

## Artenschutzrechtliche Ausnahme, Dichtezentrum, Erhaltungszustand, Schutzmaßnahmen

### VGH München, Urteil vom 20. Juli 2023 - 22 A 22.40030

1. **Der Wortlaut des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 3 BNatSchG (Ausnahme für Zwecke der Forschung) enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Forschung auf das betroffene Tier beschränken müsste. Eine solche Einschränkung ergibt sich auch nicht aus dem Unionsrecht. (Rn. 14)**
2. **Ein fachwissenschaftlicher Konsens dahin, dass in Dichtezentren einer geschützten Art die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erfüllung des Verbotstatbestands des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG stets – selbst unter Anwendung von Schutzmaßnahmen – vorlägen, ist nicht ersichtlich. (Rn. 29)**
3. **Bleibt der Erhaltungszustand der betroffenen lokalen Population unverändert, so steht damit zugleich fest, dass keine negativen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art in ihrem überörtlichen Verbreitungsgebiet zu besorgen sind. (Rn. 45)**
4. **Gemäß § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG gibt es bei der Erteilung einer Ausnahme für eine Windenergieanlage an Land inzwischen kein Ermessen mehr. (Rn. 67)  
(redaktionelle Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Der Kläger (anerkannte Umweltvereinigung) begehrte die Aufhebung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für drei Windenergieanlagen (WEA), die der Beigeladenen (Unternehmen der Windenergiebranche) mit Bescheid der Beklagten (Genehmigungsbehörde) im März 2022 erteilt worden war. Die Genehmigung enthält Nebenbestimmungen (Abschaltungen) zum Schutz des Rotmilans. Zudem beinhaltet die Genehmigung eine bis Dezember 2026 befristete Ausnahme für ein Forschungsvorhaben zur Erprobung von Identifly (kamerabasiertes Antikollisionssystem AKS) bzgl. des Rotmilans mit gesonderten Abschaltbedingungen.

Der Kläger erhob eine Anfechtungsklage beim VGH München.

#### Inhalt der Entscheidung

Der VGH München wies die Klage ab. Das Gericht hielt fest, dass die Voraussetzungen der Ausnahmeerteilung zu Zwecken der Forschung nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 BNatSchG eingehalten seien, und nahm an, dass ein Projekt zu Forschungszwecken vorliege. Auch verschlechtere sich der Erhaltungszustand des Rotmilans dadurch nicht. Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, dass sich bei einer Ausnahmeerteilung gem. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 BNatSchG die Forschungszwecke auf das betroffene Tier beschränken müssen. (Rn. 12 ff.) Die Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 BNatSchG müssten sich gerade auf diejenigen Handlungen beziehen, die den Verbotstatbestand nach § 44 Abs. 1 BNatSchG verwirklichen. Dies sei vorliegend der Fall, denn das Forschungsvorhaben beinhalte die Erprobung des AKS Identifly für WEA. Es bestehe hier also der erforderliche Zusammenhang zwischen der Verwirklichung des Verbotstatbestands und dem Forschungszweck. Die Forschung zielen vorliegend sogar auf die Gewinnung zusätzlicher Erkenntnisse, was das Vorhaben insbesondere auch unionsrechtlich für eine Ausnahme qualifiziere. (Rn. 14 f.) Auch trat das Gericht den Einwänden, das Forschungsvorhaben habe keinen Mehrwert gegenüber früheren Untersuchungen, entgegen. Denn Erkenntnislücken seien in der Benutzung von Identifly bisher nicht auszuschließen gewesen und folglich könne aufgrund des zusätzlichen Erkenntnisgewinns über das Antikollisionssystem von Forschung gesprochen werden. Es werde schließlich ein Waldstandort inkl. Dichtezentrum untersucht, was anspruchsvolle Bedingungen für das AKS bedeute. Die bisherigen Untersuchungen hätten sich auf weniger anspruchsvolle Bedingungen von Offenlandstandorten mit geringem Waldanteil und ohne Dichtezentrum bezogen. Zudem würden zwei Systeme, die drei WEA überwachen, untersucht. Dabei käme es besonders auf die Kommunikation und das Zusammenwirken der Systeme an. Auch das stelle einen Mehrwert zur bisherigen Forschung dar. (Rn. 16 ff.)

Es liege auch kein nutzloses oder rechtswidriges Ziel des Forschungsvorhabens vor. Denn sowohl Waldstandorte als auch Standorte innerhalb von Dichtezentren würden nicht von vorneherein für WEA-Projekte ausscheiden. (Rn. 27 ff.)

Die Existenz eines Dichtezentrums sei für sich alleine kein Indiz, dass der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG erfüllt sei. Eine Rechtsnorm, die den Betrieb von WEA in Dichtezentren – zumal unter Einsatz eines AKS als Schutzmaßnahme i. S. d. § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG – untersagt, existiere gerade nicht. (Rn. 39)

Im Rahmen der Prüfung zumutbarer Alternativen, kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass nicht erkennbar sei, auf welche anderen WEA für das Forschungsvorhaben zurückgegriffen werden könne. Standorte, an denen Identifly schon erprobt wurde, würden gerade keine zumutbare Alternative darstellen. Darüber hinaus sei es für die Untersuchungen wichtig, gerade auch andere Standorte zu erproben. Ferner hielt der VGH fest, dass der Vorhabenträger keine Alternative prüfen müsse, die faktisch ein anderes Vorhaben bedeuten würde. (Rn. 35, 41)

Ferner gefährde bzw. verschlechtere die Ausnahme den Erhaltungszustand des Rotmilans nicht. Denn wenn der Erhaltungszustand der betroffenen lokalen Population unverändert bleibe, bedeute dies gleichzeitig auch, dass keine negativen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art in ihrem größeren Verbreitungsgebiet zu befürchten seien. (Rn. 44 f.) Nach § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG bestehe ein Anspruch auf Erteilung einer Ausnahme, was hier relevant sei. Deshalb müsse nicht geprüft werden, ob § 45 Abs. 7 BNatSchG regelmäßig die Erteilung einer Ausnahme verlange. Die Gesetzesbegründung des Vierten Änderungsgesetzes des Bundesnaturschutzgesetzes<sup>1</sup>, wonach eine Abwägung erforderlich ist, beziehe sich auf § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG, nicht auf § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG. Aus der Gesetzesbegründung ergebe sich also eindeutig, dass der Behörde kein Ermessensspielraum zustehe, wenn die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 Satz 1 bis 3 BNatSchG erfüllt sind. (Rn. 67)

## Fazit

Der VGH trifft in diesem Urteil wichtige Aussagen bzgl. der Ausnahmeprüfung für den Rotmilan im Zusammenhang mit einem Forschungsvorhaben. Unter anderem verneinte das Gericht einen Ermessensspielraum der Behörde: Denn bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale bzw. Erfüllung der genannten Voraussetzungen bestehe ein Anspruch auf Erteilung der Ausnahme. Zudem stellte der VGH München klar, dass der Wortlaut des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 BNatSchG keine Anhaltspunkte dafür enthalte, dass sich die Forschung auf das betroffene Tier beschränken müsse. Eine solche Einschränkung ergebe sich im Übrigen auch nicht aus dem Unionsrecht (Art. 16 Abs. 1 FFH-RL; Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL). Darüber hinaus klärte der VGH die Frage nach dem Bezugspunkt für die Verschlechterung des Erhaltungszustandes und die Frage nach der Bestimmung der Population. Das Gericht kam vorliegend hinsichtlich des Rotmilans im Bereich einer zu errichtenden WEA zu folgendem Ergebnis: Wenn sich der Erhaltungszustand der lokalen Population nicht verschlechtere, verschlechtere sich auch nicht der Erhaltungszustand auf der höheren Populationsebene. In Bezug auf diese Schlussfolgerung gab es bisher lediglich Rechtsprechung vom BVerwG in einem Straßenbauverfahren.<sup>2</sup> Die Übertragung auf Windenergievorhaben durch den VGH ist eine wichtige Klarstellung. Diese zweistufige Betrachtung liegt auch § 45b Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG zugrunde, wonach die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG in Hinblick auf den Erhaltungszustand vorliegen, wenn sich der Zustand der durch das Vorhaben jeweils betroffenen lokalen Population unter Berücksichtigung von Maßnahmen zu dessen Sicherung nicht verschlechtert. Hier gelangte der VGH zu dem Ergebnis, dass eine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen schon auf lokaler Ebene nicht zu erwarten sei. Damit konnte das Gericht das Vorliegen sämtlicher Ausnahmevoraussetzungen bejahen.

Die Entscheidung des VGH München bringt zudem Rechtssicherheit für die Erprobung von AKS an genehmigten WEA. Es besteht weiterhin ein Bedarf an neuen Erkenntnissen zur Leistungsfähigkeit und Grenzen von AKS, da diese nach § 45b Abs. 6 Satz 1 i. V. m. Anlage 1 Abschnitt 2 BNatSchG als Schutzmaßnahmen anerkannt sind. Derzeit existieren in Deutschland kamerabasierte Systeme beispielsweise für Rotmilan und Seeadler, jedoch ist die Anwendung zukünftig voraussichtlich auch für andere kollisionsgefährdete Großvögel möglich. Nach der Entscheidung des VGH München ist jedenfalls für den Testbetrieb von AKS geklärt, dass die Erteilung einer Ausnahme nicht an fehlenden Ausnahmegründen oder zumutbaren Alternativen scheitern sollte.<sup>3</sup>

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2023-N-22039?hl=true>

<sup>1</sup> Siehe hierzu BT-Drs. 20/2354 S. 28.

<sup>2</sup> BVerwG, Beschl. v. 9.9.2009 - 4 BN 4/09.

<sup>3</sup> In diesem Sinne auch Rietzler, jurisPR-UmwR 2/2024 Anm. 3.