

Nachträgliche Anordnung, Fledermäuse, wesentliche Änderung der Rechtslage, Abschaltungen, Feststellungswirkung, Betreiberpflicht

BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4.22

1. **§ 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG ermächtigt nur zu nachträglichen Anordnungen zur Erfüllung von Pflichten, die sich aus dem BImSchG und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergeben. Die nachträgliche Durchsetzung anderer öffentlich-rechtlicher Pflichten richtet sich nach dem jeweils einschlägigen Fachrecht (im Anschluss an BVerwG, Urteil vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 Rn. 28 f.).**
2. **Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen steht der Heranziehung von § 3 Abs. 2 BNatSchG als Rechtsgrundlage für nachträgliche Anordnungen zur Durchsetzung naturschutzrechtlicher Verbote nicht generell entgegen.**
3. **Die Befugnis der Naturschutzbehörde zum Erlass nachträglicher Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG findet bei immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlagen ihre Grenzen in der Gestattungs- und Feststellungswirkung der Genehmigung und den Vorschriften über deren Aufhebung. Nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage werden von der Feststellungswirkung der Genehmigung nicht umfasst (im Anschluss an BVerwG, Urteile vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 und vom 30. April 2009 - 7 C 14.08 - NVwZ 2009, 1441 Rn. 22).**
4. ...
5. **Nutzungsmöglichkeiten, die Anlagen an anderen Standorten bieten, sind schon tatbestandlich keine Alternativen (§ 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG) zur Nutzung bestehender Anlagen, die mit nachträglichen Betriebsbeschränkungen belegt werden. Zwischen solchen Anlagen besteht kein Alternativ-, sondern ein Ergänzungsverhältnis.
(amtliche Leitsätze)**

Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin wendete sich gegen nachträgliche zeitliche Beschränkungen des Betriebs dreier Windenergieanlagen (WEA) ihres Windparks L. Diese ordnete die Beklagte (Naturschutzbehörde) gestützt auf die Generalklausel des § 3 Abs. 2 BNatSchG aus Gründen des Fledermausschutzes im Februar 2021 an. Die ursprünglich im Jahr 2006 erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für sechs WEA des Windparks L enthielt keine Betriebsbeschränkungen zum Schutz von Fledermäusen. Im Juli 2019 informierte eine Umweltorganisation die Beklagte über Totfunde verschiedener Arten von Fledermäusen aus den Jahren 2012 bis 2018. Im Dezember 2019 erhielt die Beklagte zudem ein Kartiergutachten zu Avifauna und Fledermäusen, das für einen Flächennutzungsplan (FNP) und dessen Potenzialflächen für Windenergie erarbeitet wurde und Hinweise auf erhebliche artenschutzrechtliche Konflikte mit den Bestandsanlagen enthielt. Daraufhin verfügte die Beklagte unter näheren Maßgaben zu meteorologischen Rahmenbedingungen nächtliche Abschaltungen der Anlagen jährlich vom 15. April bis zum 31. August. Das OVG Lüneburg hat die dagegen gerichtete Klage abgewiesen und die Revision zugelassen.¹ Die Klägerin legte Revision beim BVerwG ein.

Inhalt der Entscheidung

Das BVerwG wies die Revision als unbegründet zurück. (Rn. 10)

Die artenschutzrechtliche Generalklausel § 3 Abs. 2 BNatSchG stelle die Ermächtigungsgrundlage für nachträgliche Anordnungen zur Durchsetzung des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbots gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG dar. Dem stehe das Umweltschadengesetz nicht entgegen. (Rn. 11 f.) § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG komme als Rechtsgrundlage für den Bescheid mit den nachträglichen Betriebseinschränkungen hingegen tatbestandlich nicht in Betracht, denn § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG könne lediglich als Ermächtigungsgrundlage für nachträgliche

¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 5.7.2022 - [12_KS_121/21](#); siehe hierzu auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.5.2021 - 12 MS 47/21 (in Rundbrief [3/2021](#) besprochen).

Anordnungen zur Erfüllung der immissionsschutzrechtlichen Pflichten aus dem BImSchG herangezogen werden, wozu die Verbote des § 44 BNatSchG gerade nicht zählten. (Rn. 13)

Die Naturschutzbehörden würden die Einhaltung der Pflichten aus dem BNatSchG überwachen und könnten Maßnahmen anordnen, um diese Pflichten sicherzustellen. (Rn. 15) § 44 Abs. 1 BNatSchG sei nicht nur eine Zulassungsvoraussetzung, sondern begründe daneben auch dauerhaft geltende Verhaltenspflichten für den Betrieb einer WEA. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung bewerte zwar den Betrieb der WEA auch mit Blick auf die Vorschrift des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG als rechtmäßig. Weil ihre feststellende Wirkung aber auf den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung begrenzt sei, erstrecke sich die Feststellungswirkung nicht auf nachträgliche Änderungen der Sach- oder Rechtslage. (Rn. 16 f., 18)

Die Befugnis der Naturschutzbehörden zum Erlass nachträglicher artenschutzrechtlicher Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG finde seine Grenzen jedoch einerseits in der Tatbestandswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (Rn. 18) und andererseits darin, dass die nachträgliche Anordnung keine (Teil-)Aufhebung der Ursprungsgenehmigung bewirken dürfe. (Teil-)Aufhebungen könnten lediglich unter Wahrung der dort geregelten besonderen Voraussetzungen auf § 21 BImSchG oder § 48 VwVfG gestützt werden. (Rn. 20)

Das BVerwG hielt fest, dass es für die Abgrenzung zwischen nachträglicher Anordnung und (Teil-)Widerruf der Genehmigung auf die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung gerade nicht ankomme. Dies gelte auch im Verhältnis zwischen § 17 BImSchG (nachträgliche Anordnungen) und § 21 BImSchG (Widerruf der Genehmigung). Zwar dürfe nach § 17 Abs. 2 BImSchG eine nachträgliche Anordnung nicht getroffen werden, wenn sie unverhältnismäßig sei, sondern dann solle die zuständige Behörde die Genehmigung unter den Voraussetzungen des § 21 BImSchG ganz oder teilweise widerrufen. Daraus lasse sich aber nicht schließen, dass die Anordnung von unverhältnismäßigen Maßnahmen als Genehmigungswiderruf zu qualifizieren sei, denn die Frage nach der Rechtsnatur einer behördlichen Verfügung als nachträgliche Anordnung gem. § 17 BImSchG oder als Widerruf gem. § 21 BImSchG sei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit vorgelagert. Folglich sei die von der Vorinstanz vorgenommene Übertragung dieser vermeintlichen immissionsschutzrechtlichen Wertung auf das Verhältnis von § 3 Abs. 2 BNatSchG zu § 21 BImSchG nicht richtig. (Rn. 22) Zur Abgrenzung, wann in den Genehmigungskern eingegriffen werde, führte das Gericht aus, dass hierzu die Qualifikation eines Teilwiderrufs vorliegen müsse. Bei der Regelung, die WEA zu bestimmten Zeiten aus Artenschutzgründen abzuschalten, handle es sich jedoch regelmäßig um eine Nebenbestimmung und nicht um eine Inhaltsbestimmung. Die Einschätzung der Vorinstanz, die Abschaltanordnung nicht als Teilwiderruf der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu qualifizieren, weil sie sich bei Genehmigungserteilung als Nebenbestimmung dargestellt hätte, sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (Rn. 23)

Die Zulassung einer Ausnahme von den Verboten des § 44 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG komme wegen der Verhältnismäßigkeit der nachträglich angeordneten Betriebsbeschränkungen nicht in Betracht. Nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG dürfe eine Ausnahme nämlich nur zugelassen werden, wenn keine zumutbare Alternativen gegeben sind. Das Gericht hielt jedoch fest, dass der Weiterbetrieb der WEA, gepaart mit verhältnismäßigen wirtschaftlichen Einbußen, eine zumutbare Alternative darstelle. (Rn. 41) Bei bestehenden WEA stelle ein Betrieb dieser WEA an einem anderen Standort im Regelfall gerade keine zumutbare Alternative dar. Da ein Ab- und Aufbau der WEA unzumutbar sei. (Rn. 42)

Fazit

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) hat in der Windenergiebranche für Aufsehen gesorgt, denn WEA-Betreiberinnen fragen sich, ob sie nun mit immer neuen nachträglichen Anordnungen rechnen müssen. Festzuhalten bleibt: Das BVerwG hat mit diesem Urteil eine Grundsatzentscheidung vorgenommen. Es hielt fest, dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen nicht grundsätzlich der Anwendung der naturschutzrechtlichen Generalklausel in § 3 Abs. 2 BNatSchG für nachträgliche Anordnungen zur Durchsetzung von naturschutzrechtlichen Nebenbestimmungen widerspricht. Es ist jedoch zu beachten, dass der vom BVerwG beurteilten Fallkonstellation überaus eindeutige und sichere Daten (sieben Totfunde plus ein vorliegendes Fachgutachten im Rahmen einer FNP-Aufstellung) sowie eine hohe Fledermausdichte zugrunde lagen. Eine derart klare

fachliche Erkenntnislage ist vermutlich eher die Ausnahme, weswegen eher nicht mit mehr nachträglichen Anordnungen zu rechnen ist.

Sollte eine Behörde in Zukunft von § 3 Abs. 2 BNatSchG Gebrauch machen, muss immer genau geprüft werden, ob tatsächlich neue und belastbare Erkenntnisse vorliegen und ob eine darauf basierende nachträgliche Anordnung ermessensgerecht und verhältnismäßig ist. Außerdem muss geprüft werden, ob die Möglichkeit einer Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG i. V. m. § 45b Abs. 8 BNatSchG besteht.

Es ist auch wichtig, eine klare Abgrenzung zu beachten: § 3 Abs. 2 BNatSchG ist keine Grundlage für eine Heilung des Falls, wenn artenschutzrechtliche Aspekte im Genehmigungsverfahren nicht ausreichend berücksichtigt wurden. In solchen Fällen ist die Behörde nicht befugt, nachträgliche Anordnungen zu erlassen, da ihr bereits im Genehmigungsverfahren ein Fehler unterlaufen ist. Die Sach- und Rechtslage bestand dann bereits vor der Genehmigungserteilung und kann von der Behörde nicht nachträglich anders bewertet werden. In diesen Fällen greift die Feststellungswirkung der Genehmigung.

Die Ausführungen des Gerichts zur Abgrenzung, ob eine nachträgliche Anordnung oder doch ein (Teil-)Widerruf der Genehmigung gegeben ist, erscheinen nicht besonders hilfreich für die Praxis. Denn das BVerwG sagte hierzu lediglich, dass zwischen Inhalts- und Nebenbestimmung unterschieden werden müsste. Eine Inhaltsbestimmung würde schwerer wiegen und könne nach Genehmigungserteilung nur unter den strengeren Voraussetzungen eines (Teil-)Widerrufs ergehen. In der Praxis fällt aber genau diese Abgrenzung häufig sehr schwer, da die Grenzen fließend sind. Das Gericht lässt mit seinen allgemeinen Aussagen offen, wo die Grenze für nachträgliche Anordnungen liegt. Es stellt sich also weiterhin die Frage, was nicht mehr Gegenstand einer Nebenbestimmung sein kann, sondern vielmehr als Inhaltsbestimmung zu qualifizieren ist und wie zukünftige Behördenentscheidungen sowie Rechtsprechung damit umgeht bzw. Kriterien findet.

Aufgrund der Entscheidung ist es daher empfehlenswert, dass alle beteiligten Akteure rechtzeitig aufeinander zugehen und miteinander kooperieren, wenn neue Daten und Tatsachen zu geschützten Arten im Bereich bestehender WEA bekannt werden.

Abzuwarten bleibt auch, wie sich die vorliegende Rechtsprechung auf Vorhaben in zukünftigen Beschleunigungsgebieten auswirken wird. Denn die Erneuerbaren-Energien-Richtlinie (RED III)² sieht vor, dass künftig im Zulassungsverfahren nur noch ein Screening stattfinden soll, wenn der WEA-Standort in einem Beschleunigungsgebiet liegt. Das könnte bedeuten, dass sich in diesen Gebieten aufgrund der künftig modifizierten artenschutzrechtlichen Prüfung in Genehmigungsverfahren generell vermehrt die Möglichkeit für eine nachträgliche Anordnung bietet, da im Zulassungsverfahren weniger vertieft geprüft wird. Dies hängt jedoch maßgeblich von der weiteren Ausgestaltung der nationalen Umsetzung der RED III ab.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<https://www.bverwg.de/191223U7C4.22.0>

² Richtlinie (EU) 2023/2413.