



Genehmigungsverfahren, nachträgliche Abschaltanordnung, signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos, nachträgliche Artansiedlung, Alternativenprüfung im Ausnahmeverfahren

OVG Lüneburg, Beschluss vom 12. Mai 2021 – 12 MS 47/12

Der Senat bestätigt seine Rechtsprechung in Bezug auf Abschaltzeiten von Windenergieanlagen, die nachträglich gem. § 3 Abs. 2 BNatSchG zum Schutz von Fledermäusen angeordnet werden.

(redaktioneller Leitsatz)

Hintergrund der Entscheidung

Im Jahr 2006 erhielt die Antragstellerin, eine Windparkbetreiberin, von der Immissionsschutzbehörde die Genehmigung für den Bau und Betrieb von sechs Windenergieanlagen (im Folgenden: WEA) ohne Betriebseinschränkung. Im Februar 2021 erhielt die Antragstellerin einen Bescheid von der Antragsgegnerin, die Naturschutzbehörde, die nachts den eingeschränkten Betrieb der WEA von Mitte April bis Ende August bei bestimmten Wetterlagen zum Schutz von Fledermäusen anordnete. Die Abschaltung wurde zudem als sofort vollziehbar angeordnet und mit Informationen einer Umweltorganisation zu Totfunden von Fledermäusen und einer aktuellen Kartierung im Rahmen der Bauleitplanung der Standortgemeinde begründet. Aufgrund dieser neuen Informationen sieht die Antragsgegnerin jetzt gegenüber 2006 ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Fledermäuse, welches durch nächtliche Abschaltungen eingeschränkt werden müsste. Gegen die Anordnung legte die Antragstellerin Widerspruch ein und beantragte beim Oberverwaltungsgericht Lüneburg die aufschiebende Wirkung dessen.

Inhalt der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg stellte die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs für WEA 7, 8 und 10 wieder her, denn die Abschaltung der drei WEA stelle sich nach summarischer Prüfung als voraussichtlich rechtswidrig dar. Im Übrigen wurde der Antrag abgelehnt.

Das Gericht betonte, dass die Antragstellerin grundsätzlich nachträglich Abschaltzeiten auf Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG für nach dem Immissionsschutz genehmigte WEA anordnen könne. Es berief sich zur Begründung dessen umfangreich auf sein Urteil vom 13. März 2019 – 12 LB 125/18¹ - und zitierte daraus: Die Anwendung des § 3 Abs. 2 BNatSchG sei damit auf ein Einschreiten wegen nachträglich eingetretener Umstände beschränkt und würde auch nicht durch § 21 BImSchG verdrängt. Die Abschaltanordnung stelle ferner ein selbstständiges und isoliert vollstreckbares Tun dar und wäre bei Genehmigungserteilung als Auflage i. S. d. § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG ergangen. Aufgrund der kurzen zeitlichen Dauer von vier Monaten jährlich und der damit einhergehenden geringen Ertragseinbußen sei die Abschaltanordnung auch nicht unverhältnismäßig.

Im Weiteren geht das Gericht darauf ein, dass es im Naturschutzrecht keiner spezialgesetzlichen Regelung für nachträgliche Anordnungen bedürfe. Die Regelung des § 3 Abs. 2 BNatSchG sei alleine aufgrund ihres eindeutigen Wortlauts zweifelsfrei einschlägig. Daher liege auch vorliegend die materielle Beweislast bezüglich des signifikant erhöhten Tötungsrisikos - anders als im Genehmigungsverfahren - bei der Behörde, also bei der Antragsgegnerin. Vorliegend seien einerseits das Kartierungsgutachten sowie andererseits die Totfunde in den Jahren 2012 und 2018 Zeichen dafür, dass die Standorte der WEA 6, 9 und auch 11 im Bereich der Hauptflugrouten bzw. in den bevorzugten Jagdgebieten der geschützten

¹ OVG Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 – 12 LB 125/18 (in Rundbrief [3/2019](#) besprochen).

Fledermäuse lägen. Dies würden auch die Aufzeichnungen des Batcorders bestätigen. Daher sei bei summarischer Prüfung von einem Verstoß gegen das Tötungsverbot auszugehen.

Das Gericht betonte weiter, dass im Gegensatz zu einem Planfeststellungsbeschluss eine immissionschutzrechtliche Genehmigung keine Ausschlusswirkung habe und somit auch Rechtsprechung aus dem Bereich der Planfeststellung nicht auf § 13 BImSchG übertragbar sei. Für immissionsschutzrechtliche Genehmigungen ergebe sich die sehr begrenzte Ausschlusswirkung vielmehr aus § 14 BImSchG, und natur-räumliche Änderungen nach Genehmigungserteilung seien damit der Antragstellerin zuzurechnen.

Darüber hinaus betonte das Oberverwaltungsgericht, dass die Behörde hier keine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG hätte erteilen müssen. Schließlich sei die Erteilung einer Ausnahme nur zulässig, wenn keine zumutbaren Alternativen bestünden. Da vorliegend nicht dargelegt sei, dass keine Standortalter-native bestehe, käme eine Ausnahme nur dann in Betracht, wenn die Energieerzeugung in der Region bezüglich bestehender anderer WEA ausgeschöpft sei.²

Zum Ende seiner Begründung geht das Gericht kurz darauf ein, dass der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts³ zu staatlichen Schutzpflichten im Hinblick auf den Klimawandel nicht den wertenden Entscheidungen der Exekutive und Judikative - und damit der Antragstellerin - zugrunde zu legen sei. Außerdem seien dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts keine generellen Grenzen für einen nachträglichen Eingriff in den Betrieb bestehender WEA zum Schutz von Fledermäusen zu entnehmen.

Fazit

Mit dem vorliegenden Beschluss bestätigt das Oberverwaltungsgericht Lüneburg seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2019, die § 3 Abs. 2 als Rechtsgrundlage für nachträgliche naturschutzrechtliche Anordnungen zum Schutz für Fledermäuse einordnete. Diese Rechtsprechung wurde im Übrigen auch durch das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2020 bestätigt⁴ und bedeutet für Betreiber von WEA, dass auch nach Genehmigungserteilung eingetretene, neue Umstände zu Betriebseinschränkungen und mithin zu Ertragseinbußen führen können.

Die Ausführungen des Gerichts zur Alternativenprüfung im Rahmen der Ausnahmeprüfung nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG bestätigen seine ständige Rechtsprechung, nach welcher das gesamte Gebiet des jeweiligen Trägers der Regionalplanung in den Blick zu nehmen ist.⁵ Es ist jedoch zu beachten, dass das Oberverwaltungsgericht Lüneburg mit dieser Rechtsauffassung alleine steht. Auch der 94. UMK-Beschluss nimmt hier eine andere Bewertung vor und geht davon aus, dass bei regionalplanerisch ausgewiesenen Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung keine Standortalternativen außerhalb dieser Vorranggebiete in Betracht gezogen werden müssen.⁶ Bemerkenswert ist insoweit, dass räumliche Alternativen auch bei nachträglichen Anordnungen für bestehende Anlagen geprüft werden sollen, obwohl eine Verlegung der betreffenden Anlagen nicht mehr möglich ist. Überdies überrascht der Maßstab der Alternativenprüfung insofern, als dass nicht Alternativen für den konkreten Vorhabenträger zu prüfen sein sollen, sondern vielmehr auf Erzeugungsmöglichkeiten für die Windenergie insgesamt abgestellt wird. Zusammenfassend lassen einen die Zeilen des Gerichts zur Ausnahme daher etwas ratlos zurück, und es erscheint mehr als fraglich, ob diese Rechtsprechung auf andere Bundesländer übertragen werden kann.

Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass die Entscheidung außerhalb der Entscheidungsgründe in einem separaten Abschlussteil auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu staatlichen Schutzpflichten im Hinblick auf den Klimawandel⁷ eingeht. Dem Beschluss misst das Oberverwaltungsgericht Lüneburg dabei keine Bedeutung für seine Entscheidung im konkreten Verfahren bei und begründet

² Siehe hierzu auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.5.2020 – 12 LA 150/19 (besprochen in [Rundbrief 3/2020](#)).

³ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - u. a. [1 BvR 2656/18](#).

⁴ BVerwG, Beschl. v. 7.1.2020 - [4 B 20 19](#).

⁵ Neben Fn. 1 siehe hierzu auch OVG Lüneburg, Urt. v. 26.2.2020 – 12 LB 157/18, [Rn. 66](#); OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 – 12 LB 118/16, [Leitsatz 10](#) sowie [Rn. 233](#).

⁶ 94. Umweltministerkonferenz, Ergebnisprotokoll v. 15.5.2020, [TOP 4/6](#); Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmenvoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben v. 13.5.2020, [S. 13 ff.](#)

⁷ Siehe Fn. 3.

dies u.a. damit, dass der Beschluss keine Vorgaben für nachträgliche Anordnungen zum Schutz von Fledermäusen enthielt und dies erst recht in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt gelte – nämlich eine ältere Anlage und aus Sicht des Gerichts geringe Einbußen. Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg scheint damit klarstellen zu wollen, dass der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts die Spannungen zwischen Artenschutz und Klimaschutz nicht zu beseitigen weiß.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: https://www.vbv.de/fileadmin/user_upload/pdf/2021/2021-05-12_Beschluss_geschwaerzt.pdf