

KNE-Wortmeldung zur

# Zulässigkeit nachträglicher artenschutzrechtlicher Beschränkungen des Betriebs von Windenergieanlagen

Zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dez. 2023  
(BVerwG 7 C 4.22)

Berlin, 3. April 2024

In seinem Urteil ([BVerwG 7 C 4.22](#)) vom 19. Dezember 2023 hat das Bundesverwaltungsgericht die seit längerem strittige Frage höchststrichterlich entschieden, wie mit nachträglich festgestellten Verstößen gegen das artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungsverbot bei bestandskräftig genehmigten Windenergieanlagen umzugehen ist. Seit dem 26. März 2024 liegt nun auch die Begründung zu dem vielbeachteten Urteil vor.

Geklärt ist nun:

- **Naturschutzbehörden sind grundsätzlich befugt, nachträgliche Anordnungen zu treffen, die die Einhaltung dieses Verbots sicherstellen, etwa, wenn nach der Genehmigung das Vorkommen einer geschützten Art im Umfeld der Anlage festgestellt wird.**

Dies nimmt das KNE zum Anlass, das Urteil und seine Begründung einzuordnen und die absehbaren Konsequenzen für die Praxis der naturverträglichen Energiewende zu erläutern.

## Was war Anlass für die gerichtliche Entscheidung?

Der gerichtlich zu klärende Streitfall war ein 2006 in Niedersachsen genehmigter Windpark mit sechs Anlagen. Die Genehmigung ist seinerzeit ohne Betriebseinschränkungen zum Schutz von Fledermäusen erteilt worden. In der damaligen Begründung hieß es, „wesentliche Leitstrukturen für die abendliche Jagd der Fledermäuse oder auch für saisonal wandernde Arten liegen nicht in der Nähe des Windparks“.

2019 informierte der Naturschutzbund Deutschland (NABU) die zuständige Naturschutzbehörde über Totfunde verschiedener Fledermausarten die im Zeitraum zwischen 2012 und 2018 in unmittelbarer Nähe der Windenergieanlagen (WEA), entdeckt worden waren. Parallel wurde – in anderer Sache – ein Kartiergutachten zur Avifauna und zu Fledermäusen für das betreffende Gebiet erstellt. Das Gutachten belegte, dass gewisse Bereiche um die WEA als Jagdgebiet und als Leitlinienstruktur für Transferflüge, insbesondere von Zwergfledermäusen, frequentiert wurden. Darüber hinaus wurden die Breitflügelfledermaus und die Rauhaufledermaus regelmäßig erfasst.

Nach Durchlaufen des üblichen Verfahrens erließ die Naturschutzbehörde im Frühjahr 2021 einen Bescheid mit Abschaltparametern für Fledermäuse sowie mit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit. Dies betrifft jeweils den Zeitraum zwischen dem 15. April und dem 31. August eines Jahres, von Sonnenuntergang bis zwei Stunden vor Sonnenaufgang, bei einer Mindesttemperatur von 10 °C und einer Windhöchstgeschwindigkeit von 6 Metern pro Sekunde.

Auf Widerspruch der Anlagenbetreiberin wurde die Anordnung der Naturschutzbehörde auf drei der sechs WEA reduziert. Die danach verbleibende Anordnung wurde zunächst vom Oberlandesgericht (OLG) Niedersachsen durch [Urteil](#) vom 5. Juli 2022 und dann abschließend vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) bestätigt.

## Was hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden?

- Die **Kernaussage** des Bundesverwaltungsgerichts lautet: Naturschutzbehörden sind grundsätzlich befugt, gegenüber Betreibern bestandskräftig genehmigter Windenergieanlagen nachträgliche Anordnungen zur Verhinderung von Verstößen gegen das artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) zu treffen, wenn nach Genehmigungserteilung ein neues Vorkommen geschützter Arten festgestellt wird, sofern diese nachträglichen Anordnungen nicht wegen ihrer (erheblichen) Auswirkungen als (Teil-) Widerruf der Genehmigung zu qualifizieren sind.

Ermächtigungsgrundlage ist im konkreten Fall die Generalklausel des § 3 Abs. 2 BNatSchG. Diese darf, trotz ihres abstrakten Wortlautes, für diese Art der „rechtlichen Korrektur“ einer langjährig bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung von WEA durch die Behörde herangezogen werden. Generell müssen nachträgliche Änderungen auf Grundlage des jeweiligen Fachrechts durchgesetzt werden. Diese Befugnis stellen die Gerichte jedoch unter einige Voraussetzungen.

Die Zuständigkeit fällt nach Erteilung der Genehmigung wieder an die jeweiligen Fachbehörden zurück, sodass dann die Naturschutzbehörde zuständig ist. Eine Begrenzung der Änderung der Zuständigkeit, wieder hin zur unteren Naturschutzbehörde, sehen die Gerichte bei einer unzulässigen (Teil-)Aufhebung der Genehmigung. Solange mit der nachträglichen Anordnung der Kern, der durch die Immissionsschutzbehörde erteilten Genehmigung, jedoch unangetastet bleibt, stellt eine nachträgliche Abschaltauflage eine zulässige Nebenbestimmung und keine Inhaltsbestimmung dar. Dies sei bei Abschaltauflagen aufgrund des Artenschutzes stets der Fall.

Die Bestandskraft der Genehmigung bezieht sich insoweit auf den Genehmigungszeitpunkt und nicht auf sämtliche nachträglich zur Kenntnis gelangenden Änderungen der Sachlage. Die Naturschutzbehörde und die Gerichte haben eine solche Änderung der Sachlage in Bezug auf den hier zu betrachtenden Naturraum (Fledermausvorkommen) bestätigt.

Zum Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG stellen die Gerichte den Signifikanzansatz hinsichtlich schlaggefährdeter Fledermäuse dar. Hierbei kommt es neben artspezifischen Verhaltensweisen auf die regelmäßige bzw. häufige Frequentierung des betroffenen Ortes an. Jedenfalls bei Hauptflugrouten oder Jagdgebieten in der Nähe zu WEA ist die Signifikanzschwelle regelmäßig überschritten. Dies hatte die Behörde zu beweisen. Einerseits wurde zurecht von dem einschlägigen niedersächsischen Artenschutzleitfaden abgewichen, da sich die nachträgliche Betrachtung grundlegend von der dort angelegten Prognosesituation unterscheidet. Andererseits fehle es nach wie vor an einem einheitlichen Standard für die Kollisionsgefährdung von Fledermäusen an WEA. Daher ist die Ausfüllung der Signifikanz durch die Behörde regelmäßig erfolgt.

Die Gewährung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG konnte der Anlagenbetreiber von der Behörde nicht verlangen, denn bei einem nachträglichen Einschreiten handelt es sich um eine zeitkritische Gefahrenabwehr. Die Behörde muss in einem solchen Szenario lediglich

prüfen, ob die Ausnahmevoraussetzungen ohne detaillierte Prüfung „offenkundig“ vorliegen. Dies war hier nicht der Fall. Zudem fallen aus Sicht der Gerichte die, durch die neuen Abschaltauflagen zu erwartenden wirtschaftlichen Ertragseinbußen (nach Prognose des Betreibers: 3 % des Jahresertrags) gering und verhältnismäßig aus, sie sind somit hinzunehmen.

Der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021 ([1 BvR 2656/18](#)), der eine Zunahme des relativen Gewichts des Klimaschutzgebotes in der Abwägung zu anderen Geboten betonte, entfaltet in der hiesigen Konstellation, so das Oberverwaltungsgericht (Vorinstanz), keine Wirkung.

## Wie haben die Gerichte ihre Entscheidungen begründet?

Nach den Gerichten begründet § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG eine unmittelbare und dauerhafte Verhaltenspflicht, auch für bereits genehmigte Anlagen („dynamische Betreiberpflichten“). Zur Durchsetzung sei nach vorausgehender Rechtsprechung und ungeachtet des abstrakten Wortlautes § 3 Abs. 2 BNatSchG heranzuziehen. Dieser lautet:

*„Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden überwachen die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes (...) und treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen (...).“*

## Hinsichtlich der Zuständigkeit der Naturschutzbehörde und der Reichweite der Anordnungscompetenz begründen die Gerichte:

Die konkrete nachträgliche Anordnung sei hiervon noch umfasst, da und insoweit die Genehmigung in ihrem Kern unangetastet bleibe. Erst wenn der Kern der Genehmigung angetastet werde, sei die Grenze der Zulässigkeit überschritten. Auf die Verhältnismäßigkeit der Auflage im Sinne der wirtschaftlichen Belastung komme es hinsichtlich dieser Frage nicht an, korrigiert das BVerwG das OVG. So aber stelle die Abschaltauflage eine zulässige Nebenbestimmung dar.

In Bezug auf den Bestandsschutz durch entsprechende Genehmigungen, begründen die Gerichte ihre Entscheidungen durch einen Vergleich mit dem Planfeststellungsrecht. Dort gebe es eine vom Gesetzgeber gewollte deutlich weitere Ausschlusswirkung für nachträgliche Änderungen. Dies bestätige eine Begrenzung der Bestandskraft einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (vgl. § 75 Abs. 2 S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz). Es gebe im Immissionsschutzrecht keinen allgemeinen Grundsatz, wonach dem Anlagenbetreiber eingeräumte Rechtspositionen trotz wesentlicher Änderungen der Sach- oder Rechtslage zu belassen seien und nur gegen Entschädigung entzogen werden dürften. Mit anderen Worten: es gibt keinen „dynamischen Bestandsschutz“, denn der baurechtliche Bestandsschutz wird durch das Immissionsschutzrecht überlagert und eingeschränkt. Anderes widerspräche zudem den europäischen naturschutzrechtlichen Vorgaben.

Hinsichtlich der Ausnahmeprüfung billigten die Gerichte, dass es sich bei einem nachträglichen Einschreiten nach § 3 Abs. 2 BNatSchG um eine zeitkritische Gefahrenabwehr handele und dass diese nicht mit der aufwändigen und zeitintensiven Ausnahmeprüfung erreicht werden könne. Der Fortbetrieb mit verhältnismäßigen wirtschaftlichen Einbußen stelle eine hinnehmbare Alternative zum uneingeschränkten Betrieb dar, so das BVerwG.

Die Ausführungen zu den wirtschaftlichen Auswirkungen der Abschaltauflagen fußen im Wesentlichen auf vom Anlagenbetreiber beigebrachten Zahlen und zudem auf dem fortgeschrittenen Alter der Anlagen (Genehmigungszeitpunkt: 2006). Die Anordnung sei daher auch wirtschaftlich als verhältnismäßig zu betrachten, dies sei nicht an den neuen

Zumutbarkeitsmaßstäben aus § 45b Abs. 6 S. 2 BNatSchG zu messen, welche auf den hiesigen Fall nicht anwendbar seien.

Den Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts lassen die Gerichte unangewendet, da dem Staat auch Schutzpflichten für Tiere aus Artikel 20a des Grundgesetzes treffen und die vorliegenden WEA schon viele Jahre liefen. Aus dem Beschluss ließe sich keine generelle Pflicht zur Korrektur des hinsichtlich nachträglicher Anordnungen anzuwendenden Rechtes entnehmen und erst recht keine Grenze für den vorliegenden Einzelfall. Diese Erwägung der Vorinstanz wurde vom BVerwG nicht weiter aufgegriffen und somit jedenfalls gebilligt.

## Einordnung

### **Was bedeutet das Urteil für den behördlichen Naturschutz?**

Für die Praxis des behördlichen Artenschutzes hat das Urteil eine begrüßenswerte Klarstellung vorgenommen. Sowohl die Naturschutzbehörde als auch die Gerichte haben den Fledermausschutz in der verhandelten Fallkonstellation weitestgehend anhand bestehender rechtlicher Maßstäbe bewertet, was die Entscheidung gut nachvollziehbar macht.

Dies dürfte für Rechtssicherheit sowohl in der behördlichen Praxis des Umgangs mit nachträglich zur Kenntnis gelangten Artenschutzfakten als auch in zukünftigen gerichtlichen Verfahren sorgen. Zugleich liegen nun Begründungsmaßstäbe für ein Nicht-Einschreiten der Behörde vor.

Die Anforderungen an die Nachweiserbringung der Behörde sind sachgerecht, da der Aufwand für eine zeitkritische Gefahrenabwehr nicht dem einer Neugenehmigung gleichen sollte.

Mit der Adressierung des Klimaschutz-Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts hat die Vorinstanz auf den Zielkonflikt zwischen Biodiversitäts- und Klimaschutz aufmerksam gemacht und dem Artenschutz einen ebenso hohen Stellenwert wie dem Klimaschutz bestätigt. Das BVerwG hat dem nicht widersprochen, sondern die Ausnahmeerteilung aus anderen Gründen abgelehnt.

### **Was bedeutet das Urteil für bereits genehmigte Windenergieanlagen?**

Auf den ersten Blick scheint ein nicht unerheblicher Eingriff durch Naturschutzbehörden in bestandskräftige Genehmigungen ermöglicht worden zu sein. Allerdings sind für diese Handhabung durchaus hohe Anforderungen (Zuständigkeit, Signifikanz, Verhältnismäßigkeit, Offenkundigkeit der Ausnahmeveraussetzungen) zu erfüllen, was - auch in Anbetracht der Auslastung der Behörden - die Zahl der Anwendungsfälle womöglich einschränkt. Zu einem nachträglichen behördlichen Eingreifen wird es nur kommen, wenn sich die Anhaltspunkte dafür zu einem gewissen Maße verdichten. Zudem wird den wirtschaftlichen Auswirkungen der nachträglich zu ergreifenden Abschaltmaßnahmen Rechnung getragen.

Dennoch wird es zu weiteren Fällen nachträglicher Anordnungen kommen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt das KNE: Bei Bekanntwerden neuer Tatsachen hinsichtlich eines Vorkommens geschützter Arten im Bereich bestehender Windenergieanlagen sollten die beteiligten Akteure frühzeitig und kooperativ aufeinander zugehen.

## Fazit

Das Bundesverwaltungsgericht und das ihm vorgehende Oberverwaltungsgericht (OVG) Niedersachsen haben den zugrundeliegenden Fall der nachträglichen Abschaltauflagen in juristisch überzeugender und für die Praxis gut nachvollziehbarer Art und Weise gelöst.

Die Auslegung der natur- und artenschutzrechtlichen Vorschriften fußt im Wesentlichen auf Bekanntem und bestehender Rechtsprechung. Die Ablehnung der artenschutzrechtlichen Ausnahme im hiesigen Fall gründet in den fehlenden Voraussetzungen hierfür. Auch diese Interpretation ist anhand der wirtschaftlichen Überlegungen plausibel dargestellt und bietet eine gute Orientierung für zukünftige Fälle.

Aus Sicht des KNE ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in Hinblick auf die Herausforderungen des Ausbaus und der Nutzung der Windenergie verhältnismäßig, in Hinblick auf den Artenschutz ist sie erforderlich und angemessen. Beachtung fanden sowohl die wirtschaftlichen Auswirkungen nachträglich angeordneter Abschaltungen und das Alter der Windenergieanlagen als auch der Aufwand für die Beweiserbringung und die Ermessensanforderungen der Naturschutzbehörde.

Das Urteil stärkt den Fledermausschutz an bestandskräftig genehmigten Windenergieanlagen. Mit einem plötzlichen und übermäßigen Anstieg nachträglicher Abschaltanordnungen ist jedoch nicht zu rechnen.

#### **Pressekontakt**

Anke Ortmann  
Leiterin Presse und Öffentlichkeitsarbeit  
[anke.ortmann@naturschutz-energiewende.de](mailto:anke.ortmann@naturschutz-energiewende.de)  
T.: +49 30 7673738-12

#### **Fachkontakte**

Peer Michaelis  
Rechtsreferent  
[peer.michaelis@naturschutz-energiewende.de](mailto:peer.michaelis@naturschutz-energiewende.de)  
T.: +49 30 7673738-25

Holger Ohlenburg  
Leiter Team Wind  
[holger.ohlenburg@naturschutz-energiewende.de](mailto:holger.ohlenburg@naturschutz-energiewende.de)  
T.: +49 30 7673738-22

#### **Über das KNE**

Das 2016 gegründete Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende (KNE) ist eine von der Umweltstiftung Michael Otto getragene und vom Bundesumweltministerium finanzierte Einrichtung. Zweck der gemeinnützigen GmbH ist die Unterstützung einer naturverträglichen Energiewende vor Ort. Das KNE bietet Beratung und umfangreiche Fachinformationen an, es organisiert Dialog und Austausch, und vermittelt, wenn es beim Ausbau der erneuerbaren Energien zu Konflikten kommt, speziell ausgebildete Mediatorinnen und Mediatoren.

[www.naturschutz-energiewende.de](http://www.naturschutz-energiewende.de)

Das KNE bei [LinkedIn](#).

X: [@KNE\\_tweet](#).

Der KNE-[YouTube-Kanal](#).

Der [KNE-Podcast](#).