

Nebenbestimmungen, Mahdabschaltung, Artenschutz, § 45c BNatSchG, Repowering

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 4. März 2025 – 7 A 44/24

1. Einem Vorhabenträger fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis für eine isolierte Klage gegen Nebenbestimmungen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung über Abschaltzeiten zum Artenschutz, wenn er die Nebenbestimmungen auf Betreiben der Genehmigungsbehörde selbst beantragt hat. (Rn. 36)
2. Ein Repowering-Vorhaben, von dem ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für kollisionsgefährdete Brutvogelarten ausgeht, gilt nicht schon dann nach § 45c Abs. 2 BNatSchG (juris: BNatSchG 2009) als unbedenklich, wenn auch von den Altanlagen ein solches Risiko ausgegangen ist. Es kommt vielmehr für die im Rahmen der Delta-Prüfung gebotenen Berücksichtigung der Vorbelastung insbesondere auf die in § 45c Abs. 2 S. 3 BNatSchG (juris: BNatSchG 2009) genannten Kriterien an, anhand derer sich ergibt, ob jenseits der in beiden Fällen überschrittenen Signifikanzschwelle die Auswirkungen der Neuanlagen unter Berücksichtigung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen im Sinne des § 45c Abs. 2 S. 4 BNatSchG (juris: BNatSchG 2009) geringer als oder gleich sind wie die der Bestandsanlagen. (Rn. 62)

(amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin beantragte beim Beklagten (Genehmigungsbehörde) im September 2020 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung gem. § 4 BImSchG für die Errichtung von drei Windenergieanlagen (WEA). Diese sollen einen Rotordurchmesser von 150 m (WEA 1, 3) bzw. 162 m (WEA 2), eine Nabenhöhe von 169 m und eine Gesamthöhe von 244 m (WEA 1, 3) bzw. 250 m (WEA 2) haben. Bevor die neuen WEA errichtet werden, sollen zwei Altanlagen zurückgebaut werden (Nabenhöhe: 100 m, Rotordurchmesser: 80 m, Teil eines Windparks, dessen Gebiet überwiegend intensiv landwirtschaftlich genutzt wird). WEA 2 und 3 befinden sich in etwa an den zwei Altstandorten. Der Abstand von WEA 1 zu den Altanlagen beträgt 310 m bzw. 510 m. Bei der Genehmigung der Bestands-WEA fand keine artenschutzrechtliche Prüfung statt. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin legte im Genehmigungsverfahren einen Eingriffs-Ausgleichs-Plan eines Planungsbüros vor, der nur Mahdabschaltungen für WEA 3 wegen ihrer Nähe zu einem Rotmilanhorst vorsah. Der finale Plan sah auch für WEA 1 und 2 Mahdabschaltungen vor. Dort heißt es, dies erfolge wegen der Einschätzung der oberen Naturschutzbehörde und ausdrücklich entgegen der gutachterlichen Einschätzung der Planersteller. Der Beklagte erteilte der Rechtsvorgängerin der Klägerin im September 2022 die Genehmigung. Diese sah mehrere Nebenbestimmungen, u. a. Abschaltungen der WEA bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungen für alle WEA vor (siehe für den Wortlaut Rn. 7–17). U. a. gegen diese Nebenbestimmungen erhob die Rechtsvorgängerin der Klägerin Widerspruch. Während des Widerspruchsverfahrens wurde die Klägerin Betreiberin der WEA 1. Der Beklagte wies den Widerspruch (soweit er WEA 1 betraf) mit Widerspruchsbescheid vom 7. März 2024 u. a. bzgl. der hier in Rede stehenden Nebenbestimmungen zurück. Die Klägerin erhob hiergegen am 26. April 2024 Klage. Im Klageverfahren teilte der Beklagte mit, erst jetzt erkannt zu haben, dass ein Repowering-Vorhaben vorliege und eine Delta-Prüfung (§ 45c BNatSchG) geboten sei. Wäre diese Prüfung im Verfahren durchgeführt worden, hätte sich die Festsetzung der Nebenbestimmungen bestätigt. Sowohl die WEA 1 allein als auch alle Neuanlagen zusammen hätten größere Auswirkungen als die Bestandsanlagen. (siehe zu den Ausführungen des Beklagten: Rn. 30)

Inhalt der Entscheidung

Die nach einer Rücknahme verbleibende Klage sei zulässig. (Rn. 34) Sie sei als isolierte Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmungen zur Abschaltung der WEA 1 bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungen statthaft. (Rn. 35) Die Klägerin habe ein Rechtsschutzbedürfnis, obwohl sie bzw. ihre Rechtsvorgängerin die Nebenbestimmungen selbst beantragt habe. Sie habe sich nicht in einer Weise widersprüchlich verhalten, die dieses entfallen lasse. In dem Antrag habe sie bereits deutlich gemacht, dass sie die ihrer Meinung nach naturschutzfachlich nicht erforderlichen Mahdabschaltungen nur in den Eingriffs-Ausgleichs-Plan aufgenommen habe, weil der Beklagte sonst nicht genehmigt hätte. Es ginge vorliegend nicht um eine bestimmte beantragte Betriebsweise (bei der der Beklagte an den Antrag gebunden gewesen wäre), sondern um Nebenbestimmungen. (Rn. 36)

Die Klage sei jedoch unbegründet. Die Nebenbestimmungen seien rechtmäßig. (Rn. 37) Maßgeblich für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage sei der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, hier des Widerspruchsbescheids vom 7. März 2024. (Rn. 38) Dass der Beklagte die Nebenbestimmungen als erforderlich bewertet habe, um ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko i. S. d. § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG zu verhindern, sei jedenfalls hinsichtlich Rotmilan und Weißstorch im Ergebnis nicht zu beanstanden. (Rn. 39) Der Beklagte habe auf Folgendes abgestellt: Das Vorhaben sei Teil eines Repowering-Vorhabens. Ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliege, beurteile sich nach § 45c BNatSchG. Diese Einschätzung treffe zu. (Rn. 40) Nach § 45c Abs. 1 Satz 1 BNatSchG (in der hier maßgeblichen Fassung)¹ würden die nachfolgenden Absätze für Vorhaben zur Modernisierung von WEA an Land nach § 16b Abs. 1, 2 BImSchG (in der hier maßgeblichen Fassung)² gelten. § 16b Abs. 2 Satz 1 BImSchG (in der hier maßgeblichen Fassung) erfasse auch den Austausch von zwei gegen drei Anlagen. Die aktuelle, dies ausdrücklich regelnde Fassung³ („unabhängig von Veränderungen der Anlagenzahl“) habe nur der Klarstellung dienen sollen. § 45c Abs. 1 Satz 2 BNatSchG (in der hier maßgeblichen, bis zum 8. Juli 2024 gültigen Fassung) habe erweiternd ggü. § 16b Abs. 2 Satz 2 BImSchG (in der hier maßgeblichen Fassung) auch folgende neue WEA erfasst: WEA, die innerhalb von 48 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden und deren Abstand zur Bestandsanlage höchstens das Fünffache der Gesamthöhe der neuen Anlage beträgt. Aufgrund des beabsichtigten Rückbaus der beiden Altanlagen und der Abstände von max. 510 m sei dies erfüllt. (Rn. 41)

Zugunsten der Klägerin gelte somit § 45c Abs. 2 BNatSchG. (Rn. 42) Das Neuvorhaben sei zunächst voll naturschutzrechtlich zu prüfen. Dann seien die Auswirkungen der zu ersetzenden Anlagen als in Abzug zu bringende Vorbelastung zu prüfen und das sich daraus ergebende „Delta“ zu bewerten. (Rn. 43) Das OVG prüft somit das aus drei WEA bestehende Neuvorhaben. (Rn. 44–60) Die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG griffen ein, gem. § 44 Abs. 5 BNatSchG u. a. für die europäischen Vogelarten in modifizierter Form. (Rn. 44) Der Beklagte gehe davon aus, dass durch die drei Neuanlagen gerade bei landwirtschaftlichen Bearbeitungen auf den umliegenden Ackerschlägen ein signifikantes Tötungsrisiko für Rotmilan und Weißstorch bestehe, welches durch die verfügbaren Mahdabschaltungen unter die Signifikanzschwelle gesenkt werde. Als Objekt der Prüfung eines Verstoßes gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG bleibe die WEA 1 der Klägerin, da der Anlagenbetreiber der WEA 2 und 3 die Mahdabschaltungen nicht weiter angreife. (Rn. 45) Das OVG legt zunächst dar, welche Besonderheiten bei der gerichtlichen Kontrolle von naturschutzrechtlichen Bewertungen zu berücksichtigen sind. (Rn. 47) § 45b BNatSchG käme vorliegend nicht zur Anwendung. Die Voraussetzungen des § 74 Abs. 4 BNatSchG seien nicht erfüllt. Die Klägerin habe nicht gem. § 74 Abs. 5 BNatSchG verlangt, dass § 45b BNatSchG angewandt wird. (Rn. 48) Es bestünden auch keine in den einschlägigen Fachkreisen und in der einschlägigen Wissenschaft allgemein anerkannten Maßstäbe und Methoden zur Bewertung eines erhöhten Tötungsrisikos für Brutvögel durch WEA. (Rn. 49) Der Beklagte entnehme die Maßstäbe zur Einschätzung des Tötungsrisikos kollisionsgefährdeter Arten in ständiger (durch das OVG gebilligter) Verwaltungspraxis dem Windkrafterlass⁴. (Rn. 50) Seine Ausführungen hinsichtlich eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Rotmilan und Weißstorch während landwirtschaftlicher Bearbeitungen seien nachvollziehbar/plausibel/naturschutzfachlich jedenfalls vertretbar. Die Einwände der Klägerin seien nicht überzeugend (Rotmilan: u. a.: trotz Existenz des Windparks seien seit 2002 keine Totfunde bekannt geworden, durch den großen Rotor-Boden-Abstand sinke das Kollisionsrisiko auch ohne Mahdabschaltungen unter die Signifikanzschwelle, neue WEA drehten sich langsamer; Weißstorch: Flugrouten weisen von der Vorhabenfläche weg). (im Detail: Rn. 51–60)

Den Auswirkungen der WEA 1 auf Rotmilan und Weißstorch seien gem. § 45c Abs. 2 Satz 2 BNatSchG die Auswirkungen der beiden Altanlagen gegenüberzustellen. Laut dem Beklagten sei auch von diesen wegen ihrer Entfernung zu den Horsten und des Fehlens von Mahdabschaltungen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ausgegangen. Diese Bewertung sei plausibel. (Rn. 61) Daraus folge nicht, dass das Vorhaben nach § 45c Abs. 2 BNatSchG im Sinne des § 44 Abs. 1 BNatSchG unbedenklich sei, weil schon von den Altanlagen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ausgegangen sei. Dies angenommen, dürfte eine gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG verstößende Altanlage in den weiten Grenzen des § 16b Abs. 2 BImSchG – also unabhängig vom Umfang der baulichen Größenunterschiede, der Leistungssteigerungen, der Veränderungen der Anlagenanzahl im Verhältnis zur Bestandsanlage – ohne Rücksicht auf ein ggf. noch weiter gesteigertes Tötungsrisiko durch Neuanlagen ersetzt werden. Wenn man bei der Delta-Prüfung die Vorbelastung berücksichtige, komme es vielmehr insb. auf die in § 45c Abs. 2 Satz 3 BNatSchG genannten Kriterien an. Anhand dieser ergebe sich, ob die Auswirkungen der Neuanlagen unter Berücksichtigung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen i. S. d. § 45c Abs. 2 Satz 4 BNatSchG geringer als oder gleich seien wie die der Altanlagen. (Rn. 62) Der Beklagte habe diese Prüfung vorgenommen. Er sei nachvollziehbar zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Auswirkungen der WEA 1 gegenüber denen der Altanlagen weiter zum Nachteil der betroffenen Rotmilan- und Weißstorch-Exemplare erhöhen. Er habe ausgeführt, dass sich, wenn man die veränderten Abstände zu den Horsten, die veränderten Rotorflächen und den veränderten

1 Das Gericht stellt hier auf die Fassung des [Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes](#) v. 20.7.2022 (BGBl. I S. 1362), gültig bis zum 8.7.2024 ab.

2 Das Gericht stellt hier auf die Fassung des [Gesetzes zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie \(EU\) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen für Zulassungsverfahren nach dem Bundes- Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz](#) v. 18.8.2021 (BGBl. I S. 3901) ab.

3 Die zum Entscheidungszeitpunkt (4.3.2025) aktuelle Fassung des [Gesetzes zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht](#) v. 3.7.2024 (BGBl. I Nr. 225), die vom 9.7.2024 bis zum 14.8.2025 galt.

4 MUGV, Erlass zur Beachtung naturschutzfachlicher Belange bei der Ausweisung von Windeignungsgebieten und bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, v. 1.1.2011.

Rotor-Boden-Abstand berücksichtige, insgesamt eine gewisse Verschlechterung ergebe. Die größere Höhe der Neuanlage führe zu einer eher geringfügigen Verbesserung, die durch die größere Rotorfläche mehr als aufgehoben werde. (Rn. 63) Es sei anerkannt, dass Abschaltzeiten u. a. bei landwirtschaftlichen Ereignissen sich generell eignen, um das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken. (Rn. 64) Auch die übrigen angegriffenen Nebenbestimmungen seien rechtmäßig. (Rn. 65 ff.)

Fazit

Prozessrechtlich relevant ist zunächst das Ergebnis des OVG, dass das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin trotz selbst (bzw. von der Rechtsvorgängerin) beantragter Nebenbestimmungen besteht. Es lehnt ein widersprüchliches Verhalten insbesondere ab, weil sie, als sie die Mahdabschaltungen beantragte, bereits deutlich gemacht habe, dass sie dies nur auf Verlangen des Beklagten tue. (Rn. 36)

Materiell erkennt das Gericht einen Austausch von zwei Altanlagen gegen drei Neuanlagen als Modernisierungsvorhaben i. S. d. § 16b Abs. 2 Satz 1 BImSchG an (nach Ansicht des OVG sowohl nach der alten als auch nach der neuen Fassung der Norm). (Rn. 41) Darüber hinaus sind die Ausführungen des Gerichts zu § 45c Abs. 1 und 2 BNatSchG besonders interessant. Die Entscheidung gibt Anhaltspunkte hinsichtlich der artenschutzrechtlichen Prüfung in Repoweringverfahren. So legt das OVG eine Prüfungsreihenfolge dar: zunächst sei das Neuvorhaben voll naturschutzrechtlich zu prüfen. Dann seien die Auswirkungen der zu ersetzenden WEA als in Abzug zu bringende Vorbelastung zu prüfen⁵ sowie das sich daraus ergebende „Delta“ zu bewerten. (Rn. 43) Interessanterweise stellt das OVG zunächst fest, dass das Neuvorhaben aus drei Anlagen bestehe. (Rn. 44) Als Objekt der Prüfung des § 44 Abs. 1 BNatSchG bleibe nur die WEA 1, da die Abschaltungen von WEA 2 und 3 nicht angegriffen würden. (Rn. 45) Obwohl die Beklagte zu beidem vorgetragen hatte (Rn. 30), stellt das OVG auch in seiner Abwägung nur die Auswirkungen der WEA 1 den Auswirkungen der Altanlagen gegenüber. (Rn. 63)

Das OVG stellt klar, dass aus einem von den Altanlagen ausgehenden signifikant erhöhten Tötungsrisiko nicht folge, dass das Neuvorhaben i. S. d. § 44 Abs. 1 BNatSchG unbedenklich sei. Wenn man bei der Delta-Prüfung die Vorbelastung berücksichtige, komme es stattdessen insbesondere auf die in § 45c Abs. 2 Satz 3 BNatSchG genannten Kriterien an. (Rn. 62) In der Praxis bestehen Unsicherheiten dahingehend, wie die einzelnen in § 45c Abs. 2 Satz 3 BNatSchG aufgeführten Kriterien genau zu werten und miteinander in Ausgleich zu bringen sind. Das OVG gibt in Rn. 30 relativ ausführlich die konkrete Argumentation des Beklagten wieder und setzt sich auch an anderen Stellen mit den Kriterien auseinander. Letztlich prüft das OVG aber nur für den konkreten Fall, ob die Argumentation des Beklagten plausibel ist. (Rn. 63) In der Gesetzesbegründung wurde ein Leitfaden angekündigt, der auch die Naturschutzaspekte auf Genehmigungsebene konkretisieren soll.⁶ Diesen gibt es bislang nicht, obwohl ein solcher zu mehr Klarheit beitragen könnte.

Das Urteil befasst sich zudem mit einer interessanten Konstellation: Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hat ursprünglich einen Antrag auf Genehmigungserteilung nach § 4 BImSchG gestellt. Soweit ersichtlich wurde auch später kein Antrag auf Anwendung des § 16b BImSchG (wie er nach der hier anwendbaren alten Rechtslage für die Anwendung des § 16b BImSchG gem. dessen Absatz 1 erforderlich gewesen wäre) gestellt. Das OVG wendet trotzdem § 45c BNatSchG an. Es stellt darauf ab, dass nach dessen Absatz 1 Satz 1 die folgenden Absätze für Vorhaben nach § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG gelten und nimmt eine Modernisierung i. S. d. § 16b Abs. 2 Satz 1 BImSchG (in der dort maßgeblichen alten Fassung) an. (Rn. 41) § 16b Abs. 2 Satz 2 BImSchG in der maßgeblichen Fassung sah bei einem vollständigen Austausch der Anlage zwei weitere Voraussetzungen vor: Die neue Anlage wird innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet und der Abstand zwischen der Bestandsanlage beträgt höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage. Das OVG verweist darauf, dass § 45c Abs. 1 Satz 2 BNatSchG in der maßgeblichen Fassung demgegenüber erweiternd auch neue WEA erfasst habe, die innerhalb von 48 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet wurden und deren Abstand zur Bestandsanlage höchstens das Fünffache der Gesamthöhe der neuen Anlage betrug. Diese Voraussetzungen sah das OVG als gegeben an. (Rn. 41) § 16b Abs. 2 Satz 2 BImSchG stellt heute ebenfalls auf die 48 Monate und die fünffache Gesamthöhe ab.⁷ § 45c Abs. 1 Satz 2 BNatSchG wurde mit Wirkung vom 09. Juli 2024 gestrichen.⁸

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/NJRE001606562>

Diese Entscheidungsbesprechung ist im [Rundbrief Windenergie und Recht 2|2025](#) erschienen.

5 Das OVG bezieht sich hier auf: Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 105. EL September 2024, BNatSchG § 45c Rn. 5.

6 BT-Drs. [20/2354](#), S.29.

7 Geändert durch [Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht v. 3.7.2024](#) (BGBl. I Nr. 225).

8 Vgl. [Gesetz zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht v. 3.7.2024](#) (BGBl. I Nr. 225).