



# **OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES**

## **URTEIL**

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verwaltungsrechtsstreit

der Firma A. A..., A-Straße, A-Stadt,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: Dr. B. , B-Straße, B-Stadt,

g e g e n

das Landesamt für Umwelt- und Arbeitsschutz, Don-Bosco-Straße 1,  
66119 Saarbrücken,

Beklagter und Berufungsbeklagter,

wegen Untersagungsverfügung (Betrieb einer Windkraftanlage)

hat der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Bitz, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Kiefer und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Vohl aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2022 für Recht erkannt:

**Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 15. Dezember 2021 – 5 K 752/20 – wird zurückgewiesen.**

**Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.**

**Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **T a t b e s t a n d**

Die Klägerin, die auf die Projektierung von Windparks spezialisiert ist, begehrt die Feststellung, dass eine ihr gegenüber im April 2020 verfügte teilweise Untersagung des Betriebs einer Windenergieanlage im Windpark Am K... in E... rechtswidrig war.

Im August 2014 wurde der Klägerin die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von zwei Windenergieanlagen (WEA 4 und WEA 5) des Herstellers ENERCON, Typ E-115 mit Nennleistungen von jeweils 3.000 kW, Nabenhöhen von 149 m und Rotordurchmessern von 115 m auf den Flurstücken 74, 72/2, 67/1, 73/2, 72/1, 115/1, 132/1 und 114/1 in Flur 14 der Gemarkung E... erteilt.<sup>1</sup> Die Anlagen dienten der Erweiterung eines bestehenden Windparks („Am K...“). Die Genehmigung enthielt zahlreiche Auflagen für den Betrieb der Anlagen. Insbesondere wurden die Betriebszeiten für die Anlagen vom Beklagten detailliert bezogen auf die Monate eines Jahres und insofern jeweils in Abhängigkeit von Tageszeiten, bestimmten Temperaturen und Windgeschwindigkeiten festgelegt.

In den beigefügten naturschutzrechtlichen Auflagen für den Betrieb der Anlagen hieß es unter anderem unter Bezugnahme auf eine Auflage C 18

---

<sup>1</sup> vgl. den Genehmigungsbescheid des Beklagten vom 6.8.2014 – 3.5/Bt/A-104417 –, Genehmigungsregister – Nr. M-42/2014 –

über den Anbau von Feldfrüchten mit geringer Attraktivität für Greifvögel unter der Ziffer C 20:

*„Die ... Maßnahme (Anbau von Feldfrüchten mit geringer Attraktivität für Greifvögel) muss vor dem Beginn des Betriebs der Anlagen und spätestens zum Beginn der Hauptbrutzeit (ab 15. April des jeweiligen Jahres) funktionsfähig umgesetzt sein. Der Vollzug dieser Maßnahme ist der Naturschutzbehörde (LUA, FB 5.1) unverzüglich schriftlich zur Abnahme anzuzeigen.“*

Für die hier streitgegenständliche WEA 5 auf der Parzelle Nr. 132/1 erging im Januar 2015 ein Änderungsbescheid zur Genehmigung.<sup>2</sup> Dieser enthielt unter anderem eine geänderte Fassung der zuvor in Bezug genommenen naturschutzrechtliche Auflagen. Danach erhielt die einschlägige Auflage C 18 folgenden Wortlaut:

*„Die Flächen unterhalb der Windenergieanlagen sind – mit Ausnahme der überschotterten Bereiche – innerhalb des vom Rotor überstrichenen Bereichs zuzüglich eines Puffers von 50 m um die einzelnen Anlagen für die gesamte Betriebsdauer für eine konventionelle Ackernutzung vorzusehen. Sie dürfen ausschließlich mit solchen Feldfrüchten bestellt werden, die zur Hauptbrutzeit des Rotmilans vom 15. April bis 31. Juli ausreichend hoch aufgewachsen sind, um die Flächen als Jagdgebiet unattraktiv zu machen (wie z.B. Wintergetreide oder Raps, nicht aber z.B. Leguminosen oder Mais). Die zum Anbau vorgesehenen Arten und Sorten sind entsprechend auszuwählen.“*

Anfang März 2015 zeigte die Klägerin den Baubeginn an und teilte mit, dass die WEA 5 von der Firma Windpark Am K... WEA 5 GmbH & Co. KG mit Sitz in A-Stadt, A-Straße, betrieben werde. Als deren geschäftsführende Gesellschafterin und als für die Anlage Verantwortliche wurde die Klägerin angegeben.

Bei zwei örtlichen Kontrollen Ende März 2020 und Mitte April 2020 stellte der Beklagte fest, dass Teile der unterhalb der WEA 5 befindlichen Acker-

---

<sup>2</sup> vgl. den Änderungsbescheid des Beklagten vom 6.1.2015 – 3.5/Bt/A-104417 –, Genehmigungsregister – Nr. M-90/2014 –

flächen nicht ausreichend beziehungsweise noch gar nicht bewachsen waren, um der Auflage C 18 gerecht zu werden.<sup>3</sup>

Der in der Folge zur Stellungnahme aufgeforderte Geschäftsführer der Klägerin erklärte, er habe seine Verpflichtungen erfüllt, zusammen mit den Landwirten die Bewirtschaftung entsprechend den Vorgaben der Bescheide zu gestalten und für die Abschaltung bei den Bewirtschaftungsereignissen zu sorgen. Es sei nicht sein Verschulden, wenn die Ansaat witterungsbedingt nicht ausreichend hoch sei oder eine Neuein-saat erfolgen müsse, weil das Saatgut wegen des nassen Herbsts/Winters nicht aufgelaufen sei. Darüber hinaus sei der für die Abschaltungsvorgaben seinerzeit ursächliche Brutplatz des Rotmilans (*milvus milvus*) im Bereich „Altenwald“ seit 2012 nicht mehr besetzt, so dass unter dem Gesichtspunkt des Artenschutzes eine Abschaltung nicht notwendig sei.

Ebenfalls noch im April 2020 untersagte der Beklagte der Klägerin den Weiterbetrieb der WEA 5 mit sofortiger Wirkung sowie unter Androhung und aufschiebend bedingter Festsetzung eines Zwangsgeldes von 20.000,- € für den Fall der Nichtbefolgung in der Zeit zwischen Sonnenaufgang und Sonnenuntergang nach Bestimmung des Deutschen Wetterdienstes bis die angebaute Kultur im Bereich „Rotorradius + 50 m“ ausreichend hoch und dicht gewachsen sei, um die Flächen zur Bejagung durch Greifvögel unattraktiv zu machen, längstens bis zum 31.7.2020, dem Ende der Hauptbrutzeit des Rotmilans.<sup>4</sup> Weiter heißt es in der Verfügung insoweit versehen mit einer Zwangsgeldandrohung von 1.000,- €, ein Nachweis über die tatsächlich erfolgte Abschaltung sei unaufgefordert täglich vorzulegen. Zur Begründung der Maßnahmen heißt es unter anderem, die Genehmigungsbehörde könne den Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage ganz oder teilweise untersagen, wenn der Betreiber einer Auflage zum Betrieb seiner Anlage nicht nachkomme. Vorliegend sei die Klägerin der artenschutzrechtlich begründeten Auflage C 18 in ihrer im Januar 2015 geänderten Form nicht nachgekommen. Der jetzige Anlagenbetrieb stelle einen den gesetzlichen Bestimmungen angemessenen Artenschutz

---

<sup>3</sup> vgl. dazu die Fotos vom 15.4.2020, Blatt 72 der Verwaltungsakte

<sup>4</sup> vgl. den Bescheid des Beklagten vom 17.4.2020 – 3.1/13243/4.3.1.5/III/Dr. Mo –

nicht sicher. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, dass die Anlagenflächen in ihrer jetzigen Gestalt sehr attraktiv für den Rotmilan seien, er das Areal als Jagd- und Nahrungshabitat geeignet einschätze und es unausweichlich in einem nicht zu akzeptierenden Ausmaß zu Tötungen durch die Windkraftanlagen komme. Die mit erheblichen vorübergehenden wirtschaftlichen Einschränkungen verbundene Teilstilllegung sei in Anwendung seines pflichtgemäßen Ermessens und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich. Die Erbringung des geforderten Nachweises für die Abschaltung sei für die Betreiberin ohne weiteres möglich und zumutbar.

Am 22.4.2020 erhob die Klägerin, der der Bescheid an dem Tag per E-Mail übermittelt worden war, gegen die erst am Folgetag förmlich zugestellte Verfügung Widerspruch.

Ein von der Klägerin noch im April 2020 eingeleitetes gerichtliches Aussetzungsverfahren auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs wurde vom Senat im Juni 2020 ohne Entscheidung in der Sache eingestellt, nachdem der Beklagte Ende Mai bei einer Kontrolle vor Ort einen inzwischen ausreichenden Bewuchs der Flächen festgestellt, daraufhin die Verfügung „per E-Mail“ vom 28.5.2020 zurückgenommen hatte und die Beteiligten das Verfahren daraufhin übereinstimmend für erledigt erklärt hatten.<sup>5</sup> Die Kosten des Verfahrens wurden gegeneinander aufgehoben.

Im Juli 2020 hat die Klägerin beim Verwaltungsgericht die vorliegende Klage erhoben, mit der sie unter Verweis auf eine Wiederholungsgefahr, einen schwerwiegenden Eingriff in ihre Grundrechte und ein sich aus einer Stigmatisierung in der Öffentlichkeit als „Vogelschredder“ abzuleitendes Rehabilitationsinteresse die Feststellung begehrt, dass der Bescheid vom 17.4.2020 rechtswidrig war. Zur Begründung hat sie vorgebracht, es fehle bereits an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage für einen solchen weitgehenden Eingriff. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> vgl. OVG des Saarlandes, Beschluss vom 26.6.2020 – 2 B 181/20 –

<sup>6</sup> vgl. BVerwG, Urteil vom 18.3.1983 – 4 C 17.81 –, BRS 40 Nr. 92 <Abbauplan Diabasgänge>

habe klargestellt, dass lediglich Auflagen, die zum Schutz der Rechtsgüter des § 5 BImSchG nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG in die Genehmigung aufgenommen worden seien, Gegenstand einer Untersagungsverfügung nach § 20 Abs. 1 BImSchG sein könnten. Zwar fasse das immissionschutzrechtliche Verfahren verschiedene behördliche Entscheidungen zusammen und konzentriere sie in einer abschließenden Genehmigung. Die Überwachung und Durchsetzung von Auflagen obliege jedoch der jeweils zuständigen Fachbehörde. Die streitgegenständliche Auflage C 18 stelle materiell eine Auflage im Rahmen des Bundesnaturschutzgesetzes dar. Die Untersagungsverfügung sei zudem an den falschen Adressaten gerichtet worden. Die ursprüngliche Genehmigung vom August 2014 sei zwar an die Klägerin adressiert gewesen. Im März 2015 habe sie dem Beklagten jedoch mitgeteilt, dass die Betreibereigenschaft nun auf die Firma Windpark Am K... WEA 5 GmbH & Co. KG übergegangen sei. Mithin sei diese Betreiberin der Anlage und damit auch richtige Adressatin der Verfügung. Unerheblich sei, ob die Klägerin die alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der Windpark Am K... 5 GmbH & Co. KG sei, denn die Gesellschaftsstrukturen seien nicht unveränderlich. Das Innenverhältnis einer Gesellschaft sei grundsätzlich irrelevant. Die Benennung einer Anlagenverantwortlichen führe nicht zur Begründung neuer Pflichten. Die Auffassung des Beklagten führte dazu, dass auch Komplementäre als Adressaten von Verfügungen nach § 20 BImSchG in Betracht kämen, was mit wesentlichen Prinzipien von Kommanditgesellschaften unvereinbar wäre. Ferner sei ihr kein zurechenbarer Verstoß gegen die Auflage C 18 vorzuwerfen. Seit der Errichtung der Anlage im Frühjahr 2015 werde die Auflage C 18 durch die Klägerin und den die umliegenden Flächen bearbeitenden Landwirt jedes Jahr ohne Beanstandung umgesetzt. Auch in dieser Saison sei die Aussaat von *Triticale*, einer Kreuzung aus Weizen und Roggen, im Oktober 2019 rechtzeitig erfolgt. Aufgrund der sehr feuchten Witterung sei das Saatgut aber nur schlecht aufgegangen. Deshalb sei aufgrund der schlecht bewachsenen Teilflächen auch noch eine zweite Aussaat mit Sommergerste in der letzten Märzwoche 2020 erfolgt, um einen ausreichend hohen und dichten Bewuchs sicherzustellen. Dass dieser Bewuchs im Frühjahr 2020 noch nicht erfolgt sei, könne ihr nicht zur Last gelegt werden. Lediglich aufgrund einer

Kombination von sehr feuchter Witterung im Winter und der trockenen Witterung im Frühjahr sei kein mit den Vorjahren vergleichbarer Bewuchszustand gekommen. Sie habe alles dafür getan, dass ein entsprechender Aufwuchs auf der Fläche möglichst schnell eintrete. Über einen Zeitraum von 14 Tagen habe sie täglich ein Bewässerungssystem aufgestellt und 98 cbm Wasser anliefern lassen, um eine ausreichende Bewässerung zu ermöglichen. Die Betriebsuntersagung leide darüber hinaus an einer unzureichenden Ermessensentscheidung. Die Auflage C 18 sei rechtswidrig. Nach deren Wortlaut solle sie dazu dienen, dem Rotmilan während der Brutperiode vom 15.4. bis 31.7. kein attraktives Nahrungshabitat im Umkreis von Windenergieanlagen zu bieten. Dieser Schutz beziehe sich immer auf einzelne Individuen. Der Rotmilan brüte jedoch nicht mehr im Gebiet „Im Altenwald“. Der letzte Bruterfolg vor Ort sei 2012 festgestellt worden. Im Jahr 2013 sei eine Brut abgebrochen worden. Der Horst habe vor Ort nicht mehr auffindig gemacht werden können und sei daher nicht mehr zu berücksichtigen. Der behauptete Horst habe sich zudem tatsächlich in einer Entfernung von 1.531,10 m zur WEA 5 befunden. Folglich liege bereits keine Unterschreitung des Abstands von 1.500 m vor. Gegen eine Signifikanzschwelle spreche auch die Bauhöhe der WEA 5. Bei einer Nabenhöhe von 149 m und einem Rotorradius von 57,5 m ergebe sich eine Untergrenze des freien Luftraums unter den Rotoren von 91,5 m. Rotmilane suchten den Boden bei der Nahrungssuche in einer Flughöhe zwischen 10 und 50 m ab. Es bestehe daher eine Pufferzone zu der durchschnittlichen Flughöhe. Die Maßnahme C 18 sei deshalb nicht erforderlich, wenn auch nicht notwendig. Allerdings sei dies bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Darüber hinaus sei der Horst bei Umweltuntersuchungen zur Genehmigung des Windparks Spechenwald auf dem Gebiet der Stadt Lebach untersucht und als seit 2012 nicht besetzt registriert worden. Sofern der Beklagte behauptete, dass mehrere Ortsbegehungen ergeben hätten, dass ein Brutpaar vor Ort sei, werde dies bestritten. Inwiefern der Mitarbeiter des Beklagten, Herr B..., der die Sichtung auf einer frei zugänglichen Plattform (*ornitho.de*) eingetragen habe, zur Identifizierung und Zuordnung von Rotmilanen zu bestimmten Gebieten und Horsten qualifiziert sei, könne sie nicht beurteilen. Diese ungeprüft zu übernehmen, entspreche nicht der Amtsermittlungspflicht

des Beklagten. Der Beklagte hätte auch im Nachgang zum Eilverfahren weitere Begehungen durchführen müssen, um festzustellen, ob der Horst überhaupt besetzt sei und ob eine erfolgreiche Brut stattgefunden habe. Nach dem Leitfaden zur Beachtung artenschutzrechtlicher Belange beim Ausbau der Windenergienutzung im Saarland bedürfe es für die Feststellung eines Horstes fundierter Untersuchungen, um belastbare und sachgerechte Bearbeitungen der artenschutzfachlichen Belange zu gewährleisten. Die Auflage C 18 sei auch zu unbestimmt und genüge nicht den Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 SVwVfG. Sie konkretisiere zwar, welche Feldfrüchte den Zweck erfüllten und geeignet seien, definiere aber nicht, ab welcher Bewuchshöhe eine ausreichende Bedeckung des Bodens erreicht sei, um die Attraktivität für den Rotmilan ausreichend zu mindern. Ob ein ausreichender Bewuchs erreicht worden sei oder nicht, sei demnach letztlich durch ornithologische Sachverständige zu beurteilen. Des Weiteren habe eine Ermessensausübung im Sinne einer Abwägung der wirtschaftlichen Folgen gegen das öffentliche Interesse nicht stattgefunden. Die abzuwägenden Rechtsgüter lediglich zu benennen, stelle keine Abwägung dar. Insbesondere habe der Beklagte absolut unberücksichtigt gelassen, dass die WEA 5 wegen der Fledermaus in den Sommermonaten in der Nachtzeit in der Regel abgeschaltet werde. Die Betriebszeit werde somit von ohnehin nur 50 % auf nahezu 0 % verringert. Dies komme einem Genehmigungswiderruf beziehungsweise einer faktischen Entziehung gleich. Durch diese Beschränkung der Betriebszeit seien bei ihr enorme Ertragsverluste von 30.669,78 € entstanden. Insgesamt belaufe sich ihr Schaden auf 43.615,72 €. Die Untersagungsverfügung sei darüber hinaus nicht plausibel und stehe im Widerspruch zur Stellungnahme während des Genehmigungsverfahrens. Darin heiße es in Bezug auf den Rotmilan, dass es sich hier um einen Jagdbereich geringer Bedeutung mit entsprechend niedriger Nutzungsfrequenz handele. Damit ergebe sich ein eklatanter und nicht begründbarer Widerspruch zur Begründung der streitgegenständlichen Verfügung. Der Beklagte habe außerdem die Belange des Klimaschutzes und des Ausbaus der erneuerbaren Energien nicht ausreichend beachtet. Klimaschutz und damit der Ausbau erneuerbarer Energien seien zugleich Artenschutz. Ferner stelle die Untersagungsverfügung eine Verletzung des Grundsatzes der Selbstbindung der

Verwaltung dar. Eine Nebenbestimmung wie die streitgegenständliche finde sich in vielen Genehmigungsbescheiden des Beklagten. Ihr sei aus verschiedenen Quellen bekannt, dass an verschiedenen Windenergieanlagen keine Maßnahmen ergriffen worden seien obwohl ein unzureichender Bewuchs vorhanden gewesen sei. An anderen Windenergieanlagen sei das Stecken von Reisig oder das Auslegen von Tarnnetzen als Übergangslösung als ausreichend erachtet worden. Diese Maßnahmen habe der Beklagte ihr gegenüber jedoch abgelehnt. Darüber hinaus folge die Unverhältnismäßigkeit der Untersagung daraus, dass es vor Erlass der Untersagungsverfügung weniger einschneidende Anordnungen zu treffen gewesen seien. Sie habe angeboten, die Fläche mit Reisig oder mit Grünfolie abzudecken. Die Abdeckung von nicht ausreichend aufgewachsenen Flächen unterhalb von Windenergieanlagen werde vom Beklagten gemeinhin akzeptiert. Der Beklagte habe dies ihr gegenüber aber abgelehnt. Der Gutachter Dr. W... habe in einer Stellungnahme vom 15.5.2020 die Wahrscheinlichkeit, dass sich Kleinsäuger und andere potentielle Beute des Rotmilans auf das Netz begäben, das weder Deckung noch Fluchtmöglichkeiten biete, als sehr gering eingeschätzt. Es dränge sich der Verdacht auf, dass der Beklagte an ihr – der Klägerin – als der einzigen „Betreiberin“ von WEA im ganzen Saarland, die nicht freiwillig abgeschaltet habe, ein Exempel statuieren wolle. Der Eingriff in Form der Untersagungsverfügung stehe in einem krassen Missverhältnis zu den Vorteilen für die damit verfolgten Ziele.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass der Bescheid vom 17.4.2020 rechtswidrig war und sie dadurch in ihren Rechten verletzt wurde.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen, es bereits fraglich sei, ob ein Feststellungsinteresse bestehe. Die Klage sei aber jedenfalls unbegründet. Die streitgegenständ-

liche Anordnung habe auf § 20 BImSchG gestützt werden dürfen. Dabei spiele keine Rolle, ob es sich um eine Immissionsschutzauflage oder eine Auflage zur Erfüllung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften handele. Die Auflage C 18 stelle eine naturschutzfachliche Vermeidungsmaßnahme dar, um das signifikant erhöhte Tötungsrisiko der im Bereich der WEA 5 vorkommenden Rotmilane zu senken. Entgegen der Auffassung der Klägerin richte sich die streitgegenständliche Verfügung nicht an den falschen Adressaten. In diesem Zusammenhang sei auch auf § 52b BImSchG zu verweisen. Die Klägerin sei die alleinige Ansprechpartnerin für die Windpark Am K... WEA 5 GmbH & Co. KG. Sie habe bestimmenden Einfluss auf den Anlagenbetrieb und besitze damit die tatsächliche Verfügungsgewalt und rechtliche Herrschaft über die Anlage. Dies dürfte auch der Grund dafür sein, dass der Geschäftsführer der Klägerin, Herr A... A..., bei seinen E-Mails an ihn, insbesondere in den Fällen, in denen es konkret um die WEA 5 gegangen sei, in seiner E-Mail-signatur „A... A..., Inhaber und Geschäftsführer, A. (...)“ angegeben habe. Die Klägerin sei der Auflage C 18 unstreitig nicht nachgekommen. Auf ein Verschulden bezüglich der Nichteinhaltung komme es nicht an. Daher sei die unstreitige trockene Witterung im April 2020 letztlich unerheblich, zumal er der Klägerin angeboten habe, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz des Rotmilans in Form einer freiwilligen tageszeitlichen Abschaltung vorzunehmen. Außer der Klägerin hätten alle Betreiber von Windenergieanlagen im Saarland, bei denen eine vergleichbare Situation bestanden habe, von der „formlosen“ Möglichkeit Gebrauch gemacht. Im Rahmen des § 20 BImSchG komme es auch nicht auf die Rechtswidrigkeit der Auflage an, solange der Rechtsmangel nicht zur Nichtigkeit führe. Lediglich im Rahmen des Ermessens sei eine eventuelle Rechtswidrigkeit von Auflagen zu berücksichtigen. Für die Annahme, dass die betreffende Auflage C 18 rechtswidrig sein könnte, hätten bei Erlass der Verfügung keinerlei Anhaltspunkte bestanden. Es stelle sich die Frage, warum die Klägerin bis heute nicht im Wege eines entsprechenden Änderungsantrags die Aufhebung dieser Nebenbestimmung beantragt habe. Ihre Behauptung, der nächstgelegene Rotmilan-Horst auf dem Allenberg bei Macherbach sei bereits seit 2013 nicht mehr besetzt, sei falsch. Zwar sei es korrekt, dass das dort ansässige Revierpaar seine Brut im Jahre 2013

abgebrochen habe, jedoch liege es auf der Hand, dass ein Brutrevier wegen einer offenkundig seinerzeit witterungsbedingt einmal nicht erfolgreichen Reproduktion in keiner Weise als aufgegeben zu charakterisieren sei. In der einschlägigen Rechtsprechung sei anerkannt, dass erst ein nachweislicher Nichtbesatz von drei Jahren in Folge als belastbare Grundlage für eine Abweichung von fachlich begründeten Vorsorgeabständen dienen könne. Bei der Fortpflanzungsstätte im Altenwald handele es sich um ein langjährig tradiertes Brutrevier, das in den Jahren 2019 und 2020, und höchstwahrscheinlich auch bereits 2018, als ein Schlagopfer des Rotmilans im Windpark Am K... aufgefunden worden sei, besetzt gewesen sei. Im Jahr 2019 sei seinem Ornithologen der Sichtnachweis eines dem Revier im Altenwald zuzuordnenden Rotmilan-Paares gelungen. Am 3.5.2020 sei ein Rotmilan unmittelbar angrenzend an den Brutwald auf dem Allenberg kreisend nachgewiesen worden. Demnach stehe außer Frage, dass das Rotmilan-Revier im Altenwald aktuell besetzt sei. Die Auflage C 18 entspreche auch dem Bestimmtheitserfordernis des § 37 Abs. 1 SVwVfG. Der in der betreffenden Auflage näher definierte Aufwuchsgrad als „ausreichend hoch aufgewachsen, um die Flächen als Jagdgebiet unattraktiv zu machen“ unterliege naturgemäß einer wertenden Einschätzung der kontrollierenden Behörde, die nicht etwa mit einer Zentimeter-Angabe einer mathematischen Genauigkeit zugeführt werden könne. Der Vollzug gelinge seit Jahren im gesamten Saarland unproblematisch. Auch die Wirksamkeit vorgeschlagener Vermeidungsmaßnahmen unterliege der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative. Das wirtschaftliche Interesse der Klägerin begründe kein öffentliches Interesse. Das weitere Umfeld der Windenergieanlagen auf dem K... zeichne sich durch eine reich strukturierte Landschaft, mit typischen vom Rotmilan bevorzugten Habitatementen aus, so dass gerade die hier angegriffene Auflage C 18 erforderlich gewesen sei, um überhaupt eine artenschutzrechtliche Genehmigungsfähigkeit der Windenergieanlagen herbeizuführen. Ein möglicher Beitrag von Windenergieanlagen zur so genannten Energiewende sei nicht geeignet, die Vorschriften des strengen Artenschutzes nach § 44 Abs. 1 BNatSchG zu relativieren. Soweit die Klägerin anführe, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko am Standort der streitgegenständlichen Windenergieanlage per se nicht bestünde, verken-

ne sie den für die vorliegende Fallkonstellation entscheidenden Aspekt, nämlich ein Maßnahmenpaket auf Basis einer Kombination aus einer während der Aktivitätsphase des Rotmilans dauerhaft unattraktiven Gestaltung im beauftragten Bereich um die Windenergieanlage und einer temporären Abschaltung während und kurz nach landwirtschaftlichen Ereignissen in einem definierten Radius um den Anlagenstandort, mittels dessen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für die am Standort agierenden Individuen des Rotmilans vermieden werden solle. Soweit die Klägerin nun vorgetragen habe, dass zwischen dem Rotmilan-Horst und der WEA eine Distanz von 1.531,10 m liege, erstaune dies, denn in den durch sie im Zulassungsverfahren eingereichten Unterlagen sei mehrfach ein Abstand von 1,3 km zwischen Horst und Windenergieanlage dokumentiert. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass der von der Klägerin genannte neue Abstandswert von 1.531,10 m den realen Verhältnissen entspreche, änderte dies die artenschutzrechtliche Situation nicht substantiell. Auch wenn der Horst zwischenzeitlich tatsächlich – etwa auf Grund der Beseitigung des entsprechenden Baumes – nicht mehr vorhanden gewesen wäre, wäre ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko nicht definitiv ausgeschlossen, da der Rotmilan auf Grund seiner für die Art bekannten Reviertreue innerhalb desselben abgegrenzten Waldbestandes umgezogen sein könne. Dies sei eine für den Rotmilan typische Verhaltensweise, gerade bei mehrjährigen Revieren wie dem Altenwald, und werde überdies durch die durchgehenden Reviernachweise der letzten Jahre offenkundig. Im Ergebnis erweise sich die Untersagungsverfügung vom 17.4.2020 als erforderlich, geeignet und insbesondere auch verhältnismäßig, da keine anerkannten alternativen Maßnahmen beziehungsweise mildere Mittel zum temporären Schutz des Rotmilans zur Verfügung gestanden hätten, die während der begrenzten Phase der nicht erfüllten Nebenbestimmung C 18 nachvollziehbar ein vergleichbares Schutzniveau gewährleisten hätten.

Das Verwaltungsgericht hat die aus seiner Sicht in der Form der Fortsetzungsfeststellungsklage zulässige Klage im Dezember 2021 abgewiesen. In der Begründung heißt es zur Sache unter anderem, Rechtsgrundlage für die streitgegenständliche Untersagungsverfügung sei der § 20 Abs. 1 Satz

1 BImSchG. Soweit die Klägerin weiterhin einwende, die Vorschrift sei nicht einschlägig, greife dieser Einwand nicht durch. Es spiele keine Rolle, ob es sich um eine Immissionsschutzauflage oder eine Auflage zur Erfüllung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften handele. Die von ihr zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1983 habe sich auf eine frühere Fassung des § 20 Abs. 1 BImSchG bezogen. Auch wenn § 20 Abs. 1 Satz 1 BImSchG vorliegend nicht als taugliche Ermächtigungsgrundlage angesehen werden könnte, wäre die Verfügung des Beklagten als zuständige Untere Naturschutzbehörde jedenfalls durch die §§ 3 Abs. 2, 44 BNatSchG gedeckt. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht bestünden keine durchgreifenden Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Anordnung. Entgegen dem Vortrag der Klägerin sei die Anordnung zu Recht an sie als Betreiberin der Anlage gerichtet worden. Betreiber sei bei rechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise derjenige, dem die Entscheidung über die für die Erfüllung umweltrechtlicher Pflichten relevanten Umstände obliege. Das könne eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine Personenvereinigung sein. Gemessen hieran sei auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung der erkennbaren rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse jedenfalls von der Betreiberin der Windpark Am K... WEA 5 GmbH & Co. KG auszugehen. Ausweislich eines Schreibens der Klägerin vom 3.3.2015 sei zwar die Windpark Am K... WEA 5 GmbH & Co. KG als Betreiberin angegeben worden, allerdings sei als geschäftsführende Gesellschafterin der Betreiberin und unter dem Stichwort „ANLAGENVERANTWORTLICHKEIT“ die Klägerin benannt gewesen. Zudem sei sämtlicher E-Mail-Verkehr ihres alleinigen Geschäftsführers mit dem Beklagten in dieser Sache unter der Angabe der Klägerin als Firma erfolgt. Auch die weiteren Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Satz 1 BImSchG seien erfüllt. Die Klägerin habe die Auflage C 18 in Verbindung mit der Auflage C 20 nicht befolgt. Dass die Auflagen C 18 und C 20 nicht funktionsfähig umgesetzt worden seien, also der maßgebliche Bereich um die WEA 5 nicht ausreichend mit Ackerfrucht bewachsen gewesen sei, sei zwischen den Beteiligten unstrittig. Entgegen der Ansicht der Klägerin komme es auf ein Verschulden nicht an. Daher sei es irrelevant, ob die Flächen im Herbst ord-

nungsgemäß eingesät worden seien und, nachdem das Saatgut aufgrund der schlechten Witterungsverhältnisse nicht gut aufgegangen gewesen sei, durch eine zweite Aussaat mit Sommergerste in der letzten Märzwoche aufgrund der anhaltenden Trockenheit ebenfalls kein ausreichend hoher und dichter Bewuchs habe sichergestellt werden können. Die Klägerin verkenne, dass durch die Auflage C 18 ein ordnungsgemäßer Betrieb der WEA 5 sichergestellt werden solle, der vorliegend aber gerade nicht gewährleistet gewesen sei. Nicht von Bedeutung sei, ob die Auflage rechtmäßig sei, solange diese nicht nichtig sei, was auch von der Klägerin nicht vorgetragen worden sei. Eine etwaige Rechtswidrigkeit sei allerdings im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen. Der Beklagte habe das ihm gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 BImSchG zustehende Ermessen in nicht zu beanstandender Weise ausgeübt. Er habe die (Teil-)Untersagung nur temporär angeordnet, bis die angebaute Kultur im Bereich Rotorradius + 50 m ausreichend hoch und dicht gewachsen gewesen sei, um die Flächen zur Bejagung durch Greifvögel unattraktiv zu machen und die Untersagung längstens bis zum Ende der Hauptbrutzeit des Rotmilans begrenzt. Der Prüfungsumfang des Gerichts sei bei der Überprüfung von Ermessensentscheidungen gemäß § 114 VwGO dahingehend begrenzt, dass das Gericht zu prüfen habe, ob die Behörde vom richtigen Sachverhalt ausgegangen sei, der Gleichheitssatz gewahrt, von dem eingeräumten Ermessen seinem Zweck entsprechend Gebrauch gemacht und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet worden sei. Die Behauptung der Klägerin, die Auflage C 18 sei rechtswidrig, weil sie zu unbestimmt sei, greife nicht durch. Entgegen der Ansicht der Klägerin könne aus dem Fehlen einer zentimetergenauen Bewuchshöhe nicht auf eine Unbestimmtheit der Auflage geschlossen werden. Eine solche Festlegung wäre für die Klägerin zudem nachteilig, denn dann müsste die Behörde beispielsweise auch bei einem Dichtegrad des Unterwuchses, der nach fachlicher Einschätzung einen Beutezugriff des opportunistisch jagenden Rotmilans erschwere oder nahezu ausschließe, die Nicht-Erfüllung der Auflage konstatieren, nur weil eine bestimmte, in der Auflage definierte exakte Höhe der Einzelpflanzen nicht erreicht sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass es nach Auskunft des Beklagten seit Jahren im gesamten Saarland unproblematisch auch der Klägerin gelungen sei, die Auflage C 18, die eine standard-

mäßige Maßnahme zum Schutze des Rotmilans darstelle, umzusetzen. Die Klägerin sei weder im Rahmen eines Widerspruchs- noch eines Klageverfahrens gegen die Auflage C 18 vorgegangen oder habe die Unbestimmtheit in den Jahren seit Errichtung der Anlage WEA 5 gerügt. Für die Klägerin sei der Inhalt der Auflage seit Jahren vollständig, klar und unzweideutig erkennbar gewesen. Die Ermessensausübung des Beklagten begegne des Weiteren keinen durchgreifenden Bedenken hinsichtlich des Vorwurfs der unterlassenen Sachverhaltsermittlung bezüglich des Vorhandenseins eines Rotmilan-Horstes beziehungsweise eines Revierbesatzes durch den Rotmilan im Altenwald. Es komme vorliegend nicht entscheidend darauf an, ob im Altenwald zum Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Verfügung tatsächlich ein Rotmilan-Horst vorhanden beziehungsweise das Brutrevier zu Beginn der Hauptbrutzeit besetzt gewesen sei und der Beklagte hiervon gesicherte Erkenntnis gehabt habe. Die Auflage C 18 sei bestandskräftig und durch die Klägerin bis ins Jahr 2020 nie förmlich angegriffen oder in Frage gestellt worden. Ein entsprechender Änderungsgenehmigungsantrag sei bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nicht eingereicht worden. Die Klägerin habe in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass der Besatz des Rotmilan-Reviers und damit die Notwendigkeit der Auflage C 18 schon seit Jahren von ihr in Frage gestellt werde, dass aber ein entsprechender Antrag auf Erlass einer Änderungsgenehmigung von ihr wegen der hohen Kosten eines avifaunistischen Gutachtens bisher nicht gestellt worden sei, zumal es in der Vergangenheit keine Probleme bei der Erfüllung der Auflage gegeben habe. Habe die Klägerin bereits jahrelang Zweifel am Besatz des Rotmilan-Horstes im Altenwald gehabt und aus wirtschaftlichen Erwägungen diesbezüglich keine Sachaufklärung betrieben beziehungsweise den Beklagten hierüber nicht einmal in Kenntnis gesetzt, könne sie diesem nicht vorwerfen, dass er sei seiner Amtsermittlungspflicht vor Erlass der streitgegenständlichen Anordnung nicht nachgekommen sei. Mitarbeiter des Beklagten hätten erst bei Ortseinsichten am 31.3.2020 sowie erneut am 15.4.2020 festgestellt, dass Teile der unterhalb der Anlage WEA 5 befindlichen Ackerflächen nicht ausreichend beziehungsweise noch gar nicht bewachsen gewesen seien. Erst nachdem der Geschäftsführer der Klägerin hierüber in Kenntnis gesetzt worden sei, sei seitens der Klägerin

die Vermutung an den Beklagten herangetragen worden, dass der Rotmilan-Horst seit Jahren nicht mehr besetzt sei. Damit sei es diesem gar nicht möglich gewesen, abzuwarten und den Sachverhalt umfassender zu ermitteln. Ausweislich des Leitfadens zur Beachtung artenschutzrechtlicher Belange beim Ausbau der Windenergienutzung im Saarland erfolge die Brutvogelerfassung bei Rotmilanen über Monate hinweg sowie mittels mehrerer Erfassungstermine. Dies wäre zeitlich gar nicht zu leisten gewesen, unabhängig davon, dass dies nicht die Aufgabe des Beklagten sei. Bekanntermaßen sei außerdem ein Auffinden des Rotmilans-Horsts in belaubtem Zustand während der Frühjahrs- und Sommermonate mit Schwierigkeiten verbunden. In der einschlägigen Rechtsprechung sei überdies anerkannt, dass erst ein nachweislicher Nicht-Besatz von drei Jahren in Folge als belastbare Grundlage für eine Abweichung von fachlich begründeten Vorsorgeabständen dienen könne. Insofern komme es auf den Nachweis des Nichtbesatzes im Jahr 2020 auch nachweislich gar nicht an. Im Übrigen verkenne die Klägerin fundamental die der öffentlich-rechtlichen Genehmigungspraxis eigene Aufgabenverteilung zwischen Zulassungsbehörde und Genehmigungsinhaber beziehungsweise Betreiber. Es existiere kein allgemeiner Rechtssatz oder eine etablierte behördliche Praxis, dass die Zulassungsbehörde kontinuierlich überprüfen müsste, ob ein bestehender Zulassungsbescheid auch unter veränderten Umständen noch mit derselben belastenden Nebenbestimmung erlassen werden würde, um ihrerseits gegebenenfalls die Umsetzung einer Nebenbestimmung anordnen zu können. Demzufolge sei es weder Aufgabe der Genehmigungsbehörde noch des Verwaltungsgerichts, im Rahmen einer Teiluntersagung des Anlagenbetriebs die Ausgangsgenehmigung vollständig im Rahmen der Überprüfung der ordnungsgemäßen Ausübung des behördlichen Ermessens auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen und gewissermaßen durch die Hintertür bestandskräftige und unangefochtene Regelungen eines Genehmigungsbescheides zu Fall zu bringen, ohne das hierfür vorgesehene Verfahren einer Änderungsgenehmigung durchzuführen. Dementsprechend sei auch der in der mündlichen Verhandlung am 15.12.2021 gestellte Beweisantrag der Klägerin bezüglich des Besatzes des Rotmilan-Horstes im Jahr 2020 zurückzuweisen gewesen. Damit bedürfe es keiner Erörterung, inwieweit hier ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko

im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG für den Rotmilan vorliege. Bei dem Rotmilan handele es sich um eine windkraftsensible und kollisionsgefährdete Vogelart. Dies gelte auch für den hier streitgegenständlichen Anlagen-Typ E-115 mit einer Nabenhöhe von 149 m und einem Rotor-durchmesser von 115 m. Der weitere Einwand der Klägerin, der Bereich der Standorte der WEA 4 und 5 des (erweiterten) Windparks Am K... sei als „Jagdgebiet geringer Bedeutung“ eingestuft worden, führe ebenfalls nicht zum Erfolg. Dies sei in Verbindung mit den naturschutzfachlichen Auflagen überhaupt erst Voraussetzung einer positiven Zulassungsentscheidung gewesen. Der Beklagte habe zutreffend darauf hingewiesen, dass sich mittlerweile ein gefestigter Stand der Wissenschaft ausgebildet habe, dass bei einem Unterschreiten eines Mindestabstands von 1.500 m zwischen Windenergieanlagen und Fortpflanzungsstätten des Rotmilans die Regelvermutung eines in signifikanter Weise gesteigerten Tötungsrisikos gelten dürfe. Höchst hilfsweise sei noch auszuführen, dass für den Besatz des Rotmilan-Reviers im Altenwald im Jahr 2020 auch hinreichende Anhaltspunkte vorgelegen hätten. Dabei habe es sich um ein langjährig tradiertes Brutrevier gehandelt, das in den Jahren 2019 und 2020, und höchstwahrscheinlich auch bereits 2018, als ein Schlagopfer des Rotmilans im Windpark Am K... aufgefunden worden sei, besetzt gewesen sei. Der Beklagte habe bei Erlass der streitgegenständlichen Verfügung auch kein widersprüchliches oder unplausibles Verhalten an den Tag gelegt. Ohne Erfolg verweise die Klägerin darauf, dass ihr die Folgen der nunmehr verfügten (Teil-) Untersagung in Verbindung mit den bestehenden nächtlichen Abschaltverpflichtungen zum Fledermausschutz unzumutbar gewesen seien und sie zugleich in ihrer Existenz gefährdet sei. Die vom Beklagten verfügte Teilabschaltung betreffe nur den für den Schutz des Rotmilans erforderlichen Zeitraum bis längstens zum 31.7.2020. Auch soweit die Genehmigung eine nächtliche Abschaltverpflichtung zum Schutz der Fledermäuse vorsehe, habe der Beklagte zutreffend ausgeführt, dass seinerzeit noch keine nächtliche Abschaltverpflichtung bestanden habe und insoweit auch davon auszugehen gewesen sei, dass sich im Laufe der nächsten Wochen ein ausreichender Bewuchs herstelle. Dies sei am 28.5.2020 der Fall gewesen. Darüber hinaus sei ein Betrieb während der Nacht in der überwiegenden Zeit und ins-

besondere bei besonders windreichen und damit ertragsstarken Phasen weiterhin möglich gewesen. Mitnichten sei damit von einer vollständigen Betriebsuntersagung der WEA 5 auszugehen gewesen. Ferner begründeten auch die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin kein derartiges öffentliches Interesse, dass der Schutz einzelner Individuen des Rotmilans vorliegend zurücktreten müsste. Es sei bereits nicht ersichtlich, dass die Klägerin, die zugleich persönlich haftende Gesellschafterin der Firma Windpark Am K... WEA 4 GmbH & Co. KG sei, aufgrund der teilweisen Betriebseinschränkung der WEA 5 tatsächlich in eine wirtschaftliche Schiefelage geraten sei. Dies sei lediglich behauptet, aber durch nichts belegt worden. Es betreffe allein das unternehmerische Risiko der Klägerin, wenn sie eine ihrer Meinung nach seit Jahren rechtswidrige Auflage nicht angreife, um sich die Kosten eines Änderungsgenehmigungsverfahrens zu sparen. Gleiches gelte für die Behauptung, der Beklagte habe im Rahmen seiner Ermessensausübung die Ziele des Klimaschutzes vernachlässigt. Ausweislich der Angaben des Beklagten sowie der Angaben in einem Artikel in der Saarbrücker Zeitung vom 4.5.2020 (Nabu befürwortet Windrad-Pausen zum Vogelschutz) seien im Saarland 27 von insgesamt 74 WEA von einer (Teil-)Abschaltung betroffen gewesen. Inwiefern dadurch der Klimaschutz gefährdet worden sei und im Rahmen der Abwägung der Artenschutz im Saarland zu vernachlässigen sei, sei nicht ersichtlich. Der mögliche Beitrag von Windenergieanlagen zur so genannten Energiewende, mithin also ein postuliertes öffentliches Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien, sei nicht geeignet, die Vorschriften des strengen Artenschutzes nach § 44 Abs. 1 BNatSchG als öffentlich-rechtlicher Belang im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zu relativieren. Selbst auf Ebene der Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahme nach dem § 45 Abs. 7 BNatSchG, bei der als ein Merkmal „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ aufgeführt seien, dürften klima- und energiepolitische Ziele beziehungsweise Fragestellungen nicht Gegenstand der fachrechtlichen Prüfung durch den Beklagten im Rahmen einer Untersagungsverfügung sein. Des Weiteren sei nicht ersichtlich, dass eine Ungleichbehandlung mit anderen Betreibern von betroffenen WEA bestehe. Soweit die Klägerin ihren diesbezüglichen Sachvortrag auf „verschiedene Quellen“ stütze, durch die ihr eine

angebliche Ungleichbehandlung in Form einer Akzeptanz keiner weiteren Maßnahmen trotz unzureichenden Bewuchses oder der Zulassung von Alternativen zur Vermeidung von artenschutzrechtlichen Konfliktlagen (Tarnnetze usw.) „an anderen Windenergieanlagen“ bekannt geworden sei, sei dieser Vortrag unsubstantiiert. Nach Auskunft des Beklagten seien die benannten Beispiele eingehend geprüft worden. Danach liege keine vergleichbare Situation vor. Es liege auch keine Ungleichbehandlung der Klägerin im Vergleich zum Windpark Schmelz-Bettingen vor. Nach dem Vortrag des Beklagten seien in den einschlägigen Genehmigungsbescheid keine Bewirtschaftungsvorgaben als Nebenbestimmungen aufgenommen worden, sondern „nur“ Abschalt-Vorgaben während landwirtschaftlicher Ereignisse. Beziehe sich die Klägerin ferner auf den Windpark Perl-Büschdorf, bei dem der Beklagte nach dem klägerischen Vortrag das Auslegen von Tarnnetzen akzeptiert habe, treffe dies nach dessen Angaben nicht zu, weil das Auslegen derartiger Netze als ein zusätzliches Angebot aufgrund der dortigen partiell schlechten Wuchsbedingungen akzeptiert worden sei. Zuletzt bestehe auch keine Ungleichbehandlung mit dem Windpark Falkenberg, bei dem laut Angaben der Klägerin Reisig-Stecklinge zur Abdeckung nicht ausreichend bewachsener Flächen akzeptiert worden seien. Der Beklagte habe dazu ausgeführt, der Standort der betreffenden Windenergieanlage sei nahezu vollständig von Wald umgeben. Gegenüber der freien strukturierten Feldflur sei die Nutzung dieser Fläche bereits weniger attraktiv. Auch in diesem Fall habe die seinerzeit zugelassene Anlage von Stecklingen lediglich eine ergänzende Gestaltung eines kleinen Flächenanteils und keinen vollwertigen Ersatz für einen ansonsten völlig unzureichend aufgewachsenen Unterwuchs dargestellt. Die Ausführungen des Beklagten bezüglich der Situation in anderen Windparks habe die Klägerin nicht substantiiert in Zweifel gezogen. Es sei auch nicht zu erkennen, dass an der Klägerin ein „Exempel“ statuiert werden solle, weil die WEA 5 die einzige Anlage im Saarland gewesen sei, die nicht freiwillig abgeschaltet worden sei. Der Beklagte sei nur seiner gesetzlichen Verpflichtung nachgekommen, nachdem alle anderen Betreiber eben freiwillig abgeschaltet hätten und eine förmliche Anordnung dort nicht erforderlich gewesen sei. Schließlich sei auch nicht festzustellen, dass die Maßnahme des Beklagten nicht verhältnismäßig gewesen sei. Es lägen

gerade keine milderen, gleich geeigneten Mittel vor, die anstelle der verfügbaren Teil-Untersagung einen hinreichenden Schutz des Rotmilans hätten gewährleisten werden könnten. Dies stehe fest, insbesondere nachdem in der mündlichen Verhandlung der präsente Zeuge Dr. W... angehört worden sei. Nach den Angaben des Zeugen bestünden keine Zweifel daran, dass der Beklagte die alternativen Maßnahmen zu Recht verneint habe. Die seinerzeitige Einschätzung des Beklagten, es handele sich bei den alternativen Vorschlägen der Klägerin um keinen tauglichen Ersatz der verfügbaren Abschaltung der Anlage WEA 5, sei von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Das Auslegen von Reisig-Stecklingen oder Tarnnetzen als Sichtbarriere sei bereits deshalb kein gleich geeignetes Mittel, da diese Maßnahmen zu große Lücken aufweisen würden, um den gleichen Effekt zu erreichen wie der in Anlage C 18 geforderte ausreichende Aufwuchs. Auch die vorgeschlagenen visuellen Vermeidungsmaßnahmen seien nicht als gleich geeignete Maßnahmen anzusehen, da ihnen jegliche evidenzbasierte Wirksamkeit fehle. Wie der Beklagte zutreffend ausgeführt habe, seien derartige Maßnahmen wie das Aus- und Anbringen von Prädatorenmodellen, Flugdrachen in Raubvogelform, Ballons, Kadaver oder Reflektoren, sich im Wind bewegende mehrfarbige Bänder, als wenig oder gar nicht effektiv einzustufen. Dies decke sich mit den Ergebnissen experimenteller Studien. Derartige Maßnahmen hätten wie auch Ablenkflächen mit spezifischem Nahrungsangebot, etwa in Form von Kompostierflächen, daher keinen Eingang in die bundesweite Genehmigungspraxis gefunden. Letztlich seien diese Maßnahmen auch vom Zeugen W... im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht als hinreichend effektiv bewertet worden. Dies gelte auch für die Abschaltung der verfahrensgegenständlichen Windenergieanlage nur bei Windgeschwindigkeiten unter 5 m/s. Der Vorschlag entbehre ebenfalls jeder belastbaren Tatsachenbasis. Dass auch das Auslegen sogenannter Silo-Gitterfolie auf den nicht ausreichend hoch aufgewachsenen Flächen kein gleich geeignetes Mittel sei, ergebe sich zum einen aus den Ausführungen in entsprechenden Studien als auch aus den Angaben des Zeugen Dr. W... in der mündlichen Verhandlung. Die Abdeckung des Mastfußbereichs von Windenergieanlagen mittels Folien sei unter anderem im Jahr 2008 im Rahmen eines Feldversuches erforscht worden. Wesentliches Ergebnis sei gewesen, dass kein Unter-

schied in der Anflughäufigkeit zwischen mit Folien abgedeckten und als Referenz frei gebliebenem Mastfußbereich von Windenergieanlagen zu beobachten gewesen sei. Der Zeuge Dr. W... habe bestätigt, dass die Grünfolie beziehungsweise Silo-Gitterfolie auf den Rotmilan eher anziehend wirke und Rotmilan-Individuen erst einen Lernprozess durchlaufen müssten dergestalt, dass mit derartigen Folien abgedeckte Flächen eben keine attraktiven Jagdflächen darstellten. Damit handele es sich bei dem Auslegen der Flächen mit Silo-Gitterfolie gerade nicht um eine gleich effektive Maßnahme wie eine Abschaltung der WEA. Demnach sei die Ermessensentscheidung des Beklagten, die Klägerin zum Abschalten zu verpflichten, insgesamt und auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden.

Zur Begründung ihrer vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung macht die Klägerin geltend, angesichts der aktuellsten geo- und sicherheitspolitischen Entwicklungen auf dem europäischen Kontinent lasse sich von niemanden mehr leugnen, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien auch dem überragenden öffentlichen Interesse der Versorgungssicherheit diene. Ihre Klage sei zulässig, insbesondere bestehe ihrerseits ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung, dass der Bescheid vom 17.4.2020 rechtswidrig gewesen sei. Auf Grund des voranschreitenden Klimawandels seien auch in den nächsten Jahren langanhaltende Dürren oder andere Extremwetterlagen zu erwarten. Seit 2017 verschlimmere sich die Dürresituation stetig. Daher sei davon auszugehen, dass auch zukünftig die Aussaat nicht ausreichend anwachsen könne, was zu einer unzureichenden Bepflanzung im Sinne der Auflage C 18 führen könne. Das begründe eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer erneuten Untersagungsverfügung. Ein Feststellungsinteresse ergebe sich auch wegen des tiefgreifenden Eingriffs in ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG, der sich auf eine Zeitspanne beschränkt habe, in welcher typischerweise keine gerichtliche Entscheidung habe erlangt werden können. Auch wenn die Klägerin in der öffentlichen Darstellung nicht namentlich genannt worden sei, so sei es dennoch möglich, entsprechende Rückschlüsse auf die Betreiberfirma zu ziehen. Zwar sei diese nicht wörtlich als „Vogelschredder“ bezeichnet worden, den-

noch impliziere die Berichterstattung, dass ein Weiterbetrieb der Anlagen die Tötung von Rotmilanen als notwendige Konsequenz nach sich ziehen würde. Eine solche öffentliche Wahrnehmung bleibe selbstverständlich auch nach Rücknahme der Untersagungsanordnung bestehen. Die Klage sei auch begründet. Sie sei weiterhin der Auffassung, dass der § 20 Abs. 1 BImSchG keine ausreichende Grundlage für die Anordnung zur Bewältigung eines artenschutzrechtlichen Konflikts biete. Die Anordnung des Beklagten sei an die falsche Adressatin gerichtet gewesen. Sie habe dem Beklagten mit Schreiben vom 3.3.2015 ausdrücklich mitgeteilt, dass die Betreibereigenschaft von ihr auf die Windpark am K... WEA 5 GmbH & Co. KG übergegangen sei. Soweit eine Kommanditgesellschaft Betreiberin einer immissionsschutzrechtlichen Anlage sei, sei diese auch richtige Adressatin einer Verfügung nach § 20 Abs. 1 BImSchG und nicht etwa sie als deren Gesellschafterin. Zwar komme es in dem Rahmen nicht auf ein Verschulden der Anlagenbetreiberin an. Jedoch müsse die Behörde vor Erlass einer Betriebsuntersagung prüfen, ob die durchzusetzende Auflage hinreichend bestimmt sei. Das sei hier nicht der Fall. Die Auflage C 18, wonach der Bereich unterhalb der WEA 5 in der Hauptbrutzeit des Rotmilans mit Feldfrüchten bestellt sein müsse, die ausreichend hoch angewachsen seien, um die Fläche als Jagdgebiet unattraktiv zu machen, genüge den insoweit geltenden strengen Anforderungen an eine Vollstreckbarkeit nicht. Für die Adressatin der Auflage sei nicht von vornherein ersichtlich, in welchem Fall die Einschätzung des Beklagten ergebe, dass ein ausreichender Bewuchs vorliege. Etwaige Leitfäden, Verwaltungsvorschriften oder ähnliches seien ihr nicht bekannt. Es möge sein, dass der Beklagte über einen ausreichenden fachwissenschaftlichen Sachverstand verfüge, um das zu beurteilen. Dieser Umstand führe jedoch nicht notwendig dazu, dass auch für die Adressatin ersichtlich sei, ab welcher Wuchshöhe ein ausreichender Anwuchs vorliege. Hieran ändere auch nichts, dass sie bislang nicht gegen die Auflage C 18 vorgegangen sei und diese in der Vergangenheit erfüllt habe. Die Bestimmung sei bis zur Untersagungsanordnung durch den Beklagten für die Klägerin wirtschaftlich nicht relevant gewesen. Für sie sei es günstiger gewesen, die Flächenbewirtschafter zur Erfüllung der Auflage zu verpflichten, als die Auflage in einem langen gerichtlichen Verfahren anzugreifen. Der Auffassung des

erstinstanzlichen Gerichts, dass eine cm-genaue Angabe von Wuchshöhen für die Klägerin beziehungsweise andere Anlagenbetreiber im Allgemeinen nachteilig wäre, da die Behörde einschreiten müsste, wenn diese Höhe nicht erreicht werde, aber gleichzeitig etwa wegen der ausreichenden Bewuchsdichte keine Gefahr für Greifvögel vorliege, sei zu widersprechen. Bei § 20 Abs. 1 Satz 1 BImSchG handele es sich nicht um eine gebundene Entscheidung, sondern um eine Ermessensentscheidung. Soweit die betreffende Bestimmung rechtswidrig sei, habe die Behörde dies im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Vorliegend sei der Beklagte bereits von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen, da er es gänzlich unterlassen habe, zu ermitteln, ob ein tatsächliches Kollisionsrisiko für Rotmilane bestanden habe. Zudem hätten mildere Mittel vorgelegen, die in gleicher Weise geeignet gewesen wären, den Schutz von Greifvögeln zu gewährleisten. Abschließend hätten sowohl der Beklagte wie auch das Verwaltungsgericht gänzlich die Bedeutung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien für den Klimaschutz und die öffentliche Sicherheit verkannt. Im Rahmen der Ermessensausübung habe es dem Beklagten obliegen, festzustellen, ob tatsächlich ein Rotmilanhorst im Altenwald besetzt gewesen sei, ob also ein erhöhtes Kollisionsrisiko bestanden habe. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts, dass es darauf nicht ankomme, weil die Auflage C 18 bestandkräftig sei und durch die Klägerin zu keinem Zeitpunkt eine Änderungsgenehmigung beantragt worden sei, entsprächen nicht den Grundsätzen des § 24 Abs. 1 VwVfG auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung. Wolle die Behörde einen belastenden Verwaltungsakt erlassen, so habe sie den zugrundeliegenden Sachverhalt umfassend aufzuklären. Vorliegend stehe gerade nicht eine Genehmigungserteilung in Rede, sondern eine belastende Untersagungsverfügung. Eine konsequente Anwendung der vom Verwaltungsgericht angenommenen Grundsätze hätte zur Folge, dass die Behörde keinerlei weitere Ermittlungen anstellen müsse, insbesondere nicht, ob die Durchsetzung überhaupt noch geeignet sei, den angestrebten Zweck zu erreichen. Wollten dagegen die Bürger und Bürgerinnen den Vollzug einer für sie belastenden, aber obsolet gewordenen Nebenbestimmung verhindern, würden sie darauf verwiesen, eine Änderungsgenehmigung mit dem entsprechenden Prüfungsaufwand zu beantragen. Die Behörde könne sich nach Ansicht des

Verwaltungsgerichts ausschließlich auf die Nebenbestimmung stützen, ohne jegliche Untersuchungen durchzuführen. Dies führe zu einer massiven Verschiebung des Kräftegleichgewichts. Eine solche Divergenz könne von Gesetzes wegen unmöglich gewollt sein. Dementsprechend sei dem Verwaltungsgericht auch nicht darin zu folgen, dass es wegen der Bestandskraft der Ausgangsgenehmigung mit der Auflage C 18 nicht darauf ankomme, ob im Jahr 2020 noch ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan bestanden habe oder ob der fragliche Horst, aufgrund dessen die Nebenbestimmung erlassen worden sei, überhaupt noch besetzt beziehungsweise noch existent gewesen sei. Im Rahmen der Ermessensausübung sei dieser Umstand entscheidungserheblich. Da gerade im Bereich des Artenschutzes eine überaus dynamische Entwicklung herrsche, sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Beklagte vor Erlass der streitgegenständlichen Verfügung keine Kontrolle des Besatzes des ihm bekannten Horstes vorgenommen habe, sondern einzig auf Grundlage des von ihr im Genehmigungsverfahren vorgelegten Monitoringberichts aus dem Jahr 2013 sowie einzelner vermeintlicher – von ihr bestrittener – Sichtungen auf einen Horstbesatz beziehungsweise das Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos schliesse, ohne eine weitergehende Prüfung vorzunehmen. Dies gelte umso mehr, als sie den Beklagten darauf hinwiesen habe, dass durch den von ihr beauftragten Gutachter die Vermutung geäußert worden sei, der nächstgelegene Rotmilanhorst im „Altenwald“ sei seit Jahren nicht mehr besetzt beziehungsweise nicht mehr existent gewesen. Dadurch hätte sich der Beklagte veranlasst sehen müssen, im Rahmen der Pflicht zur Amtsermittlung eine entsprechende Kontrolle durchzuführen. Ein Grund, warum sie in der Vergangenheit keine Änderungsgenehmigung beantragt habe, sei, dass dies mit einem nicht unerheblichen Zeit- und Kostenaufwand einherginge. Bis zum Jahr 2020 habe es für sie keinen Grund gegeben, gegen die nunmehr rechtswidrige Auflage vorzugehen, weil die geforderte Bewirtschaftung im Verhältnis ökonomischer gewesen sei und aufgrund der Witterungsverhältnisse von der Behörde unbeanstandet umgesetzt worden sei. Zudem fälle die Überwachung der artenschutzrechtlichen Vorgaben in den Aufgabenbereich des Beklagten. Dieser müsse bewerten, welche Maßnahmen erforderlich seien und habe dies entsprechend des tatsächlichen Sachverhalts

zu ermitteln. Darüber hinaus sei auch zu berücksichtigen gewesen, dass bereits seit mehreren Jahren kein objektiv nachweislich besetzter Rotmilanhorst im Altenwald, der Grundlage für die Auflage gewesen sei, existiere und somit kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Vogel vorgelegen habe. Das Gebiet im Altenwald sei in den Jahren nach 2013 von mindestens einem weiteren Gutachter untersucht worden, nämlich vom Büro BNL P.... Dessen Mitarbeiter, Herr C..., habe gegenüber ihrem Geschäftsführer in einer Unterhaltung bestätigt, dass die Horste im Altenwald nicht mehr existierten. Trotz mehrfacher Bitte sei das Büro BNL P... im April 2020 nicht bereit gewesen, die schriftlichen Ergebnisse mit ihr zu teilen. Die Klägerin beantrage deshalb, Herrn ... P... sowie dessen Mitarbeiter, Herrn C..., als Zeugen zu vernehmen zur Frage, dass im Altenwald kein Rotmilan-Horst existiere. Der von ihr beauftragte Fachgutachter, Herr ... (Losheim), habe bei einer Horstbesatzkontrolle im Jahr 2021 im unbelaubten Zustand den durch GPS-Koordinaten eingemessenen Horst Im Altenwald als nicht mehr existent bestätigt und sogar die generelle Existenz etwaiger Greifvogelhorste im Bereich Im Altenwald verneint. Belastbare Informationen, die auf einen Besatz in den Jahren nach 2012/13 hinwiesen, sei der Beklagte schuldig geblieben. Vereinzelt Beobachtungen in den Jahren 2019 und 2020 – wie von dem Beklagten behauptet und durch das Verwaltungsgericht zugrunde gelegt – ließen noch keinen Rückschluss auf ein bestehendes Rotmilanrevier zu, zumal keinerlei Fotodokumentation, Aktenvermerke oder Ähnliches hierüber angefertigt worden seien. Sie bestreite nach wie vor, dass es diese Sichtungen gegeben habe. Die von dem Beklagten angeführte Meldung seines umherfliegenden Rotmilans im Onlineportal *ornitho.de* könne nicht ansatzweise als objektive Meldung gewertet werden, da diese nicht nach den anerkannten Untersuchungsumfängen und Maßstäben, die der Beklagte in seinen Genehmigungsverfahren fordere, erfolgt sei. Darüber hinaus würden die Sichtungen im Portal *ornitho.de* nicht verifiziert. Jeder könne dort Sichtungen eintragen. Festzuhalten sei, dass auf Grundlage der aktuell vorhandenen Kenntnisse der Horst im „Altenwald“ nicht mehr existiere und mithin dort auch keine Brut von Rotmilanen mehr stattfindet. Die Auflage C 18 ist somit nicht mehr erforderlich und damit unverhältnismäßig. Zudem halte der Beklagte weiterhin an der Annahme fest,

dass vorliegend ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bestehe. Das erstinstanzliche Gericht greife ihren Einwand nicht auf, da eine abschließende artenschutzfachliche Bewertung im Rahmen der Genehmigung vorgenommen worden sei. Dennoch verweise es darauf, dass sich ein verfestigter Stand der Wissenschaft herausgebildet habe, wonach bei einer Unterschreitung eines Mindestabstandes von 1.500 m regelmäßig von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko auszugehen sei. Dies verkenne die nunmehr auch von der Rechtsprechung anerkannte Tatsache, wonach eine Abstandsunterschreitung allein, wegen ihrer Starrheit und des fehlenden Bezugs zum konkreten Einzelfall, eben gerade kein geeignetes Kriterium zur Bestimmung der Signifikanz darstelle. In Anbetracht des nicht mehr fortbestehenden Fortpflanzungshabitats im Bereich „Im Altenwald“ und mangelnder Erkenntnisse über die Existenz eines weiteren Rotmilanhorsts sei davon auszugehen, dass hier kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bestehe, weshalb die Auflage C 18 auch im Hinblick darauf unverhältnismäßig sei. Hinzu komme, dass die WEA 5 mit einer Nabenhöhe von 149 m und einem Rotorradius von 57,5 m einen freien Luftraum unterhalb der Rotoren von 91,5 m aufweise. Eine derartige Pufferzone spreche dafür, dass selbst im Falle eines Vorkommens des Rotmilans im Bereich der WEA 5 nicht vom Vorliegen einer Signifikanz auszugehen sei, da diese den Boden bei der Jagd in einer Flughöhe zwischen 10 und 50 m absuchten. Nach der Vollzugshilfe zum Signifikanzrahmen der Umweltministerkonferenz (UMK) vom 11.12.2020 seien projektspezifische Parameter bei der Bestimmung der Signifikanz zu berücksichtigen. Gegen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko spreche auch, dass der Abstand zwischen der WEA und dem von dem Verwaltungsgericht behaupteten Rotmilanhorst mehr als 1.500 m betrage. Damit sei bereits kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko anzunehmen, selbst wenn das Helgoländer Papier „stoisch“ angewendet würde. Außerdem stelle die Fläche seit nunmehr neun Jahren kein attraktives Nahrungshabitat mehr dar, womit auch nicht von einer Raumnutzung durch den Rotmilan auszugehen sei. Außerdem sei die streitgegenständliche Maßnahme ermessensfehlerhaft, da mildere gleich wirksame Mittel zur Verfügung gestanden hätten, um den von dem Beklagten verfolgten Zweck zu erreichen. Sie habe im Vorfeld der Untersagungsanordnung angeboten, den fraglichen Bereich unterhalb der WEA 5

mit Silo-Gitterfolie abzudecken und so für die Jagd und Nahrungssuche des Rotmilans unattraktiv zu machen. Derartige in der Landwirtschaft regelmäßig verwendete Netze wiesen eine Maschenweite von weniger als 1 mm auf und seien gut geeignet, um potenzielle Beutetiere aus dem Sichtfeld des Rotmilans zu entfernen. Regenwasser sickere durch und so würden auch auf der Folie keine Beutetiere angelockt. Die Folie hätte sie lediglich ca. 2.000 € gekostet und hätte weiterverwendet werden können. Das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht nicht von einer Effektivität der Silo-Gitterfolie ausgegangen. Schließlich hätten sowohl der Beklagte wie auch das Verwaltungsgericht in eklatant rechtswidriger Weise die Bedeutung des Klimaschutzes und damit einhergehend das besondere öffentliche Interesse am Betrieb bestehender Anlagen und am Ausbau der Erneuerbaren Energien verkannt. Dieses sei entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts mit Gewicht in die Abwägung einzustellen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 15.12.2021 – 5 K 752/20 – festzustellen, dass der Bescheid des Beklagten vom 17.4.2020 rechtswidrig war und sie in ihren Rechten verletzt hat.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er trägt vor, durch den gesamten Rechtsstreit ziehe sich die „Philosophie“ der Klägerin, dass er sowie das Verwaltungsgericht die übergeordnete Bedeutung der Erneuerbaren Energien als öffentliches Interesse „überörtlicher Natur“ verkannt hätten. Sie versuche offensichtlich den Eindruck zu erwecken, dass er – der Beklagte – sich an keinerlei Verfassungsrecht gebunden fühle und dieses, insbesondere auch Belange des Klimaschutzes, lediglich für ein „störendes Faktum“ halte. Dabei entferne sich die Klägerin in ihrer Argumentation fortwährend gedanklich vom grundsätzlichen Sinn der Nebenbestimmung C 18, auf der die streitgegenständliche

Untersagungsverfügung beruhe, welcher darin bestehe, die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 Abs. 1 BImSchG sicherzustellen. Die streitgegenständliche Auflage C 18 im Genehmigungsbescheid vom August 2014 sei bestandskräftig und somit einzuhalten. Sinnentstellend sei die Einlassung der Klägerin, er hätte im Frühjahr 2020 die Betreiber eines Drittels der Windenergieanlagen im Saarland zur Abschaltung aufgefordert und damit die Energieerzeugungsleistung massiv gedrosselt. Hintergrund sei die geübte Praxis, im Falle eines nicht auflagenkonformen Zustands der Bewuchssituation unterhalb der Windenergieanlagen zu einer Verständigung zu gelangen, dass die Betreiber freiwillig eine tageszeitliche Abschaltung vornähmen, bis der Bewuchs sich so verbessert habe, dass der mit der Auflage verfolgte Zweck erreicht werden könne. Mit Ausnahme der Klägerin seien alle Betroffenen mit dieser Praxis einverstanden, zumal die Zulassung der Wiederaufnahme des Betriebs seitens des Beklagten bezüglich der Aufwuchssituation niederschwellig im Sinne der jeweiligen Adressaten dieser Verpflichtung gehandhabt werde. Die Fortsetzungsfeststellungsklage sei bereits unzulässig, da die Klägerin kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse, insbesondere kein Rehabilitationsinteresse, besitze. Darüber hinaus bestehe keine Wiederholungsgefahr. Die Annahme, dass die Witterung einen schlechten Bewuchs bedinge und eine nachträgliche Anordnung zur Abschaltung automatisch nach sich ziehe, sei nicht gerechtfertigt. So habe im streitgegenständlichen Jahr bei 2/3 der WEA im Saarland ein ausreichend hoher Bewuchs vorgelegen. Somit lägen keine Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr vor, dass künftig ein vergleichbarer Verwaltungsakt erlassen werde. Die nur vage Möglichkeit einer Wiederholung reiche nicht aus. In den letzten Jahren habe es trotz zum Teil noch schlechterer Witterungsverhältnisse keine Abschaltverfügung an die Klägerin gegeben. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse der Klägerin ergebe sich auch nicht aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes. Das Bundesverwaltungsgericht verlange, dass es sich um einen Verwaltungsakt handeln müsse, der sich typischerweise so kurzfristig erledigt habe, dass er ohne die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses regelmäßig nicht in einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren überprüft werden könne. Entscheidend sei, ob die kurzfristige, eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ausschließende Erledigung sich aus der Eigenart

des Verwaltungsakts selbst ergebe. Das sei hier gerade nicht der Fall. Bei der nachträglichen Anordnung zur Abschaltung handele es sich nicht um einen Verwaltungsakt, der sich typischerweise kurzfristig erledige. Die Verfügung habe über einen gewissen Zeitraum, hier längstens bis zum 31.7.2020, gewirkt und sei gerade nicht durch eine einmalige Vollziehung oder Rechtsgestaltung verbraucht worden. Mittlerweile dränge sich auf, dass es der Klägerin darum gehe, Genugtuung zu erlangen, was jedoch ausdrücklich kein besonderes Feststellungsinteresse begründe. Die Klage sei aus den vom Verwaltungsgericht zutreffend angeführten Gründen auch unbegründet. Insbesondere sei es für die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung nicht erheblich, ob die zugrundeliegende Auflage rechtswidrig sei, solange sie nicht nichtig sei, was hier nicht der Fall sei. Es sei nicht notwendig, dass die Auflage eine konkrete Vorgabe mache, wie hoch und wie dicht genau der Bewuchs zu erfolgen habe. Darüber hinaus habe die Klägerin weder in der Vergangenheit noch in den Folgejahren nach der Untersagungsverfügung Schwierigkeiten damit gehabt, den Inhalt der Auflage nachzuvollziehen. Bereits aus der Formulierung gehe hervor, dass als „Zielzustand“ zumindest ein gewisser Bodenschluss erreicht sein müsse, der keinen erfolgreichen Beutezugriff für den Rotmilan erlaube. Dass bei der Bewertung durch den Beklagten bei solchen, dem dynamischen Naturgeschehen zuzuordnenden Sachverhalten, denen regelmäßig keine statischen Grenzwerte eigen seien, immer ein gewisser Spielraum bestehen müsse und keine prozentualen Bedeckungsgrade oder eine cm-Angabe der Höhe des Aufwuchses angegeben werden könne, liege nicht nur in der Natur der Sache, sondern diene auch dazu, der Klägerin die Erfüllung der Auflage bereits im Falle einer zwar noch nicht optimalen, jedoch im Sinne des fachlichen Hintergrunds der Auflage vertretbaren Aufwuchssituation ermöglichen und insoweit Betriebseinschränkungen vermeiden zu können. Das Argument, dass es sich bei diesem Aspekt und dessen Rechtsfolgen um eine Ermessensentscheidung handele, stütze diese Auffassung. In diesem Zusammenhang sei auf Nachrichten der Klägerin vom Februar und März 2021 hinzuweisen, wonach ihr „völlig unübersehbar“ nicht nur klar gewesen sei, welche Feldfrucht zu welchem Zeitpunkt beziehungsweise in welchem Zeitfenster einzusäen gewesen sei. Vielmehr habe sie danach auch eine Vorstellung von

der Anwuchsdichte beziehungsweise dem Zweck und Zielzustand der Aufwuchssituation gehabt. Aus der Korrespondenz gehe zweifelsfrei hervor, dass der Klägerin spätestens im Jahr 2018 völlig bewusst gewesen sei, was sie zu tun oder zu lassen habe. Auch in anderen Länder-Leitfäden seien keine numerisch exakten Aufwuchshöhen oder -dichten genannt. Der Vortrag der Klägerin, er habe das ihm zustehende Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, gehe ins Leere. Er habe den Sachverhalt ausreichend ermittelt. Eine Ermittlung des Nicht-Besatzes des Horstes des Rotmilans sei zu keinem Zeitpunkt von ihm gefordert worden. Die Klägerin verkenne erneut die Tatsache, dass es bereits aus Zeitgründen für ihn gar nicht möglich gewesen wäre, erst umfangreich die Revier-Situation im „Altenwald“ zu analysieren. Diese Revieranalyse und Nachweisführung sei nicht seine Aufgabe. Dass er dennoch das Revier habe nachweisen können, gehe aus der Akte zweifelsfrei hervor. Entgegen ihrer Einlassung im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht habe die Klägerin bis heute keinen Antrag auf Abänderung oder Aufhebung der Nebenbestimmung gestellt. Das verwundere vor dem Hintergrund der von ihr vertretenen Ansicht, dass die Rotmilan-Fortpflanzungsstätte im Altenwald nicht mehr vorhanden sei. Dennoch vollziehe sie jährlich, im Übrigen auch im Jahr 2022, beanstandungsfrei die Auflagen aus der Genehmigung und setze diese korrekt um. Es widerspreche jeder lebensnahen Betrachtung, dass der Inhaber eines Genehmigungsbescheids über viele Jahre hinweg eine Auflage inklusive damit verbundener vertraglicher Vereinbarungen mit Dritten erfülle, wenn er zur Gewährleistung der Inhalte der Nebenbestimmung von einer für ihn deutlich weniger aufwändigen Alternative überzeugt wäre. Ebenso befremdlich mute die aufgestellte Prognose an, die Auflage in einem langen gerichtlichen Verfahren angreifen zu müssen. Offenkundig denke die Klägerin ausschließlich in der Kategorie streitiger Auseinandersetzungen, wobei vorliegend aber zunächst einmal über einen entsprechenden Änderungsantrag in einem vorgelagerten Verwaltungsverfahren zu entscheiden wäre. Er habe sein Ermessen zugunsten der Klägerin pflichtgemäß dahingehend ausgeübt, dass er die Betriebsuntersagung zum Zeitpunkt des minimal vertretbaren Bewuchszustands unverzüglich wieder aufgehoben habe. Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG

werde nicht in Form eines Automatismus durch kleinste Unterschreitungen der Distanzschwellen ausgelöst, ebenso wenig werde es pauschal verneint, wenn diese Grenzwerte überschritten seien. Diese Abstände würden als widerlegbare Regelvermutung angenommen, die eine weitergehende Betrachtung der konkreten Fallkonstellationen nach sich zögen. Im Zuge des Genehmigungsverfahrens zu der WEA 5 sei im Rahmen einer prognostischen Prüfung festgestellt worden, ob an dem bestimmten Standort für eine windkraftsensible Tierart wie den Rotmilan eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos bestehe. Diese Einschätzung könne nicht durch rechenhaft handhabbare Verfahren vorgenommen werden, sondern eröffne der zuständigen Behörde einen Beurteilungsspielraum, in den insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, Häufigkeit der Frequentierung des Raums auch zur Nahrungssuche und die Wirksamkeit der vorgesehenen Schutzmaßnahmen einfließen. Diese Kriterien seien von ihm ermessensfehlerfrei geprüft und in die Genehmigungsentscheidung aufgenommen worden. Mildere Mittel hätten nicht zur Verfügung gestanden. Zur Auslage von SiLo-Gitterfolie sei der vom Gutachter der Klägerin angeführte „Vergrämungseffekt Rotmilan“ erkennbar spekulativer Natur. Der Gutachter, der selbst eingeräumt habe, dass es sich lediglich um eine Plausibilitätsannahme handele, habe nicht darlegen können, wie oft ein Rotmilan eine solche Folie anfliegen müsse, bis er sie nicht mehr als „Struktur“ wahrnehme, sondern als einen Bereich mit vermeintlich fehlender Nahrung meide. Sein fachwissenschaftlicher Beurteilungsspielraum erstreckte sich auch auf die Wirksamkeit von Vermeidungsmaßnahmen und sei erst verletzt, wenn die behördlichen Annahmen fachlich nicht mehr vertretbar seien. Das sei vorliegend aber nicht der Fall. Die Anordnung der Abschaltung sei auch verhältnismäßig gewesen. Der Artenschutz sei kein Selbstzweck. Mit der Abwägung der widerstreitenden Belange habe er sich in seiner Entscheidung auseinandergesetzt. Eine Befassung mit Fragestellungen der Energie- und Klimapolitik sei nicht Gegenstand der fachrechtlichen Prüfung in Bezug auf ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko im Einzelfall. Die besorgniserregende energiepolitische Situation mit Blick auf den Krieg in der Ukraine sei für die Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Untersagungsverfügung im Zeitpunkt ihres Erlasses im April 2020 unerheblich.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten dieses Verfahrens und des Verfahrens VG 5 L 472/20 – OVG 2 B 181/20 sowie der beigezogenen Verwaltungsunterlagen (2 Ordner) Bezug genommen. Er war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

## **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

### **I.**

Die vom Verwaltungsgericht nach § 124a Abs. 1 Satz 1 VwGO zugelassene und hinsichtlich ihrer Zulässigkeit auch ansonsten keinen Bedenken unterliegende Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 15.12.2021 – 5 K 752/20 – ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage der Klägerin auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids des Beklagten vom 17.4.2020, mit dem eine vorübergehende teilweise Stilllegung der Windkraftanlage auf der Parzelle Nr. 132/1 in Flur 14 der Gemarkung E... ( K... WEA 5) angeordnet worden war, zu Recht abgewiesen.

Die im Juli 2020 nach Erledigung des durch Aufhebung des zu dem Zeitpunkt noch nicht bestandskräftigen Verwaltungsakts zum 28.5.2020 erhobene Klage der Klägerin ist zwar zulässig (A.), aber in der Sache nicht begründet (B.).

### **A.**

Die Klage ist zulässig,<sup>7</sup> wobei letztlich offen bleiben kann, ob in dieser Konstellation eine Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO oder eine allgemeine Feststellungsklage (§ 43 VwGO)

---

<sup>7</sup> vgl. grundsätzlich BVerwG, Urteil vom 20.1.1989 – 8 C 30.87 –, DVBl 1989, 873, wonach es sich bei der nach Erledigung erhobenen Klage um einen besonderen Fall der Feststellungsklage nach § 43 VwGO handelt

statthaft ist.<sup>8</sup> Das neben der sich aus der Adressatenstellung der Klägerin ergebenden Klagebefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO und dem Eintritt der Erledigung insbesondere erforderliche besondere Interesse der Klägerin an der nachträglichen Feststellung einer Rechtswidrigkeit des belastenden Verwaltungsakts vom 17.4.2020 ist gegeben.

Ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse lässt sich indes bei – wie hier – Klageerhebung erst nach Eintritt des erledigenden Ereignisses nicht mit dem Verweis auf die beabsichtigte Geltendmachung eines der Klägerin nach ihrem Vortrag entstandenen Schadens von über 40.000,- € in dem dafür in Betracht kommenden zivilrechtlichen Verfahren begründen.<sup>9</sup> Vielmehr sind insoweit die Zivilgerichte bei der Beurteilung von Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüchen (Art. 34 Abs. 2 GG, § 839 BGB) auch zur Klärung öffentlich-rechtlicher Vorfragen berufen.

Zweifelhaft erscheint ferner, ob der Klägerin als Kapitalgesellschaft ein in bestimmten Fällen in dem Zusammenhang als schutzwürdig anerkanntes, von ihr unter Verweis auf eine öffentlichkeitswirksame Bezeichnung als „Vogelschredder“ geltend gemachtes „Rehabilitationsinteresse“ zugestanden werden kann, zumal dieses „Attribut“ gerade von Windkraftgegnerinnen und -gegnern im Grunde unabhängig von konkreten Ereignissen allen Betreibern von Windkraftanlagen zugeschrieben wird und die Annahme einer für die Klägerin „ehrenrührigen“ Wirkung konkret der angegriffenen Anordnung des Beklagten vom 17.4.2020 nicht ersichtlich ist. Das kann aber letztlich ebenso dahinstehen wie die Frage, ob sich ein Feststellungsinteresse der Klägerin aus einem nach Aktenlage gegen ihren Geschäftsführer betriebenen Strafverfahren<sup>10</sup> wegen „unerlaubten Betriebens von Anlagen“ trotz eines vollziehbaren Verbots (§ 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB) ergibt. Die Frage zu beantworten, wie die Fortsetzung des Betriebs der WEA an den beiden Tagen bis zur zumindest durch § 19

---

<sup>8</sup> vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 28.3.2012 – 6 C 12.11 –, NJW 2012, 2676, mit Nachweisen zu der insoweit nicht einheitlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

<sup>9</sup> vgl. auch hierzu BVerwG, Urteil vom 20.1.1989 – 8 C 30.87 –, DVBl 1989, 873, insbesondere mit dem Hinweis, dass grundsätzlich kein Anspruch auf ein (vermeintlich) sachnäheres Gericht besteht

<sup>10</sup> vgl. hierzu die erneute Aktenanforderung (Sachstandsanfrage) der Staatsanwaltschaft Saarbrücken vom 27.6.2022 unter der dortigen Geschäftsnummer 03 Js 1038/20

Abs. 5 SVwVG unabhängig von einem der E-Mail aus Sicht des Beklagten innewohnenden „Bekanntgabewillen“ schon wegen der darin enthaltenen Zwangsmittellandrohung zwingend vorgeschriebenen förmlichen Zustellung und damit dem Wirksamwerden der Untersagungsverfügung (§§ 41, 43 SVwVfG) nach ihren Angaben<sup>11</sup> – erst – am 23.4.2020 strafrechtlich zu bewerten ist, ist nicht Sache des Senats.<sup>12</sup>

Letztlich begründet jedenfalls die sich hier aufdrängende Wiederholungsgefahr ein Feststellungsinteresse der Klägerin, die auch im Berufungsverfahren generell die Existenz des Rotmilans im maßgeblichen Umfeld der Windkraftanlage und damit die generelle Befugnis des Beklagten, unter Berufung auf die konkrete Vorgabe C 18 im Genehmigungsbescheid eine zeitweise Abschaltung zu fordern, in Abrede stellt. Die Annahme einer Wiederholungsgefahr setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats eine konkret absehbare Möglichkeit voraus, dass in naher Zukunft eine gleiche oder gleichartige Maßnahme, hier eine Teilstillegungsanordnung, auf einer vergleichbaren rechtlichen Grundlage zu Lasten der Klägerin zu erwarten ist.<sup>13</sup> Dabei müssen im Wesentlichen die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und Rahmenbedingungen bestehen wie bei Ergehen der erledigten Anordnung im April 2020, wobei allerdings eine vage oder abstrakte Möglichkeit der Wiederholung nicht ausreicht.<sup>14</sup> Zwar reicht der pauschale Hinweis darauf, dass solche Anordnungen bezogen auf die konkrete Anlage auch zukünftig nicht ausgeschlossen werden könnten, zur Begründung der Wiederholungsgefahr nicht aus. Die Klägerin hat indes nachvollziehbar dargelegt, dass aufgrund klimatisch vergleichbarer Einflüsse auch in der Zukunft, gegebenenfalls zeitnah aufgrund klimatischer Veränderungen, die realistische Gefahr besteht, dass der Beklagte – entsprechend seiner Einlassung auch im vorliegenden Verfahren – auf die Einhaltung der Vorgaben der Auflagen Nr. C 18 und Nr. C 20 in seinen Zulassungsentscheidungen vom 6.8.2014 beziehungsweise

---

<sup>11</sup> vgl. dazu Seite 3 unten der Antragsschrift der Klägerin vom 27.4.2020 im Aussetzungsverfahren VG 5 L 472/20

<sup>12</sup> vgl. hierzu auch die „Fälligstellung“ von Zwangsgeldern in Höhe von 44.000,- € vom 22.4.2020 wegen des Betriebs der Anlage am 20.4. und 21. 4.2022

<sup>13</sup> vgl. dazu etwa auch BVerwG, Beschluss vom 2.11.2017 – 7 C 26.15 – juris

<sup>14</sup> vgl. dazu etwa OVG des Saarlandes, Urteil vom 12.11.2019 – 2 C 285/18 –, juris m.w.N.

vom 6.1.2015 (Neufassung) bestehen und bei nicht ausreichendem Aufwuchs am Mastfuß erneut eine vorübergehende Abschaltung der Anlage WEA 5 unter Verweis auf artenschutzrechtliche Gründe verlangen wird. Dass sich die maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse seit dem Frühjahr 2020 insoweit in einer die Wiederholungsgefahr ausschließenden Weise dauerhaft verändert hätten, kann nicht angenommen werden.<sup>15</sup>

Vor dem Hintergrund kann schließlich offenbleiben, ob auch die Voraussetzungen der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung unter dem Aspekt der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes im Art. 19 Abs. 4 GG entwickelten Anforderungen an das Vorliegen eines Feststellungsinteresses wegen eines „tiefgreifenden“ und gewichtigen Grundrechtseingriffs mit Blick auf die in der mündlichen Verhandlung erneut gemachten Angaben zu den wirtschaftlichen Konsequenzen auch der nur zeitlich begrenzten Abschaltung trotz der begrenzten Aufrechterhaltung des ohnehin auf die Brutperiode des Rotmilans bis Ende Juli beschränkten Betriebsverbots zwischen dem Wirksamwerden der Anordnung und deren Aufhebung bereits am 28.5.2020 bejaht werden könnten.<sup>16</sup>

## **B.**

Die demnach zulässige Klage ist indes nicht begründet. Die gegenüber der Klägerin ergangene Anordnung des Beklagten zur vorübergehenden Teilabschaltung der Windkraftanlage vom 17.4.2020 war rechtmäßig.

### **1.**

Durchgreifende formelle Mängel liegen nicht vor.

a. Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung ist der § 20 Abs. 1 Satz 1 BImSchG. Danach kann die zuständige Behörde den Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage ganz oder teilweise untersagen, wenn der Be-

---

<sup>15</sup> vgl. hierzu etwa OVG des Saarlandes, Urteil vom 31.5.2022 – 2 C 57/21 –, juris, <Geschäftsschließungen Corona>

<sup>16</sup> vgl. dazu etwa *Stuhlfauth* in Bader u.a., VwGO, 8. Auflage 2021, § 113 Rn 72 m.N. aus der Rspr.

treiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage einer Auflage oder einer vollziehbaren nachträglichen Anordnung nicht nachkommt, die die Beschaffenheit oder den Betrieb der Anlage betrifft. Das war zwischen den Beteiligten unstrittig und auch durch Fotoaufnahmen in den Verwaltungsakten belegt im April 2020 hinsichtlich der Vorgaben in den Nebenbestimmungen C 18 und C 20 zu den Genehmigungen aus den Jahren 2014/2015 der Fall. Die Flächen um den Fuß der Anlage wiesen nicht den dort geforderten, für eine Bejagung durch den Rotmilan „unattraktiven“ Zustand beziehungsweise Bewuchs auf. Dabei spielt es keine Rolle, dass diese Vorgaben artenschutzrechtlich motiviert und begründet waren.<sup>17</sup> Für die Anwendbarkeit des die Immissionsschutzbehörde, hier den Beklagten, ermächtigenden § 20 BImSchG spielt es keine Rolle, ob es sich um eine Immissionsschutzauflage handelt oder ob diese – wie hier – zur Erfüllung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften (hier: § 44 BNatSchG) in den Zulassungsbescheid aufgenommen wurden, um mit Blick auf § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG die Genehmigungsfähigkeit zu gewährleisten. Entgegen der Ansicht der Klägerin obliegen daher die Überwachung der Einhaltung und die Durchsetzung nicht verschiedenen jeweils für die betroffenen Rechtsbereiche zuständigen Fachbehörden. Im konkreten Zusammenhang muss dem aber letztlich ohnehin nicht weiter nachgegangen werden, da der Beklagte gleichzeitig die Aufgaben der Unteren Naturschutzbehörde wahrnimmt (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, 47 Abs. 3 Nr. 2 SNG).

b. Die Adressierung der Anordnung zur vorübergehenden tageszeitlichen Einstellung des Betriebs der Windkraftanlage (WEA 5) an die Klägerin unterliegt im konkreten Fall keinen rechtlichen Bedenken. Sie hat sich in ihrer Anzeige vom März 2015 gegenüber dem Beklagten nicht nur als geschäftsführende Gesellschafterin einer eigens für diese Anlage gegründeten Betreibergesellschaft „Windpark am K... WEA 5 GmbH & Co KG“ ausgewiesen, sondern zusätzlich sogar ausdrücklich ihre eigene „Anlagenverantwortlichkeit“, also konkret die Verantwortlichkeit für den Betrieb

---

<sup>17</sup> vgl. dazu etwa Jarrass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 20 Rn 7, auch insoweit unter Verweis auf ein abweichendes Urteil des BVerwG vom 9.12.1983 – 7 C 68/82 –, NVwZ 1984, 305

der WEA 5, hervorgehoben.<sup>18</sup> Dass die Anordnung zu Recht ihr gegenüber erlassen wurde, unterliegt vor dem Hintergrund keinen Bedenken. Auch im Immissionsschutzrecht ist die Frage der Verantwortlichkeit oder – hier – der „richtigen“ Adressatin derartiger Anordnungen aus der Sicht der handelnden Behörde unter Berücksichtigung der Erkenntismöglichkeiten im Zeitpunkt ihres Tätigwerdens zu beurteilen.<sup>19</sup> Inwieweit die „Anlagenverantwortlichkeit“ wegen personeller Identitäten in der Geschäftsführung der im Schreiben vom 3.3.2015 genannten „Betreiber-gesellschaft“ zuzurechnen ist, muss dabei ebenso wenig vertieft werden wie die nachträglichen gesellschaftsrechtlichen Argumente der Klägerin. Aufgrund der vorgenannten Mitteilung durfte der Beklagte zu Recht davon ausgehen, dass die Klägerin den bestimmenden und maßgeblichen Einfluss auf den Betriebsablauf der Anlage ausübt,<sup>20</sup> was im Übrigen letztlich auch zur Befolgung der Anordnung geführt hat. Entsprechendes gilt im Übrigen auch für den umfangreichen elektronischen Nachrichtenaustausch zwischen dem Beklagten und dem Geschäftsführer der Klägerin unmittelbar vor und nach dem Erlass der streitgegenständlichen Anordnung vom 17.4.2020. Am 16.4.2020, also vor Ergehen des Bescheids hat sich dieser beispielsweise unter dem Betreff „Vollzug der Auflagen zur unattraktiven Gestaltung der Flächen unter dem Rotor“ an die auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat anwesende Mitarbeiterin ... R... des Fachbereichs 3.1 (Naturschutz) gewandt und in der Unterschrift ausdrücklich auf seine Stellung als Inhaber und Geschäftsführer der Klägerin hingewiesen. Die „Windpark am K... WEA 5 GmbH & Co KG“ wurde hier wie auch sonst nicht erwähnt. Entsprechendes gilt für Nachrichten des Geschäftsführers der Klägerin vom 17.4.2020 an Herrn Dr. M... von der Beklagten (Fachbereich 3.1), vom 27.4.2020 an den Beklagten und vom 29.4.2020 wiederum an Herrn Dr. M... und an die Beklagte. Dies be-

---

<sup>18</sup> vgl. das Anzeigeschreiben der Klägerin an den Beklagten vom 3.3.2015, Seite 2, Anlage K2 zur Klageschrift

<sup>19</sup> vgl. dazu entsprechend für den Bereich des bauaufsichtlichen Einschreitens Bitz/Schwarz u.a., Baurecht Saarland, 2. Auflage 2005, Kp IX, Rn 66 m.w.N.

<sup>20</sup> vgl. zum gesetzlich nicht definierten immissionsschutzrechtlichen Begriff des Betreibers von Anlagen etwa BVerwG, Urteil vom 22.11.2018 – 7 C 7.17 –, NVwZ-RR 2019, 260, wonach es von zivilvertraglichen Vereinbarungen maßgeblich darauf ankommt, wer auch unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter, rechtlicher, wirtschaftlicher und tatsächlicher Gegebenheiten bestimmenden Einfluss auf die Einrichtung, Beschaffenheit und den Betrieb der Anlage ausübt

stätigt auch das Widerspruchsschreiben vom 22.4.2020, in dem nicht ansatzweise die fehlende (eigene) Verantwortlichkeit und eine daraus abzuleitende unzutreffende Adressierung der Anordnung des Beklagten vom 17.4.2020 geltend gemacht, vielmehr unter dem Aspekt einer angeblich unzureichenden Anhörung vor dem Erlass (§ 28 SVwVfG) ausdrücklich betont wurde, dass die Wiederaufnahme des Betriebs der Anlage – abweichend von den wirtschaftlichen Absichtungen in der mündlichen Verhandlung am 13.12.2022 – für die Klägerin selbst „existenziell wichtig“ sei.

c. Die genannten Auflagen C 18/C 20 zur Genehmigung für den Betrieb der Windkraftanlage unterliegen auch keinen durchgreifenden Bedenken hinsichtlich einer ausreichenden inhaltlichen Bestimmtheit im Sinne des § 37 Abs. 1 SVwVfG. Diese erfordert nach ständiger Rechtsprechung – aus Sicht des Betroffenen –, dass für die Adressaten eines anordnenden Verwaltungsakts (§ 35 SVwVfG) dessen Inhalt so vollständig und unzweideutig erkennbar sein muss, dass sie ihr Verhalten danach ausrichten können, wobei sich die Anforderungen wesentlich nach den Umständen des Einzelfalls richten. Zur Wahrung der hinreichenden Bestimmtheit einer Nebenbestimmung zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (§ 12 Abs. 1 BImSchG) genügt neben einer detaillierten Beschreibung der Maßnahme auch die hinreichend konkrete Benennung des mit ihr verfolgten Ziels.<sup>21</sup> Nach diesen Maßstäben ist im konkreten Fall von einer hinreichenden Bestimmtheit auszugehen. Das belegt die Tatsache, dass die Beachtung der genannten artenschutzrechtlichen Vorgabe für den Betrieb der Windkraftanlage bis zum hier in Rede stehenden Zeitpunkt im Frühjahr 2020 offensichtlich für die Klägerin kein Problem darstellte. Nach dem Vortrag des Beklagten gilt das übrigens auch für die Folgezeit, insbesondere für das aktuelle Jahr 2022. Das hat der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Gerade für einen Zeitpunkt, der offensichtlich wegen des Fehlens jeglichen Bewuchses im März/April 2020 eine unzureichende inhaltliche Bestimmtheit des Gebots zu reklamieren, ist daher schwer nachzuvollziehen. Vom unstreitigen Ziel

---

<sup>21</sup> vgl. etwa VGH Kassel, Beschluss vom 26.2.2018 – 9 B 2012/17 –, DÖV 2018, 455 <Auflage zum Schutz des Trinkwassers vor Verunreinigung, Ersatzwasserversorgung>, OVG Lüneburg, Beschluss vom 6.11.2012 – 12 ME 189/12 –, Juris

und Zweck der Vorgabe, deren grundsätzliche Sinnhaftigkeit zum Schutz des Rotmilans übrigens nach seinen Ausführungen in der mündlichen Verhandlung seitens des Geschäftsführers der Klägerin nicht in Frage gestellt wird – unabhängig von ihrer sachlichen Berechtigung – war unschwer erkennbar, was vom Beklagten mit der Auflage verlangt wurde, um einem Vogelschlag im Nahbereich der Anlage möglichst vorzubeugen. Vergleichbar mit dem Fall des bodenrechtlichen Baugebots ist es auch hier unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit unbedenklich, wenn den Betreibern der Anlagen unter Einräumung einer gewissen Flexibilität bei der Pflicht zur Erreichung einer gesetzlichen Zielvorgabe – in ihrem Interesse – ein gewisser Spielraum in von der Behörde festzulegenden Grenzen eingeräumt und damit eine Flexibilität in der Umsetzung sichergestellt wird.<sup>22</sup> Die Maßgaben sollen nach ihrem unschwer erkennbaren Zweck dazu führen, dem Rotmilan während seiner Brutperiode im näheren Umfeld des Fußes der Anlage kein attraktives Jagd- beziehungsweise Nahrungshabitat zu bieten. Eine exakte zentimeterscharfe Festlegung von Höhe, Pflanzenarten und Pflanzenabständen zur Vergrämung des in der Brutzeit jagenden Rotmilans war nicht zwingend geboten. Die Vergrämung ist jahrelang – bis auf den hier fraglichen Zeitpunkt im April 2020 – auch erfolgreich umgesetzt worden, aber unstreitig (nur) in jenem Jahr witterungsbedingt völlig fehlgeschlagen.

## 2.

Die Rechtmäßigkeit des Bescheids des Beklagten vom 17.4.2020 unterliegt auch in materiell-rechtlicher Hinsicht keinen durchgreifenden Bedenken.

a. Soweit die Klägerin eingewandt hat, die – unstreitige – Verfehlung des vorgenannten artenschutzrechtlichen Ziels falle nicht in ihren Verantwortungsbereich, sondern sei durch einen von ihr mit der Umsetzung des entsprechenden Anpflanzungsgebots betrauten Landwirt zu vertreten, hat bereits das Verwaltungsgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass derarti-

---

<sup>22</sup> vgl. zum zulässigen Inhalt bodenrechtlicher Baugebote – heute § 176 BauGB – auch vor dem Hintergrund ihrer Durchsetzbarkeit etwa BVerwG, Urteil vom 15.2.1990 – 4 C 4 C 41.87 –, BRS 50 Nr. 204

ge Verschuldens- oder Zurechnungsfragen in dem Zusammenhang keine Rolle spielen. Darauf sowie auf dem gegebenenfalls zugrundeliegende privatrechtliche Absprachen mit einem von der Klägerin beauftragten Dritten muss daher nicht eingegangen werden. Eine solche „Übertragung“ der Aufgabe entbindet die Klägerin im Verhältnis zu Beklagten nicht von ihrer Verantwortung zur Sicherstellung der Einhaltung der Auflage beim Betrieb der Windkraftanlage.

b. Ebenfalls nicht maßgeblich ist der Einwand der Klägerin, die im Übrigen auf einem von ihr in Auftrag gegebenen und zu den Genehmigungsunterlagen gereichten avifaunistischen Fachgutachten<sup>23</sup> basierenden Vorgaben C 18/C 20 in der Genehmigung seien „rechtswidrig“, was der Umsetzung in dem Bescheid des Beklagten vom 17.4.2020 entgegenstehe.

In dem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass die Änderung oder Aufhebung einer von der Genehmigungsbehörde erlassenen, wirksamen – hier sogar seit Jahren bestandskräftigen – Nebenbestimmung (§ 12 BImSchG) abgesehen von unwesentlichen „Bagatellfragen“ grundsätzlich einer Änderungsgenehmigung nach dem nicht nur für bauliche Veränderungen, sondern auch für den Betrieb geltenden § 16 BImSchG bedarf. Ob es sich damals um eine isoliert angreifbare Auflage zur Sicherstellung der Genehmigungsfähigkeit nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG handelte oder um eine nicht isoliert aufhebbar Inhaltsbestimmung, kann aus heutiger Sicht dahinstehen, da die Klägerin nie Rechtsbehelfe dagegen ergriffen und die Betriebsauflage damit akzeptiert hat. Aus welchen Motiven heraus, etwa weil sie das nicht für notwendig oder eine Veränderung als zu „teuer“ angesehen hat, spielt dabei keine Rolle.

Der Beklagte war darüber hinaus insbesondere bei der Durchsetzung der Auflage aus den Jahren 2014/2015 im hier allein maßgeblichen Zeitpunkt im April 2020 auch nicht verpflichtet, dem von der Klägerin nun geltend gemachten Einwand eines Fortzugs des Vogels im Sinne einer Aufgabe und eventuell auch nur einer Verlagerung des Nests in andere Bereiche

---

<sup>23</sup> ...

von sich aus nachzugehen, zumal vor Erlass des angegriffenen Bescheids für ihn auch keine realistische Möglichkeit bestanden hat, aufwändige Untersuchungen in der Richtung gewissermaßen „aus dem Stand“ vorzunehmen. Die Klägerin hatte die von ihr – wie erwähnt – zuvor auch jahrelang erfolgreich umgesetzten Anforderungen für den Betrieb der Anlage im Genehmigungsbescheid in den Jahren 2014/2015 akzeptiert, jedenfalls nicht angegriffen, so dass diese bestandskräftig geworden sind. Der Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Klägerin bis heute keinen Antrag auf eine Änderung der Genehmigung in dem Punkt oder auch nur auf ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 SVwVfG gestellt hat. Dabei liegt es sehr nahe, dass der von ihr eingewandte Wegfall der naturschutzrechtlichen Tatbestandsmerkmale oder der Bedrohung für den Rotmilan gegenüber dem Genehmigungszeitpunkt in einem solchen Verfahren in erster Linie ihr obläge. Dass sie nach ihren neuerlichen Angaben in der mündlichen Verhandlung – zumindest in der Vergangenheit – die Kosten für entsprechende Begutachtungen zum Nachweis einer Aufgabe der Brutstätte des Vogels im maßgeblichen Umfeld „gescheut“ hat, rechtfertigt es jedenfalls nicht, den Beklagten in der konkreten Entscheidungssituation im April 2020 unter Hinweis auf sein „Ermessen“ mit der – damals zudem kurzfristig objektiv unmöglich zu befolgenden – Verpflichtung zur Durchführung dieser Untersuchungsmaßnahmen zu belasten.<sup>24</sup> Deswegen sind insbesondere im Hinblick auf den damals zeitlich sehr begrenzten Entscheidungsspielraum für den Beklagten von der Klägerin eingewandte mehr oder weniger fachlich fundierte Erkenntnisse hinsichtlich eines Wegfalls des Schutzinteresses bezogen auf den Rotmilan, insbesondere aber bezogen auf nach der Entscheidung angeblich gewonnene Erkenntnisse für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits, nicht von Belang. Vor dem Hintergrund kommt es hier schließlich auch nicht darauf an, welche Bedeutung privaten Sichtmeldungen auf der Internet-

---

<sup>24</sup> vgl. – umgekehrt – zu den ohnehin eingeschränkten Bindungswirkungen („Bestandschutz“) der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung aus Sicht des Adressaten auch bei Anforderungen nach sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften etwa Jarass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 6 Rn 54, 55; zur Anpassungspflicht des Betreibers bei nachträglichen Änderungen genehmigter Anlagen nach dem maßgeblichen Fachrecht BVerfG, Beschluss vom 14.1.2020 – 1 BvR 1627/09 –, BRS 76 Nr. 160 <Legebatterie >, BVerwG, Urteil vom 30.4.2009 – 7 C 14.08 –, NVwZ 2009, 1441 zur dynamischen Natur der Betreiberpflichten auch vor dem Hintergrund des Art. 14 GG

plattform *ornitho.de*, die unter anderem Gegenstand der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung angeführten Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz vom September 2021 waren, im gerichtlichen Verfahren erlangen können.<sup>25</sup>

Dabei gegebenenfalls auch im Zusammenspiel mit einer auflagenbezogen ohnehin thematisch nicht einschlägigen (zusätzlichen) Fledermausproblematik von einem „Widerruf“ für den Betrieb der Anlage zu sprechen, verfehlt den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens und wäre gegebenenfalls ebenfalls in einem – unterstellt – wiederaufgegriffenen immissionsschutzrechtlichen Zulassungs- oder Nichtzulassungsverfahren zu klären. Das gilt im Ergebnis auch für die zwischen den Beteiligten umstrittene Tauglichkeit – bezogen auf die vorübergehende Teilabschaltung bis zum Ende der Brutzeit des Rotmilans – alternativer Ansätze und Methoden zur Sicherstellung der Unattraktivität des Geländes am Boden im unmittelbaren Umfeld des Fußes des Masts der Anlage im Zusammenhang mit einer von der Klägerin bestrittenen Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Regelungen Nr. C 18/C 20 des Genehmigungsbescheids. Der Beklagte war damals in der Situation auch sicher nicht verpflichtet *ad hoc* die von dem in der mündlichen Verhandlung am 13.12.2022 anwesenden Dr. W... in seinem Vortrag angeregte und in der Vergrämungswirkung entgegen den vom Verwaltungsgericht angeführten Gutachten für zielführend erachtete Auslegung von Gitterfolien um den Fuß der Anlage herum auf ihre Wirksamkeit zu testen.

c. Schließlich begründen die wirtschaftlichen Interessen an einem „ungehinderten“ Betrieb der Windkraftanlage oder gar die im Zusammenhang mit der „Energiekrise“ bezogen auf die Stromversorgung im Gefolge des russischen Einmarsches in die Ukraine aus Sicht der Klägerin in ihrer Wertigkeit gesteigerten öffentlichen Interessen an einem Umdenken in der Frage der erneuerbaren Energien keine Befugnis des Beklagten, demgegenüber die Belange des Natur- und Artenschutzes „hintanzustellen“ oder

---

<sup>25</sup> vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 1.9.2021 – 1 A 11152/20 –, juris, wobei insoweit von „Gelegenheitsbeobachtungen“ die Rede ist und es in der Sache um die Anfechtungsklage einer Gemeinde gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens im Genehmigungsverfahren ging

zu vernachlässigen. Abgesehen davon, dass im April 2020 eine solche „Energiekrise“ nicht absehbar war, existieren insoweit klare gesetzliche Vorgaben im Artenschutzrecht (§§ 44 ff. BNatSchG). Diese haben übrigens gerade was die Signifikanzbeurteilung des Tötungs- und Verletzungsrisiken für Exemplare kollisionsgefährdeter Brutvogelarten etwa durch Festlegung sogenannter Nahbereiche und die Konkretisierung von Ausnahmemöglichkeiten nach dem § 45 BNatSchG anbelangt, in jüngerer Vergangenheit durch Einfügung des § 45b BNatSchG erneut ausdrücklich Anerkennung gefunden.<sup>26</sup> Die am 29.7.2022 in Kraft getretenen aktuellen Vorgaben, insbesondere was die in der Anlage 1 für den Rotmilan artbezogen festgelegten Nahbereiche (500 m) sowie die zentralen und erweiterten Prüfbereiche (1.200 m/3.500 m) anbelangt, sind für den vorliegenden Fall und die Entscheidung durch den Senat noch nicht unmittelbar relevant. Von der Klägerin angesprochene Ausnahmemöglichkeiten nach den im Jahre 2020 geltenden naturschutzrechtlichen Bestimmungen hätten ebenfalls im Rahmen einer förmlichen Prüfung auf der Grundlage eines Änderungsverfahrens für die Auflage C 18 Relevanz erlangen können. Gegebenenfalls bedeutsam wären sie in einem auf Antrag der Klägerin einzuleitenden ergänzenden Verfahren zur Festlegung des Betriebs oder Weiterbetriebs der Anlage, das die Klägerin nie eingeleitet hat. Vor dem Hintergrund erweist sich in der konkreten Entscheidungssituation Mitte April 2020 der Entschluss des Beklagten, der bestandskräftigen Auflage im Wege einer vorübergehenden Abschaltung Wirksamkeit zu verschaffen auch nicht als ermessensfehlerhaft (§ 20 Abs. 1 Satz 1 BImSchG). Was den wiederholten Hinweis des Geschäftsführers der Klägerin auf eine „willkürliche“ beziehungsweise unverhältnismäßige Vorgehensweise des Beklagten beziehungsweise seiner Mitarbeiterinnen in dem Zusammenhang anbelangt, bleibt festzuhalten, dass der Beklagte auf Telefonate mit dem Geschäftsführer der Klägerin vom 15. und 16.4.2020 – entsprechend vereinbart – den Ornithologen B... eingeschaltet und nach Informationen zum Brutplatz des Rotmilans befragt hat, der eine Abschaltung des „Windrads“ unter Verweis auf ein Schadensereignis (Vogelschlag) im Jahre

---

<sup>26</sup> vgl. den Art. 1 Nr. 3 und Nr. 6 des 4. Änderungsgesetzes zum Bundesnaturschutzgesetz vom 20.7.2022, BGBl. 2022, 1362, 1436

2018 für „dringend nötig“ gehalten hat.<sup>27</sup> Der Verweis auf einen Wegfall des naturschutzrechtlichen Anordnungsgrunds beziehungsweise auf eine damit einhergehende und im Rahmen einer Ermessensausübung durch den Beklagten – aus ihrer Sicht – zu berücksichtigenden Rechtswidrigkeit aus heutiger Sicht rechtfertigt von daher die von der Klägerin mit vorliegender Klage begehrte Feststellung ebenfalls nicht.

d. Dass dem Beklagten – sofern man das in dem Zusammenhang überhaupt für relevant ansehen möchte – im Rahmen der Durchsetzung der Nebenbestimmung eine Verletzung des für repressives aufsichtsbehördliches Tätigwerden regelmäßig zu beachtenden Willkürverbots beziehungsweise des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) vorzuwerfen wäre, hat die Klägerin schon im Tatsächlichen nicht dargelegt. Erforderlich wäre in dem Zusammenhang eine weitgehende tatsächliche und rechtliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte, was unter dem erstgenannten Gesichtspunkt auch die jeweils betroffene Raumeinheit umfasst. Ferner hat der Beklagte letztlich unwidersprochen vorgetragen, dass die damals in vergleichbarer Situation befindlichen Anlagebetreiber bei unzureichendem Aufwuchs im Umfeld des Anlagefußes im Einvernehmen mit ihm eine freiwillige vorübergehende und teilweise Abschaltung ihrer Windkraftanlagen vorgenommen haben.

## II.

Die Kostenentscheidung folgt aus dem § 154 Abs. 2 VwGO.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 10 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) liegen nicht vor.

---

<sup>27</sup> vgl. dazu den Aktenvermerk der Frau R... vom 16.4.2020 zu den genannten Telefonaten (Blätter 80/78) der Verfahrensakte des Beklagten

### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils bei dem Oberverwaltungsgericht des Saarlandes (Hausadresse: Kaiser-Wilhelm-Straße 15, 66740 Saarlouis/Postanschrift: 66724 Saarlouis) einzulegen. Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder ein Verfahrensmangel, auf dem das Urteil beruhen kann, bezeichnet werden.

Die Einlegung und die Begründung der Beschwerde müssen durch einen Rechtsanwalt oder eine sonstige nach Maßgabe des § 67 VwGO vertretungsberechtigte Person oder Organisation erfolgen.

Insoweit gelten die für den elektronischen Rechtsverkehr mit den Verwaltungsgerichten geltenden Regelungen (§§ 55a ff., 55d VwGO). Danach sind Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt, durch eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse eingereicht werden, als elektronisches Dokument zu übermitteln. Gleiches gilt für die nach diesem Gesetz vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 55a Absatz 4 Satz 1 Nummer 2 zur Verfügung steht. Ist eine Übermittlung aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

gez. Bitz

Dr. Kiefer

Vohl

### **B e s c h l u s s**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 30.000,- € festgesetzt (§§ 52 Abs. 1, 47 Abs. 2, 63 Abs. 2 GKG, ebenso bereits die vorläufige Festsetzung im Beschluss vom 3.3.2022 – 2 A 54/22 –).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

gez. Bitz

Dr. Kiefer

Vohl

Beglaubigt  
Saarlouis, den 19. Dezember 2022  
**elektronisch signiert**

Schirra, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle