



Genehmigungsverfahren, Auslegung des § 63 BImSchG, Tötungsverbot, Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

## **OVG Münster, Beschluss vom 12. März 2021 – 7 B 8/21**

**1. Die gesetzgeberische Wertung des § 63 BImSchG ist im Rahmen der Abwägung der widerstreitenden Interessen immer zu beachten und ein Interesse an einer Anordnung der aufschiebenden Wirkung kann daher nur im Ausnahmefall begründet werden.**

**2. Die Inanspruchnahme der Ausnahmemöglichkeit nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG für Windenergievorhaben ist mit den Ausnahmemöglichkeiten des Art. 16 der Habitatrichtlinie und des Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie gleichzustellen. In Bezug auf den Vogelschutz kann damit auch der Ausnahmegrund des überwiegenden öffentlichen Interesses geltend gemacht werden.**

**(redaktionelle Leitsätze)**

### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Beschwerdeführerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, erhielt im Februar 2020 von der Beschwerdeführerin, der Genehmigungsbehörde, eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen (WEA). Hiergegen wendete sich die Beschwerdegegnerin, eine Umweltschutzvereinigung, mit einer Klage beim Verwaltungsgericht Aachen und beantragte die aufschiebende Wirkung derer. Daraufhin ordnete im April 2020 die Genehmigungsbehörde die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung an, woraufhin wiederum die Umweltschutzvereinigung einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz stellte. Die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Aachen hatten Erfolg, und das Gericht stellte die aufschiebende Wirkung der Klage wieder her.<sup>1</sup> Das Unternehmen der Windenergiebranche wendet sich nun vor dem Oberverwaltungsgericht Münster im Rahmen einer Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Aachen und beantragt die Abänderung dieses Beschlusses.

### **Inhalt der Entscheidung**

Die Beschwerde vor dem Oberverwaltungsgericht Münster hatte Erfolg. Das Oberverwaltungsgericht änderte den angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Aachen und lehnte den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage ab.

Das Oberverwaltungsgericht Münster stellte vorab fest, dass aufgrund des am 10. Dezember 2020 in Kraft getretenen neuen § 63 BImSchG die erstinstanzliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts Aachen<sup>2</sup> als Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu würdigen sei. Denn § 63 BImSchG in der seit dem 10. Dezember 2020 geltenden Fassung sei auch auf Genehmigungen anwendbar, die vor dem 10. Dezember 2020 erteilt wurden. Schließlich gäbe es hier keine abweichenden Übergangsvorschriften und auch Aspekte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes stünden dem nicht entgegen. (Rn. 8 ff.)

Nach summarischer Prüfung verstoße die streitgegenständliche Genehmigung unter Einbeziehung der Vermeidungsmaßnahmen nicht offensichtlich gegen das Tötungsverbot gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Zur Begründung dessen führte das Oberverwaltungsgericht aus, dass Tiere auch vorhabenunabhängig einem allgemeinen Tötungs- und Verletzungsrisiko ausgesetzt seien, da das faunistische Leben in einer vom Menschen gestalteten Umwelt stattfindet. (Rn. 19 ff.)

---

<sup>1</sup> VG Aachen, Beschl. v. 4.6.2020 – [6 L 327/20](#) und Beschl. v. 18.12.2020 – [6 L 327/20](#).

<sup>2</sup> VG Aachen, Beschl. v. 18.12.2020 – [6 L 327/20](#).

Der Rotmilan unterfalle nicht nur dem besonderen nationalen Artenschutz (nach § 7 Abs. 2 Nr. 14a BNatSchG), sondern gehöre zudem zu den nach der Vogelschutzrichtlinie geschützten europäischen Vogelarten. (Rn. 23) Es bedürfe weiterer Prüfungen im Hauptsachverfahren, ob die vorliegende Raumnutzungsanalyse aus dem Jahr 2018 – welche vor allem die vorinstanzliche Entscheidung stütze – eine Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Genehmigung herbeiführe. Ebenso sei die Vermutung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für ein brütendes Rotmilanpaar näher im Hauptsacheverfahren zu prüfen. (Rn. 24 ff.) Würde jedoch im Hauptsachverfahren ein Verstoß gegen das naturschutzrechtliche Tötungsverbot festgestellt werden – hielt das Oberverwaltungsgericht fest –, dann sei ferner zu prüfen, ob eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG im Zuge der Konzentrationswirkung der Genehmigung erteilt worden sei und erteilt werden dürfte. Für die Windenergienutzung käme grundsätzlich eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG infrage. (Rn. 30 f.) Nach summarischer Prüfung sei eine solch vorsorgliche sowie erforderliche Ausnahme durch die Genehmigung erteilt. (Rn. 34) Es fehle hier auch nicht per se an den europarechtlichen Vorgaben zu den Voraussetzungen einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG. Insbesondere stehe auch die Vogelschutzrichtlinie dem Ausnahmetatbestand nicht entgegen.<sup>3</sup> (Rn. 41 ff.)

Im Rahmen der Abwägung der widerstreitenden Interessen ging das Oberverwaltungsgericht darauf ein, dass die ausreichende und sichere Versorgung mit erneuerbaren Energien – und damit speziell mit der Windenergie – im öffentlichen Interesse stehe. Dies bestätige grundsätzlich auch § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG. (Rn. 60) Außerdem könne nur in Ausnahmefällen eine Abweichung von der gesetzlichen Wertung des § 63 BImSchG, nämlich dem grundsätzlichen Wegfall der aufschiebenden Wirkung, gerechtfertigt sein. (Rn. 61)

## Fazit

Der vorliegende Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Münster ist in einigen Punkten interessant und aufschlussreich für die Windenergienutzung. Einerseits stellt das Oberverwaltungsgericht sehr klar und deutlich fest, dass nur ausnahmsweise eine Abweichung von der gesetzlichen Wertung des neuen § 63 BImSchG vertretbar sei. Dies ist eine Klarstellung der Auslegung des § 63 BImSchG, wie sie im Übrigen auch das OVG Koblenz in zwei Beschlüssen Anfang des Jahres<sup>4</sup> tätigte. Dies bedeutet, dass in Zukunft für die Abwägung der widerstreitenden Interessen Behauptungen bzw. Befürchtungen für eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung auf keinen Fall ausreichen werden, sollten sich andere Oberverwaltungsgerichte dem Oberverwaltungsgericht Münster anschließen. Denn dann würde von der prozessführenden Partie sehr viel mehr verlangt werden.

Darüber hinaus sind die Aussagen des Oberverwaltungsgerichts zum artenschutzrechtlichen Ausnahmetatbestand der „zwingenden Gründe“ in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG für Windenergievorhaben ein weiterer Beweis für die derzeit uneinheitliche Rechtsprechung in diesem Zusammenhang. Das Gericht arbeitet in dem Beschluss einerseits heraus, dass die artenschutzrechtliche Ausnahme von der Konzentrationswirkung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit eingeschlossen sei und daher keines separaten Antrags im Genehmigungsverfahren bedürfe. Dies bedeutet nach Ansicht des Gerichts, dass sowohl Behörden als auch Gerichte die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nicht abbrechen dürften, wenn sie einen Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot feststellen. Sie müssten sich vielmehr dann automatisch mit der Möglichkeit einer Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG befassen, wodurch das Windenergievorhaben zulässig würde. Andererseits sieht das Oberverwaltungsgericht Münster auch keinen Konflikt mit dem Europarecht. Es bleibt daher weiter spannend, wie andere Oberverwaltungsgerichte zukünftig die Fragestellungen rund um § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG für Windenergievorhaben bewerten werden. Denn die Rechtsprechung hierzu ist derzeit noch uneinheitlich.<sup>5</sup> In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass das

---

<sup>3</sup> Viele wichtige Fragestellungen zur Anwendbarkeit der Ausnahme sind derzeit noch ungeklärt, und die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung dazu ist uneinheitlich. Interessant zur Thematik ist KNE (2020): [Artenschutz und Europarecht im Kontext der Windenergie](#). Zum Streitstand insgesamt siehe auch Ausführungen in Rundbrief [2/2020](#) zu VG Gießen, Ur. v. 22.1.2020 – 1 K 6019/18.Gl.

<sup>4</sup> OVG Koblenz, Beschl. v. 9.2.21 – 1 B 11505/20.OVG und Beschl. v. 8.4.2021 – 1 B 10081/21.OVG (beide in diesem Rundbrief besprochen).

<sup>5</sup> Siehe zum Streitstand: Stiftung Umweltenergierecht (2016): [Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben](#), S. 8 ff.

Gericht in der vorliegenden Entscheidung an unterschiedlichen Stellen auf die „Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben“<sup>6</sup> der Umweltministerkonferenz eingeht und diese damit bestärkt. Schließlich sind diese Hinweise für Gerichte nicht bindend.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2021/7\\_B\\_8\\_21\\_Beschluss\\_20210312.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2021/7_B_8_21_Beschluss_20210312.html)

---

<sup>6</sup> Umweltministerkonferenz (2020): [Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben](#).