

## Genehmigungsverfahren, Signifikanzschwelle, fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen, Schlafplatzgeschehen Rotmilan, Kollisionsrisiko Uhu

### OVG Münster, Urteil vom 24. August 2023 – 22 A 793/22

1. [...].
2. **Die den Betrieb von Windenergieanlagen an Land betreffende Sondervorschrift des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG findet im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (erstmalig) Anwendung, wenn der Vorhabenträger dies nach § 74 Abs. 5 BNatSchG verlangt. Dem steht insbesondere der Wortlaut von § 74 Abs. 4 und 5 BNatSchG nicht entgegen; dieser ist vielmehr auslegungsoffen (Bestätigung der Senatsrechtsprechung).**
3. **Die beispielhafte Aufzählung von Schutzmaßnahmen nach Abschnitt 2 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG zur Vermeidung der Tötung oder Verletzung von Exemplaren europäischer Vogelarten nach dem dortigen Abschnitt 1 durch Windenergieanlagen kann nicht als abschließende Konkretisierung einzelner Standardmaßnahmen bzw. eines Mindeststandards verstanden werden, von der in ihrem Anwendungsbereich unter keinem denkbaren Gesichtspunkt abgewichen werden darf. Ebenso fehlt jeder normative Ansatz für die Annahme, die gesetzgeberische Vorgabe des § 45b Abs. 3 Nr. 2, 2. HS BNatSchG könne nur zum Tragen kommen, wenn die in Abschnitt 2 beschriebenen fachlich anerkannten Maßnahmen buchstabengetreu übernommen würden.**
4. **Die naturschutzfachlichen Erkenntnisse und Wertungen zum Brutgeschehen des Rotmilans, die der Vorschrift des § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG zugrunde liegen, können auf das Schlafplatzgeschehen dieser Art übertragen werden. Dies rechtfertigt es im Regelfall, die Abschaltung bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsereignissen als hinreichende Vermeidungsmaßnahme während des Schlafplatzgeschehens an einem traditionellen Schlafplatz des Rotmilans - jedenfalls außerhalb des Nahbereichs einer Windenergieanlage - anzusehen.**
5. **Ein signifikant erhöhtes Kollisionsrisiko besteht für den Uhu regelmäßig nicht, wenn der Abstand zwischen der Rotorunterkante einer Windenergieanlage und dem Erdboden mehr als 90 m beträgt; mögliche Ansitzwarten in Bäumen ändern hieran nichts.  
(amtliche Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Beklagte erteilte der Beigeladenen (Unternehmen der Windenergiebranche) eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine Windenergieanlage (WEA) inkl. zahlreicher artenschutzrechtlicher Nebenbestimmungen. Dagegen erhob der Kläger (anerkannter Naturschutzverein) Klage beim Verwaltungsgericht (VG) Arnsberg.<sup>1</sup> Es erging daraufhin ein Änderungsbescheid, der insbesondere die artenschutzrechtlichen Nebenbestimmungen neu fasste. Dieser Änderungsbescheid wurde vom Kläger in seine Klage einbezogen. Das VG erklärte die immissionsschutzrechtliche Genehmigung in der Fassung des Änderungsbescheids für rechtswidrig und nicht vollziehbar; im Übrigen wies es die Klage ab. Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster ließ den Antrag der Beigeladenen auf Berufung gegen das VG-Urteil zu – soweit darin die angefochtene Genehmigung für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wurde. Der Beklagte erließ auf Antrag der Beigeladenen daraufhin einen weiteren Änderungsbescheid, mit dem er die Nebenbestimmungen zur schlafplatzbedingten Abschaltung aufhob. Der Kläger zog diesen Änderungsbescheid ebenfalls in das Verfahren mit ein.

#### Inhalt der Entscheidung

Die Berufung der Beigeladenen vor dem OVG Münster war erfolgreich. (Rn. 38 f.)

Das OVG hielt fest, dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die wie vorliegend beklagt werde, nicht bestandskräftig werde und § 74 Abs. 4 und 5 BNatSchG damit anwendbar seien, wenn der Vorhabenträger dies verlange.

<sup>1</sup> VG Arnsberg, Urt. v. 8.3.2022 - 4 K 1237/20.

Der Wortlaut des § 74 Abs. 4 BNatSchG sei auslegungsoffen und gerade auf nicht bestandskräftige Genehmigungen anwendbar.<sup>2</sup> (Rn. 66 ff.)

Das Vorhaben verstoße bezüglich des Rotmilans nicht gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Der Rotmilan werde gem. § 45b Abs. 1 bis 5 i. V. m. Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG während der Brutzeit als kollisionsgefährdeter und folglich WEA-empfindlicher Vogel eingestuft; dies rühre daher, dass er kein Meideverhalten gegenüber WEA habe. (Rn. 77 ff.) Die naturschutzfachliche Bewertung erfolge normalerweise zweistufig. Wenn es keine anerkannte Fachmeinung, sondern ein „Erkenntnisvakuum“ gebe, gelte der Plausibilitätsmaßstab. Vorliegend habe der Gesetzgeber durch § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG Einschränkungen und Klarstellungen gemacht und festgelegt, wann das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Individuen kollisionsgefährdeter Brutvogelarten im Umfeld ihrer Brutplätze durch den Betrieb von WEA signifikant erhöht sei. (Rn. 85 ff.) Darüber hinaus bestätigte das Gericht die Abschaltauflage (Nebenbestimmung) als ausreichende Regelung bei bodenwirtschaftenden Maßnahmen. Sie schütze den Rotmilan insbesondere während der Brutzeit. (Rn. 94)

Das Gericht hielt fest, dass über die Schutzmaßnahmen in Abschnitt 2 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG hinaus auch andere Maßnahmen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko verhindern könnten. Die Aufzählung in Abschnitt 2 der Anlage 1 sei lediglich beispielhaft und solle nicht als abschließende Konkretisierung gesehen werden. Hierfür spreche der in Abschnitt 2 der Anlage 1 verwendete Wortlaut. Es heißt dort „*insbesondere*“, was nahelege, dass die dort niedergeschriebenen Schutzmaßnahmen nicht abschließend seien. Es sei immer im Einzelfall genau hinzusehen und festzulegen, welche fachlich anerkannten Maßnahmen bzw. Maßnahmenpakete am besten geeignet sind. Dabei seien insbesondere die Umsetzung, die Wirksamkeit und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu beachten. (Rn. 99 ff.) Darüber hinaus ging das Gericht auf die Nebenbestimmung der Abschaltung in verschiedenen Punkten ein und war überzeugt, dass ihre fachliche Wirksamkeit den in Abschnitt 2 der Anlage 1 aufgelisteten Schutzmaßnahmen gleichstehe. (Rn. 103 ff.)

Das Aufheben der Abschaltung während der Schlafplatzphase des Rotmilans im Änderungsbescheid verstoße ferner nicht gegen das Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG sowie die dieser Regelung zugrunde liegenden Erkenntnisse seien auch für das Geschehen hinsichtlich des Schlafplatzes innerhalb des zentralen Prüfbereichs anzuwenden. Somit seien die Regelungen und Maßnahmen des § 45b BNatSchG nicht nur für die Senkung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos am Brutplatz anwendbar, sondern ließen sich auch auf den Schlafplatz übertragen – schließlich seien beide von hoher Flugaktivität geprägt. Eine pauschale Anwendung des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG auf das Schlafplatzgeschehen sei jedoch zu verneinen. (Rn. 139 ff.)

Die Genehmigung verstoße auch nicht gegen das Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bezüglich des Uhus. Das Tötungsrisiko für den Uhu sei hier nämlich schon wegen Fußnote 1 des Abschnitts 1 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG zu verneinen. Danach gelte der Uhu außerhalb des Nahbereichs nur dann als kollisionsgefährdete Brutvogelart, wenn die Höhe der Rotorunterkante im hügeligen Gelände weniger als 80 m betrage. Dies sei vorliegend klar eingehalten, da zwischen Rotorunterkante und Boden 90,7 m liegen. (Rn. 130 ff.) Außerdem könne aufgrund der vorliegenden Gegebenheiten nicht angenommen werden, dass der Uhu durch seine Jagdflüge von seinem Ansitz in den Baumkronen schnell in den Wirkraum der Rotoren gelange. (Rn. 138)

## Fazit

Diese Entscheidung zum Artenschutzrecht enthält einige interessante Aspekte für Genehmigungsbehörden sowie Projektiererschaft. Das Gericht überträgt die naturschutzfachlichen Erkenntnisse und Wertungen zum Brutgeschehen des Rotmilans, die der Vorschrift des § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG zugrunde liegen, auf das Geschehen am Schlafplatz. Es begründet dies damit, dass der Rotmilan an beiden Plätzen viel fliegt. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie dies artenschutzfachlich bewertet werden wird, denn schließlich gibt es deutlich mehr Flugverhalten am Schlafplatz als am Brutplatz, da die Zahl der Individuen am Schlafplatz normalerweise höher ist. Andererseits würde eine solche Auslegung der Regelung bei konsequenter Anwendung durch die Genehmigungsbehörden eine weitere artenschutzfachliche

<sup>2</sup> Vgl. hierzu auch OVG Bautzen, Beschl. v. 22.6.2023 – [1 B 290/22](#), Rn. 31.

Standardisierung innerhalb von Genehmigungsverfahren bringen. Dies wäre grds. erfreulich, da es Verfahren beschleunigen könnte.

Praxisrelevant ist auch die Feststellung des Gerichts, dass mögliche Ansitzwarten des Uhus in Bäumen, keine Änderung an der im BNatSchG getroffenen Festlegung zulassen. Dies ist plausibel, denn ein solches Nutzen der Ansitzwarte ist bereits in die Festlegung der Mindesthöhendifferenz eingeflossen.

Eine weitere Feststellung des Gerichts, dass die Liste der Schutzmaßnahmen nicht abschließend sei und im Einzelfall eine darüber hinaus gehende wirksame und verhältnismäßige Schutzmaßnahme festgelegt werden kann, kann unterschiedlich bewertet werden. Einerseits dahingehend, dass dadurch auch ein „Weniger“ möglich ist, solange die Schutzmaßnahme im konkreten Einzelfall wirksam und verhältnismäßig ist. Andererseits könnte es so verstanden werden, dass auch ein „Mehr“ eingefordert werden kann, weil die aufgelisteten Maßnahmen ja gerade nicht mehr die Einzigen und damit hinreichend sind. In beiden Fällen ist zudem fraglich, inwieweit die Naturschutzbehörde eine vertiefte Überprüfung der Wirksamkeit der neuen Schutzmaßnahme vornehmen und begründen muss.

Darüber hinaus stellt diese Rechtsprechung folgende Intention des Gesetzgebers in Frage: Mit der Novellierung des BNatSchG soll eine Standardisierung für die fachliche Prüfung erreicht werden. Letztlich ist noch zu hinterfragen, was genau mit einer solchen „Aufweichung“ der Standardisierung erreicht wird. Das Gericht sprach hier zwar die hohe Komplexität naturschutzfachlicher Fragestellungen und die einzelfallbezogene Auslegung aus der Gesetzesbegründung an. Allerdings ist die hohe Komplexität naturschutzfachlicher Fragestellungen der Hauptgrund dafür, dass überhaupt eine Standardisierung beschlossen wurde.

Unklar bleibt, ob das Gericht eine verfassungskonforme Auslegung der Regelung in § 74 BNatSchG vorgenommen hat. Mit der Novellierung des BNatSchG sollte das vom BVerfG festgestellte Erkenntnisvakuum<sup>3</sup> ausgefüllt werden. Daher könnte verlangt werden, dass die neuen Regelungen zur Standardisierung des Artenschutzes i. R. v. Genehmigungsverfahren auch auf Altanlagen angewendet werden. Das Gericht ging hierauf jedoch nicht ein und schließt dies aufgrund der Gesetzesbegründung sogar aus. Auslegungsfragen zu § 74 Abs. 4 und 5 BNatSchG – und damit auch die Frage, ob eine nachträgliche Anpassung von bestandskräftigen Genehmigungen sachgerecht ist, unterliegen der laufenden Diskussion.<sup>4</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [https://www.ju-stiz.nrw/hrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2023/22\\_A\\_793\\_22\\_Urteil\\_20230824.html](https://www.ju-stiz.nrw/hrwe/ovgs/ovg_nrw/j2023/22_A_793_22_Urteil_20230824.html)

<sup>3</sup> Siehe BVerfG, Beschl. v. 23. Oktober 2018, 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14.

<sup>4</sup> Siehe hierzu z. B. KNE (2023) *Rechtliche Stellungnahme zur Anwendbarkeit des Prüfungsmaßstabs aus § 45b BNatSchG auf bereits bestandskräftig zugelassene Windenergieanlagen (nachträgliche Anpassung von Betriebseinschränkungen)*; siehe auch OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, Rn. 101 ff.