

**Zur Anwendbarkeit des Prüfungsmaßstabs
aus § 45b BNatSchG auf bereits bestands-
kräftig zugelassene Windenergieanlagen
(nachträgliche Anpassung von Betriebs-
einschränkungen)**

Rechtliche Stellungnahme im Auftrag des Kom-
petenzzentrums Naturschutz und Energiewende
(KNE)

Erstattet durch:

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Frank Fellenberg, LL.M. (Cambridge)

Berlin, im November 2022

Berlin Leipziger Platz 3 · 10117 Berlin · berlin@redeker.de

Bonn Willy-Brandt-Allee 11 · 53113 Bonn · bonn@redeker.de

Brüssel 172, Av. de Cortenberg · 1000 Brüssel · bruessel@redeker.de

Leipzig Stentzlers Hof · Petersstraße 39-41 · 04107 Leipzig · leipzig@redeker.de

London 4 More London Riverside · London, SE1 2AU · london@redeker.de

München Maffeistraße 4 · 80333 München · muenchen@redeker.de

www.redeker.de

INHALTSVERZEICHNIS:

A. Zusammenfassung der Ergebnisse	3
B. Sachverhalt und Fragestellung	4
C. Rechtliche Würdigung	7
I. Zeitlicher Anwendungsbereich des § 45b BNatSchG gem. § 74 Abs. 4, Abs. 5 BNatSchG.....	7
1. § 74 Abs. 4, 1. Fall BNatSchG: Keine Anwendung der Neuregelung auf genehmigte Vorhaben	8
2. § 74 Abs. 4, 2. Fall, Abs. 5 BNatSchG: Keine Anwendung der Neuregelung auch auf laufende Verfahren, Ausnahme: „Opt-In“	10
3. Ergebnis.....	12
II. Handlungsoptionen zur Anpassung von Bestandsgenehmigungen nach geltendem Recht	12
1. Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG	13
2. Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG)/Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG).....	15
3. Nachträgliche Anordnung (§ 17 BImSchG).....	18
4. Anordnung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG	19
5. Neuantrag	20
6. Widerspruch gegen Anordnung	20
D. Gestaltungsoptionen de lege ferenda	21

A.

Zusammenfassung der Ergebnisse

- (1) Die durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) mit Wirkung ab dem 29. Juli 2022 eingefügte Bestimmung des § 45b BNatSchG enthält Neuregelungen, die Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen (WEA) an Land vereinfachen und beschleunigen sollen.
- (2) Als ein wesentliches Regelungselement führt die Novelle in § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG i. V. m. der ebenfalls neu aufgenommenen Anlage 1 des BNatSchG bundeseinheitliche Standards für die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens durchzuführende Prüfung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem artenschutzrechtlichen Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (Tötungs- und Verletzungsverbot) ein. Ferner trifft § 45b Abs. 6 BNatSchG Regelungen zur Zumutbarkeit von Schutzmaßnahmen (Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen), welche die temporäre Abschaltung von WEA betreffen.
- (3) Nach der Übergangsbestimmung des § 74 Abs. 4 BNatSchG gelten diese Neuregelungen nicht für bereits genehmigte Anlagen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist also nicht vorgesehen, dass die materiellen Vorgaben des § 45b Abs. 2 bis 6 BNatSchG zur bundeseinheitlichen Standardisierung auf Verlangen des Genehmigungsinhabers/Betreibers auch auf solche WEA Anwendung finden, die bereits vor Inkrafttreten der Novelle bestandskräftig zugelassen wurden. Bestehende Abschaltzeiten sollen also grundsätzlich Bestand haben.
- (4) Die Begründung des Regierungsentwurfs hebt allerdings eher Vertrauensschutzaspekte (Schutz vor nachträglichen Anordnungen) und Beschleunigungsaspekte (keine Anpassung von Unterlagen in laufenden Genehmigungsverfahren) hervor. Dies könnte dafür sprechen, zur Klärung der Rechtslage zeitnah in einzelnen geeigneten Fällen Anträge auf eine Anpassung bzw. Aufhebung entsprechender Auflagen für Bestandsanlagen zu stellen und erforderlichenfalls eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.
- (5) Parallel hierzu könnte der Versuch unternommen werden, eine punktuelle Gesetzesänderung anzustoßen. Sie sollte darauf zielen, zumindest für (besonders) leistungsstarke Anlagen, die erst vor Kurzem genehmigt wurden und bei einer Neugenehmigung mit deutlich geringeren artenschutzrechtlichen Einschränkungen belegt würden, eine Anpassung zu ermöglichen. Eine solche Neuregelung würde den Zielsetzungen der Gesetzesnovelle vollständig entsprechen.

B.
Sachverhalt und Fragestellung

- (6) Das Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) vom 20. Juli 2022 (4. BNatSchGÄndG)¹ enthält Neuregelungen, die Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen (WEA) an Land vereinfachen und beschleunigen sollen.
- (7) Als ein wesentliches Regelungselement führt die Novelle mit dem neuen § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG i. V. m. der ebenfalls neu eingefügten Anlage 1 des BNatSchG bundeseinheitliche Standards für die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens durchzuführende Prüfung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem artenschutzrechtlichen Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (Tötungs- und Verletzungsverbot) ein.
- (8) Die Neuregelung enthält erstmals bundeseinheitliche und bindende Vorgaben zur Beurteilung, ob sich das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Brutvögel beim Betrieb von WEA im Umfeld ihrer Brutplätze signifikant erhöht. Hierdurch sollen die früheren erheblichen Unterschiede in der Handhabung des Signifikanzkriteriums bei der Zulassung von WEA nivelliert werden. Zugleich kommt der Bundesgesetzgeber der Handlungsaufforderung des BVerfG aus dem „Rotmilan-Beschluss“ vom 23. Oktober 2018 nach, der das Fehlen einer verbindlichen – gesetzlichen oder untergesetzlichen – Maßstabsbildung kritisierte.² § 45b Abs. 2 bis 5 BNatSchG differenzieren danach, ob sich der Brutplatz von Exemplaren einer kollisionsgefährdeten Brutvogelart in einem artspezifisch definierten Nahbereich befindet (Abs. 2: Signifikante Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos), außerhalb des Nahbereichs, aber innerhalb des artspezifisch festgelegten zentralen Prüfbereichs (Abs. 3: Regelvermutung für signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos), außerhalb des zentralen Prüfbereichs, aber noch innerhalb des artspezifisch festgelegten erweiterten Prüfbereichs (Abs. 4: Regelvermutung, dass das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht ist) oder außerhalb des erweiterten Prüfbereichs (Abs. 5: Keine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos). Die Regelung gilt für die in Anhang 1 Abschnitt 1 aufgeführte Liste von 15 Brutvogelarten; die Liste ist ausweislich der Gesetzesbegründung³ als abschließende Aufzählung der kollisionsgefährdeten und damit signifikanzprüfungsrelevanten Brutvogelarten zu verstehen.
- (9) Ferner trifft § 45b Abs. 6 BNatSchG Regelungen zur Zumutbarkeit von Schutzmaßnahmen (Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen). Bei Maßnahmen, die eine temporäre Abschalt-

¹ BGBl. I 2022, S. 1362.

² BVerfG, Beschl. v. 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, BVerfGE 149, 407, Rn. 24.

³ BT-Drs. 20/2354, S. 25.

tung von WEA beinhalten, ist nach § 45b Abs. 6 Satz 2 BNatSchG die Zumutbarkeitsschwelle überschritten, wenn sich der Ertrag um mehr als 6 Prozent, bei überdurchschnittlich windhöffigen Standorten um mehr als 8 Prozent, verringert. Dem Gefährdungsgrad der betroffenen Brutvogelart soll bei der Bemessung der Zumutbarkeitsschwelle nach der gesetzlichen Regelung keine Bedeutung zukommen.

- (10) Darüber hinaus wird die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) durch in § 45b Abs. 8 BNatSchG geregelte Maßgaben erleichtert.
- (11) Die Neuregelung des § 45b Abs. 9 BNatSchG (sog. Basisschutz) bestimmt, dass bei Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme Abschaltzeiten auch unter Berücksichtigung von Schutzmaßnahmen für andere besonders geschützte Arten (z. B. Fledermäuse) nur angeordnet werden dürfen, wenn sich der Ertrag hierdurch um nicht mehr als 4 Prozent, bei überdurchschnittlich windhöffigen Standorten um nicht mehr als 6 Prozent verringert.
- (12) Die Neuregelungen sind gem. Art. 3 Abs. 1 des 4. BNatSchGÄndG am Tag nach der Verkündung der Novelle (BGBl. I S. 1362, 1436 vom 28. Juli 2022) in Kraft getreten, also am 29. Juli 2022. Abweichend hiervon bestimmt die ebenfalls durch das 4. BNatSchGÄndG eingeführte Übergangsregelung des § 74 Abs. 4, dass § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG auf bereits genehmigte Vorhaben und auf Vorhaben, für die innerhalb von 19 Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes, d. h. bis zum 1. Februar 2024,⁴ ein Genehmigungsantrag gestellt oder zumindest das Scoping durchgeführt wird, nicht anzuwenden sind. Als Rückausnahme hierzu sieht § 74 Abs. 5 BNatSchG vor, dass auch die genannten Bestimmungen ohne Aufschub zur Anwendung kommen, wenn der Vorhabenträger dies verlangt.
- (13) In der Vollzugspraxis ist nunmehr die Frage aufgetreten, ob die materiellen Vorgaben des § 45b Abs. 2 bis 6 BNatSchG zur bundeseinheitlichen Standardisierung auf Verlangen des Genehmigungsinhabers/Betreibers auch auf WEA Anwendung finden können, die bereits vor Inkrafttreten der Novelle bestandskräftig zugelassen wurden. Die Frage stellt sich vor dem Hintergrund, dass immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für WEA aus Gründen des Vogelschutzes bisher mit teils umfangreichen Abschaltzeiten belegt wurden. Derartige Abschaltungen werden zukünftig infolge der Gesetzesänderung gedeckelt. Zudem sind umfangreiche saisonale und brutzeitenbedingte Abschaltungen abweichend von der bisherigen Zulassungspraxis nicht mehr vorgesehen.⁵ Bei Überschreitung der Zumutbarkeitsschwelle

⁴ Berichtigt am 10. August 2022, BGBl. I 2022. S. 1436.

⁵ BT-Drs. 20/2354, S. 12 mit S. 32, 3. Absatz. Zulässig bleibt als nachrangig zu ergreifende Maßnahme die Auflage einer zeitlich begrenzten Abschaltung von vier bis sechs Wochen (Anlage 1, Abschnitt 2, phänologiebedingte Abschaltung).

kommt das Ausnahmeregime des § 45 Abs. 7 BNatSchG zur Anwendung; § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG enthält insoweit zudem die Maßgabe, dass der Behörde bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 Satz 1 bis 3 BNatSchG kein Versagungsermessen zusteht.

(14) Bei Zugrundelegung der neuen bundeseinheitlichen Vorgaben des § 45b Abs. 2 bis 5 BNatSchG ergeben sich teilweise deutlich kürzere Abschaltzeiten, als dies nach der bisherigen Rechtslage bzw. Rechtsanwendungspraxis der Fall war. Die nachträgliche Anpassung der Abschaltzeiten könnte also je nach Standort zu einer merklichen Erhöhung der Energieproduktion bei Einhaltung der nunmehr geltenden naturschutzfachlichen Standards führen. Eine typische Fallkonstellation besteht darin, dass eine bestandskräftige immissionschutzrechtliche Genehmigung abweichend vom Antrag des Vorhabenträgers „Langzeitabschaltungen“ vorsieht, die bei neu zur Genehmigung gestellten Anlagen nicht zulässig wären, weil

- die Brutvogelart, deren Schutz die entsprechende Anordnung dient, in dem Katalog der 15 kollisionsgefährdeten und damit signifikanzprüfungsrelevanten Brutvogelarten gem. Anlage 1, Abschnitt 1 nicht aufgeführt ist;
- die Anordnung (z. B. von Abschaltzeiten zum Schutz der Rohrweihe vom 1. März bis zum 31. Oktober eines jeden Jahres in der Zeit eine Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang) zwar dem Schutz einer in dem Katalog der Anlage 1, Abschnitt 1 genannten Brutvogelart dient, jedoch ihrem zeitlichen Umfang nach deutlich über den nunmehr bei Neuzulassungen zulässigen Umfang (s. vorstehend Rn. (9) bis (11)) hinausgeht.

(15) An das KNE wurden Anfragen herangetragen, in welchen Konstellationen die neuen Abschaltzeiten als für den Betreiber vorteilhafte Änderung auf bestehende WEA angewendet werden können. Die teils bestehenden „Langzeitabschaltungen“ führen zu teilweise erheblichen Ertragseinbußen, so dass sich sowohl aus Sicht der Betreiber als auch vor dem Hintergrund der Zielsetzung, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms deutlich zu steigern (§ 1 Abs. 2 und § 2 EEG), die Frage stellt, ob eine nachträgliche Anpassung von bestandskräftigen Genehmigungen an die neue Rechtslage erfolgen kann. Es ist davon auszugehen, dass derartige nachträgliche Anpassungen entsprechender Neben- oder Inhaltsbestimmungen der Genehmigung für eine Vielzahl der bereits in Betrieb befindlichen WEA in

Betracht kämen. Das KNE hat uns vor diesem Hintergrund gebeten, in einer rechtlichen Stellungnahme zu prüfen,

- ob und unter welchen Voraussetzungen die materiellen Standards des § 45b Abs. 2 bis 6 BNatSchG auch auf bereits bestandskräftige Genehmigungen Anwendung finden können und
- mit welchem verfahrensrechtlichen Instrumentarium ggfs. eine Anpassung der jeweiligen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Sinne einer Reduzierung bestehender Abschaltzeiten bewirkt werden kann.

C.

Rechtliche Würdigung

I. Zeitlicher Anwendungsbereich des § 45b BNatSchG gem. § 74 Abs. 4, Abs. 5 BNatSchG

(16) Betreiber bereits bestandskräftig zugelassener Anlagen können von der Neuregelung nur profitieren, wenn diese nach ihrem zeitlichen Anwendungsbereich für die betreffenden Anlage gilt. Die insoweit maßgebliche Übergangsregelung des § 74 Abs. 4, 5 BNatSchG hat den folgenden Wortlaut:

(4) § 45b Absatz 1 bis 6 sind nicht anzuwenden auf bereits genehmigte Vorhaben zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen an Land sowie auf solche Vorhaben,

1. die vor dem 1. Februar 2024 bei der zuständigen Behörde beantragt wurden oder

2. bei denen vor dem 1. Februar 2024 die Unterrichtung über die voraussichtlich beizubringenden Unterlagen nach § 2a der Verordnung über das Genehmigungsverfahren in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Mai 1992 (BGBl. I S. 1001), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 11. November 2020 (BGBl. I S. 2428) geändert worden ist, erfolgt ist.

(5) Abweichend von Absatz 4 ist § 45b Absatz 1 bis 6 bereits vor dem in Absatz 4 genannten Tag anzuwenden, wenn der Träger eines Vorhabens dies verlangt.

(17) § 74 Abs. 4 BNatSchG enthält – in redaktionell wenig geglückter Form – zwei eigenständige Übergangsregelungen mit jeweils eigenständiger Zielsetzung: § 74 Abs. 4, 1. Fall BNatSchG schließt eine Anwendung der § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG auf bereits genehmigte Vorhaben zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen an Land aus; 74 Abs. 4, 2. Fall BNatSchG trifft eine entsprechende Regelung für Genehmigungsverfahren, die bei Inkrafttreten der Neuregelung bereits liefen oder zumindest innerhalb eines Übergangszeitraums eingeleitet werden.

1. § 74 Abs. 4, 1. Fall BNatSchG: Keine Anwendung der Neuregelung auf genehmigte Vorhaben

(18) Der in § 74 Abs. 4, 1. Fall BNatSchG bestimmte Ausschluss einer Anwendung der Neuregelung auf bereits genehmigte Vorhaben gilt nach dem Wortlaut der Bestimmung vorbehaltlos und uneingeschränkt. Die Regelung differenziert insbesondere nicht danach, ob die Anwendung des § 45b BNatSchG im Vergleich zur früheren Rechtslage bzw. zu den in der jeweiligen Genehmigung konkretisierten Anforderungen zu einer Schutzverstärkung oder -abschwächung führen würde. Hätte der Gesetzgeber Fälle, in denen sich die Änderung der materiellen Vorgaben günstig für die Betreiber auswirkt, ausnehmen wollen, hätte es nahe gelegen, dies wie auch in § 74 Abs. 5 BNatSchG (dazu → Rn. (24)) ausdrücklich zu regeln.

(19) Die Gesetzesbegründung hebt hingegen primär ein Szenario hervor, in dem sich bei Anwendung der Neuregelung eine *Schutzverstärkung* ergäbe:⁶

„Auch für bereits genehmigte Vorhaben besteht für die Vollzugsbehörden kein Erfordernis, nachträgliche Anordnungen vorzunehmen. Durch die erstmals bundesweit eingeführte Standardisierung der artenschutzrechtlichen Signifikanzprüfung mit Blick auf den Betrieb von Windenergieanlagen an Land **soll nicht zu einer erneuten Prüfung der Artenschutzrechtskonformität des Betriebs bestandskräftig genehmigter Anlagen und zum Erlass nachträglicher Anordnungen Anlass gegeben werden. Die gegenwärtige Praxis zur nachträglichen Anordnung soll durch dieses Ge-**

⁶ BT-Drs. 20/2354, S. 31.

setz nicht berührt werden. Deshalb finden die Regelungen des § 45b Absatz 1 bis 6 nach dem neuen § 74 Absatz 4 keine Anwendung auf bereits bestandskräftig genehmigte Vorhaben zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen an Land.“

[Hervorhebungen hinzugefügt]

- (20) Der Hinweis der Gesetzesbegründung auf eine nicht erforderlich werdende „erneute Prüfung der Artenschutzrechtskonformität“ und der eher vage Bezug auf eine – tatsächlich sehr uneinheitliche – „gegenwärtige Praxis zur nachträglichen Anordnung“ zeigen, dass der Gesetzgeber hier primär die Konstellation im Blick hat, dass die Anwendung der neuen gesetzlichen Maßstäbe im Einzelfall (zumindest auch) zu einer Schutzverstärkung gegenüber dem jeweiligen Genehmigungsstand und in der Folge zu weiteren Schutzauflagen bzw. nachträglichen Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG führen könnte. Der Gesetzgeber trägt insoweit Vertrauensschutzerwägungen Rechnung. Die umgekehrte und näher liegende Konstellation, dass die Novellierung zu einer Absenkung des in bestandskräftigen Genehmigungen zugrunde gelegten materiellen Standards führt und daher seitens des Betreibers ein Interesse an einer Anpassung der Genehmigung besteht, wird nicht angesprochen.
- (21) Der Gesetzeszweck spricht wiederum eher und im Einklang mit dem Wortlaut der Bestimmung dafür, dass allein eine Privilegierung von Neuanlagen gewollt ist, also die erleichterte Schaffung neuer Anlagen, nicht die optimierte Ausnutzung der vorhandenen oder zumindest bereits zugelassenen Kapazitäten. Die Novelle will insgesamt einen Beitrag zur Standardisierung der artenschutzrechtlichen Prüfung im Kontext von Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land leisten, der der Vereinfachung und Beschleunigung der betreffenden Verwaltungsverfahren dienen soll.⁷ Die Neuregelung zielt explizit auf eine Vereinfachung der laufenden oder zukünftigen Genehmigungsverfahren. Sie soll zur Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land beitragen, indem sie die artenschutzfachliche Prüfung für Windenergieanlagen an Land vereinfacht und effizienter gestaltet.⁸ Diesem Fokus auf neue Anlagen bzw. Repowering-Anlagen nach § 16b BImSchG dürfte neben einer Gesamtabwägung zwischen Belangen des Arten- und des Klimaschutzes auch die Annahme zu-

⁷ S. etwa BT-Drs. 20/2354, S. 1, 17, 25.

⁸ BT-Drs. 20/2354, S. 19.

grunde liegen, dass die behördlichen Kapazitäten in erster Linie durch die Zulassungsverfahren in Anspruch genommen und nicht durch Verfahren belegt werden sollen, die auf eine Anpassung von Bestandsanlagen zielen.

- (22) Zusammengefasst bestehen angesichts des recht klaren Wortlauts der Bestimmung erhebliche Bedenken, ob eine Anwendung der Neuregelung auf Bestandsanlagen in Betracht kommt.

2. **§ 74 Abs. 4, 2. Fall, Abs. 5 BNatSchG: Keine Anwendung der Neuregelung auch auf laufende Verfahren, Ausnahme: „Opt-In“**

- (23) Ein anderes Auslegungsergebnis ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung von § 74 Abs. 4, 2. Fall BNatSchG, der eine echte Übergangsregelung für laufende und demnächst eingeleitete Genehmigungsverfahren trifft. Die Bestimmung berücksichtigt den Umstand, dass eine Anpassung bereits vorbereiteter oder eingereichter Antragsunterlagen zu erheblichen Verzögerungen des Genehmigungsverfahrens führen kann. Sie erfasst Vorhaben, deren Zulassung bis zu 19 Monate nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung beantragt oder für die bis zu diesem Zeitpunkt ein Scoping durchgeführt wird. Ohne eine entsprechende Regelung käme hier zwingend die Neuregelung des § 45b BNatSchG zur Anwendung, weil grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung zugrunde zu legen ist. Die Übergangsregelung soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs⁹ vermeiden, dass artenschutzrechtliche Untersuchungen unter Berücksichtigung der veränderten gesetzlichen Vorgaben wiederholt werden müssen und dass Verfahrensverzögerungen eintreten:

„Zudem finden die Regelungen des § 45b Absatz 1 bis 6 nach dem neuen § 74 Absatz 4 auch keine Anwendung auf Vorhaben zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen an Land, die bis zu neunzehn Monate nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung beantragt wurden bzw. für die bis zu diesem Zeitpunkt eine Unterrichtung über die beizubringenden Unterlagen stattgefunden hat. **Auf diese Weise soll die Notwendigkeit, artenschutzrechtliche Untersuchungen unter Be-**

⁹ BT-Drs. 20/2354, S. 31.

rücksichtigung der veränderten gesetzlichen Vorgaben erneut durchzuführen, vermieden werden. Verzögerungen von Genehmigungsverfahren im Zuge der Gesetzesänderung werden auf diese Weise ausgeschlossen.“

[Hervorhebungen hinzugefügt]

- (24) Allerdings kann die Regelung des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG nach der Rückausnahme des § 74 Abs. 5 BNatSchG bereits vor dem in § 74 Abs. 4 BNatSchG genannten Tag angewendet werden, wenn der Träger eines Vorhabens dies verlangt. Der Wortlaut könnte zwar nahelegen, dass bei Ausübung dieser Option die gesamte Bestimmung des § 74 Abs. 4 BNatSchG nicht zur Anwendung kommt, d. h. auch nicht die Anordnung, dass § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG auf bereits genehmigte Vorhaben keine Anwendung findet.
- (25) Ein solches Verständnis ist im Ergebnis aber kaum vertretbar. Bereits seinem Wortlaut nach bezieht sich § 74 Abs. 5 BNatSchG auf den „in Absatz 4 genannten Tag“ und damit nur auf diejenigen Vorhaben i. S. d. Abs. 4 Hs. 2 Nr. 1 und 2, die bis zum 1. Februar 2024 beantragt werden oder für die bis zum 1. Februar 2024 eine Unterrichtung über die beizubringenden Unterlagen stattgefunden hat. In der Konstellation des § 74 Abs. 4, 1. Fall BNatSchG spielt der Stichtag keine Rolle.
- (26) Hinzu kommt, dass Adressat der Regelung des § 74 Abs. 5 BNatSchG der „Träger des Vorhabens“ ist. Dies würde begrifflich allenfalls noch den Fall einer bereits zugelassenen, aber noch nicht errichteten Anlage erfassen, zielt aber ersichtlich auf noch nicht abgeschlossene Verfahren, d. h. auf noch nicht genehmigte Anlagen.¹⁰

¹⁰ Die Thematik wurde im Rahmen der parlamentarischen Verfahren auch angesprochen: Ein – nicht aufgegriffener – Vorschlag, der die Möglichkeit einer Anwendung der Neuregelung auf Bestandsvorhaben erweitern sollte, wurde in der Stellungnahme des BWE, Ausschuss-Drs. 20(16)69 zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz am 4. Juli 2022, S. 11 und S. 20 (Tabelle, Regelungsvorschlag § 74 Abs. 5 BNatSchG: „Abweichend von Absatz 4 ist § 45b Absatz 1 bis 6 bereits vor dem in Absatz 4 genannten Tag anzuwenden, wenn der Träger eines **genehmigten oder beantragten** Vorhabens dies verlangt“) eingebracht; abrufbar unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/a16_umwelt/anhoerungen/901192-901192.

- (27) Diese Lesart wird auch durch die Gesetzesbegründung¹¹ zu § 74 Abs. 5 BNatSchG gestützt, die ebenfalls allein und explizit auf die Konstellation des § 74 Abs. 4, 2. Fall und die dort geregelte Übergangszeit Folgendes anspricht:

„Eine größtmögliche Flexibilität wird in der Übergangszeit dadurch gewährleistet, dass es dem Vorhabenträger durch den neuen § 74 Absatz 5 ermöglicht wird, auf Verlangen die Regelungen des § 45b Absatz 1 bis 6 bereits unmittelbar nach Inkrafttreten zur Anwendung zu bringen.“

3. Ergebnis

- (28) Angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 74 Abs. 4 BNatSchG sowie des Gesetzeszwecks spricht Überwiegendes für die Annahme, dass die neuen materiellen Vorgaben des § 45b Abs. 2 bis 6 BNatSchG keine Anwendung auf WEA finden sollen, die bereits vor Inkrafttreten der Novelle bestandskräftig zugelassen wurden. Zwar dürfte der Gesetzgeber primär die Intention verfolgt haben, nachträgliche Anordnungen zu Lasten der Betreiber auszuschließen. Soweit die Übergangsregelung allein diesem Aspekt des Vertrauensschutzes dienen sollte, hat dies im Normtext aber keinen hinreichenden Ausdruck gefunden. Eine abweichende Auslegung ist nicht von vornherein ausgeschlossen, wäre aber mit erheblichen Risiken verbunden.

II. Handlungsoptionen zur Anpassung von Bestandsgenehmigungen nach geltendem Recht

- (29) Scheidet eine Anwendung der Regelungen des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG n. F. auf bereits zugelassene Vorhaben somit aus, stellt sich gleichwohl die Frage, ob Möglichkeiten bestehen, eine Anpassung von Bestandsgenehmigungen herbeizuführen. Zugrunde gelegt wird dabei die vorstehend unter Rn. (14) skizzierte typische Konstellation, dass dem Betreiber per Nebenbestimmung eine temporäre Abschaltung der Anlage auferlegt wurde, die bei Neuanlagen nach der neuen Rechtslage nicht erforderlich wäre.

¹¹ BT-Drs. 20/2354, S. 31.

1. Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG

- (30) Eine Anpassung einer Bestandsgenehmigung könnte zunächst erreicht werden, wenn dem Genehmigungsinhaber infolge der Gesetzesänderung ein Anspruch auf Änderung der entsprechenden Nebenbestimmungen zu Abschaltzeiten zustehen würde. Die Anordnung von Abschaltzeiten erfolgt typischerweise in Form von Auflagen i. S. d. § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG.¹² Die Voraussetzungen für eine Änderung bestandskräftiger Nebenbestimmungen zu immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen sind im Einzelnen umstritten.¹³ Nach h. M. richtet sich die Zulässigkeit einer den Genehmigungsinhaber begünstigenden Änderung wie die Aufhebung oder Abmilderung einer Auflage im Ausgangspunkt nach § 49 VwVfG (→ zu den §§ 15 ff. BImSchG nachfolgend Rn. (36) ff.).¹⁴
- (31) Zwar kann die zuständige Behörde nach § 49 Abs. 1 VwVfG einen rechtmäßigen, nicht begünstigenden Verwaltungsakt ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen, außer wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste oder aus anderen Gründen ein Widerruf unzulässig ist. Die Bestimmung verschafft dem Genehmigungsinhaber aber keinen Anspruch auf Anpassung der entsprechenden Auflage. Vielmehr steht ihm nur ein Anspruch darauf zu, dass nach pflichtgemäßem Ermessen über ein Wiederaufgreifen des Verfahrens i. w. S. entschieden wird (§ 51 Abs. 5 i. V. m. § 49 Abs. 1 VwVfG).¹⁵
- (32) Ein Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG bestünde nur, wenn sich die Sach- oder Rechtslage nachträglich zugunsten des Genehmigungsinhabers geändert hat. Da § 74 Abs. 4, 1. Fall BNatSchG eine Anwendung der Neuregelung auf bereits genehmigte Anlagen ausschließt, ist eine Änderung der *Rechtslage* in Bezug auf die Prüfung der artenschutzrechtlichen Anforderungen nicht eingetreten. Dies betrifft insbesondere die in § 45b Abs. 6 BNatSchG erfolgte Normierung von Zumutbarkeitsschwellen. Die Rechtsänderung ist daher nicht entscheidungserheblich und bleibt i. R. d. § 51 VwVfG dementsprechend außer Betracht.¹⁶ Auf die

¹² Vgl. zuletzt etwa OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19. Mai 2021 – OVG 11 S 26/20 –, juris, Rn. 34 ff.

¹³ Vgl. zum Meinungsstand *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 12 Rn. 49.

¹⁴ *Czajka*, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Stand: Juni 2022, § 12 Rn. 25; *Wasielowski*, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Auflage 2019, § 12 Rn. 29.

¹⁵ S. im Einzelnen *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand April 2022, § 51 VwVfG Rn. 98 ff.

¹⁶ Vgl. zu dieser Konstellation *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 51 Rn. 99.

zusätzlich zu beachtende und möglicherweise problematische Dreimonatsfrist des § 51 Abs. 3 VwVfG kommt es daher hier nicht entscheidend an.

- (33) Etwas anderes könnte in Bezug auf die *Sachlage* gelten, wenn man davon ausgeht, dass § 45b BNatSchG und insbesondere die Begrenzung der als kollisionsgefährdet anzusehenden Arten Ausdruck neuer naturwissenschaftlicher Erkenntnisse ist. Es entspricht insoweit der Zielsetzung des § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG, die objektive Erkennbarkeit von tatsächlichen Umständen der „wirklichen“ Änderung der Sachlage gleichzusetzen.¹⁷ Eine solche Argumentation könnte in einem geeigneten Fall durchaus vertretbar verfolgt werden. Allerdings dürften überwiegende Gründe dafür sprechen, dass es sich bei der Liste der kollisionsgefährdeten 15 Brutvogelarten sowie den jeweils angeführten Abständen zur Bestimmung des Nahbereichs, des zentralen Prüfbereichs und des erweiterten Prüfbereichs um spätere Erkenntnisse hinsichtlich der bereits ursprünglich bestehenden Sachlage handelt. Die Situation ist insoweit eher vergleichbar mit der Vorlage nachträglich erstellter Sachverständigengutachten, bei denen ebenfalls anerkannt ist, dass sie lediglich zu einer Neubewertung der Sachlage führen, aber keine tatsächlichen Vorgänge ändern.¹⁸
- (34) Unabhängig hiervon besteht die Schwierigkeit, dass materiellrechtlich eine Änderung der entsprechenden Regelungen zu Abschaltzeiten nur in Betracht kommt, wenn die Vereinbarkeit mit den über § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zur Anwendung kommenden Anforderungen des besonderen Artenschutzrechts gewährleistet ist. Da die Neuregelung des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG auf bereits genehmigte Anlagen keine Anwendung findet (→ Rn. (16) ff.), käme insoweit noch das BNatSchG a. F. zur Anwendung.
- (35) Hieraus folgt im Ergebnis, dass die Novelle des BNatSchG für den Genehmigungsinhaber/Betreiber bestandskräftig genehmigter Anlagen keine relevante Verbesserung herbeigeführt hat. Ein Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Änderung der entsprechenden Regelungen dürfte ermessensfehlerfrei abgelehnt werden.

¹⁷ Zur Berücksichtigungsfähigkeit einer nachträglichen Änderung des Wissensstandes i. R. v. § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG vgl. BVerwGE 115, 274 (291), juris-Rn. 22; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand April 2022, § 51 VwVfG Rn. 59; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 51 Rn. 95.

¹⁸ Vgl. hierzu BVerwGE 113, 322 (325), juris-Rn. 10; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand April 2022, § 51 Rn. 60.

2. Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG)/Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG)

- (36) Eine weitere Möglichkeit für Inhaber von Bestandsgenehmigungen, eine Verkürzung der vorgesehenen Abschaltzeiten zu erreichen, könnte in der Durchführung eines Änderungs-genehmigungsverfahrens nach §§ 15 f. BImSchG liegen. Das verfahrensrechtliche Instrumentarium ist insoweit naheliegend, als sich die Genehmigungsfähigkeit der Änderung nach allgemeiner Ansicht¹⁹ nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung richtet. Der Wortlaut der Bestimmungen ist nachfolgend auszugsweise wiedergegeben.

§ 15 BImSchG Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen

(1) Die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage ist, sofern eine Genehmigung nicht beantragt wird, der zuständigen Behörde mindestens einen Monat, bevor mit der Änderung begonnen werden soll, schriftlich oder elektronisch anzuzeigen, wenn sich die Änderung auf in § 1 genannte Schutzgüter auswirken kann. (...)

(2) Die zuständige Behörde hat unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige und der nach Absatz 1 Satz 2 erforderlichen Unterlagen, zu prüfen, ob die Änderung einer Genehmigung bedarf. Der Träger des Vorhabens darf die Änderung vornehmen, sobald die zuständige Behörde ihm mitteilt, dass die Änderung keiner Genehmigung bedarf, oder sich innerhalb der in Satz 1 bestimmten Frist nicht geäußert hat. Absatz 1 Satz 3 gilt für nachgereichte Unterlagen entsprechend.

(...)

§ 16 BImSchG Wesentliche Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen

(1) Die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage bedarf der Genehmigung, wenn durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 Nummer 1 erheblich sein können (wesentliche Änderung); eine Genehmigung ist stets erforderlich, wenn die Änderung oder Erweiterung des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage für sich genommen die Leistungsgrenzen oder Anlagen-größen des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen erreichen. Eine Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn durch die Änderung hervorgerufene nachteilige Auswirkungen offensichtlich gering sind und die Erfüllung der sich aus § 6 Absatz 1 Nummer 1 ergebenden Anforderungen sichergestellt ist.

(2) (...)

¹⁹ Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 16 Rn. 35; Führ, in: ders., GK-BImSchG, 2. Auflage 2019, § 16 Rn. 103; Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, 98. EL April 2022, § 16 BImSchG Rn. 158.

(3) Über den Genehmigungsantrag ist innerhalb einer Frist von sechs Monaten, im Falle des Absatzes 2 in drei Monaten zu entscheiden. Im Übrigen gilt § 10 Absatz 6a Satz 2 und 3 entsprechend.

(4) Für nach § 15 Absatz 1 anzeigebedürftige Änderungen kann der Träger des Vorhabens eine Genehmigung beantragen. Diese ist im vereinfachten Verfahren zu erteilen; Absatz 3 und § 19 Absatz 3 gelten entsprechend.

(5) Einer Genehmigung bedarf es nicht, wenn eine genehmigte Anlage oder Teile einer genehmigten Anlage im Rahmen der erteilten Genehmigung ersetzt oder ausgetauscht werden sollen.

(37) Ein Verfahren nach §§ 15 f. BImSchG wird erforderlich, soweit die vom Genehmigungsinhaber angestrebte Änderung der belastenden Nebenbestimmung zugleich zu einer Änderung des Betriebs der Anlage führen würde.²⁰ Bezugspunkt für die Beurteilung, ob eine „Änderung“ vorliegt, ist die bestehende Genehmigung.²¹ In Betracht kommen nicht nur Veränderungen in der Betriebsweise einer Anlage, sondern auch der in der Genehmigung geregelten Betriebszeiten; eine Änderung der Anlage selbst ist also keine zwingende Voraussetzung.²² Die mit einem Antrag auf Reduzierung der Abschaltzeiten verfolgte Erweiterung der Betriebszeiten wäre damit eine Änderung des Betriebs i. S. v. § 15 Abs. 1 BImSchG, die sich auf die in § 1 BImSchG genannten Schutzgüter auswirken kann.

(38) Eine *wesentliche* Änderung i. S. v. § 16 BImSchG, welche die Durchführung eines Änderungs genehmigungsverfahrens erforderlich macht, dürfte hier allerdings nicht vorliegen. Wesentlich können nur Änderungen sein, die für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, d. h. für die immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten und deren untergesetzliche Konkretisierungen, erheblich sein können. Die Änderung muss also die Frage der Genehmigungsfähigkeit neu aufwerfen, soweit es um die Konformität mit den Anforderungen aus § 5 BImSchG oder einer Rechtsverordnung nach § 7 BImSchG geht. Auswirkungen, die lediglich die Frage der Vereinbarkeit des Vorhabens mit anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG aufwerfen, insbesondere also auch mit den Anforderungen des besonderen Artenschutzrechts, sind von § 16 BImSchG mithin nicht erfasst.²³ Eine Reduzierung der

²⁰ Czajka, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Stand: Juni 2022, § 12 Rn. 25; Wasielewski, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Auflage 2019, § 12 Rn. 29; noch weitergehend Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 12 Rn. 49, der ein solches Verfahren wohl stets für erforderlich erachtet.

²¹ Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, 98. EL April 2022, § 16 BImSchG Rn. 62 m. w. N.

²² Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschl. v. 29. Juni 2010 – 4 B 389/09 –, juris, Rn. 15 ff.; Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 15 Rn. 7.

²³ Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 16 Rn. 10; Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, 98. EL April 2022, § 16 BImSchG Rn. 81; Führ, in: ders., GK-BImSchG, 2. Auflage 2019, § 16 Rn. 43.

Abschaltzeiten führt zwar dazu, dass sich die Betriebsdauer pro Jahr (Monat/Tag) erhöht. Es handelt sich daher jedenfalls um eine Änderung, die sich auf die Schutzgüter des § 1 BImSchG auswirken kann und daher nach § 15 BImSchG anzeigepflichtig ist. Für die Konformität mit den in Ziffer 6.1 TA Lärm für die jeweiligen Baugebietstypen festgelegten Immissionsrichtwerte hat die Reduzierung der Abschaltzeiten hingegen keine unmittelbare Bedeutung.

- (39) Für den Betreiber wäre das hiernach ausreichende immissionsschutzrechtliche Anzeigeverfahren indes nur dann zielführend, wenn mit der Freistellung von der Pflicht zur Durchführung eines Änderungsgenehmigungsverfahrens zugleich die beauftragten Abschaltzeiten obsolet würden. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung ist dies nicht der Fall. Die Freistellung beschränkt sich auf die Feststellung, dass die Änderung immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftig ist.²⁴ Da sich der Regelungsinhalt der Freistellungserklärung auf eine Aussage zur formellen Legalität des Änderungsvorhabens beschränkt, bleibt die ursprüngliche immissionsschutzrechtliche Genehmigung unberührt. Dies gilt auch für die im Genehmigungsbescheid angeordneten Auflagen. Mit der Freistellungserklärung ist daher weder eine Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit der angezeigten Anlagenänderung getroffen noch wird die bestandskräftige Auflage der Zulassung eo ipso unwirksam oder modifiziert.²⁵ Auch bei einer Änderungsanzeige können bestandskräftige Auflagen also nur unter den Voraussetzungen der §§ 49, 51 VwVfG geändert werden. Ein Anspruch auf Anpassung der Nebenbestimmungen ergibt sich danach wie dargestellt (→ Rn. (31)) aber gerade nicht.
- (40) Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei Durchführung eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nach § 16 BImSchG, das erforderlich wird, wenn die Änderung doch als wesentlich anzusehen ist (s. vorstehend Rn. (38)) oder wenn der Genehmigungsinhaber nach § 16 Abs. 4 BImSchG die Durchführung eines Änderungsgenehmigungsverfahrens für die unwesentliche Änderung beantragt oder wenn noch eine weitere, für sich genommen wesentliche Änderung der Anlage hinzutritt. Auch hier spricht Überwiegendes dafür, dass nach § 74 Abs. 4 BNatSchG das neue Recht auf die Anlage insgesamt keine Anwendung findet, soweit die Änderung gerade in der beantragten Erweiterung der Betriebszeiten besteht. Allerdings dürfte es sich bei dem Verfahren

²⁴ Je nach Fallkonstellation kann daher noch eine artenschutzrechtliche Ausnahme erforderlich werden sowie die Genehmigung einer baurechtlichen Nutzungsänderung.

²⁵ Vgl. OVG Magdeburg, Urt. v. 15. Januar 2015 – 2 L 40/12 –, Rn. 82, juris unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 7. August 2012 – 7 C 7/11 – juris Rn. 13., m.w.N.; ferner *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 15 Rn. 40.

nach § 16 BImSchG um die Konstellation handeln, in der eine abweichende Ansicht am ehesten vertretbar ist. Soll dieser Weg verfolgt werden, müsste in dem Änderungsverfahren argumentiert werden, dass sich der Regelungsgehalt der Übergangsbestimmung auf die Befugnis zum nachträglichen Einschreiten gegen Bestandsanlagen beschränke und die Neuregelung des § 45b BNatSchG daher auch bei einer vom Genehmigungsinhaber beantragten Änderung der Anlage zur Anwendung komme. Aus unserer Sicht wäre dies die am ehesten geeignete Vorgehensweise und Argumentation, um dann erforderlichenfalls eine gerichtliche Klärung herbeizuführen.

3. Nachträgliche Anordnung (§ 17 BImSchG)

- (41) § 17 BImSchG räumt der Genehmigungsbehörde die Befugnis zu nachträglichen Anordnungen ein. Die Vorschrift ermöglicht es, wechselnden Umweltbedingungen, geänderten oder fortschreitenden technischen Anforderungen sowie neuen Erkenntnissen über von einer Anlage ausgehende Beeinträchtigungen Rechnung zu tragen und erlaubt die Durchsetzung der Pflicht zur Anpassung an den jeweiligen technischen und rechtlichen Stand gegenüber dem Betreiber. Damit kann die Erfüllung immissionsschutzrechtlicher Pflichten auch nach Genehmigungserteilung sichergestellt werden, denn immissionsschutzrechtliche Betreiberpflichten sind Dauerpflichten.²⁶

§ 17 BImSchG Nachträgliche Anordnungen

(1) Zur Erfüllung der sich aus diesem Gesetz und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten können nach Erteilung der Genehmigung sowie nach einer nach § 15 Absatz 1 angezeigten Änderung Anordnungen getroffen werden. Wird nach Erteilung der Genehmigung sowie nach einer nach § 15 Absatz 1 angezeigten Änderung festgestellt, dass die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft nicht ausreichend vor schädlichen Umwelteinwirkungen oder sonstigen Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen geschützt ist, soll die zuständige Behörde nachträgliche Anordnungen treffen.

(1a) (...)

(1b) (...)

(2) Die zuständige Behörde darf eine nachträgliche Anordnung nicht treffen, wenn sie unverhältnismäßig ist, vor allem wenn der mit der Erfüllung der Anordnung verbundene Aufwand außer Verhältnis zu dem mit der Anordnung angestrebten Erfolg steht; dabei sind insbesondere Art, Menge und Gefährlichkeit der von der Anlage ausgehenden Emissionen und der von ihr verursachten Immissionen sowie die Nutzungsdauer

²⁶ Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, 98. EL April 2022, § 17 BImSchG Rn. 4 m. w. N.; Posser, in: BeckOK Umweltrecht, 63. Ed. 1.7.2022, § 17 BImSchG Rn. 1.

und technische Besonderheiten der Anlage zu berücksichtigen. Darf eine nachträgliche Anordnung wegen Unverhältnismäßigkeit nicht getroffen werden, soll die zuständige Behörde die Genehmigung unter den Voraussetzungen des § 21 Absatz 1 Nummer 3 bis 5 ganz oder teilweise widerrufen; § 21 Absatz 3 bis 6 sind anzuwenden.

(...)

- (42) Für die hier in Rede stehenden nachträglichen Anordnungen zur Durchsetzung neuer artenschutzrechtlicher Erkenntnisse bietet § 17 BImSchG jedoch keine Grundlage. Eine nachträgliche Anordnung kann nur getroffen werden, wenn gegen eine von § 17 BImSchG erfasste Pflicht verstoßen wird. In der vorliegenden Konstellation fehlt es bereits an einer Pflichtverletzung, da es vielmehr gerade darum geht, den zulässigen Betrieb zu erweitern.
- (43) Abgesehen hiervon können Pflichten, die ihre Grundlage nicht im BImSchG, sondern in anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG haben, nicht durch eine nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG durchgesetzt werden.²⁷ Die Verpflichtung zur Anpassung einer Anlage an nachträgliche Änderungen richtet sich im Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG allein nach dem maßgeblichen Fachrecht (BNatSchG etc.).²⁸ Das gilt namentlich auch für die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG.²⁹ Infolgedessen besteht schon unabhängig von der Reichweite der in § 74 Abs. 4 und Abs. 5 BNatSchG getroffenen Regelung keine Kompetenz der Immissionsschutzbehörde für nachträgliche Anordnungen zur Durchsetzung artenschutzrechtlicher Anforderungen.

4. Anordnung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG

- (44) Etwas anderes ergibt sich auch nicht, soweit die hiernach allein in Betracht kommende spezialgesetzliche Regelung des § 3 Abs. 2 BNatSchG herangezogen wird. Die Regelung räumt der jeweiligen Naturschutzbehörde die Befugnis ein, nach pflichtgemäßem

²⁷ BVerwG, Urt. v. 30. April 2009 – 7 C 14/08 –, juris, Rn. 25; BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2010 – 1 BvR 1627/09 –, BVerfGK 16, 473 –, juris, Rn. 44; *Hansmann/Ohms*, in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, 98. EL April 2022, § 17 BImSchG Rn. 87; *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 16; *Koch/König*, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Auflage 2019, § 17 Rn. 31.

²⁸ Ganz h. M., vgl. BVerfG, Beschl. v. 14. Januar 2010, 1 BvR 1627 / 09, NVwZ 2010, 771, juris, Rn. 44; Thür. OVG, Beschl. v. 10. Februar 2015, 1 EO 356 / 14, juris, Rn. 54; VG Augsburg, Urt. v. 17. Dezember 2015, Au 2 K.15.1343, juris, Rn. 32; *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 20.

²⁹ Zum Verhältnis zu § 17 BImSchG und anderen Eingriffsbefugnissen vgl. *Fellenberg*, FA Wind, 2016: Nachträgliche Anpassung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange, Berlin (online), S. 15 ff.

Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Einhaltung der Vorschriften des BNatSchG sicherzustellen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Die Zuständigkeit der Naturschutzbehörde für den Vollzug naturschutzrechtlicher Anforderungen ist nicht durch den Konzentrationseffekt des § 13 BImSchG gesperrt, da dieser mit Abschluss des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens endet.³⁰ Das Handlungsinstrumentarium des § 3 Abs. 2 BNatSchG ist auch nicht durch einen möglichen Widerspruch zu den Nebenbestimmungen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gesperrt. Soweit der Kernbereich der Genehmigung nicht berührt wird, kann die Naturschutzbehörde vielmehr auch abweichende Regelungen treffen. Auch hier gilt aber, dass § 3 Abs. 2 BNatSchG allein ein Instrument ist, dass der Einhaltung der Vorschriften des BNatSchG dienen und Reaktionsmöglichkeiten im Fall von Verstößen begründen soll. Soweit es hingegen umgekehrt darum geht, dass die Maßgaben der immissionsschutzrechtlichen Zulassung möglicherweise über die gesetzlichen Anforderungen mittlerweile hinausgehen, also eine Begünstigung angestrebt wird, ist der Weg über eine Änderung der jeweiligen Regelung der Genehmigung zu beschreiten.

5. Neuantrag

- (45) Die nach den vorstehend beschriebenen Lösungswegen bestehenden Hindernisse für eine nachträgliche Anpassung der Genehmigungen lassen sich auch nicht durch einen Neuantrag überwinden. Die Lösung scheidet unabhängig von der zeitlichen Dauer eines Neuverfahrens aus, weil einem Zweitantrag die Bestandskraft der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung entgegensteht. Sie kann nicht durch einen neuen Antrag überwunden werden; vielmehr muss das Verfahren wiederaufgegriffen werden (dazu → Rn. (30) ff.).³¹

6. Widerspruch gegen Anordnung

- (46) Nicht ausgeschlossen erscheint die Anwendung der Neuregelung, wenn die betreffende Anordnung von Abschaltzeiten mittels eines fristgerecht erhobenen Betreiberwiderspruchs angefochten wurde, über den noch nicht entschieden ist. In diesem Fall wird das Verwaltungsverfahren mit der Erhebung des Widerspruchs gegen den

³⁰ Nds. OVG, Beschl. v. 25. Juli 2011, 4 ME 175 / 11, juris, Rn. 4; *Giesberts*, in: ders./Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 63. Ed., 1.7.2022, § 13 BImSchG Rn. 22; *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 25.

³¹ *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand April 2022, § 51 Rn. 21.

ursprünglichen Verwaltungsakt im Widerspruchsverfahren fortgeführt. Ausgangsverfahren und Widerspruchsverfahren bilden ein einheitliches Verwaltungsverfahren, das erst mit einem etwaigen Widerspruchsbescheid abgeschlossen wird.³² Die Widerspruchsbehörde legt ihrer Entscheidung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids zugrunde; zwischenzeitliche Rechtsänderungen sind daher zu berücksichtigen.³³

7. Fazit

- (47) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach geltendem Recht wegen des in § 74 Abs. 4 BNatSchG angeordneten Ausschlusses einer Anwendung der Neuregelung des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG kein Anspruch auf Anpassung bestehender Abschaltzeiten besteht.
- (48) Die geltende Regelung des § 74 Abs. 4 und 5 BNatSchG ist allerdings unklar gefasst. Sie dürfte primär darauf zielen, Fälle auszuschneiden, in denen bei Anwendung der nunmehr geltenden Standards (möglicherweise) eine Verschärfung der bestehenden Nebenbestimmungen in Betracht käme. Ob auch der umgekehrte Fall überhaupt in den Blick genommen wurde, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Dies könnte dafür sprechen, in einzelnen geeigneten Fällen Anträge auf eine Anpassung bzw. Aufhebung der entsprechenden Auflagen zu stellen und erforderlichenfalls eine gerichtliche Klärung herbeizuführen.

D.

Gestaltungsoptionen de lege ferenda

- (49) Die Zielsetzungen des 4. BNatSchGÄndG würden eine deutlich flexiblere gesetzliche Regelung durchaus nahelegen, die es ermöglicht, dass bereits zugelassene Anlagen von der nun erfolgten gesetzlichen Standardisierung profitieren. Die Novelle zielt zwar explizit darauf, vor dem Hintergrund der Klimakrise und des russischen Angriffskriegs für einen zügigen Ausbau der erneuerbaren Energien und dabei insbesondere der

³² BVerwG, Urt. v. 18. April 1986 – 8 C 81/83 –, Buchholz 316 § 3 VwVfG Nr. 2 –, juris, Rn. 10 f.; Urt. v. 1. Dezember 1989 – 8 C 14/88 –, BVerwGE 84, 178 –, juris, Rn. 15.

³³ St. Rspr., BVerwG, Urt. v. 6. April 1955 – V C 76.54 –, BVerwGE 2, 55 –, juris, Rn. 6 f.; statt vieler: *Dolde/Porsch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand Februar 2022, § 68 VwGO, Rn. 45 m.w.N.

Windenergie an Land zu sorgen, was namentlich durch zügige und rechtssichere Genehmigungsverfahren bewirkt werden soll.³⁴ Gerade vor dem Hintergrund begrenzter Flächenverfügbarkeit kann aber auch eine stärkere Ausnutzung der bereits zugelassenen Anlagen jedenfalls dann einen wichtigen und zeitnah zu realisierenden Beitrag zur Energiewende leisten, wenn es sich um besonders leistungsstarke Anlagen handelt.

- (50) Unter Berücksichtigung knapper Flächenkontingente und der Tatsache, dass bis zur tatsächlichen Inbetriebnahme einer Anlage in der Regel einige Jahre vergehen, liegt es nahe, die Kapazitäten bereits bestehender, bestandskräftig genehmigter Anlagen bestmöglich auszuschöpfen und unter Berücksichtigung neuer avifaunistischer Erkenntnisse nicht mehr gebotene saisonale und brutzeitbezogene Abschaltauflagen aufzuheben. Sowohl der in § 45b BNatSchG in Gesetzesform gebrachte wissenschaftliche Erkenntnisstand bezüglich der Kollisionsrisiken als auch die wirtschaftlichen Zumutbarkeitserwägungen könnten in gleicher Weise auf Bestandsanlagen Anwendung finden. Um eine Privilegierung problematischer Altanlagen zu vermeiden, könnte eine Rückwirkung auch auf einen bestimmten Zeitraum und bestimmte Anlagentypen, Standorte etc. beschränkt werden.
- (51) Alternativ oder parallel zu dem Versuch, bereits jetzt Änderungsanträge zu stellen, könnte daher eine punktuelle Gesetzesänderung angestoßen werden. Sie sollte darauf zielen, auch für solche Anlagen, die erst vor Kurzem genehmigt wurden und bei denen eine Neugenehmigung mit deutlich geringeren artenschutzrechtlichen Einschränkungen belegt würde, die neuen Bestimmungen zur Anwendung zu bringen.
- (52) Erforderlich wäre zunächst eine Anpassung des § 74 Abs. 4 BNatSchG, der aktuell eine Anwendung der Neuregelung des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG auf bestandskräftig zugelassene Anlagen pauschal ausschließt. Darüber hinaus sollte im BNatSchG oder im BImSchG eine Regelung aufgenommen werden, die ein vereinfachtes verfahrensrechtliches Instrumentarium zur Anpassung der entsprechenden Nebenbestimmungen ermöglicht. Naheliegend wäre eine Bestimmung (§ 15a BImSchG neu), die materielle und verfahrensrechtliche Voraussetzungen für eine Anpassung regelt.
- (53) Neben der Bindung an einen entsprechenden Antrag des Genehmigungsinhabers, scheinen – auch zum Schutz der Genehmigungsbehörden vor einer „Flut“ von durchzuführenden Änderungsverfahren – weitere zeitliche bzw. leistungsbezogene Begrenzungen sinnvoll. So könnte eine Regelung zur Änderung von Nebenbestimmung etwa

auf solche Anlagen, die in den letzten Jahren genehmigt wurden und auf moderne Anlagentypen, beschränkt werden. Ebenso erscheint es denkbar, eine Regelung auf besonders leistungsstarke Anlagen(-typen) (Leistungsbereich > 4,0 MW) zu begrenzen. Hierdurch würde dem Umstand Rechnung getragen, dass große Anlagen mit entsprechend großem Rotordurchgang zu einem verringerten avifaunistischen Konfliktpotenzial führen können.
