

Genehmigungsverfahren, UVP, Schwerpunktorkommen, Alternativenprüfung, Störimpfindlichkeit, Vogelschutzgebiet, Tötungsverbot, vorübergehende Mahdabschaltung

OVG Münster, Urteil vom 29. November 2022 – 22 A 1184/18

1. 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.
 2. Nach § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG und dem dort vorausgesetzten Abstand zum Brutplatz genügt zur Herabsetzung des Tötungsrisikos für den Rotmilan unter die Signifikanzschwelle in der Regel bereits eine der dort aufgeführten Schutzmaßnahmen. Dabei kann es sich auch um eine Abschaltung bei landwirtschaftlichen Ereignissen handeln, die nicht derjenigen nach Abschnitt 2 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG entspricht, aber fachlich anerkannt und gleichwertig ist.
 3. Es ist nicht zu beanstanden, dass weder der Mäusebussard noch die Feldlerche in Abschnitt 1 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG als kollisionsgefährdete Brutvogelart aufgeführt sind. Diese gesetzliche Einschätzung ist vielmehr jedenfalls naturschutzfachlich vertretbar.
- 4.-7. [...]
8. Für die Prüfung nach § 45 Abs. 7 Satz 2 i. V. m. § 45b Abs. 8 Nr. 3 BNatSchG, ob innerhalb eines Radius von 20 Kilometern um das Vorhaben zumutbare Alternativen nicht gegeben sind, ist aufgrund der zwangsläufig vorhandenen, im Tatsächlichen liegenden Schwierigkeiten allein der Maßstab der Plausibilität anzulegen.

(amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene (Vorhabenträgerin) beantragte die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von elf Windenergieanlagen (WEA). Der Vorhabenstandort und die umliegenden Flächen werden überwiegend landwirtschaftlich genutzt und liegen nicht innerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans (B-Plan). Der Landschaftsplan weist mit Ausnahme von drei der Anlagenstandorte an den geplanten Vorhabenstandorten ein Landschaftsschutzgebiet aus.

Der Beklagte (Genehmigungsbehörde) bejahte im Rahmen einer Vorprüfung die Notwendigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP). Der Kläger (anerkannte Umweltvereinigung) äußerte im Rahmen der Beteiligung im UVP-Verfahren artenschutzrechtliche Bedenken in Bezug auf die geplanten WEA. Der Beklagte erteilte der Beigeladenen dennoch die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Die darin enthaltenen Nebenbestimmungen wurden anschließend teils mehrfach geändert. Der Kläger erhob daraufhin Klage vor dem Verwaltungsgericht (VG) Arnsberg gegen die vom Beklagten erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der elf WEA. Die mit Genehmigungsbescheid des Beklagten zugelassene Änderung des Anlagentyps wurde in das Klageverfahren einbezogen. Zudem wurde ein Abänderungsbescheid, in dem die den Artenschutz betreffenden Nebenbestimmungen nach Vorlage eines geänderten Maßnahmenkonzepts neu gefasst wurden, in das gerichtliche Verfahren einbezogen. Das VG Arnsberg hat dem Hauptantrag des Klägers stattgegeben und die immissionsschutzrechtliche Genehmigung aufgehoben.¹ Die Berufung wurde zugelassen.

Die Beigeladene und der Beklagte legten daraufhin gegen das Urteil des VG Arnsberg Berufung ein. Nach Vorlage eines aktualisierten fachgutachterlichen Konzepts zu den Vermeidungsmaßnahmen für windenergieempfindliche Vogelarten und eines naturschutzfachlichen Gutachtens hob der Beklagte mit einem Änderungsbescheid die

¹ Vgl. hierzu VG Arnsberg, Urt. v. 20.2.2018 – [4 K 459/16](#).

artenschutzrechtlichen Nebenbestimmungen des Genehmigungsbescheids teilweise auf und fasste diese neu. Nach den Nebenbestimmungen sind alle WEA bei Ernte, Mahd und bodenwendenden Maßnahmen im Umkreis von 100 m um die jeweilige WEA, gemessen ab den Rotorblattspitzen, sowie zwischen den genehmigten WEA gelegenen Flurstücken während der Brutzeit und der nachbrutzeitlichen Schlafplatzgemeinschaften des Rotmilans und der Wiesenweihe vom 20. Februar bis zum 31. Oktober abzuschalten. Hinsichtlich des Mornellregenpfeifers wird zudem eine zeitliche Ausweitung des Abschaltzeitraumes vorgegeben. Zudem erteilte der Beklagte eine Befreiung von den Festsetzungen des Landschaftsplans. Dieser Änderungsbescheid wurde ebenfalls in das Klageverfahren einbezogen. Auch der anschließende Änderungsbescheid, mit dem der Beklagte die Genehmigung um weitere Nebenbestimmungen ergänzte, wurde in das Verfahren einbezogen. Die Beigeladene und der Beklagte beantragten im Berufungsverfahren jeweils, die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Inhalt der Entscheidung

Die Berufung vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster hatte Erfolg. Das Gericht hat das Urteil des VG Arnsberg geändert und die Klage abgewiesen. Die Genehmigung, in der Fassung der Änderungsbescheide und des Abhilfebescheids, sei rechtmäßig. Die Klage vor dem VG Arnsberg sei zwar zulässig, aber unbegründet gewesen.

Das Gericht führte aus, dass im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung die Sondervorschrift des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG Anwendung finde. Ein Verstoß gegen das Tötungsverbot i. S. d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ergebe sich weder für den Rotmilan noch für weitere Vogelarten (Schwarzmilan, Wiesenweihe, Rohrweihe, Kornweihe, Baumfalke, Wanderfalke, Uhu, Mäusebussard, Feldlerche, Turmfalke, Wachtel). Es liege zudem kein Verstoß gegen das Störungsverbot in Bezug auf den Wachtelkönig vor. Hinsichtlich des Mornellregenpfeifers und anderer Vogelarten (Goldregenpfeifer, Kiebitz und andere Limikolen) sei das Vorhaben außerdem artenschutzrechtlich zulässig. Zudem stehe das Vorhaben nicht dem Beeinträchtungsverbot i. S. d. europäischen Vogelschutzrichtlinie entgegen. Das Vorhaben sei auch nicht deshalb unzulässig, weil es teilweise innerhalb eines Landschaftsschutzgebiets geplant sei. (Rn. 126)

Die Sondervorschrift des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG finde im hiesigen Verfahren, abweichend von § 74 Abs. 4 BNatSchG, im Rahmen der Prüfung von Verstößen des genehmigten Vorhabens gegen das Artenschutzrecht Anwendung. Der Beigeladene habe von seinem Wahlrecht i. S. d. § 74 Abs. 5 BNatSchG Gebrauch gemacht, indem er die Anwendung der Vorschrift mittels Schriftsatzes beantragt habe. Die Anwendbarkeit sei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht ausgeschlossen. Eine solche Ausnahme sehe die Vorschrift nicht vor. Zudem solle dem Vorhabenträger im Sinne der Gesetzesbegründung „größtmögliche Flexibilität in der Übergangszeit“ gewährt werden. Letztlich entspreche die Anwendbarkeit der Vorschrift auch den allgemeinen prozessualen Grundsätzen. Demnach sei der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage, im Rahmen einer immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungsklage (wie vorliegend), grundsätzlich der Zeitpunkt der Genehmigungserteilung. Nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage zugunsten des Vorhabenträgers – wie das eingeräumte Wahlrecht – seien dabei zu berücksichtigen. Für die Anwendbarkeit der Sondervorschrift des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG spreche zudem, dass diese gerade dem Zweck diene, die fachlichen Bewertungen der Genehmigungsbehörde durch allgemein verbindliche gesetzliche Regelungen zu ersetzen. Demnach werde bei Anwendung der Neuregelung auch eine eigenständige gerichtliche Beurteilung nicht mehr vorausgesetzt. Die Neuregelung diene der Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, nach denen der Gesetzgeber gehalten sei, für eine untergesetzliche Maßstabsbildung in Bezug auf Tatbestandsmerkmale, die auf naturschutzrechtliche Zusammenhänge verweisen, zu sorgen.² Mit der Vorgabe solle eine bessere Handhabbarkeit in Bezug auf fachwissenschaftliche Entscheidungen sowohl für die Verwaltung als auch für die Gerichte erreicht werden. (Rn. 138 ff., 149 ff.)

In Bezug auf den Rotmilan bestünde kein Verstoß gegen das Tötungsverbot i. S. d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Mittels der Nebenbestimmungen seien ausreichende Schutzmaßnahmen in Gestalt von Abschaltmaßnahmen angeordnet worden. (Rn. 167 f.) Zwar beschreibe der Abschnitt 2 „Schutzmaßnahmen“ der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG nunmehr für die „Abschaltung bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsereignissen“ einen eigenen fachlich anerkannten Mechanismus der vorübergehenden Abschaltung im Falle der Grünlandmahd und Ernte von Feldfrüchten sowie des Pflügens. Der einleitend im Abschnitt 2 der Anlage 1 verwendete Begriff „insbesondere“ mache deutlich,

² Siehe hierzu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 – 1 BvR 595/14 (besprochen in Rundbrief [1/2019](#)).

dass die dort aufgeführten Schutzmaßnahmen nicht abschließend seien. Die beschriebene Abschaltung bei landwirtschaftlichen Abschaltungen besage somit nicht, dass nicht auch ein anderer Abschaltmechanismus fachlich anerkannt sein kann und den Eintritt eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos verhindere. (Rn. 173) Die Schutzmaßnahme stelle zudem zwar hinsichtlich der räumlichen Erfassung der relevanten Flurstücke auf eine Entfernung der Flächen von weniger als 250 m vom Mastfußmittelpunkt und damit auf einen anderen Parameter als die Nebenbestimmung ab. Dieser Unterschied werde durch den im Vergleich zur Nebenbestimmung veränderten Bezugspunkt aber weitgehend angenähert. Zudem seien i. S. d. Nebenbestimmung auch die Flurstücke als Ganzes erfasst, die nur teilweise im Umkreis von 100 m um die äußere Abmessung der einzelnen WEA liegen. Auch lege die Nebenbestimmung ausdrücklich fest, dass bei der Betroffenheit auch nur eines der weit über 100 m dort genannten Flurstücke „alle WEA für die nachfolgend geregelten Zeiträume abzuschalten“ seien. Damit sei für jedenfalls zehn Anlagen der Abstand von 250 m um den Mastfuß jeweils weit überschritten. Die Regelung stehe dem gesetzlichen Regelbeispiel in seiner fachlichen Wirksamkeit folglich (mindestens) gleich. (Rn. 175)

Die Nebenbestimmung führe als anerkannte Schutzmaßnahme auch bereits zu einer hinreichenden Minderung der Risikoerhöhung unter die Signifikanzschwelle. (Rn. 186) Das signifikant erhöhte Tötungs- und Verletzungsrisiko eines Brutvogels, der einen Brutplatz in einem Abstand zu einer WEA nutzt, der größer als der Nahbereich und geringer als der zentrale Prüfbereich ist, könne auch durch eine einzelne fachlich anerkannte Schutzmaßnahme i. S. d. § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG unter die Signifikanzschwelle gesenkt werden. Dies folge bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach die entsprechenden Schutzmaßnahmen in einer „entweder“-„oder“-Aufzählung aufgeführt seien. (Rn. 186)

Die abschließende Aufzählung der kollisionsgefährdeten Brutvogelarten in Abschnitt 1 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG begegne hinsichtlich des Mäusebussards zudem keinen europarechtlichen Bedenken, da es sich hierbei nach dem gesicherten Erkenntnisstand der Fachwissenschaft nicht um eine kollisionsgefährdete Brutvogelart handele. (Rn. 235) Gleiches gelte für die Feldlerche. (Rn. 241 ff.) Zudem sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber seine Befugnis, bei strittigen fachwissenschaftlichen Bewertungen eine klärende Festlegung zu treffen, überschritten hätte. Es lasse sich weder feststellen, dass eindeutig schlaggefährdete Arten in der Liste der kollisionsgefährdeten Brutvogelarten nicht berücksichtigt wurden noch, dass eindeutig nicht kollisionsgefährdete Arten in die Liste aufgenommen wurden. (Rn. 237)

Hinsichtlich des Mornellregenpfeifers würden zudem die Voraussetzungen für eine Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 i. V. m. § 45b Abs. 8 BNatSchG vorliegen. (Rn. 342) Zumutbare Alternativstandorte seien nicht gegeben. (Rn. 346) Für die Prüfung, ob innerhalb eines Radius von 20 Kilometern um das Vorhaben zumutbare Alternativen nicht gegeben sind, sei allein der Maßstab der Plausibilität anzulegen. (Rn. 391)

Fazit

Das OVG Münster stellt in Bezug auf die Sondervorschrift des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG insbesondere klar, dass die Neuregelung gerade dem Zweck dienen solle, fachliche Bewertungen der Genehmigungsbehörde durch allgemein verbindliche gesetzliche Regelungen zu ersetzen. Die deutliche Aussage des OVG Münster, dass die Vorschrift auch noch innerhalb eines laufenden Gerichtsverfahrens zur Anwendung kommen kann, ist insoweit erfreulich, als der weite Anwendungsbereich der Vorschrift so nicht nur zur Vereinfachung zahlreicher bereits laufender Genehmigungsverfahren führen, sondern auch noch in bereits laufenden Gerichtsverfahren zur Anwendung kommen kann.

Die Entscheidung ist zudem in Bezug auf die Auswahl einer geeigneten Schutzmaßnahme interessant. Das OVG Münster legt im Zusammenhang mit einer Abschaltmaßnahme bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsereignissen nicht starr den gesetzlich vorgegebenen Betrachtungsradius von 250 m um den Mastfußmittelpunkt der Anlage zugrunde, sondern hält auch eine fachlich gleichwertige Maßnahme für zulässig, die sich diesem Radius weitgehend annähert oder sogar darüber hinausgeht. Es bleibt abzuwarten, wie andere Obergerichte dies zukünftig einordnen werden.

In Bezug auf die alternative Aufzählung von Schutzmaßnahmen besteht trotz der Entscheidung des Gerichts, dass einzelne Schutzmaßnahmen ausreichend sein können, weiterhin Klarstellungsbedarf. Insbesondere, wenn mehrere schützenswerte Vogelarten betroffen sind, ist die Wahl einer einzelnen Schutzmaßnahme gegebenenfalls nicht ausreichend.

Interessant ist die Entscheidung des OVG Münster auch im Zusammenhang mit der Prüfung von Alternativstandorten im Rahmen der Ausnahmeprüfung. Denn das Gericht geht davon aus, dass hierbei der Maßstab der Plausibilität anzulegen sei. Dies bedeutet, dass der Vorhabenträger im Zulassungsverfahren lediglich nachvollziehbar aufzeigen muss, dass es im 20 km-Radius keine Alternativstandorte gebe. Diese Einschätzung ist positiv für die Projektierschaft und erleichtert den Schritt in die Ausnahme. Interessant bleibt, ob andere Oberverwaltungsgerichte dies auch so einschätzen.

Hilfreich ist die Entscheidung auch im Hinblick auf die Klarstellung, dass die Liste kollisionsgefährdeter Brutvogelarten im Sinne des Abschnitts 1 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG abschließend sei. Gleiches gilt für die gerichtliche Feststellung, dass die Liste zu den aufgeführten Schutzmaßnahmen im Abschnitt 2 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG nicht abschließend sei. Damit wird erstmals gerichtlich über Fragen entschieden, die im Zusammenhang mit den Neuregelungen im BNatSchG den Gegenstand zahlreicher Diskussionen der Fachwelt bildeten. Es bleibt abzuwarten, ob das OVG Münster und andere Obergerichte das Fehlen von Vogelarten in der Liste der kollisionsgefährdeten Brutvogelarten, ebenfalls – wie in Bezug auf den Mäusebussard und die Feldlerche – als naturschutzfachlich vertretbar beurteilen werden.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2022/22_A_1184_18_Urteil_20221129.html
