juris Rn. 155 ff.

63 EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – Rs. C-411/17, juris Rn. 158.

64 EuGH, Urteil vom 10.7.1984 – 72/83, juris Rn. 34.

65 EuGH, Urteil vom 10.7.1984 – 72/83, juris Rn. 34.

Gesetzesbegründung auf die Stromversorgung insgesamt übertragbar.⁶⁶ Dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit unterfallen Maßnahmen, die der Existenzsicherung des Staates und der Bekämpfung von Gewaltanwendung dienen.⁶⁷

Allerdings wird von der Rechtsprechung der Begriff der öffentlichen Sicherheit im Bundesnaturschutzgesetz bisher unterschiedlich ausgelegt. Da die Merkmale ihrem sachlichen Gehalt nach mit jenen übereinstimmen, die in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG enthalten sind, ist hinsichtlich des Begriffs „öffentliche Sicherheit“ in § 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG auf die Erläuterungen zu § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 zu verweisen.

2. Artenschutzrechtliche Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 BNatSchG

§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und Nr. 5 BNatSchG regeln relevante Ausnahmen von den Verbotsnormen des § 44 BNatSchG. Der hier einzig relevante § 44 Abs. 1 BNatSchG regelt Verbotsnormen hinsichtlich verschiedener besonders geschützte Tiere und Pflanzen schädigender Handlungen. Der Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 BNatSchG soll die Belange des Artenschutzes und andere wesentliche Belange zu einem sachgerechten Ausgleich bringen.⁶⁸ Nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG können die zuständigen Behörden von den Verboten im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art Ausnahmen zulassen. Auch die langfristig klimaverträgliche und gesicherte Energieversorgung soll in bestimmten Einzelfällen die Erteilung von Ausnahmen erlauben.⁶⁹ Insbesondere bei der Zulassung von Windenergieanlagen werden Ausnahmen oft auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und Nr. 5 BNatSchG gestützt.⁷⁰ Allerdings wird die Anwendbarkeit von § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Windenergieanlagen aufgrund der hohen Hürden in dieser Norm in vielen Gerichtsentscheidungen⁷¹ offengelassen.

a. Öffentliche Sicherheit gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG

Von der Rechtsprechung wird der Begriff der öffentlichen Sicherheit in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG bisher unterschiedlich ausgelegt.

Das Verwaltungsgericht (VG) Wiesbaden stellt in einem aktuellen Urteil⁷² die verschiedenen Auffassungen anschaulich gegenüber und lässt selbst offen, ob der Begriff weit oder eng auszulegen ist. Es verweist auf die – vorzugswürdige – Rechtsprechungslinie, der zufolge der Begriff der öffentlichen Sicherheit i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. a der Vogelschutz-Richtlinie im unionsrechtlichen Kontext weit zu verstehen sei und auch Infrastrukturvorhaben, für die zwingende

Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses streiten, umfasse, weil ihre Realisierung der Vermeidung einer schweren Gefährdung dient.⁷³ „Öffentliche Sicherheit“ sei unter Rückgriff auf die Ziele der Vogelschutz-Richtlinie dahin auszulegen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber einen im Einklang mit den wirtschaftlichen Erfordernissen praktizierten Vogelschutz wollte.⁷⁴

Im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 lit. a der Vogelschutz-Richtlinie war es schon zuvor obergerichtliche Rechtsprechung, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit „neben dem Schutz der zentralen Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und Vermögen des Einzelnen auch den Schutz von Einrichtungen des Staates oder [...] von sonstigen durch Private betriebenen, dem öffentlichen Interesse dienenden Einrichtungen und kollektive Schutzgüter“ einschließe und „außer auf bereits vorhandene Einrichtungen auch auf solche, die sich noch in der Planung befinden, zu erstrecken“ sei.⁷⁵ Diese Auffassung ist vorzugswürdig, weil sie dem unionsrechtlichen Verständnis von Art. 9 Abs. 1 lit. a der Vogelschutz-Richtlinie entspricht, sich damit anders als bei der Heranziehung von Art. 36 AEUV auf das gleiche Rechtsgebiet bezieht und dem gesetzlich bezweckten Erneuerbaren-Ausbau dient.

Zum anderen verweist das VG Wiesbaden auf die Rechtsprechung, der zufolge der Begriff „öffentliche Sicherheit“ in Anlehnung an die Überlegungen des EuGH zum entspre-

66 BT-Drucks. 19/23482, S. 96.

67 Vgl. EuGH, Urteil vom 10.7.1984 – 72/83, juris Rn. 34; EuGH, Urteil vom 4.10.1991 – Rs. C-367/89, juris Rn. 22; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 34 Rn. 46.

68 Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmegesetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 2.

69 Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmegesetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 2.

70 Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmegesetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 3.

71 VGH München, Urteil vom 29.3.2016 – 22 B 14.1875, 22 B 14.1876, juris Rn. 67; VG Halle (Saale), Urteil vom 25.10.2016 – 2 A 4.15 HAL, juris Rn. 99; VG Gießen, Urteil vom 3.9.2019 – 3 K 250.16.GI, juris Rn. 95; jüngst jedoch vom OVG Münster explizit bejaht: Beschluss vom 12.3.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 31; vgl. Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmegesetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 6.

72 VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI.

73 VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI, juris Rn. 116; VGH Kassel, Urteil vom 21.8.2009 – 11 C 318/08.T, juris Rn. 771; vgl. BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1073.04, juris Rn. 573; OVG Koblenz, Urteil vom 15.5.2007 – 8 C 10751/06, juris Rn. 54; VGH München, Urteil vom 19.2.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 849; OVG Münster, Urteil vom 29.3.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 949.

74 VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI, juris Rn. 116.

75 VGH Kassel, Urteil vom 21.8.2009 – 11 C 318/08.T, juris Rn. 771; OVG Koblenz, Urteil vom 8.11.2007 – 8 C 11523/06, juris Rn. 199; so auch VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI, juris Rn. 116.

chenden Begriff in Art. 36 AEUV enger zu verstehen sei.⁷⁶ Nach dieser Rechtsprechung könne der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Sicherheit in Bezug auf die Einschränkung des freien Warenverkehrs nur geltend gemacht werden, wenn es um Fragen gehe, die „wesentlich sind für die Existenz eines Staates“.⁷⁷ Dies sei der Fall, wenn das Funktionieren seiner Wirtschaft, das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und das Überleben seiner Bevölkerung von diesen Fragen abhinge.⁷⁸ Wenn der EuGH bereits im Hinblick auf den freien Warenverkehr einen derart strengen Maßstab an den Begriff „öffentliche Sicherheit“ anlege, sei kein Grund erkennbar, warum im Hinblick auf den Artenschutz ein weiterer Begriffsinhalt zur Anwendung kommen solle.⁷⁹ Der Begriff „öffentliche Sicherheit“ in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG erfasse somit nur die Existenzsicherung des Staates⁸⁰ und die Bekämpfung von Gewaltanwendungen im Inneren oder von außen^{81, 82}.

b. Überwiegendes öffentliches Interesse gemäß § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG

§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG knüpft an den Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 lit. c der Habitat-Richtlinie an. Anders als diese Norm enthält der Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutz-Richtlinie allerdings keinen mit § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG übereinstimmenden Ausnahmetatbestand. Der EuGH hat wiederholt, die in Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutz-Richtlinie aufgeführten Ausnahmetatbestände seien abschließend und eng auszulegen.⁸³ Daraus resultiert eine Ungleichheit zwischen dem Ausnahmegrund aus § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG und dem Wortlaut in Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutz-Richtlinie. In Literatur⁸⁴ und Rechtsprechung⁸⁵ wird den Zweifeln an der Unionsrechtskonformität der Norm entgegengehalten, dass der Ausnahmekatalog des Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutz-Richtlinie um einen ungeschriebenen Ausnahmetatbestand zu erweitern beziehungs-

weise die Habitat-Richtlinie neben der Vogelschutz-Richtlinie parallel anzuwenden ist, da es sonst zu nicht vertretbaren Wertungswidersprüchen kommt.⁸⁶

Im Hinblick auf den § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG hat kürzlich das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster explizit entschieden, dass dieser Ausnahmegrund grundsätzlich für die Windenergienutzung in Betracht kommt.⁸⁷ Zuvor war diesbezüglich keine derart eindeutige Tendenz in der Rechtsprechung erkennbar gewesen. Das Urteil weist in eine Richtung, die dem hier formulierten Postulat entspricht: Die besondere Bedeutung von Klimaschutz und sicherer Energieversorgung durch Erneuerbare Energien gibt dem Ausbau der Windenergie (und anderer Erneuerbarer Energien) ein besonderes Gewicht, das sich in den Entscheidungen der Behörden und Gerichte widerspiegeln sollte.

Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) München lehnt die klägerische Auffassung, die Errichtung und der Betrieb von Windkraftanlagen müsse als Ausnahmegrund i.S.v. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG angesehen werden, da es um eine nachhaltige Energieversorgung durch zunehmende Nutzung Erneuerbarer Energien gehe, ab.⁸⁸ Der VGH München hat damit die Auffassung des VG Regensburg bestätigt, das auf den beantragten Standort abgestellt und erläutert hatte, dass die genannten Gründe nicht ersichtlich seien.⁸⁹ Laut dem VGH München habe die Klägerin weder dargelegt, warum die standortbezogene Betrachtungsweise rechtswidrig sein sollte, noch aufgezeigt, weshalb das wirtschaftliche Interesse der Klägerin schlechthin ein zwingendes öffentliches Interesse darstellen sollte.⁹⁰ Das VG Osnabrück hingegen hat aufgrund des Hinweises auf das Erneuerbare-Energien-Gesetz und den Umstand, dass die Sicherung und Wirtschaftlichkeit der Energieerzeugung ein Gemeinschaftsinteresse höchster Stufe bilde, ein zwingendes öffentliches Interesse bejaht.⁹¹

Im Hinblick auf die Energieversorgung im Allgemeinen hat der VGH Mannheim entschieden, dass die Gewährleis-

76 VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI, juris Rn. 117; so VG Gießen, Urteil vom 22.1.2020 – 1 K 6019.18.GI, juris Rn. 119; zum letzten Urteil siehe Müller/Klostermeier, NVwZ 2020, 774.

77 EuGH, Urteil vom 10.7.1984 – 72/83, juris Rn. 34; VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI, juris Rn. 117; VG Gießen, Urteil vom 22.1.2020 – 1 K 6019.18.GI, juris Rn. 120.

78 EuGH, Urteil vom 10.7.1984 – 72/83, juris Rn. 34; VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI, juris Rn. 117; VG Gießen, Urteil vom 22.1.2020 – 1 K 6019.18.GI, juris Rn. 120.

79 VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI, juris Rn. 117; VG Gießen, Urteil vom 22.1.2020 – 1 K 6019.18.GI, juris Rn. 121.

80 Vgl. EuGH, Urteil vom 10.7.1984 – 72/83, juris Rn. 34.

81 Vgl. EuGH, Urteil vom 4.10.1991 – Rs. C-367/89, juris Rn. 22.

82 VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962.16.WI, juris Rn. 117; VG Gießen, Urteil vom 22.1.2020 – 1 K 6019.18.GI, juris Rn. 121.

83 Vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 8.6.2006 – Rs. C-60/05, juris Rn. 34; siehe Müller/Klostermeier, NVwZ 2020, 774.

84 Vgl. Gläß, in: BeckOK Umweltrecht, 58. Ed. 1.4.2021, BNatSchG, § 45 Rn. 49.

85 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20, juris Rn. 39; siehe auch: Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 3 f.

86 Müller/Klostermeier, NVwZ 2020, 774 (774); die Vermeidung von derartigen Wertungswidersprüchen hat zuletzt das OVG Berlin-Brandenburg in seinem ersten Beschluss zur Tesla-Gigafactory in Grünheide betont: Beschluss vom 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20, juris Rn. 39.

87 OVG Münster, Beschluss vom 12.3.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 31; vgl. Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben (Stand: 13.5.2020), S. 6; zu § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO vgl. VGH Kassel, Beschluss vom 6.11.2018 – 9 B 765/18, juris Rn. 12.

88 Vgl. VGH München, Beschluss vom 6.10.2014 – 22 ZB 14.1079, juris Rn. 39 ff.

89 VGH München, Beschluss vom 6.10.2014 – 22 ZB 14.1079, juris Rn. 40 f.

90 VGH München, Beschluss vom 6.10.2014 – 22 ZB 14.1079, juris Rn. 41.

91 VG Osnabrück, Beschluss vom 20.6.2016 – 2 B 2.16, juris Rn. 134.

tung der Energieversorgung dem zwingenden öffentlichen Interesse dient, wobei dieses Urteil ein Steinkohlekraftwerk betraf.⁹² Erst recht muss diese Einordnung für die Sicherung der Energieversorgung durch Erneuerbare Energien gelten. Ein öffentliches Interesse kann demnach bestehen, wenn ein Projekt einen privaten Träger hat und wirtschaftliche Interessen verfolgt.⁹³ Es ist lediglich erforderlich, dass es zugleich dem Gemeinwohl dient.⁹⁴ Der Begriff „zwingend“ wird eher als „verpflichtend“ interpretiert, d.h. die Verfolgung des jeweiligen öffentlichen Interesses muss vernünftigerweise geboten erscheinen.⁹⁵ Bei Anwendung dieses Maßstabs sprechen für Energieerzeugungsanlagen grundsätzlich zwingende Gründe des öffentlichen Interesses.⁹⁶ Die Gewährleistung der Energieversorgung ist ein Gemeinschaftsinteresse hohen Ranges und darf daher vorrangig gefördert werden.⁹⁷

3. Überwiegendes öffentliches Interesse gemäß § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG

Gemäß § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG kann von den Geboten und Verboten dieses Gesetzes, in einer Rechtsverordnung aufgrund des § 57 BNatSchG sowie nach dem Naturschutzrecht der Länder eine Befreiung gewährt werden, wenn dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig ist.

Auch wenn sich der Gesetzgeber an der Formulierung des § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG orientierte, hängt die Erteilung einer sich auf § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG gründenden Befreiung nicht vom Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses ab.⁹⁸ Das ändert aber nichts daran, dass auch diesbezüglich nur ein überwiegendes öffentliches Interesse die Nichtbeachtung natur-

schutzrechtlicher Ge- und Verbote rechtfertigen kann.⁹⁹ Eine Abwägung ist erforderlich.¹⁰⁰ Nur wenn den letzteren Belangen im Einzelfall ein Übergewicht zugesprochen werden kann, was nur bei einer hohen Eintrittswahrscheinlichkeit anzunehmen ist, kommt eine Befreiung in Frage.¹⁰¹ Laut dem OVG Berlin-Brandenburg ist die Errichtung raumbedeutsamer Windenergieanlagen in Naturschutzgebieten verboten.¹⁰² Es ist ausgeschlossen, dass diese Befreiungsvoraussetzungen nach § 67 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG bei der Errichtung von raumbedeutsamen Windenergieanlagen in Naturschutzgebieten vorliegen.¹⁰³ Windenergieanlagen müssen nicht notwendigerweise dort errichtet werden, denn sie sind nicht standortgebunden.¹⁰⁴ Angesichts ihrer Größe führen raumbedeutsame Windenergieanlagen stets zu einer Beschädigung und Veränderung des Naturschutzgebietes, die nicht mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege vereinbar ist.¹⁰⁵

Es drängt sich die Frage auf, ob diese strikte Sichtweise noch zeitgemäß im Rechtssinne ist oder nicht zu Unrecht die besondere Bedeutung des Klimaschutzes und der Erneuerbaren Energien verkennt.

Das Spektrum der zur Rechtfertigung einer Befreiung in Frage kommenden öffentlichen Interessen ist prinzipiell recht weit.¹⁰⁶ Das allgemeine Interesse am Ausbau regenerativer Energien stellt ein besonderes öffentliches Interesse i.S.v. § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG dar,¹⁰⁷ begründet jedoch keinen allgemeinen Vorrang vor dem Landschaftsschutz.¹⁰⁸ Umgekehrt ist es nicht ausgeschlossen, dass sich die Windenergie gegenüber den Belangen des Landschaftsschutzes durchsetzt, wenn die Landschaft am vorgesehenen Standort weniger schutzwürdig, die Beeinträchtigung geringfügig ist und die unter besonderen Schutz gestellten Ziele des Landschaftsschutzes nicht beeinträchtigt werden.¹⁰⁹

92 VGH Mannheim, Urteil vom 20.7.2011 – 10 S 2102.09, juris Rn. 343 f.

93 VGH Mannheim, Urteil vom 20.7.2011 – 10 S 2102.09, juris Rn. 343.

94 VGH Mannheim, Urteil vom 20.7.2011 – 10 S 2102.09, juris Rn. 343.

95 VGH Mannheim, Urteil vom 20.7.2011 – 10 S 2102.09, juris Rn. 343.

96 VGH Mannheim, Urteil vom 20.7.2011 – 10 S 2102.09, juris Rn. 344; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5.7.2007 – OVG 2 S 25.07, juris Rn. 41.

97 VGH Mannheim, Urteil vom 20.7.2011 – 10 S 2102.09, juris Rn. 344.

98 *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 67 Rn. 12.

99 *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 67 Rn. 12; vgl. *Teßmer*, in: BeckOK Umweltrecht, 58. Ed. 1.4.2021, BNatSchG, § 67 Rn. 8.

100 *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 67 Rn. 12; a.A. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.9.2012 – OVG 11 S 61.12, juris Rn. 5: Dem OVG zufolge unterliege die Abwägung nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle.

101 *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG § 67 Rn. 12.

102 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.5.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 93.

103 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.5.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 93.

104 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.5.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 93.

105 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.5.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 93.

106 *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 67 Rn. 11.

107 *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, BNatSchG, § 67 Rn. 11; *Teßmer*, in: BeckOK Umweltrecht, 58. Ed. 1.4.2021, BNatSchG, § 67 Rn. 7.

108 OVG Münster, Urteil vom 1.3.2021 – 8 A 1183/18, juris Rn. 349; VG Aachen, Beschluss vom 12.3.2021 – 6 L 417/20, juris Rn. 95; OVG Münster, Urteil vom 21.4.2020 – 8 A 311.19, juris Rn. 54; OVG Münster, Beschluss vom 8.11.2017 – 8 A 2454.14, juris Rn. 14.

109 OVG Münster, Urteil vom 1.3.2021 – 8 A 1183/18, juris Rn. 349; VG Aachen, Beschluss vom 12.3.2021 – 6 L 417/20, juris Rn. 95; OVG Münster, Urteil vom 21.4.2020 – 8 A 311.19, juris Rn. 54; OVG Münster, Beschluss vom 8.11.2017 – 8 A 2454.14, juris Rn. 14; *Teßmer*, in: BeckOK Umweltrecht, 58. Ed. 1.4.2021, BNatSchG, § 67 Rn. 7.

Das erhebliche öffentliche Interesse am Ausbau der Windenergieleistung ist bei der Entscheidung über die Befreiungserteilung nach § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG dergestalt zu berücksichtigen, dass es partielle, den Charakter des Schutzgebiets nicht in Frage stellende Einschränkungen des Landschaftsschutzes zu rechtfertigen vermag, wenn die Errichtung der Windenergieanlagen mangels vorzugswürdiger Alternativstandorte vernünftigerweise geboten ist.¹¹⁰ Die Betonung liegt hier auf dem Infragestellen. Die Entscheidung über eine Befreiung muss berücksichtigen, dass Einschränkungen am Landschaftsschutz hinzunehmen sein können. Die Entscheidung muss ferner berücksichtigen, dass Windenergieanlagen heutzutage zum Landschaftsbild dazugehören. Solche Anlagen sind mittlerweile Teil des Landschaftsbildes. Richtigerweise geht es daher nicht um Landschaftsschutz durch Verhinderung von Erneuerbaren Energien, sondern um Landschaftsschutz durch Integration der Erneuerbaren Energien. Das Entweder-Oder sollte dem Sowohl-Als-Auch weichen.

Umso mehr gilt dies für Photovoltaikfreiflächenanlagen, deren Ein- und Auswirkung auf die Landschaft bei richtiger Gestaltung gering sind. Auch sind neue unter dem Stichwort Agri-Photovoltaik zusammengefasste Entwicklungen zu berücksichtigen.¹¹¹ Der pauschale Hinweis, Freiflächen-solaranlagen stehen dem Landschaftsschutz entgegen, ist zumeist nicht zutreffend. Eine Einbindung in die Landschaft ist auch in Schutzgebieten rechtlich notwendig und fachlich umsetzbar.

VI. Vom Abstrakten zum Speziellen

Die Feststellung, dem Ausbau der Erneuerbaren Energien komme ein besonderes öffentliches Interesse zu, führt zu der Frage, wie dies im Einzelfall umzusetzen ist.

Das Argument des oben bereits zitierten OVG Berlin-Brandenburg,¹¹² die Windenergieanlage dürfe nicht im Naturschutzgebiet stehen, weil es auch andere mögliche Standorte für sie gebe, belegt die Notwendigkeit, den Konflikt anderweitig zu lösen. Wollte man dem OVG folgen, müssten

erst alle in Betracht kommenden konfliktlosen Flächen für die Erneuerbaren Energien genutzt werden, bevor Schutzgebiete in Anspruch genommen werden dürfen. Dem Vorhabenträger obläge eine Alternativenprüfung, die er nicht mit Erfolg erbringen könnte. Die besondere Bedeutung der Erneuerbaren Energien muss daher bereits im konkreten Einzelfall seine Wirkung entfalten. Bei besonders schutzwürdigen Gebieten mögen die Belange des Klimaschutzes und der Versorgungssicherheit zurücktreten müssen; ein pauschaler Ausschluss geht an den aus Klimaschutz und Versorgungssicherheit resultierenden rechtlichen Anforderungen vorbei.

Die vorgenannten Überlegungen müssen sich zwangsläufig auch auf andere rechtliche Instrumente auswirken: In der Landes- und Regionalplanung ziehen die harten Tabuzonen im wahrsten Sinne des Wortes eine harte Grenze für den Ausbau Erneuerbarer Energien.¹¹³ Diese resultiert aus der Begriffsdefinition, wonach harte Tabuzonen solche sind, in denen Windenergie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen ist. Diese Herangehensweise ist aber nur richtig, wenn es solche harten Tabuzonen zwangsläufig gibt. Das darf in Frage gestellt werden, denn dieser Begriff resultiert aus einer Zeit, in der die rechtliche Notwendigkeit zum Ausbau der Erneuerbaren Energien bei Weitem nicht in dem Maß bestand, wie es heute der Fall ist.

Schließlich wird auf eine ähnliche Konfliktsituation bei Windenergie im Wald hingewiesen. Das in einigen Bundesländern strikt angewandte diesbezügliche Verbot lässt sich nicht mehr halten. Unionsrecht steht dem jedenfalls nicht grundsätzlich entgegen.

VII. Fazit

Ein öffentliches Interesse am Ausbau der Erneuerbaren Energien ist mittlerweile unbestritten; ein abstrakter Vorrang speziell gegenüber den für den Windenergieausbau hoch relevanten natur- und artenschutzrechtlichen Belangen des Bundesnaturschutzgesetzes ist jedoch momentan noch zu verneinen.

Im Naturschutzrecht ist zu beachten, dass der Spielraum des deutschen Gesetzgebers durch die Rechtsprechung zur Habitat-Richtlinie eingeschränkt ist. Der EuGH hat in Bezug auf den Art. 6 Abs. 4 der Habitat-Richtlinie explizit entschieden, dass dieser eng auszulegen ist.¹¹⁴ Diese Rechtsprechung wird durch das BVerwG in seiner Elbvertiefung-Entscheidung bestätigt und speziell auf die Definition des öffentlichen Interesses angewandt. Auch dem BVerwG zufolge ist der mitgliedstaatliche Spielraum diesbezüglich begrenzt. Diese Rechtsprechung führt derzeit noch dazu, dass beim Ausbau der Erneuerbaren Energien bei der Abwägung durch die Gerichte nicht per se den klimaschutzrechtlichen Belangen des EEG ein abstrakter Vorrang gegenüber den naturschutzrechtlichen Belangen des BNatSchG gewährt wird.

110 OVG Münster, Beschluss vom 9.6.2017 – 8 B 1264.16, juris Rn. 41.

111 Siehe hierzu den Leitfaden des Fraunhofer ISE vom Oktober 2020, verfügbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/de/leitthemen/integrierte-photovoltaik/agri-photovoltaik-agri-pv.html> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

112 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.5.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 93.

113 Die Tabuzonen-Rechtsprechung des BVerwG hat auch Kment als „Bärendienst“ bezeichnet: Siehe *Kment*, Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität vom Dezember 2020, S. 39 ff.; siehe auch den auf dem Gutachten beruhenden Regelungsvorschlag der Stiftung Klimaneutralität vom 28.1.2021, S. 2 (jeweils verfügbar unter <https://www.stiftung-klima.de/de/themen/energie/flaechen-wind/>, zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

114 Zuletzt EuGH, Urteil vom 16.7.2020 – Rs. C-411/19, juris Rn. 51.

Dass das Klimaschutzgebot des Art. 20a GG auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Abwägung keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen genießt, hat das BVerfG in seinem Beschluss¹¹⁵ zum Klimaschutzgesetz jüngst bestätigt. Allerdings wird die Aussage des BVerfG zukünftig an Bedeutung gewinnen, dass das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung – auch mit den natur- und artenschutzrechtlichen Belangen – bei fortschreitendem Klimawandel zunimmt.¹¹⁶

Ungeachtet dieser rechtlichen Rahmenbedingungen muss dem Ausbau der Erneuerbaren Energien in der kon-

kreten Abwägung verschiedener Interessen ein besonderes Gewicht zukommen. Ansonsten könnten die überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter Klimaschutz und Versorgungssicherheit in der Umsetzung nicht die ihnen zukommende Bedeutung erlangen. Dies gilt für konkrete Vorhaben, für die Planungen auf kommunaler Ebene sowie bei der Landes- und Regionalplanung.

115 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., juris.

116 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, juris Rn. 198.