

OBERVERWALTUNGSGERICHT
MECKLENBURG-VORPOMMERN

Aktenzeichen:
5 KM 192/24 OVG



BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren



- Antragstellerin -

Proz.-Bev.:
Rechtsanwälte **Tettau Partnerschaft**,
Lietzenburger Straße 51, 10789 Berlin

gegen

Staatliches Amt für Landwirtschaft und Umwelt **Westmecklenburg**,
Bleicherufer 13, 19053 **Schwerin**

- Antragsgegner -

Beigeladen:

[REDACTED]

[REDACTED]

wegen
Immissionsschutzrecht

hat der 5. Senat des Obergerverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern am

26. Juni 2024

durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Sperlich,
den Richter am Obergerverwaltungsgericht Danter und
die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Ullrich

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid
des Antragsgegners über die nachträgliche Anordnung nach § 3 Abs. 2
BNatSchG (Abschaltzeiten für WKA [REDACTED] zum Schutz des Fischadlers)
vom 23. April 2024 (Az. [REDACTED]) wird wiederhergestellt.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, mit Ausnahme der
außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die nicht erstattungsfähig sind.

Der Streitwert wird auf 250.000,00 EUR festgesetzt.

/

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens gegen den für sofort vollziehbar erklärten (nachträglichen) Auflagenbescheid des Antragsgegners vom 23. April 2024, mit dem im Wege der nachträglichen Anordnung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG i. V. m. § 8 Abs. 1 NatSchAG M-V Abschaltzeiten für WKA [REDACTED] zum Schutz des Fischadlers verfügt worden sind.

Die Antragstellerin errichtete und betreibt seit 2016 aufgrund der Genehmigung des Antragsgegners vom 16. Juli 2014 (Ges. 23/14) mehrere Windenergieanlagen im Windpark [REDACTED] in der Gemeinde [REDACTED]. Der Windpark befindet sich nordöstlich des Plauer Sees.

Nachdem seit dem Jahr 2020 in der Nähe des Windparks südöstlich ein Fischadlerpaar einen Horst errichtet und über mehrere Jahre dort genistet und auch Bruterfolge erzielt hatte, ordnete der Antragsgegner mit dem angegriffenen Bescheid vom 23. April 2024 unter Ziff. 1 des Bescheides unter Anordnung der sofortigen Vollziehung (Ziff. 2) Folgendes an:

„Die WKA 1 (WEA 114009) und 2 (WEA 114010) des Typs eno114 an nachfolgend genannten Standorten sind vom 23. April 2024 bis zum 31. Juli 2024 in der Zeit von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang bei Niederschlag von < 2 mm/h und einer Windstärke von < 6 bft abzuschalten.

Benennung	Gemarkung	Flur	Flurstück	Rechtswert'	Hochwert'
WKA 1	[REDACTED]	3	12/2, 10	[REDACTED]	[REDACTED]
WKA 2	[REDACTED]	3	10	[REDACTED]	[REDACTED]

Die WKA 3 (WEA [REDACTED]) des Typs eno 114 an nachfolgend genanntem Standort ist vom 20. Juni 2024 bis zum 31. Juli 2024 in der Zeit von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang bei Niederschlag von < 2 mm/h und einer Windstärke von < 6 bft abzuschalten.

Benennung	Gemarkung	Flur	Flurstück	Rechtswert'	Hochwert'
WKA 3		3	8		

Die Abschaltzeiten sind zu dokumentieren und dem StALU WM, Dez. 45, zum 30.11.2024 schriftlich (Bleicherufer 13, 19053 Schwerin) oder per E-Mail (poststelle(a.staluwm.mv-regierung.de) vorzulegen.“

Zur Begründung führte der Antragsgegner aus, dass unter anderem mit E-Mail vom 5. März 2021 ortsansässige Anwohner ihn sowie die untere Naturschutzbehörde des Landkreises aufgefördert hätten, Maßnahmen zum Schutz der im Windpark ansässigen Greifvögel zu treffen. Es sei eine Liste mit Greifvogel-Totfunden im benannten Windpark beigefügt worden. In der Folge seien weitere Totfunde durch Anwohner gemeldet und durch diese der Verein involviert worden. Ebenfalls sei die Neuansiedlung eines Fischadlers in unmittelbarer Nähe zum Windpark angezeigt worden. Nach Kenntnis des Antragsgegners sei der Fischadlerhorst Nr. (nach LUNG M-V) im unmittelbaren Windparkumfeld erstmals 2020 kartiert worden. Der Horst befinde sich in einem Abstand von etwa 230 m zur WKA 1, 490 m zur WKA 2 und 755 m zur WKA 3 auf einem Hochspannungsmast. Für den Windpark seien seit 2016 bereits mehrere Schlagopfer gemeldet worden, hierunter ebenfalls zwei Individuen des Fischadlers (Meldungen vom 22. August 2017 und 17. Juli 2021). Der habe am 27. Mai 2023 Untätigkeitsklage gegen den Antragsgegner beim Obergerverwaltungsgericht M-V ein (Az. 5) eingelegt.

Die nachträgliche Anordnung beruhe auf § 3 Abs. 2 BNatSchG. Danach seien die zuständigen Naturschutzbehörden befugt, im Einzelfall die erforderlichen Maßnahmen zur Einhaltung des BNatSchG und der auf seiner Grundlage erlassenen Vorschriften auch mit belastender Wirkung gegenüber Dritten zu ergreifen. Der Antragsgegner sei damit grundsätzlich befugt, gegenüber Betreibern bestandskräftig genehmigter WKA nachträgliche Anordnungen zur Verhinderung von Verstößen gegen das artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu treffen, wenn sich die Sach- und Rechtslage nach Genehmigungserteilung wesentlich geändert habe. Aufgrund der Anknüpfung an den Genehmigungszeitpunkt erstreckte sich die Feststellungswirkung nicht auf nachträgliche Änderungen des Sach- und Rechtslage. Hierzu verweist der Antragsgegner auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4.22 –). Die nachträgliche Anordnung dürfe keine (Teil-) Aufhebung der immissionsschutzrechtliche Genehmigung bewirken, da derartige Regelungen nur auf § 21 BImSchG (Widerruf) oder § 48

VwVfG (Rücknahme) unter den dort geregelten besonderen Voraussetzungen von der dafür zuständigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde erlassen werden dürften. Jedenfalls liege eine nachträgliche Anordnung und kein Teilwiderruf dann vor, wenn sich die betreffende Regelung bei Genehmigungserteilung lediglich als Nebenbestimmung und nicht als inhaltliche Einschränkung bzw. Teilversagung der Genehmigung dargestellt hätte. Diese Voraussetzungen lägen bei der Anordnung von Abschaltzeiten vor. Die Sachlage habe sich nach Genehmigungserteilung durch die Ansiedlung des Fischadlers nachträglich geändert.

Nach den AAB-WEA, Teil Vögel (LUNG 2016) komme es bei der Errichtung und dem Betrieb von WKA im 1 km-Radius um Horststandorte des Fischadlers zum Verstoß gegen das Tötungsverbot (Ausschlussbereich). Ebenfalls komme es demnach zu einem Verstoß gegen das Tötungsverbot bei Errichtung und Betrieb von WKA innerhalb von Verbindungskorridoren zwischen dem Horst und Nahrungsgewässern > 5 ha (Mindestbreite des Korridors 1 km). Der Ausschlussbereich nach AAB-WEA von 1.000 m beim Fischadler entspreche insoweit auch den Abstandsempfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarte (LAG VSW, 2014) zum Mindestabstand der WEA zu Brutplätzen bzw. Brutvorkommen der WEA-sensiblen Vogelarten. Lediglich im Prüfbereich weiche die LAG VSW von der AAB-WEA ab, da sie einen Prüfbereich von 4.000 m empfehle, wohingegen die AAB-WEA einen Prüfbereich von lediglich 3.000 m festlege. Alle drei WEA befänden sich innerhalb des Ausschlussbereichs nach AAB-WEA, zusätzlich befänden sich die WKA 1 und 2 innerhalb eines Verbindungskorridors zwischen dem Horst und Gewässern > 5 ha und damit innerhalb der typischerweise genutzten Flugroute nach entsprechender Habitatpotentialanalyse. Vermeidungsmaßnahmen, die das signifikant erhöhte Tötungsrisiko senken können, sähen die AAB-WEA innerhalb dieser Bereiche nicht vor. Umfangreiche Abschaltzeiten seien auch nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Greifswald anerkannt worden, um auch im Ausschlussbereich des Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken.

Eine Anwendung des § 45b BNatSchG auf bereits – wie hier – vor Ende Juli 2022 bestandskräftig genehmigte Windenergieanlagen sei ausgeschlossen, § 74 Abs. 4 BNatSchG. Die in der Novellierung zum Bundesnaturschutzgesetz in Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG festgelegten Abstände könnten jedoch einen weiteren Hinweis darauf geben, ob nach § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare kollisionsgefährdeter Brutvogelarten im Umkreis ihrer Brutplätze durch den Betrieb von Windenergieanlagen signifikant erhöht ist. Danach lägen die WKA 1 und 2 im Nahbereich (500 m) und die WKA 3 im zentralen Prüfbereich (1000 m) zwischen Brutplatz und Windenergieanlage. Gemäß § 45b Abs. 2 und 3 BNatSchG sei das Tötungs- und Verletzungsri-

siko im Nahbereich und zentralen Prüfbereich signifikant erhöht, so dass der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 5 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG eintrete. Damit sei auch durch die Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes die Festlegung der AAB-WEA, dass ein signifikant erhöhtes Tötungs- und Verletzungsrisiko durch WKA im Umfeld von 1000 m um einen Fischadler-Horst bestehe, bestätigt. Geplante Windkraftanlagen im Nahbereich eines Horstes einer Brutvogelart nach Anlage 1 BNatSchG wären demnach abzulehnen oder bedürften einer artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Maßnahmen zur Verminderung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos für – wie hier – nachträglich angesiedelte Arten durch bereits bestehende und genehmigte Anlagen im Nahbereich müssten deshalb umfassender ausfallen als die im Rahmen der Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes in Anlage 1 BNatSchG nunmehr beschriebenen fachlich anerkannten Maßnahmen. Ein Widerruf der Genehmigung erscheine unter Berücksichtigung des überragenden öffentlichen Interesses der Errichtung und des Betriebs von Windenergieanlagen gemäß § 2 EEG unverhältnismäßig und sei überdies der Genehmigungsbehörde vorbehalten. Als geeignetes und milderes Mittel zur Verminderung des signifikant erhöhten Tötungs- und Verletzungsrisikos für den nachträglich angesiedelten Fischadler werde hier die zeitweise Abschaltung der WKA tagsüber während der Brutzeit erachtet. Gemäß den von Südbeck et al. (2005) erarbeiteten „Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands“ (2005) brüte der Fischadler in dem Zeitraum „Anfang/Mitte April, selten bis Ende Mai“. Die Jungvögel würden frühestens „ab Ende Juni, meist Anfang/Mitte Juli“ flügge. Der Fischadler ziehe „Anfang August“ vom Brutplatz ab. Aufgrund der Lage im 500 m-Radius (sog. Nahbereich nach Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG) um den Horst (Nr. 357 nach LUNG M-V) sowie innerhalb des Flugkorridors zu Nahrungsgewässern könnten hier für die WKA 1 und 2 die für eine phänologiebedingte Abschaltung vorgesehenen Zeiträume nach Anlage 1 Abschnitt 2 („Schutzmaßnahmen“) zum § 45b BNatSchG nicht als ausreichend erachtet werden, um das Tötungs- und Verletzungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken. Als von der Rechtsprechung anerkannte Schutzmaßnahme werde insoweit die saisonale Langzeitabschaltung der Windenergieanlagen angesehen. So treffe die Brutvogelart Fischadler frühestens Ende März in den Brutgebieten ein. Insbesondere erfolgreich brütende Weibchen seien von April bis Juni eng an das Nest gebunden. Beide Elterntiere versorgten die Jungen. Dies führe konsequenterweise zu einer erhöhten Frequentierung des Nestumfelds. Ab Anfang Juli würden die Jungen flügge werden, verblieben aber im Nestumfeld. Flügge Jungvögel würden noch bis zu 8 Wochen von den Alttieren gefüttert. Ab frühestens August beginne der Abzug vom Brutplatz. Eine Abschaltung während der kompletten Brutzeit vom 1. April bis 31. Juli sei daher geeignet, das Tötungs- und Verletzungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken.

Die **WKA 3** liege mit 755 m zwar noch im Ausschlussbereich nach AAB-WEA des nachträglich angesiedelten Fischadlers (Nr. 357 nach LUNG M-V), jedoch **außerhalb des Flugkorridors zu Nahrungsgewässern**. Auch wenn die Bereiche zur Prüfung bei kollisionsgefährdeten Brutvogelarten nach Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG (hier wäre der zentrale Prüfbereich von 1.000 m tangiert) formal nicht auf den vorliegenden Fall anzuwenden seien, werde in Anbetracht des überragenden öffentlichen Interesses der Errichtung und des Betriebs von Windenergieanlagen gemäß § 2 EEG angenommen, dass die Vermeidungsmaßnahmen aus **Anlage 1, Abschnitt 2, zu § 45b BNatSchG** **prinzipiell geeignet** seien, um das Tötungs- und Verletzungsrisiko in diesem Bereich unter die Signifikanzschwelle zu senken. Für den Fischadler würden dort folgende Maßnahmen als geeignet betrachtet: Antikollisionssysteme, das Anlegen von Ausweichnahrungshabitaten sowie phänologiebedingte Abschaltzeiten (4-6 Wochen). Validierte Antikollisionssysteme seien derzeit für den Fischadler jedoch noch nicht verfügbar. Das Anlegen von Ausweichnahrungshabitaten setze die Verfügbarkeit einer geeigneten Fläche sowie ausreichend Zeit zum Umsetzen der Maßnahme voraus und eigne sich daher nicht für eine nachträgliche Anordnung. Darüber hinaus sei aufgrund der Nähe zu großen Nahrungsgewässern am Standort die Lenkungswirkung eines neu anzulegenden fischreichen Gewässers fraglich. Lediglich Abschaltzeiten könnten als wirksame Vermeidungsmaßnahme durch die Behörde angeordnet und kurzfristig umgesetzt werden. Der nach **Anlage 1, Abschnitt 2 zum § 45b BNatSchG** **maximal mögliche Zeitraum von 6 Wochen** sei gewählt worden, da es sich hier um einen **besonders konflikträchtigen** Standort mit bereits **zahlreichen Totfunden** handle. Der Zeitraum decke insbesondere die Zeit der flüggen Jungvögel ab, in welcher diese noch durch die Alttiere gefüttert, jedoch bereits selbst vermehrt im Umfeld des Horstes fliegen würden. Als ungeübte Flieger seien insbesondere Jungtiere gefährdet, mit sich drehenden WKA zu kollidieren.

Mit Schreiben vom 25. April 2024 hat die Antragstellerin Widerspruch gegen den Bescheid eingelegt und am 8. Mai 2024 um vorläufigen Rechtsschutz beim Oberverwaltungsgericht nachgesucht.

Sie ist im Wesentlichen der Ansicht, es fehle an einer Verletzung des Tötungsverbots bezogen auf den in Rede stehenden Fischadler. Insoweit verweise sie auf die besondere Habitatstruktur. Ausweislich einer Habitatpotenzialanalyse lägen die Nahrungshabitate des Fischadlers am Plauer See im Westen des Windparks und damit jenseits des Zugkorridors. Hierzu verweist die Antragstellerin auf die von ihr eingereichte Fachstellungnahme des **Gutachterbüros Stadt-Land-Fluss**. Hiernach sei für den Windpark [REDACTED] mehr als naheliegend, dass der Fischadler im neuen Horst das fischreiche Gewässer mit offener Wasseroberfläche im Osten, konkret den Plauer See, nutze. Es sei fachlich danach nicht überraschend, dass

es in den letzten drei Jahren einerseits erfolgreiche Bruten des Fischadlers trotz der Nähe zu den streitgegenständlichen Windenergieanlagen gegeben habe, andererseits aber auch umfangreiche Totfunde des Fischadlers nicht aufgetreten seien.

Die angegriffene nachträgliche Anordnung sei überdies rechtlich fehlerhaft, zudem ermessensfehlerhaft und unverhältnismäßig. Anders als in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall – in dem es um Abschaltungen für Fledermäuse gegangen sei – seien die hier angeordneten Langzeitabschaltungen von bis zu vier Monaten hingegen spätestens mit der Neufassung des § 45b BNatSchG über einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen unzulässig. Dies folge aus §§ 45b Abs. 9 BNatSchG und den dortigen Zumutbarkeitsgrenzen sowie aus Anlage 1, Abschnitt 2 zu § 45b BNatSchG. Danach seien Langzeitabschaltungen maximal bis zu 6 Wochen zulässig. Die in Rede stehende Abschaltung führe zu einem jährlichen Verlust von prognostiziert rund 250.000 Euro.

II
0

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die nachträgliche Anordnung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG (Abschaltzeiten für WKA [REDACTED] zum Schutz des Fischadlers) Anlage TP1 wiederherzustellen

sowie

den Erlass einer Zwischenverfügung.

Der Antragsgegner, der keinen ausdrücklichen Antrag gestellt hat, verteidigt seinen angegriffenen Bescheid.

Der Kläger im Untätigkeitsklageverfahren (Az. 5 K 228/23), in dem dieser den Erlass nachträglicher Anordnungen u. a. gegen die Antragstellerin begehrt, ist mit Beschluss vom 13. Mai 2024 beigeladen worden.

Der Beigeladene, der ebenfalls keinen ausdrücklichen Antrag gestellt hat, wiederholt und vertieft im Wesentlichen seinen Vortrag aus seinem o. a. Klageverfahren.

Mit Widerspruchsbescheid vom 31. Mai 2024 hat der Antragsgegner den Widerspruch der Antragstellerin zurückgewiesen. Dagegen hat diese nunmehr Klage in der Hauptsache vor dem Oberverwaltungsgericht erhoben (Az.: 5 K [REDACTED]).

II.

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen den Bescheid vom 23. April 2024 wiederherzustellen, hat Erfolg. Er ist zulässig und begründet.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs (bzw. nunmehr ihrer Klage) ist nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft. In der Hauptsache ist die Anfechtungsklage gegen den Bescheid nach § 42 Abs. 2 VwGO die statthafte Klageart. Die mit dem Bescheid erteilte nachträgliche Auflage über die darin konkret aufgeführten Abschaltzeiten ist ein Verwaltungsakt.

Der Antrag ist zulässig, obwohl die Antragstellerin vor der Stellung ihres gerichtlichen Antrages auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht bei dem Antragsgegner die Aussetzung der Abschaltverpflichtung (§ 80 Abs. 4 VwGO) beantragt hatte. Die Durchführung eines behördlichen Aussetzungsverfahrens ist nur für Abgaben und Kosten gem. § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO vorgesehen. Sonst ist keine vorherige Antragstellung bei der Behörde erforderlich (Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl., § 80, Rn. 74, 76 m.w.N.).

Der Antrag ist auch begründet.

Gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die aufschiebende Wirkung in den Fällen des Abs. 2 Nr. 4 ganz oder teilweise wiederherstellen. Die gerichtliche Entscheidung über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ergeht auf der Grundlage einer Interessenabwägung. Gegenstand der Abwägung sind auf der einen Seite das private Interesse des Antragstellers, vorläufig vom Vollzug des Verwaltungsaktes verschont zu bleiben (Aussetzungsinteresse), und auf der anderen Seite das öffentliche Interesse an der Vollziehung des Verwaltungsaktes (Vollziehungsinteresse). Im Rahmen der Interessenabwägung ist der Gesichtspunkt der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bzw. der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu berücksichtigen. In der Regel überwiegt das Vollziehungsinteresse, wenn sich der angegriffene Verwaltungsakt nach dem Prüfungsmaßstab des – summarischen – vorläufigen Rechtsschutzverfahrens als rechtmäßig erweist und der Rechtsbehelf in der Hauptsache voraussichtlich ohne Erfolg bleiben wird. Demgegenüber überwiegt grundsätzlich das private Aussetzungsinteresse, wenn sich der Verwaltungsakt nach diesem Maßstab als rechtswidrig erweist und der Rechtsbehelf in der Hauptsache voraussichtlich Erfolg haben wird, da an der Vollziehung eines rechtswidrigen Bescheides regelmäßig kein schutzwürdiges öffentliches Interesse besteht. Lässt sich die Rechtmäßig-

keit des angegriffenen Verwaltungsaktes im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht in diesem Sinne klären bzw. ist der Ausgang der Hauptsache offen, bedarf es einer Abwägung der (sonstigen) wechselseitigen Interessen (OVG Greifswald, Beschluss vom 21. November 2022 – 5 KM 346/22 OVG –, juris Rn. 25). Dabei ist insbesondere auch § 80c Abs. 4 VwGO zu beachten.

Nach diesem Maßstab geht die Interessenabwägung zugunsten der Antragstellerin aus.

Der Bescheid vom 23. April 2024 dürfte bei für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein gebotener summarischer Prüfung rechtswidrig sein. Es könnte bereits zweifelhaft sein, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen einer nachträglichen Anordnung gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG vorliegen (1). Jedenfalls dürfte auf der Rechtsfolgenseite die Ermessensausübung des Antragsgegners fehlerhaft sein (2.). Unabhängig davon geht selbst bei zu Gunsten des Antragsgegners angenommenem offenen Ausgang des Hauptsacheverfahrens die Folgenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin aus (3.).

1.

Nach § 3 Abs. 2 BNatSchG überwachen die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden die Einhaltung der Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften und treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Zu diesen Vorschriften gehört auch das artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Es bezieht sich auf alle Verhaltensweisen, die den rechtlich missbilligten Erfolg in zurechenbarer Weise verursachen. Das können auch die Errichtung und der Betrieb einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage sein (vgl. auch § 44 Abs. 5, §§ 45b, 45c BNatSchG).

Es erscheint dem Senat zweifelhaft, ob der Antragsgegner und der Beigeladene sich auf das Eingreifen des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots aus § 44 Abs. 1 BNatSchG berufen können.

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu stören. Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bestimmt hierzu, dass, wenn in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführten Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen sind, die in einer

Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vorliegt, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann.

Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass die Verwirklichung des Verbotstatbestands durch das Vorliegen einer – wie hier – bestandskräftigen Anlagengenehmigung nicht generell ausgeschlossen ist. Die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG erschöpfen sich nicht in ihrer Funktion als Zulassungsvoraussetzung (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Sie begründen vielmehr auch und in erster Linie unmittelbar und dauerhaft geltende, sanktionsbewährte (vgl. § 69 Abs. 2, § 71 Abs. 1, § 71a Abs. 1 BNatSchG) Verhaltenspflichten. Zwar ist aufgrund der Tatbestandswirkung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der genehmigte Anlagenbetrieb auch im Hinblick auf § 44 Abs. 1 BNatSchG als rechtmäßig anzusehen. Das gilt aber nur in den Grenzen der auf den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung bezogenen Feststellungswirkung der Genehmigung. Eine generelle, auch nachträgliche Veränderungen einschließende Freistellung genehmigter Vorhaben von artenschutzrechtlichen Verboten wäre mit den zugrundeliegenden unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 12, 13, 16 FFH-RL und Art. 5, 9 VS-RL unvereinbar (vgl. zum Ganzen BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22 –, juris Rn. 16).

Die Befugnis der Naturschutzbehörden zum Erlass nachträglicher artenschutzrechtlicher Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG zulasten immissionsschutzrechtlich genehmigter Anlagen findet jedoch ihre Grenze in der Tatbestandswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Ein Verwaltungsakt entfaltet, solange er nicht aufgehoben ist, mit der in ihm verbindlich mit Wirkung nach außen getroffenen Regelung Bindungswirkung auch gegenüber anderen Behörden (sog. Tatbestandswirkung). Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung hat Gestattungs- und Feststellungswirkung. Zum einen gestattet sie die Errichtung und den Betrieb der genehmigten Anlage. Zum anderen stellt sie fest, dass die Anlage mit den zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung geltenden, zum Prüfprogramm nach § 6 Abs. 1 BImSchG gehörenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist. Insoweit lässt sich auch von einer Legalisierungswirkung der Genehmigung sprechen. Aufgrund der Anknüpfung an den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung erstreckt sich die Feststellungswirkung jedoch nicht auf nachträgliche Änderungen der Sach- oder Rechtslage (BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22 –, juris Rn. 18).

Im Immissionsschutzrecht gibt es 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. Der durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vermittelte Bestandsschutz im Bereich der öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG reicht nicht weiter, als im Bereich der dynamischen Betreiberpflichten nach § 5 BImSchG. Die Verpflichtung zu nachträglichen Änderungen beurteilt sich insoweit vielmehr nach dem jeweils einschlägigen Fachrecht. Auch bei der Pflicht aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG handelt es sich um eine kraft Fachrechts dynamische Pflicht (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22 –, juris Rn. 17).

Der von der Antragstellerin angegriffene Bescheid des Antragsgegners vom 23. April 2024 ist vor diesem Hintergrund ausdrücklich als nachträgliche Anordnung „zum Schutz des Fischadlers“ betitelt. Der Antragsgegner geht somit davon aus, dass sich die Sachlage nach derjenigen zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung für den Betrieb der WEA 1-3 im Windpark [REDACTED] zu Lasten der geschützten Vogelart Fischadler erheblich verändert und verschlechtert hat und das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG eingreife.

a.

Für diese Veränderung der Sachlage beruft er sich zunächst auf Totfunde von Vögeln verschiedenen Greifvogelarten. Damit dürfte eine wesentliche Änderung der Sachlage nicht hinreichend dargelegt sein.

Der Antragsgegner begründet seinen Bescheid im Sinne eines maßgeblichen Anlasses damit, dass bereits zahlreiche Totfunde von Greifvögeln im Windpark und Windparkumfeld gemeldet worden seien, darunter zwei Fischadler (Dürr, Stand Januar 2024). Das Konfliktpotential im Windpark [REDACTED] sei daher generell als hoch zu bezeichnen.

Diese Totfunde belegen nicht hinreichend eine erhebliche Änderung der Sachlage bezogen auf den Fischadler.

Zunächst vermögen Totfunde anderer Greifvögel, z. B. Seeadler, Mäusebussard und Rotmilan eine nachträgliche Anordnung zum Schutz der Vogelart Fischadler nicht zu begründen. Aber auch die beiden vom Antragsgegner im Bescheid angeführten Totfunde der Vogelart Fischadler dürften nicht genügen, weil es sich bezogen auf den Gesamtzeitraum zum einen um Einzelfunde von Fischadlern handeln dürfte, die zudem sehr wahrscheinlich durchflie-

gende Vögel waren. Solche Einzelfunde genügen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22 –, juris Rn. 29).

Hinsichtlich des auch in der Schlagopferkartei dokumentierten Totfundes eines Fischadler-Altieres am 22. August 2017 dürfte ein Brutvogel jedenfalls aus dem neu errichteten Horst Nr. [REDACTED] schon deshalb nicht betroffen sein, weil dieser Brutplatz erst im Jahr 2020 erstmals kartiert worden ist. Der Totfund eines weiteren Fischadler-Altieres vom 17. Juli 2021 – das zunächst der Schlagopferkartei als Jungtier gemeldet und von dort hinsichtlich dieser Einordnung später korrigiert worden ist – könnte zwar in zeitlicher Hinsicht mit dem neuen Horst in Verbindung gebracht werden können. Auch dabei dürfte es sich jedoch – vier Jahre nach dem letzten Fund – um einen Einzelfund handeln, zumal seit diesem Fund bis heute ebenfalls erneut fast drei Jahre vergangen sind, ohne dass ein weiterer Fischadler als Schlagopfer gefunden wurde. Dagegen, dass das im Jahr 2021 gefundene Tier aus dem neuen Horst stammt, spricht ergänzend, dass es in den Jahren 2021, 2022 und 2023 dort erfolgreiche Bruten gegeben hat und angenommen werden kann, dass es sich bei den Elterntieren um wiederkehrende Alttiere gehandelt hat, weil Fischadler horst- und partnertreu sind. Ohne dass es für die vorliegende Entscheidung darauf ankäme, sei darauf hingewiesen, dass es aus Sicht des Senats eine sinnvolle Verfahrensweise darstellen könnte, die im Horst Nr. [REDACTED] nistenden Alt- und Jungvögel zu beringen und zu besondern, um für zukünftige Konfliktsituationen wichtige (Echt)Daten in einer „Laborkonstellation“ eines Brutplatzes im Nahbereich von Windenergieanlagen erlangen zu können. Die so gesammelten Informationen könnten ggf. schon im Hauptsacheverfahren von Bedeutung sein.

Soweit im Schriftverkehr der Beteiligten noch weitere Fischadler genannt werden, sind die Daten hierzu nicht aussagekräftig, im Übrigen hat sich der Antragsgegner weder im angegriffenen Bescheid noch im Widerspruchsbescheid darauf gestützt.

Der Antragsgegner vermag seine Anordnung im Hinblick auf die Totfunde auch nicht mit dem Schutz von Jungtieren zu begründen. Soweit er hierzu vorträgt, als ungeübte Flieger seien insbesondere Jungtiere gefährdet, mit sich drehenden WKA zu kollidieren, geht diese Behauptung bezogen auf die Totfunde ins Leere, weil es sich bei beiden vom Antragsgegner angeführten Totfunden des Fischadlers um Alttiere handelte.

Vor diesem Hintergrund kann bezogen auf die den Schutz der Vogelart Fischadler beabsichtigende nachträgliche Anordnung von einer generellen Erhöhung des Konfliktpotentials im Windpark [REDACTED] nicht die Rede sein.

Letztlich fehlt im Bescheid bezogen auf die konkreten WKA Nr. 1-3 der Antragstellerin auch eine Auseinandersetzung des Antragsgegners damit, dass die beiden Totfunde nicht im Windpark [REDACTED] II, sondern im Bereich [REDACTED] III bzw. I gefunden wurden.

b.

Auch hinsichtlich der vom Antragsgegner im Bescheid angeführten Neuansiedlung des Fischadlers im neu errichteten konkreten Horst (Brutplatz Nr. [REDACTED]) erscheint eine wesentliche Änderung der Sachlage fraglich.

aa.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können zwar einerseits durch eine immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage hervorgerufene Beeinträchtigungen von Exemplaren besonders geschützter Arten nicht pauschal einem „allgemeinen Lebensrisiko“ unterhalb der in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorausgesetzten Signifikanzschwelle zugeordnet werden (BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22 –, juris Rn. 17), zumal sich eine gesetzliche Konkretisierung des Signifikanzkriteriums in Bezug auf Exemplare kollisionsgefährdeter Brutvogelarten nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen in § 74 Abs. 4 und 5 BNatSchG in § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG findet (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22 –, juris Rn. 30). Andererseits trägt das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungs- und Verletzungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat sein kann und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Denn tierisches Leben existiert nicht in einer unberührten, sondern in einer von Menschen gestalteten Landschaft. Nur innerhalb dieses Rahmens greift der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos erfordert Anhaltspunkte dafür, dass sich dieses Risiko durch den Betrieb einer Anlage deutlich steigert; dafür genügt weder, dass einzelne Exemplare etwa durch Kollisionen zu Schaden kommen, noch, dass im Eingriffsbereich überhaupt Exemplare betroffener Arten angetroffen worden sind. Dieser Maßstab gilt gleichermaßen für die Genehmigung von Vorhaben wie für nachträgliche artenschutzrechtliche Anordnungen (BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22 –, juris Rn. 29; mit Hinweis auf BVerwG, Beschluss vom 7. Januar 2020 – 4 B 20.19 –, juris Rn. 5 m. w. N.).

In einer solchen wertenden Betrachtung kann nicht ausgeblendet werden, dass sich der Fischadler zwischen dem Windpark und seinem Hauptnahrungsgebiet dem Plauer See angesiedelt, mehrere Jahre hintereinander wiedergekehrt und erfolgreich gebrütet hat. Reichenbach/Aussieker sehen in erster Linie eine Kollisionsgefährdung für Fischadler gegeben, wenn WKA in einem häufig genutzten Flugkorridor zwischen Brutplatz (Wald) und Hauptnahrungsgebiet (größere Gewässer) betrieben werden (Arbeitsgruppe für regionale Struktur- und Umweltforschung GmbH: „Windenergie und der Erhalt von Vogelbeständen“ vom 26. April 2021 erstellt im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Seite 91). Das bloß pauschale Abstellen auf die für die Vereinfachung des Genehmigungsverfahrens gegriffenen **kreisrunden** Abstände um den jeweiligen Brutplatz dürfte daher wohl **nicht ausnahmslos** zur Begründung einer nachträglichen Anordnung genügen. Das gilt insbesondere für die Vogelart des Fischadler aufgrund seines artspezifischen Nahrungssuchverhaltens.



Zwar hat der Antragsgegner auch auf die Begründung zum Gesetzesentwurf zur Einführung des § 45b BNatSchG verwiesen, in der ausgeführt wird, dass der Nahbereich um den Brutplatz als **essentieller Kernbereich** des Gesamthabitats von den Tieren mit **sehr hoher Frequenz** genutzt werde, so dass der Betrieb einer Windenergieanlage innerhalb dieses Bereichs ein entsprechend hohes Kollisionsrisiko berge. Dieses Risiko könne bei Brutplätzen im Nahbereich in der Regel auch nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen unter die Signifikanzschwelle gesenkt werden (vgl. BT-Drs. 20/2354 vom 21. Juni 2022, Seite 25). Das Bundesverwaltungsgericht hat ebenfalls darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber bei Brutvogelarten mit § 45b Abs. 1 BNatSchG eine gesetzliche Regelung zu den Abständen erlassen hat. Abgesehen davon, dass die Gesetzesbegründung bereits einschränkend von „in der Regel“ spricht und schon deshalb Ausnahmen nicht ausschließt, ist weder der Gesetzgebungsbegründung zu entnehmen noch hat das Bundesverwaltungsgericht darüber entschieden, ob diese Abstände ausnahmslos auch für nachträgliche Anordnungen anzuwenden sind. Für das Bundesverwaltungsgericht kam es nicht auf die gesetzlich oder wie vorliegend nach einschlägigen Arbeitshilfen bestimmten Abstände an, weil es im dortigen Fall um eine nachträgliche Anordnung zum Schutz von Fledermauspopulationen ging, für die diese auf Brutvögel bezogene gesetzliche Regelung nicht anwendbar ist.

bb.

Auch hat der Antragsgegner bei der Frage der Änderung der Sachlage nicht in den Blick genommen, dass sich neben der Neuansiedlung des Fischadlers die Sach- und Rechtslage auch in Bezug auf den Klimaschutz deutlich – dynamisch und mit Blick auf den Artenschutz gewissermaßen gegenläufig – verändert hat.



Auf die globale Klimaerwärmung hat der Gesetzgeber insbesondere mit § 2 EEG reagiert und bestimmt, dass den erneuerbaren Energien im Hinblick auf den Klimaschutz ein überragendes öffentliches Interesse zukommt. Insoweit hat der Senat hier nicht zu entscheiden, ob die Windenergie den Artenschutz allgemein „überragt“. Es dürfte aber schon auf der Tatbestandsebene nicht genügen, das öffentliche Interesse am Klimaschutz nur bei der Frage der konkreten Bestimmung der Auflage nicht aber bei Bewertung der Änderung der (Gesamt-)Sachlage heranzuziehen.

11

Die vom Bundesverwaltungsgericht angeführte dynamische artenschutzrechtliche Verpflichtung kann daher nicht isoliert betrachtet und durch das Abstellen auf pauschale Abstände verkürzt werden. Das gilt umso mehr als der mindestens gleichrangige Belang des Klimaschutzes in der Quintessenz langfristig auch dem Artenschutz dient. Dieser an sich naheliegende Gesichtspunkt hat in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts keine Rolle gespielt.

II
O

Daneben ist auch die Veränderung der Rechtslage vom Antragsgegner zu beachten. Der Bundesgesetzgeber beabsichtigt mit dem Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (Windenergieflächenbedarfsgesetz) vom 20. Juli 2022 (BGBl. I 2022, 1353) die klimaschonende Stromerzeugung erheblich auszuweiten. So sollen die Flächenziele in Mecklenburg-Vorpommern zum 31. Dezember 2027 auf 1,4 % der Landesfläche und zum 31. Dezember 2032 auf 2,1 % und damit mehr als verdoppelt werden; im Jahr 2022 betrug der Anteil nach Angaben der Landesregierung 0,8 % (<https://www.ndr.de/nachrichten/mecklenburg-vorpommern/MV-muss-Windkraft-Flaechen-mehr-als-verdoppeln,energie-wende606.html>; zuletzt eingesehen am 26. Juni 2024). Mit der einerseits geplanten Vergrößerung der Eignungsflächen für Windenergieanlagen und der andererseits ebenfalls gewünschten Verbreitung von unter Schutz gestellten Vogelarten zur Erhöhung des Bestandes, die ebenfalls zu einer Vergrößerung der „Revierfläche“ führt, verfolgt der Gesetzgeber gegenläufige Ziele, deren Konflikt er für den Fall der nachträglichen Anordnungen nicht auflöst.

Ebenfalls kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die vor allem privatwirtschaftlich organisierte Errichtung von Windenergieanlagen langfristige, zumeist kreditfinanzierte Investitionen erfordern. Für den vom Gesetzgeber beabsichtigten Ausbau der Windenergie und den Klimaschutz wäre es kontraproduktiv, wenn Vorhabenträger dem unkalkulierbaren Risiko nachträglicher Ansiedlung von geschützten Brutvogelarten derart ausgesetzt wären, dass gleichzeitig automatisch eine Abschaltung die Folge wäre. Der Gesetzgeber hat mit Blick auf die wirtschaftlichen Interessen in § 45b Abs. 9 BNatSchG Schutzmaßnahmen bezogen auf den Jahresenergieertrag „gedeckt“. Auch hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese

W
C

Norm in erster Linie das Genehmigungsverfahren im Blick hat. In dieser Situation steht dem Vorhabenträger noch frei, von der Genehmigung Gebrauch zu machen und die Investition zur Errichtung der Windenergieanlage vorzunehmen. Das ist im Fall der nachträglichen Anordnung **bei bereits hergestellten Windenergieanlagen anders.**

Nach **alldem spricht vieles dafür**, in der wertenden Betrachtung all dieser Umstände das Tötungs- und Verletzungsrisiko des sich hier nachträglich angesiedelten Fischadlers **als sozialadäquat einzuordnen**, sodass in der Gesamtschau im Ergebnis eine Änderung der Sach- und Rechtslage zu verneinen wäre.

cc.

Im Übrigen sieht § 45 Abs. 7 BNatSchG unter den dort bestimmten Voraussetzungen auch die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme von den Verboten des § 44 im Einzelfall vor. Diese Kann-Vorschrift wird im Hinblick auf den Betrieb von Windenergieanlagen in § 45b Abs. 8 BNatSchG nicht nur **gesetzlich vorgeprägt** – so gilt insbesondere gemäß § 45b Abs. 8 Nr. 1 i. V. m. § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG, dass der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient –, vielmehr bestimmt § 45b Abs. 8 Nr. 6, dass eine Ausnahme von den Verboten des § 44 Absatz 1 zu erteilen **ist**, wenn die Voraussetzungen des Absatz 7 Satz 1 bis 3 vorliegen.

Wäre eine Ausnahme zwingend zu erteilen, würde es an einer Änderung der Sach- und Rechtslage fehlen, sodass die Voraussetzungen für eine nachträgliche Anordnung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG nicht vorliegen würden.

dd.

Ob dies auch mit Blick auf die folgenden Ausführungen gilt, kann danach offen bleiben. Es könnte allerdings Folgendes zu erwägen sein:

Der Senat verkennt nicht, dass der Brutplatz unmittelbar an den Windpark der Antragstellerin angrenzt, nämlich sich insbesondere im Nahbereich der WKA 1 und 2 und im Prüfbereich der WKA 3 befindet und deshalb die in § 45b Abs. 2 und Abs. 3 BNatSchG mit Anlage I Abschnitt 1 aufgeführten Abstände nicht eingehalten sind, sodass nach Abs. 2 im Nahbereich das Tötungsverbot- und Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist. Entsprechendes gilt im Übrigen auch für die in der AAB-WEA aufgeführten Abstände.

Es erscheint dem Senat jedoch nicht sachgerecht, die Augen davor zu verschließen, dass sich der Fischadler an diesem Brutplatz erst **nachträglich nach Genehmigung und Inbetriebnahme** der Anlagen dort **angesiedelt und mehrere Jahre erfolgreich gebrütet hat**. Damit könnten die bereits genehmigten und betriebenen Anlagen wertend dem allgemeinen Lebensrisiko des konkreten Fischadlers im Horst (Brutplatz Nr. [REDACTED]) zuzuordnen sein.

Siedelt sich der Fischadler erst während des laufenden Betriebes der Windenergieanlagen an, wird der **laufende Betrieb von ihm vorgefunden**. Das dürfte dafür sprechen, die vorhandenen Windenergieanlagen **dem allgemeinen Lebensrisiko des konkreten Fischadlers zuzuordnen**. Das hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 2023 dem Grundsatz **nach zwar verneint (BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22 –**, juris Rn.17). Diese allgemeine Einordnung schließt es jedoch nicht aus, **aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls eine solche Wertung dennoch vorzunehmen**. Vorliegend hat sich der Fischadler offensichtlich von der unmittelbaren Nähe des Windparks nicht abschrecken lassen.

Der Fischadler „wählt“ seinen Brutplatz nicht zufällig aus, **sondern quasi aufgrund einer seinen tierischen Instinkten folgenden „Habitatsanalyse“**. Der Brutplatz ist insbesondere dann günstig, wenn sich in der Nähe fischreiche Großgewässer befinden, die die Hauptnahrungsquelle des Fischadlers vorhalten. Dennoch ist das nicht das einzige Kriterium, da sich der Fischadler gerne in der Nähe anderer Brutplätze ansiedelt; hier ist bereits der etwas südlicher gelegene Fischadlerhorst Nr. [REDACTED] vorhanden gewesen. Da der Fischadler für die Standortauswahl und den Horstbau Erkundungsflüge im Umfeld des ausgewählten Standortes unternimmt, dürfte er dabei auch in den Bereich des Windparks und der angrenzenden Windparke eingeflogen sein. Dennoch hat er sich von diesem **Standort trotz zahlreichen WKA nicht abschrecken lassen**. Auch für die (ggf. noch ungeborenen) Jungvögel gehört die Standortwahl der Elterntiere zum allgemeinen Lebensrisiko.

Dass Fischadler auch Schlagopfer von Windenergieanlagen werden können, steht dem nicht entgegen. Neben Windenergieanlagen gehört auch der „Betrieb“ von anderen „Anlagen“ zu den häufigen Todesursachen, wie z. B. der **Straßenverkehr und Stromleitungen**. Es dürfte sich **jedoch nicht ernsthaft die Frage stellen, deshalb bei der nachträglichen Errichtung eines Brutplatzes Straßen zu sperren oder den Strom abzustellen**.

Beim Fischadler kommt hinzu, dass auch aufgrund seines spezifischen Verhaltens das Tötungs- und Verletzungsrisikos im konkreten Fall **nicht signifikant** erhöht sein dürfte. An der signifikanten Erhöhung dürfte es schon deshalb fehlen, weil sich die von der Antragstellerin

betriebeenen Windenergieanlagen nicht zwischen dem neuen Horst (Brutplatz Nr. [REDACTED]) und dem Plauer See befinden. Der Horst liegt vielmehr außerhalb des Windparks in südöstlicher Richtung und damit in Richtung des Plauer Sees. Gerade große Gewässer sind wegen ihres Fischreichtums – wie bereits erwähnt – wichtige Nahrungsquelle für den Fischadler, der anders als andere Adlerarten, auf diese Nahrung spezialisiert ist. Folgerichtig kommt auch die Habitatanalyse des von der Antragstellerin beauftragten Gutachterbüros Stadt-Land-Fluss prognostisch zu dem Ergebnis, dass der Fischadler im Wesentlichen vom Brutplatz zum Plauer See und zurück fliegen wird. Dabei wird der Windpark nicht durchflogen. Reichenbach/Aussieker sehen in erster Linie eine Kollisionsgefährdung für Fischadler gegeben, wenn WKA in einem häufig genutzten Flugkorridor zwischen Brutplatz (Wald) und Hauptnahrungsgebiet (größere Gewässer) betrieben werden (Arbeitsgruppe für regionale Struktur- und Umweltforschung GmbH: „Windenergie und der Erhalt von Vogelbeständen“ vom 26. April 2021 erstellt im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Seite 91).

Danach erscheint das Tötungs- und Verletzungsrisiko in der Gesamtschau nicht signifikant erhöht, weil dieses – partner- und horsttreue – Fischadlerpaar anscheinend gelernt hat, die Windenergieanlagen zu meiden. Allein für den Horstbau dürften viele „Rundflüge“ im Nahbereich um den Horst und damit auch in den Bereich der Windenergieanlagen durchgeführt worden sein.

2.

Darüber hinaus dürfte sich der angegriffene Bescheid als ermessensfehlerhaft erweisen.

a.

Ein Ermessensfehler des Antragsgegners liegt bereits darin, dass er seine Ermessenserwägungen auf einen fehlerhaft ermittelten Sachverhalt stützt.

So hat der Antragsgegner seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass das Konfliktpotential im Windpark [REDACTED] aufgrund der Totfunde von verschiedenen Greifvogelarten generell als hoch zu bezeichnen sei. Wie oben unter 1. gezeigt, vermögen weder die Totfunde der Vogelart Fischadler noch diejenigen der weiteren Greifvogelarten ein solches Konfliktpotential zu belegen.

b.

Soweit der Antragsgegner unter Hinweis auf § 74 Abs. 4 BNatSchG eine Anwendung des § 45b BNatSchG auf bereits – wie hier – vor Ende Juli 2022 bestandskräftig genehmigte Windenergieanlagen ausgeschlossen hat, dürfte auch dies ermessensfehlerhaft sein, weil er

damit den Maßstab der Zumutbarkeit von nachträglichen Auflagen nach der neuen Rechtslage (siehe dazu schon oben) – jedenfalls bei den WKA 1 und 2 – nicht in den Blick genommen hat. Soweit sich die neue Rechtslage jedoch für die Antragstellerin als günstig auswirkt und gerade nicht zu Lasten ihres Bestandsschutzes geht, dürfte sie anzuwenden sein. Das betrifft jedenfalls sowohl den Zeitraum der Langzeitabschaltung als auch den durch die Abschaltung verursachten wirtschaftlichen Schaden.

c.

Vor allem hat der Antragsgegner aber das überragende öffentliche Interesse an der Energieerzeugung durch Windenergieanlagen und die damit verbundene Verbesserung des Klimaschutzes nicht hinreichend in seine Ermessensentscheidung einbezogen.

Der Antragsgegner nimmt nur im Zusammenhang mit einem Widerruf in den Blick, dass ein überragendes öffentliches Interesse an der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen nach § 2 EEG einen solchen Widerruf als unverhältnismäßig erscheinen ließe. Daneben betrachtet er lediglich, ob § 2 EEG die Prüfung von Vermeidungsmaßnahmen nach Anlage 1, Abschnitt 2 zu § 45b BNatSchG erfordere. Eine Berücksichtigung im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG unterbleibt jedoch.

Das Gewicht des für die Maßnahme einzustellenden öffentlichen Interesses hat der Bundesgesetzgeber mit § 2 Satz 2 EEG für Abwägungsprozesse „voreingestellt“. Nach § 2 Satz 1 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie der dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden (Satz 2). Dabei ist zu unterstreichen, dass die Regelung auch für einzelne Windenergieanlagen Anwendung findet. § 2 Satz 2 EEG ist dabei als sog. Sollbestimmung dahingehend zu verstehen, dass sich in den einzelnen Schutzgüterabwägungen ein regelmäßiges Übergewicht der Erneuerbaren Energien in dem Sinne ergibt, dass das überragende öffentliche Interesse an der Errichtung von Windenergieanlagen sowie das öffentliche Sicherheitsinteresse nur in atypischen Ausnahmefällen überwunden werden kann, die fachlich anhand der besonderen Umstände der jeweiligen Situation zu begründen wären (zum Ganzen Obergericht Greifswald, Urteil vom 7. Februar 2023 – 5 K 171/22 OVG –, juris Rn. 155, 157, 159, 160).

Diese Maßstäbe hat der Antragsgegner nicht hinreichend beachtet.

Das mit der Abschaltung der Windenergieanlagen unmittelbar betroffene öffentliche Interesse an der **Stromproduktion aus nicht klimaschädigenden** erneuerbaren Energien stellt der Antragsgegner **nicht in seine Ermessensüberlegungen ein**, insbesondere nicht, dass diese Stromproduktion jedenfalls bei einer Langzeitabschaltung unwiederbringlich verloren geht und somit faktisch irreparabel und nicht wieder rückgängig zu machen ist. Insoweit ordnet der Antragsgegner den Ausfall der Stromproduktion lediglich als privatwirtschaftlichen Ertragsverlust ein.

d.

Gleiches gilt entsprechend für die Ausübung des Ermessens im Hinblick auf die Möglichkeit der Erteilung einer **Ausnahme** nach § 45 Abs. 7 i. V. m. § 45b Abs. 8 BNatSchG. Insoweit verneint der Antragsgegner nicht nur bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen, indem er in dem eingeschränkten Betrieb mit wirtschaftlichen Einbußen für die Antragstellerin eine zumutbare Alternative i. S. v. § 45 Abs. 7 BNatSchG sieht, er übersieht auch, dass gemäß § 45 Abs. 9 BNatSchG die fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen an der Verringerung des Jahresenergieertrags zu orientieren sind.

3.

Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen geht auch bei zu Gunsten des Antragsgegners unterstelltem offenen Ausgang des Hauptsacheverfahren die **Folgenabwägung** nach dem oben dargestellten Maßstab zu Gunsten der Antragstellerin aus.

Bei der wechselseitigen Folgenabwägung sind die Folgen einander gegenüberzustellen, die einerseits aus der Ablehnung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und einer späteren Klagestattgabe und andererseits bei der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und einer späteren Klageabweisung voraussichtlich eintreten könnten.

Würde einerseits dem Antrag stattgegeben, besteht das Risiko, dass einer der Fischadler aus dem neuen Horst (Brutplatz Nr. [REDACTED]) Schlagopfer der von der Antragstellerin vorläufig weiterbetriebenen Windenergieanlagen werden könnte und dieser Eingriff in den Artenschutz nicht rückgängig gemacht werden könnte. Damit wäre auf Seiten des Antragsgegners der Artenschutz als öffentliches Interesse betroffen.

Neben diesem öffentlichen Interesse ist **andererseits** aber auch das **öffentliche Interesse an der Sicherheit der Energieversorgung der Bundesrepublik und das Ziel der Klimaneutralität** zu berücksichtigen. Nach der Einführung des **§ 2 EEG** hat die Windenergieerzeugung ein besonderes Gewicht, es ist im Genehmigungsverfahren von überragendem Interesse.

Es wäre mithin nicht nur bei der vorläufigen Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, sondern auch im umgekehrten Fall der Ablehnung des Antrags der Antragstellerin, mit der Folge dass die Windenergieanlagen entsprechend des angegriffenen Bescheides abgeschaltet bleiben würden, in irreparabler Weise ein öffentliches Interesse betroffen. Denn dann würde unwiederbringlich kein Strom aus erneuerbaren Energien zur Senkung des Gesamtkohlendioxid-Ausstoßes klimaschützend produziert werden können.

Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass in dieser Konstellation dem Artenschutz gegenüber dem entgegenstehenden öffentlichen Interesse an der Stromproduktion aus Windenergieanlagen ein höheres Gewicht zukommen würde. Das gilt umso mehr als bei der Abwägung auch § 80c Abs. 4 VwGO zu beachten ist. Nach dieser Vorschrift hat das Gericht im Rahmen einer Vollzugsfolgenabwägung die Bedeutung von Vorhaben besonders zu berücksichtigen, wenn ein Bundesgesetz – wie hier § 2 EEG – feststellt, dass diese im überragenden öffentlichen Interesse liegen.

Der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Greifswald hat – in Anknüpfung an eine Entscheidung des 5. Senats (Oberverwaltungsgericht Greifswald, Urteil vom 7. Februar 2023 – 5 K 171/22 OVG –, juris Rn. 158 ff.) – vor Kurzem in einem Fall, in dem ein Konkurrent im vorläufigen Rechtsschutzverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Drittwiderspruchs begehrte, zur Bedeutung der Windenergie Folgendes ausgeführt (Oberverwaltungsgericht für das Land Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 9. April 2024 – 1 M 163/22 OVG –, juris Rn. 38-40):

„Im Übrigen kommt in der vorzunehmenden Vollzugsfolgenabwägung das gesetzgeberische Anliegen, dass der vorläufige Vollzug von Genehmigungen für Windenergieanlagen als besonders bedeutsamer und äußerst dringlicher Infrastrukturvorhaben so weitgehend wie möglich zugelassen werden soll, zwischenzeitlich auch in den durch das Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich vom 14. März 2023 (BGBl. I Nr. 71) neu geschaffenen Bestimmungen des § 80c VwGO zum Ausdruck, die die §§ 80 und 80a VwGO in Verfahren wie dem vorliegenden punktuell ergänzen (vgl. BT-Drucks. 20/5165, S. 15, sowie OVG Berlin, Urteil vom 14. Juni 2023 – 3a A 30/23 –, juris Rn. 33 ff. und OVG Bautzen, Beschluss vom 28. August 2023 – 1 B 47/23 –, juris Rn. 20). Diese knüpfen ihrerseits in Absatz 4 an § 2 Satz 1 EEG an, wonach die Errichtung und der Betrieb unter anderem von Windenergieanlagen (als Einrichtungen zur Erzeugung von

Strom aus erneuerbaren Energien, § 3 Nr. 1 EEG) im überragenden öffentlichen Interesse liegen. Die Regelungen in § 2 EEG haben bezogen auf die vorzunehmende Abwägung in zweierlei Hinsicht Bedeutung: Zum einen definiert der Bundesgesetzgeber in Satz 1 der Bestimmung das Interesse an der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen als „überragendes“ und damit höchstrangiges öffentliches Interesse; zusätzlich wird das ebenfalls hochrangige Interesse der öffentlichen Sicherheit an dessen Seite gestellt. Zum anderen bestimmt Satz 2 der Norm, dass aktuell – da allgemeinkundig das Ziel einer nahezu treibhausgasneutralen Stromerzeugung im Bundesgebiet bei weitem noch nicht erreicht ist – die erneuerbaren Energien in Schutzgüterabwägungen Vorrang haben sollen (Soll-Bestimmung), weil die Definition der erneuerbaren Energien als im überragenden öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit dienend im Fall einer Abwägung dazu führen, dass das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden muss (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor“, BT-Drs. 20/1630). Dabei ist zu unterstreichen, dass die Regelung auch für einzelne Windenergieanlagen Anwendung findet (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/1630, S. 158). Dies folgt auch systematisch aus § 2 Satz 2 EEG, da die dort in Bezug genommenen Schutzgüterabwägungen nach Maßgabe der Fachgesetze natürlich vorhaben- bzw. einzelfallbezogen vorzunehmen sind (vgl. OVG Greifswald, Urteil vom 7. Februar 2023 – 5 K 171/22 OVG –, juris Rn. 158 f.). Kommt es zu einer Vollzugsfolgenabwägung, ist § 80c Abs. 3, Abs. 4 VwGO zu beachten.

Davon ausgehend überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der angegriffenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung das Suspensivinteresse der Antragstellerin.

Die bereits errichtete und in Betrieb genommene streitgegenständliche Anlage der Beigeladenen müsste im Falle des Obsiegens der Antragstellerin im vorliegenden Eilverfahren mangels wirksamer Genehmigung wohl zunächst außer Betrieb gesetzt werden. Damit verbunden wäre die dann unterbleibende Stromproduktion der streitgegenständlichen Windenergieanlage, obwohl insbesondere angesichts der aktuellen Klima- und Energiekrise der Betrieb von Windenergieanlagen besonders dringlich ist. Würde die aufschiebende Wirkung angeordnet und hat der Rechtsbehelf der Antragstellerin in der Hauptsache keinen Erfolg, könnte dem überragenden öffentlichen Interesse an dem Betrieb der Windenergieanlage der Beigeladenen zumindest

für den Zeitraum bis zum Entfallen der aufschiebenden Wirkung nicht Rechnung getragen werden.“

Dem schließt sich der erkennende Senat auch für die vorliegende Fallkonstellation vollinhaltlich an. Dabei ist auch in diesem Zusammenhang zu unterstreichen, dass die Regelung für einzelne Windenergieanlagen Anwendung findet (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/1630, S. 158). Dies folgt auch systematisch aus § 2 Satz 2 EEG, da die dort in Bezug genommenen Schutzgüterabwägungen nach Maßgabe der Fachgesetze vorhaben- bzw. einzelfallbezogen vorzunehmen sind. Es liegt auf der Hand, dass das gesetzgeberische Anliegen, „Sofortmaßnahmen“ für einen „beschleunigten“ Ausbau der erneuerbaren Energien nur dann greifen kann, wenn die Regelungen des § 2 EEG auf der Ebene der Einzelfallgenehmigung zum Tragen kommen und nicht nur als eine Art Programmsatz für die Exekutive missverstanden werden. Jede abweichende Auslegung würde nach Auffassung des Senats dem gesetzgeberischen Anliegen widersprechen. Auch das Bundesverfassungsgericht betont, dass der Ausbau und die Nutzung der Windkraft einen faktisch unverzichtbaren Beitrag zu der verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und durch grundrechtliche Schutzpflichten gebotenen Begrenzung des Klimawandels leiste, zugleich unterstütze dieser Ausbau die Sicherung der Energieversorgung, die derzeit besonders gefährdet sei (BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, NVwZ 2022, 1890, 1899). Folgerichtig macht das Bundesverfassungsgericht deutlich, „jede auf den weiteren Ausbau der Nutzung der erneuerbaren Energien gerichtete Maßnahme (dient) dem Schutz des Klimas, zu dem der Staat nach dem Klimaschutzgebot des Art. 20a GG verpflichtet ist“ (BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022 – 1 BvR 1187/17 –, NVwZ 2022, 861 –, zitiert nach juris Rn. 104; siehe zum Ganzen Obergerverwaltungsgericht Greifswald, Urteil vom 7. Februar 2023 – 5 K 171/22 OVG –, juris Rn. 159).

Jedenfalls auch unter Berücksichtigung der zusätzlich zu beachtenden wirtschaftlichen Interessen der hiesigen Antragstellerin muss der Artenschutz vorliegend in der Folgenabwägung zurückstehen. Hierbei sind auf Seiten der Antragstellerin ihre wirtschaftlichen Interessen einzustellen, wobei insoweit nicht nur Gewinnchancen, sondern insbesondere auch die Beeinträchtigung bereits getätigter erheblicher Investitionen für die schon errichteten Windenergieanlagen in Höhe von mehreren Millionen Euro zu berücksichtigen sind, die üblicherweise kreditfinanziert sind. Insoweit besteht ein erheblicher Unterschied zur Prognoseentscheidung vor Errichtung der Anlagen.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass im konkreten Fall auch andere Maßnahmen ergriffen werden könnten, um dem Artenschutz Rechnung zu tragen. So könnten die Eier bzw. Jungtiere aus dem Horst entnommen und gesondert aufgezogen werden, um den Bruterfolg zu sichern. Die Altvögel könnten zukünftig (noch vor der Brut) vergrämt oder mit einer Nisthilfe an einen anderen Horst-Standort umgesiedelt werden. Auch könnte – wie vom Antragsgegner in einem anderen Verfahren als Möglichkeit erwähnt – die Installation eines Antikollisionsystems im Testbetrieb in Betracht kommen.

Klein

4.

Mit der Entscheidung über den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage ist der Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung gegenstandslos geworden.

5.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, weil er keinen Antrag gestellt und sich so einem Kostenrisiko nicht ausgesetzt hat (arg. aus § 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG und Punkt 19.1.7, 19.1.6 sowie 1.5 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zugrunde gelegt hat der Senat den von der Antragstellerin prognostizierten wirtschaftlichen Schaden i. H. v. 250.000,00 Euro, den sie aufgrund der geringeren Windenergieproduktion konkret in der Anlage TP 8 berechnet hat (zu Bl. 15 d. GA). Wegen der mit der Entscheidung verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache hat der Senat keine weitere Minderung im Eilverfahren für erforderlich gehalten.

Hinweis:

Der Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO und § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.

Sperlich

Danter

Ullrich

