

Die Pflicht zur Durchführung einer allgemeinen Vorprüfung in einem Änderungs-genehmigungsverfahren besteht nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UVPG bereits dann, wenn eine Umweltverträglichkeitsprüfung - unabhängig von ihrer rechtlichen Erforderlichkeit - vor Erteilung der ursprünglichen Genehmigung tatsächlich durchgeführt worden ist.

Faktische Vogelschutzgebiete im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Vogelschutzrichtlinie sind solche Gebiete, die nach den Kriterien der Vogelschutzrichtlinie förmlich unter Vogelschutz hätten gestellt werden müssen, aber nicht als Vogelschutzgebiet ausgewiesen worden sind. An die Behauptung, es gebe ein faktisches Vogelschutzgebiet, sind angesichts des fortgeschrittenen Standes des Melde- und Gebietsausweisungsverfahrens gerade in NRW nach Abschluss des Nachprüf- und Nachmeldeverfahrens durch die Bekanntmachung der Europäischen Vogelschutzgebiete in NRW vom 4.12.2023 (MBI. NRW. S. 1426) besondere und gesteigerte Anforderungen zu stellen.

Jedenfalls der nordöstliche Teil des Arnsberger Waldes rund um die Stadt Warstein stellt nach derzeitigem Erkenntnisstand kein faktisches Vogelschutzgebiet dar. Es ist namentlich gerichtlich nicht zu beanstanden, den in diesem Gebiet regelmäßig vorkommenden Schwarzstorch wegen seines weitflächigen Verbreitungsgebietes im gesamten südlichen Bergland NRW als für die denknotwendig für ein Vogelschutzgebiet erforderliche räumliche Abgrenzbarkeit bzw. Konzentration nicht geeignet zu erachten.

Der Schwarzstorch gehört nach Abschnitt 1 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG nicht zu den kollisionsgefährdeten Brutvogelarten. Dass der Gesetzgeber hinsichtlich des darin aufgestellten Katalogs der kollisionsgefährdeten Brutvogelarten von einer abschließenden Auflistung ausging, begegnet auch keinen unionsrechtlichen Bedenken.

Demgegenüber kommt eine Verletzung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG zulasten des windenergiesensiblen Schwarzstorches grundsätzlich in Betracht, wenn sich in der näheren Umgebung einer Windenergieanlage (hier ca. 650 und 1.100 m entfernt) von ihm genutzte Horste befinden. Ob eine solche Verletzung droht, ist unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände einschließlich des im Genehmigungsbescheid festgelegten Vermeidungs- und Ausgleichskonzepts im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen (hier verneint).

Eine Rückbausicherung, die über dem in Nr. 5.2.2.4 des nordrhein-westfälischen Windenergie-Erlasses vom 8.5.2018 angeführten Wert von 6,5% der Gesamtinvestitionskosten liegt, ist im Regelfall nicht als unzureichend anzusehen. Einer zusätzlichen Geldwertsicherungsklausel bedarf es in diesem Fall jedenfalls nicht zwingend.

Es bleibt (deshalb) offen, ob § 35 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. Satz 3 BauGB tatsächlich den Rückbau als solchen absichert und damit den von § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 1 Abs. 4 UmwRG vorausgesetzten Umweltbezug aufweist oder ob mit der Vorschrift nicht – was aus Sicht des Senates deutlich näher liegt – in erster Linie fiskalische Zwecke verfolgt werden.

VwGO § 42
BImSchG § 16
UVPG §§ 5; 9; 7; 25
UmwRG §§ 1 Abs. 1 und 4; 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2; 4 Abs. 1 Satz 2; 6
Vogelschutzrichtlinie Art. 4 Abs. 1, 2 und 4
LNatSchG NRW § 48 Abs. 3
BNatSchG §§ 44 Abs. 1 Nr. 1-3; 45b mit Anhang 1; 74 Abs. 4 und 5
BauGB § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3

OVG NRW, Urteil vom 6.9.2024 - 22 D 106/23.AK -.

Der Kläger, der nordrhein-westfälische Landesverband des Naturschutzbundes Deutschland (NABU), wandte sich gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage mit einer Gesamthöhe von 236 m. Die Anlage gehört zu einem im Arnsberger Wald geplanten Windpark mit insgesamt 11 (ursprünglich 15) Windenergieanlagen, für die jeweils Einzelgenehmigungen beantragt und erteilt wurden. Der Kläger machte geltend, dass der Arnsberger Wald als eine der größten zusammenhängenden Waldflächen des Landes insgesamt, insbesondere aber die von dem Windpark betroffenen Teile, wegen eines Schwerpunktorkommens vor allem des Schwarzstorchs - aber auch anderer Vogelarten wie etwa Grau- und Mittelspecht, Sperlings- und Raufußkauz, Wendehals und Turteltaube - ein faktisches Vogelschutzgebiet sei, das nach den Vorschriften des europäischen Rechts als Schutzgebiet zu melden und auszuweisen sei. Solange dies - rechtswidrig - nicht geschehe, greife der strenge europäische Habitatschutz, wonach jegliche Beeinträchtigung, also auch die Errichtung von Windenergieanlagen ausnahmslos verboten sei. Der Beklagte verwies darauf, dass das im Genehmigungsverfahren intensiv eingebundene Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW (LANUV) nach Prüfung von entsprechenden Eingaben lokaler Naturschutzverbände und von Einzelpersonen, für die der Kläger nunmehr auftrete, die Voraussetzungen für ein Vogelschutzgebiet als nicht gegeben ansehe. Der Schwarzstorch könne wegen seiner flächigen Verbreitung in der nordrhein-westfälischen Mittelgebirgsregion nicht für die notwendige Gebietsabgrenzung herangezogen werden. Auch die Europäische Kommission verfolge ein Vertragsverletzungsverfahren wegen einer Nichtausweisung nicht weiter. Die Klage blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

I. Klagegegenstand ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigung des Beklagten vom 30.3.2023 in der Fassung seines Änderungsgenehmigungsbescheids vom 21.3.2024. Der Kläger konnte die Änderungsgenehmigung in das laufende Klageverfahren einbeziehen. Denn diese wächst nach der Rechtsprechung des BVerwG dem ursprünglichen Genehmigungsbescheid automatisch an.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 18.10.2022 - 7 B 1.22, 7 B 2.22 und 7 B 3.22 -, jeweils juris Rn. 6.

Zudem ist nach Angaben der Beigeladenen mangels Verfügbarkeit des ursprünglich beantragten und genehmigten Anlagentyps ohnehin nur noch die Ausnutzung der Genehmigung in der Fassung der nun vorliegenden Änderungsgenehmigung möglich.

II. Die Klage ist als Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1, 1. Fall VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere ist der Kläger als anerkannte Umweltvereinigung abweichend von der allgemeinen Regelung in § 42 Abs. 2 VwGO nach § 2 Abs. 1 UmwRG i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a UmwRG klagebefugt.

III. Die Klage ist unbegründet.

Die angegriffene Genehmigung vom 30.3.2023 in der Fassung der Änderungsgenehmigung vom 21.3.2024 erweist sich im Rahmen des nach den Vorschriften des Umweltrechtsbehelfsgesetzes eröffneten Prüfungsrahmens als rechtmäßig. Sie leidet an keinem absoluten Verfahrensfehler (dazu 1.) und verstößt weder wegen einer Nichtbeachtung eines faktischen Vogelschutzgebiets (unten 2.) noch wegen einer Beeinträchtigung des einstweilig sichergestellten, beabsichtigten Naturschutzgebietes „Siepen / Quellbäche im Stadtgebiet von Warstein“ (dazu 3.) gegen Habitat- oder Naturschutzrecht. Im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung findet die Sondervorschrift des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG Anwendung (dazu 4.). Die vom Kläger geltend gemachten Verstöße gegen artenschutzrechtliche Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG zu Lasten des Schwarzstorches liegen nicht vor (unten 5.). Schließlich bleibt er mit seinem Vortrag erfolglos, dass

die zur Sicherung der Rückbauverpflichtung beizubringende Sicherheitsleistung unzureichend sei (dazu unten 6.).

1. Die angefochtene Genehmigung ist nicht aufgrund eines absoluten Verfahrensfehlers rechtswidrig. Die im Genehmigungsverfahren vom Beklagten durchgeführte allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls vom 6.11.2023 entspricht dem Maßstab des § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG. (Substanziierte) Bedenken hat auch der Kläger insoweit – zu Recht – nicht erhoben.

a) Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UVPG besteht, wenn ein Vorhaben geändert wird, für das eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt worden ist, für das Änderungsvorhaben die UVP-Pflicht, wenn die allgemeine Vorprüfung ergibt, dass die Änderung zusätzliche erhebliche nachteilige oder andere erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen hervorrufen kann.

Die Pflicht zur Durchführung einer allgemeinen Vorprüfung in einem Änderungs-genehmigungsverfahren besteht bereits dann, wenn eine Umweltverträglichkeitsprüfung vor Erteilung der ursprünglichen Genehmigung tatsächlich durchgeführt worden ist. Um den Behörden komplizierte retrospektive Prüfungen zu ersparen, stellt die Vorschrift allein darauf ab, ob die Zulassung des bestehenden Vorhabens seinerzeit tatsächlich mit Umweltverträglichkeitsprüfung erfolgt ist oder nicht.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 25.7.2023 - 8 B 734/23.AK -, NWVBl. 2023, 453 = juris Leitsatz 7 und Rn. 51, unter Bezugnahme auf Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: Januar 2023, § 9 UVPG Rn. 1 und die dort zitierte „Begründung der Bundesregierung“ (BT-Drs. 18/11499, S. 79 f.).

Gemäß § 9 Abs. 4 UVPG gilt für die Vorprüfung bei Änderungsvorhaben § 7 UVPG entsprechend. Demnach richtet sich die allgemeine Vorprüfung maßgeblich nach § 7 Abs. 1 UVPG. Sie wird als überschlägige Prüfung unter Berücksichtigung der in Anlage 3 zum UVPG aufgeführten Kriterien durchgeführt. Die UVP-

Pflicht besteht, wenn die Änderung nach Einschätzung der zuständigen Behörde erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die nach § 25 Abs. 2 UVPG bei der Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen wären, vgl. § 9 Abs. 4 i. V. m. § 7 Abs. 1 Sätze 2 und 3 UVPG.

Nach § 9 Abs. 4 i. V. m. § 7 Abs. 5 Sätze 1 und 2 UVPG berücksichtigt die Behörde bei der Vorprüfung, ob erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen durch Merkmale des Vorhabens oder des Standorts oder durch Vorkehrungen des Vorhabenträgers offensichtlich ausgeschlossen werden. Liegen der Behörde Ergebnisse vorgelagerter Umweltprüfungen oder anderer rechtlich vorgeschriebener Untersuchungen zu den Umweltauswirkungen des Vorhabens vor, bezieht sie diese Ergebnisse in die Vorprüfung ein. Die für das Grundvorhaben durchgeführte UVP kann demnach verwertet werden.

Vgl. Tepperwien, in: Schink/Reidt/Mitschang,
UVPG / UmwRG, 2. Aufl. 2023, § 9 UVPG
Rn. 3 ff.

Sofern eine Vorprüfung vorgenommen worden ist, gibt die zuständige Behörde die Feststellung der Öffentlichkeit bekannt. Dabei gibt sie die wesentlichen Gründe für das Bestehen oder Nichtbestehen der UVP-Pflicht unter Hinweis auf die jeweils einschlägigen Kriterien nach Anlage 3 an. Gelangt die Behörde zu dem Ergebnis, dass keine UVP-Pflicht besteht, geht sie auch darauf ein, welche Merkmale des Vorhabens oder des Standorts oder welche Vorkehrungen für diese Einschätzung maßgebend sind, vgl. § 5 Abs. 2 Sätze 1 bis 3 UVPG.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 UmwRG steht eine durchgeführte Vorprüfung des Einzelfalls zur Feststellung der UVP-Pflichtigkeit, die nicht dem Maßstab des § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG genügt, einer nicht durchgeführten Vorprüfung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b UmwRG gleich. Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG hat das Gericht die Einschätzung der zuständigen Behörde nur daraufhin zu prüfen, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben des § 7 UVPG durchgeführt worden ist und ob das Ergebnis nachvollziehbar ist. Dementsprechend muss eine Vorprüfung überhaupt stattgefunden haben, und das Ergebnis darf keine Rechtsfehler

aufweisen, die seine Nachvollziehbarkeit ausschließen. Diese Beschränkung verdeutlicht, dass der zuständigen Behörde für ihre prognostische Beurteilung ein Einschätzungsspielraum zusteht. Gefordert ist eine Plausibilitätskontrolle, bei der die von der Behörde für ihr Prüfergebnis gegebene Begründung zugrunde zu legen ist. Die Vorprüfung darf sich insbesondere nicht in einer oberflächlichen Abschätzung spekulativen Charakters erschöpfen, sondern muss auf der Grundlage geeigneter und ausreichender Informationen erfolgen. Hierzu zählen auch vom Vorhabenträger eingeholte Fachgutachten, die durch zusätzliche Ermittlungen der Genehmigungsbehörde ergänzt werden können.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24.5.2018 - 4 C 4.17 -, BVerwGE 162, 114 = juris Rn. 18; OVG NRW, Beschlüsse vom 15.7.2020 - 8 B 1600/19 -, NWVBl. 2020, 519 = juris Rn. 10 f., und vom 27.11.2018 - 8 B 1170/17 -, juris Rn. 70 ff., jeweils m. w. N.

b) Dies zugrunde gelegt, genügt die UVP-Vorprüfung des Beklagten vom 6.11.2023 auf der Grundlage der mit dem Änderungsantrag vorgelegten „Deltap-rüfung (Allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls) aufgrund der Änderung des Anlagentyps“ der S. vom 4.10.2023 dem Maßstab des § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG. Seine zum damaligen Zeitpunkt getroffene Einschätzung, dass eine UVP nicht erforderlich sei, wurde auf einer hinreichenden naturschutzfachlichen Grundlage getroffen und ist nachvollziehbar.

Der Beklagte hat in seinem – anschließend öffentlich bekanntgemachten – Vermerk vom 6.11.2023 nachvollziehbar ausgeführt, die Erhöhung der Gesamtanlage um ca. 13,5 m sei mit Blick auf die konkreten Bedingungen erkennbar zu vernachlässigen, eine Erhöhung der Immissionsbelastung resultiere hieraus insgesamt nicht. Die Annahme, es sei im Ergebnis keine signifikante Änderung der Umweltauswirkungen zu erwarten, sondern die Folgen auch des - um weniger als 10% - erhöhten Rotordurchmessers seien als nur geringfügig zu qualifizieren, ist angesichts der gleichzeitig um mehr als 20% reduzierten Drehgeschwindigkeit (Blattspitzengeschwindigkeit statt ca. 366,7 km/h nun ca. 288,65 km/h), plausibel,

zumal der Beklagte zu Recht ergänzend auf die beibehaltenen und weiterhin ausreichenden Ausgleichs- und Vermeidungsmaßnahmen verweisen durfte.

2. Die der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 30.3.2023 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 21.3.2024 verstößt nicht gegen Habitatschutzrecht. Der Vorhabenstandort liegt entgegen der Annahme des Klägers nicht innerhalb eines faktischen Vogelschutzgebiets, für das nach Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie ein Beeinträchtigungsverbot gilt. Die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Gebiets (dazu a) sind am genehmigten Standort nicht erfüllt (dazu b).

a) Nach den von der Rechtsprechung zu den Voraussetzungen für ein faktisches Vogelschutzgebiet im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Vogelschutzrichtlinie entwickelten Maßstäben sind dies solche Gebiete, die nach den Kriterien der Vogelschutzrichtlinie förmlich unter Vogelschutz hätten gestellt werden müssen, aber nicht als Vogelschutzgebiet ausgewiesen worden sind. Sie unterliegen dem vorläufigen Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten die geeigneten Maßnahmen treffen, um die Verschmutzung oder Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel, sofern sich diese auf die Zielsetzungen dieses Artikels erheblich auswirken, in den in den Absätzen 1 und 2 genannten Schutzgebieten zu vermeiden. Dieses Schutzregime ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass bis zu einem Regimewechsel nach Art. 7 der FFH-Richtlinie das Spektrum der Gründe, die eine Einschränkung des Vogelschutzes zugunsten eines Infrastrukturvorhabens rechtfertigen können, sehr eingeschränkt ist. Nur überragende Gemeinwohlbelange wie etwa der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen oder der Schutz der öffentlichen Sicherheit sind geeignet, das Beeinträchtigungs- und Störungsverbot des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie zu überwinden.

Nach Art. 4 Abs. 1 Satz 4 der Vogelschutzrichtlinie erklären die Mitgliedstaaten insbesondere die für die Erhaltung der im Anhang I aufgeführten Vogelarten zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete zu Schutzgebieten, wobei die Erfor-

dernisse des Schutzes dieser Arten in dem geografischen Meeres- und Landgebiet, in dem diese Richtlinie Anwendung findet, zu berücksichtigen sind. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie ergänzt diese Bestimmung dahin, dass die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der Schutzerfordernisse in dem geografischen Meeres- und Landgebiet, in dem diese Richtlinie Anwendung findet, die entsprechenden Maßnahmen für die nicht in Anhang I aufgeführten, regelmäßig auftretenden Zugvogelarten hinsichtlich ihrer Vermehrungs-, Mauser- und Überwinterungsgebiete sowie der Rastplätze in ihren Wanderungsgebieten treffen.

Aus diesen Regelungen folgt jedoch nicht, dass sämtliche Landschaftsräume unter Schutz gestellt werden müssen, in denen die in Art. 4 der Vogelschutzrichtlinie genannten Vogelarten vorkommen. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten die Gebiete auszuwählen, die im Verhältnis zu anderen Landschaftsteilen am besten die Gewähr für die Verwirklichung der Richtlinienziele bieten. Schutzmaßnahmen sind danach zu ergreifen, soweit sie erforderlich sind, um das Überleben und die Vermehrung der in Anhang I aufgeführten Vogelarten und der in Art. 4 Abs. 2 der Vogelschutzrichtlinie angesprochenen Zugvogelarten sicherzustellen. Die Auswahlentscheidung hat sich ausschließlich an diesen ornithologischen Erhaltungszielen zu orientieren. Eine Abwägung mit anderen Belangen findet nicht statt. Unter Schutz zu stellen sind die Landschaftsräume, die sich nach ihrer Anzahl und Fläche am ehesten zur Arterhaltung eignen. Welche Gebiete hierzu zählen, legt das Unionsrecht nicht im Einzelnen fest. Jeder Mitgliedstaat muss das Seine zum Schutz der Lebensräume beitragen, die sich auf seinem Hoheitsgebiet befinden. Entscheidend ist allein die ornithologische Wertigkeit, die nach quantitativen und nach qualitativen Kriterien zu bestimmen ist. Zu den Bewertungskriterien gehören neben Seltenheit, Empfindlichkeit und Gefährdung einer Vogelart unter anderem die Populationsdichte und Artendiversität eines Gebietes, sein Entwicklungspotenzial und seine Netzverknüpfung sowie die Entwicklungsperspektiven der bedrohten Art. Je bedrohter, seltener oder empfindlicher die Arten sind, desto größere Bedeutung ist dem Gebiet beizumessen, das die für ihr Leben und ihre Fortpflanzung ausschlaggebenden physischen und biologischen Elemente aufweist. Nur Lebensräume und Habitate, die unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe für

sich betrachtet in signifikanter Weise zur Arterhaltung beitragen, gehören zum Kreis der im Sinne des Art. 4 der Vogelschutzrichtlinie geeignetsten Gebiete.

Die Identifizierung der für die Erhaltung der Vogelarten nach ornithologischen Kriterien „zahlen- und flächenmäßig“ geeignetsten Gebiete wird gerichtlich nur eingeschränkt überprüft, weil Art. 4 Abs. 1 Satz 4 der Vogelschutzrichtlinie den Mitgliedstaaten insoweit einen fachlichen Beurteilungsspielraum eröffnet. Ob eine Ausweisung als Vogelschutzgebiet aus sachfremden Erwägungen unterblieben ist, ist dagegen gerichtlich voll überprüfbar.

Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa EuGH, Urteile vom 26.4.2018 - C-97/17 -, juris Rn. 60 ff., vom 13.12.2007 - C-418/04 -, juris Rn. 36 ff., und vom 2.8.1993 - C-355/90 -, juris Rn. 26; BVerwG, Urteile vom 6.4.2017 - 4 A 16.16 -, DVBl. 2017, 1039 = juris Rn. 19, vom 11.8.2016 - 7 A 1.15 -, BVerwGE 156, 20 = juris Rn. 88 f., und vom 21.6.2006 - 9 A 28.05 -, BVerwGE 126, 166 = juris Rn. 20 f., Beschlüsse vom 13.3.2008 - 9 VR 9.07 -, juris Rn. 14 f., und vom 24.2.2004 - 4 B 101.03 -, juris Rn. 13 f., jeweils m. w. N.

Werden Regionen mit gleichwertigen Eigenschaften für die Erhaltung der Vogelarten nur teilweise als Vogelschutzgebiet ausgewiesen, muss die Gebietsabgrenzung unter Berücksichtigung der natürlichen Grenzen des betroffenen Ökosystems erfolgen und darf nicht das Ergebnis einer isolierten Prüfung des ornithologischen Wertes jeder einzelnen der in Rede stehenden Flächen sein.

Vgl. EuGH, Urteile vom 26.4.2018 - C-97/17 -, juris Rn. 62 (IBA-Gebiet im Gebirge), vom 14.1.2016 - C-141/14 -, juris Rn. 30 (IBA-Gebiet in einer Küstenregion), und vom 13.12.2007 - C-418/04 -, juris Rn. 142 (Wattgebiet).

Innerhalb der natürlichen Grenzen des betroffenen Ökosystems kann relevant sein, inwieweit die für die Gebietsausweisung ausschlaggebenden Vogelarten die Flächen in durchschnittlichem oder darüber hinausgehendem Umfang nutzen.

Vgl. EuGH, Urteil vom 13.12.2007 - C-418/04 -, juris Rn. 137, 145 (Wattgebiet).

An die Behauptung, es gebe ein faktisches Vogelschutzgebiet bzw. die Abgrenzung eines noch auszuweisenden Vogelschutzgebiets sei aus ornithologischer Sicht nicht vertretbar, sind angesichts des fortgeschrittenen Standes des Melde- und Gebietsausweisungsverfahrens besondere und gesteigerte Anforderungen zu stellen.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 - 9 VR 9.07 -, juris Rn. 16; OVG Rh.-Pf., Urteil vom 30.3.2023 - 1 C 10345/21.OVG -, ZNER 2023, 331 = juris Leitsatz 4 und Rn. 71; OVG NRW, Urteil vom 1.3.2021 - 8 A 1183/18 -, BauR 2021, 1105 = juris Rn. 281; Nds. OVG, Beschluss vom 10.3.2010 - 12 ME 176/09 -, NuR 2010, 290 = juris Rn. 20.

In dem Maße, in dem sich die Gebietsvorschläge eines Landes zu einem kohärenten Netz verdichten, verringert sich die richterliche Kontrolldichte. Mit dem Fortschreiten des Auswahl- und Meldeverfahrens steigen die prozessualen Darlegungsanforderungen für die Existenz eines (nicht erklärten) „faktischen“ Vogelschutzgebiets, welches eine „Lücke im Netz“ schließen soll. Entsprechendes gilt für die zutreffende Gebietsabgrenzung. Die gerichtliche Anerkennung eines faktischen Vogelschutzgebiets kommt im Falle eines abgeschlossenen Meldeverfahrens nur dann in Betracht, wenn der Nachweis geführt werden kann, dass die Nichtmeldung oder die Nichteinbeziehung des Gebiets in ein gemeldetes Vogelschutzgebiet auf sachwidrigen Erwägungen beruht.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 15.7.2016 - 9 C 3.16 -, NVwZ 2016, 1631 = juris Rn. 27, Beschluss vom 15.12.2022 - 4 BN 18.22 -, juris Rn. 12; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 27.11.2023 - 10 S 1584/22 -, NuR 2024, 483 = juris Rn. 73 („hohe Hürden“); OVG Rh.-Pf., Urteil vom 30.3.2023 - 1 C 10345/21.OVG -, ZNER 2023, 331 = juris Rn. 71.

Diesem Umstand kommt hier besondere Bedeutung zu, nachdem in NRW nach Abschluss des ursprünglichen Meldeverfahrens auch das um das Jahr 2020 eingeleitete landesweite Nachprüf- und Nachmeldeverfahren Anfang 2024 mit der (Nach-)Meldung eines neuen („Diemel- und Hoppecketal mit Wäldern bei Brilon und Marsberg“) und der deutlichen Erweiterung zweier bereits gemeldeter Vogelschutzgebiete (Erweiterung zum Vogelschutzgebiet „Nationalpark Eifel“ und Erweiterung zum Vogelschutzgebiet „Schwalm-Nette“ durch Einbeziehung des Bereichs des früheren Militärflughafens Niederkrüchten-Elmpt und Umgebung) erneut seinen Abschluss gefunden hat. Entsprechend der Bekanntmachung der Europäischen Vogelschutzgebiete in NRW vom 4.12.2023 (MBI. NRW. S. 1426) wurde auch das Landesnaturschutzgesetz durch Gesetz vom 5.3.2024 (GV. NRW. S. 156) angepasst. § 52 Abs. 1 Satz 1 LNatSchG NRW verweist nunmehr auf diese aktualisierte Bekanntmachung im Ministerialblatt.

Vgl. LT-Drs. 18/7241, S. 24, 33 f.

Dies schließt die Existenz faktischer Vogelschutzgebiete zwar nicht aus, erhöht die Anforderungen an eine solche Annahme aber weiter.

b) Nach diesen (hohen) Maßgaben liegt der Vorhabenstandort nicht in einem faktischen Vogelschutzgebiet im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Vogelschutzrichtlinie, insbesondere hat der Kläger nicht den Nachweis geführt oder lässt sich anderweitig feststellen, dass die gegenteilige Annahme des Beklagten und des Landes NRW auf sachwidrigen Erwägungen beruhen könnte.

Insoweit ist zunächst entgegen der von den Vertretern des Klägers in der mündlichen Verhandlung mit besonderer Vehemenz wiederholten Annahme ohne entscheidungserhebliche Bedeutung, ob der Beklagte hinreichende eigene Ermittlungen zu dieser Thematik angestellt hat. Maßgeblich ist allein, ob objektiv nach plausibler, insbesondere nicht sachwidriger fachlicher Einschätzung die Voraussetzungen für die Annahme eines faktischen Vogelschutzgebietes auf der Grundlage der vorhandenen Datenlage gegeben sind.

Jenseits dessen ist allerdings auch nicht zu erkennen, aus welchem Grund der Beklagte zur Beurteilung dieser Frage nicht auf die Erkenntnisse und Bewertungen übergeordneter Fachbehörden zurückgreifen und sich auf sie maßgeblich verlassen dürfte. Gerade das LANUV ist nicht zuletzt zu dem Zweck eingerichtet worden, (unabhängigen) naturwissenschaftlichen und damit auch naturschutzfachlichen Sachverstand zu bündeln und ihn den übrigen Landesbehörden zur Verfügung zu stellen. Vor diesem Hintergrund begegnet die – tatsächlich knappe – Begründung der der Genehmigung zugrunde gelegten Annahme, das Vorhaben solle nicht in einem faktischen Vogelschutzgebiet verwirklicht werden, gerade vor dem Hintergrund der engen Einbindung der höheren und der oberen Fachbehörde in das Genehmigungsverfahren auch in der Sache keinen (eigenständigen) Bedenken.

Auf der Grundlage der verfügbaren Daten und Erkenntnisse,

vgl. zu deren Maßgeblichkeit BVerwG, Beschluss
vom 13.6.2022 - 7 B 10.21 -, juris Rn. 10 f.,

lässt sich nicht feststellen, dass das Vorhaben der Beigeladenen in einem faktischen Vogelschutzgebiet verwirklicht werden soll.

Die zur Beantwortung der Frage, ob es sich im Sinne der Vogelschutzrichtlinie um eines der zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete handelt, anerkannten Kriterien nach Brocksieper/Woike durfte der Beklagte sachgerecht als nicht erfüllt ansehen. Namentlich ist gerichtlich nicht zu beanstanden, dass er den im Gebiet regelmäßig vorkommenden Schwarzstorch wegen seines anzunehmenden weitflächigen Verbreitungsgebietes im gesamten südlichen Bergland NRWs als für die denknöwendig für ein Vogelschutzgebiet erforderliche räumliche Abgrenzbarkeit bzw. Konzentration im wie auch immer abgegrenzten Arnsberger Wald für nicht geeignet erachtet hat (dazu aa). Jenseits dessen ist aber auch nicht belastbar anzunehmen, dass das Gebiet wegen des Vorkommens (weiterer) potenziell charakteristischer Vogelarten als faktisches Vogelschutzgebiet betrachtet werden müsste (unten bb).

aa) Der Beklagte ist im Anschluss an entsprechende Bewertungen des LANUV jedenfalls nicht sachwidrig davon ausgegangen, dass die im Gebiet vorkommenden Schwarzstörche jedenfalls in Nordrhein-Westfalen nicht als für eine bestimmte Region in Abgrenzung zu anderen Verbreitungsgebieten charakteristisch angesehen werden können. Zur Überzeugung des Senats lässt sich anhand des verfügbaren Kartenmaterials ohne Weiteres die Annahme des Beklagten und des LANUV plausibel nachvollziehen, dass der Schwarzstorch im gesamten südlichen Bergland Nordrhein-Westfalens – d. h. vom Paderborner Hochland über das Sauerland bis zum Siegerland sowie der Eifel und darüber hinaus auch in den angrenzenden Regionen Hessens und Rheinland-Pfalz – annähernd gleichmäßig verbreitet ist und infolgedessen hier keine Teilgebiete wie den Arnsberger Wald charakterisiert.

Dies ergibt sich nicht nur aus der vom LANUV herangezogenen aktuellen Rasterkarte des Energieatlases NRW,

<https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/rasterkarten/103175>,

die nach unwidersprochen gebliebenen Angaben des LANUV insbesondere auch die vom Kläger ins Zentrum seines Vortrags gestellten Daten von Herrn F.-P. aus den Jahren 2005-2016 enthält. Warum diese Karte mit Stand 2019 gleichwohl als Beurteilungsgrundlage nicht geeignet sein sollte, erschließt sich dem Senat vor diesem Hintergrund auch unter Berücksichtigung der klägerischen Einwände nicht. Ihr lässt sich vielmehr aufgrund des relativ kleinräumigen Rasters und des relativ großen Aktionsraums des Schwarzstorches durchaus eine flächige Verbreitung entnehmen, zumal im südlichen Bergland jede Rasterkarte ein Schwarzstorchvorkommen ausweist. Dies ist aus Sicht des Senats ein deutliches Indiz für die angenommene im Wesentlichen gleichmäßige Verbreitung.

Dass sich an diesem Verbreitungsmuster auch seit dem Jahr 2019 trotz des offenbar eingetretenen Bestandsrückgangs nichts geändert hat, hat Herr Dr. Y. in der mündlichen Verhandlung für den Senat nachvollziehbar erläutert. Danach

wirkt sich dieser Rückgang vor allem im nördlichen Teil des Landes aus. Dem ist der Kläger auch nicht entgegengetreten.

Für die Richtigkeit, zumindest aber die naturschutzfachliche Vertretbarkeit der daraus gezogenen Schlussfolgerungen des LANUV spricht angesichts dessen gerade die vom Kläger als Anlage 8 zur Klagebegründung vom 23.8.2023 vorgelegte Karte, die die aktuellen Bestandsfeststellungen von Herrn F.-P. für das Jahr 2023 für einen Bereich zwischen dem Möhnesee im Norden und Schmallenberg-Bödefeld im Süden wiedergibt. Diese verzeichnet insgesamt sieben aktuelle Brutplätze, zwei Reviere und fünf Revierverdachte des Schwarzstorchs. Von den sieben Brutplätzen befinden sich indes mindestens zwei südlich der vom Kläger für maßgeblich gehaltenen Grenzen des Arnsberger Waldes und ebenfalls mindestens zwei, möglicherweise sogar drei, im östlich anschließenden Vogelschutzgebiet „Diemel- und Hoppecketal“, zudem eventuell auch eines der beiden gekennzeichneten Reviere. Damit verbleiben lediglich max. drei Brutplätze und zwei Reviere im hier interessierenden Raum und ergibt sich schon daraus eine gleichmäßigere Verteilung in der Gesamtregion, als sie der Kläger mit dieser Karte begründen will.

Demgegenüber hat Herr Dr. Y. auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass aus fachlicher Sicht ein reiner Revierverdacht für die Kartierung eines Vogelschutzgebietes nicht als ausreichend angesehen werde, selbst wenn eine Brut als „wahrscheinlich“ einzustufen sei. Angesichts dessen lässt sich aus den weiteren fünf „Revierverdachten“, die Herr F.-P. (nur) im Arnsberger Wald festgestellt hat, im vorliegenden Zusammenhang keine abweichende Bewertung der maßgeblichen Verbreitung des Schwarzstorchs begründen. Der von Herrn Dr. Y. näher erläuterten Einschätzung ist der Kläger auch nicht in substantzierter Form entgegengetreten, sondern hat lediglich darauf hingewiesen, dass Herr F.-P. sich die Revierverdachtsfälle „nicht ausgedacht haben“ werde. Dies hält der Senat zwar für zutreffend, ändert aber gerade nichts daran, dass es mindestens fachlich vertretbar ist, solche Verdachtsfälle nicht den tatsächlich festgestellten (Brut-) Revieren gleichzustellen, zumal nach der in der Darstellung gewählten Systematik hier eine Brut nicht einmal wahrscheinlich sein dürfte, nachdem nicht

einmal die Zwischenstufe eines Reviers erreicht worden ist. Die Darstellung bestätigt damit insgesamt die vom LANUV angenommene gleichmäßige Verteilung schon in diesem Gebietsausschnitt des Süderberglandes.

Dies gilt umso mehr, als das aus dem Kartenmaterial ableitbare Gesamtbild zum Verbreitungsgebiet des Schwarzstorchs (nicht nur) in NRW auch von der in der Klagebegründung vom 23.8.2023 ausdrücklich und mit entsprechender Verlinkung angeführten Verbreitungskarte des Dachverbandes Deutscher Avifaunisten (DDA),

<https://www.dda-web.de/voegel/voegel-in-deutschland/Schwarzstorch/verbreitung> - zuletzt abgerufen am 6.9.2024,

bestätigt wird. Nach dieser aktuell abrufbaren Karte entfallen auf die Region Arnsberger Wald – genauer die damit allerdings nicht ganz identischen TK (Topographische Karten) 4514 bis 4517 („Möhnesee“, „Hirschberg“, „Warstein“ und „Alme“) - nach der verwandten Farbskala jeweils 1-3 Brutplätze/Reviere – ebenso wie nahezu in den gesamten Topographischen Karten des Süderberglandes. Eine stärkere Verbreitung (4-7) findet sich erst südlich des Arnsberger Waldes innerhalb der TK Bödefeld sowie nordwestlich innerhalb der TK Kleinenberg.

Soweit die Vertreter des Klägers in der mündlichen Verhandlung zu dieser Karte ausgeführt haben, sie sei veraltet und werde nach Auskunft des DDA seit vielen Jahren nicht mehr aktualisiert, findet sich ein solcher Hinweis weder an dieser noch an anderer Stelle der Dokumentation, die dort vielmehr auch Bestandszahlen bis 2016 auflistet. Dem Senat erscheint es auch unabhängig davon kaum nachvollziehbar, warum der DDA eine veraltete Karte kommentarlos weiter zugänglich halten sollte, obwohl er nach Darstellung der Vertreter des Klägers um deren Korrekturbedürftigkeit wissen soll. Noch weniger verständlich erscheint, warum der Kläger auf diese Karte noch in seiner Klagebegründung Bezug nimmt.

Selbst wenn man indes diese Angaben des Klägers zugrunde legte, änderte sich an der Vertretbarkeit der Auffassung des LANUV nichts. Dies gilt schon deshalb,

weil der Kläger selbst das Kartenmaterial des DDA ausdrücklich nur für den Zeitraum 2005-2009 durch Zahlen von Herrn F.-P. ersetzt bzw. ergänzt sieht, diese aber offenbar ausweislich der von ihm im Verwaltungsverfahren vorgelegten Karte auf das Jahr 2020 bezogen verstanden wissen will. Dies erschließt sich so ebenso wenig wie der Umstand, dass diese offenbar von den Vertretern des Klägers erstellte bzw. bearbeitete Karte ohne diese Kenntlichmachung dem DDA zugeschrieben wird. Das ist – wie auch die offenbar eigenständig gewählte Darstellungsform, die von der vom DDA verwandten abweicht – selbst dann mehr als bemerkenswert, wenn der DDA das zugrunde gelegte Datenmaterial nicht beanstandet hat. Eine Autorisierung der Karte – zumal für das Jahr 2020 – war damit jedenfalls nicht verbunden.

Unabhängig davon spricht nach der dem Senat vorgelegten Karte für das Jahr 2023 mindestens Überwiegendes dafür, dass in die von Herrn F.-P. gemeldeten Daten auch Revierverdachtsfälle als Brutplätze/Reviere eingeflossen sind, die – wie ausgeführt – im vorliegenden Zusammenhang gerade nicht gleichgesetzt werden können. Hierzu passt nicht zuletzt, dass die Angaben von Herrn F.-P. – anders als diejenigen des DDA, die auch der vom LANUV grundsätzlich angewandten Darstellung entsprechen – stets nur einen Zahlenwert für den Fünf-Jahres-Zeitraum (2005-2009) benennen und nicht eine Spanne (etwa 5 statt 4-7). Schließlich dürfte es schon aus grundsätzlichen Erwägungen heraus unzulässig sein, selektiv gewonnene Daten aus einer offenbar besonders intensiven Beobachtung einer Teilregion mit denjenigen einer für das gesamte Gebiet angewandten gröberen Erfassung ohne Weiteres zu vermengen. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund des großen Aktionsradius der Art, die es naheliegend erscheinen lässt, dass sich Reviere überschneiden; das gilt naturgemäß erst recht für bloße Verdachtsfälle.

Ist damit (weiterhin) davon auszugehen, dass die Art Schwarzstorch im gesamten südlichen Mittelgebirgsraum NRWs annähernd gleichmäßig verbreitet ist, kann daraus nur der Schluss gezogen werden, dass sie gerade nicht für einen Teilbereich des großflächigen Gebiets charakteristisch ist und sich hieraus die An-

nahme des LANUV rechtfertigt, sie sei zur Gebietsabgrenzung nicht heranziehbar. Entgegen der Auffassung des Klägers handelt es hierbei auch nicht um einen Kurzschluss aus dem Umstand, dass eine gleiche Feststellung auch für den Rotmilan zu treffen ist.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 29.11.2022 - 22 A 1184/18 -, ZNER 2023, 53 = juris Rn. 432 ff., und vom 1.3.2021 - 8 A 1183/18 -, BauR 2021, 1305 = juris Rn. 312 ff., sowie Beschluss vom 2.12.2021 - 2 B 1217/21 -, BauR 2022, 618 = juris Rn. 30 ff.

Dass aus einem vergleichbaren tatsächlichen Befund – der annähernd gleichmäßigen Verteilung – gleiche rechtliche Schlüsse – fehlende „Charakteristik“ – gezogen werden, auch wenn es nicht um gleiche oder vergleichbare absolute Bestandszahlen geht, ist in sich schlüssig, wenn nicht logisch zwingend. Bedenklich oder unzulässig ist dies jedenfalls nicht.

Solche Bedenken ergeben sich auch nicht daraus, dass in der Folge der Schwarzstorch – wie der Rotmilan – aus dem Schutzraster der Vogelschutzgebiete fiel und damit schutzlos bliebe, wie es der Kläger in der mündlichen Verhandlung noch einmal pointiert hervorgehoben hat. Abgesehen davon, dass dies für sich Folge der Verbreitungscharakteristik wäre, geht Letzteres schon deshalb fehl, weil es selbstverständlich bei den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen bleibt, die gerade für den Schwarzstorch großflächige Habitatbetrachtungen einschließen. Unbeschadet dessen ist der Schwarzstorch in inzwischen mindestens sechs nordrhein-westfälischen Vogelschutzgebieten – zuletzt hinzu gekommen ist das Vogelschutzgebiet „Diemel- und Hoppecketal“, in dem sich zahlreiche Reviere des Schwarzstorchs befinden – als weitere schützenswerte Art genannt und genießt auch einen entsprechenden Habitatschutz. Dass er insofern auf das charakteristische Vorhandensein anderer Vogelarten gewissermaßen angewiesen ist, zwingt schon deshalb zu keiner abweichenden Bewertung, weil nach den auch vom Kläger nicht in Zweifel gezogenen Maßstäben von Brocksieper/Woike ein Vogelschutzgebiet nur dann ausgewiesen werden kann, wenn mindestens drei Vogelarten das sogenannte Top 5-Kriterium nachweislich erfüllen.

Eine solche Abhängigkeit ist mithin strukturell bedingt und für sich genommen keine Besonderheit.

bb) Auch unter dem Aspekt des signifikanten Vorhandenseins weiterer wertgebender Vogelarten lässt sich indes unabhängig von der Frage, ob ein „charakteristisches“ Vorkommen des Schwarzstorchs angenommen und bei der Gebietsfestlegung berücksichtigt werden kann, nicht feststellen, dass der Arnsberger Wald, so wie ihn der Kläger abgrenzt, die Kriterien eines faktischen Vogelschutzgebietes erfüllt. Dies gilt schon deshalb, weil die von ihm angenommenen Bestandszahlen offenbar allein auf Schätzungen beruhen, deren Datenbasis nicht offengelegt wird und – wie in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage deutlich wurde – auch dem Kläger nicht im Einzelnen bekannt ist. Jenseits dessen ergibt sich aus diesen Daten indes allenfalls für den Grauspecht, dass das Top 5-Kriterium bestätigt werden kann. Ob dies angesichts der Tatsache, dass diese Art in dem erst kürzlich ausgewiesenen Vogelschutzgebiet „Diemel- und Hoppecketal“ (erstmals) als wertgebende und charakteristische Art berücksichtigt wurde und sie dort erhebliche Bestände aufweist, die Ausweisung eines weiteren Vogelschutzgebietes für diese Art erforderte oder sie dadurch bereits „anderweitig“ ausreichend geschützt ist, ist zumindest fraglich.

Für zahlreiche weitere vom Kläger benannte Arten, insbesondere den Schwarzspecht und den Sperlingskauz oder auch die Turteltaube, fehlen demgegenüber landesweite Bezugsdaten, sodass es derzeit an der notwendigen Datenbasis für die Annahme eines faktischen Vogelschutzgebietes fehlt, ohne dass dies für sich genommen unionsrechtlichen Bedenken begegnete.

Vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 13.6.2022 - 7
B 10.21 -, juris Rn. 10 f.

Für die weiteren vom Kläger benannten Arten – namentlich den Neuntöter und den Wendehals – hat das LANUV ohne Weiteres nachvollziehbar dargelegt, dass sie zwar derzeit in den Kalamitäts- und Sukzessionsflächen des Arnsberger Waldes auch vermehrt anzutreffen sein könnten, aber gerade deshalb nicht von sta-

bilen Habitatstrukturen, wie sie für die Meldung eines Vogelschutzgebietes erforderlich wären, auszugehen sei. Für den Neuntöter kommt hinzu, dass schon das Top 5-Kriterium nicht erkennbar erfüllt wird. Demgegenüber wurde der Raufußkauz nach den Feststellungen des LANUV bei ohnehin stark schwankenden Beständen im Arnsberger Wald nur vereinzelt angetroffen. Das einzige stabile Vorkommen im Sinne eines TOP 5-Gebietes wird im Kreis Siegen-Wittgenstein lokalisiert.

Die Richtig- oder zumindest die Vertretbarkeit der Einschätzung des LANUV, die auch der Beklagte zugrunde gelegt hat, wird schließlich, aber nicht zuletzt dadurch bestätigt, dass auch die Europäische Kommission auf der Grundlage der ihr vom Kläger bzw. der Arbeitsgemeinschaft Schwarzstorch im Arnsberger Wald unterbreiteten Daten, die im Wesentlichen auch dem gerichtlichen Verfahren zugrunde liegen, keine zureichenden Anhaltspunkte für die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens oder die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gesehen hat. Hierzu wäre sie indes nach den Unionsverträgen gehalten gewesen, wenn sie vom Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines (faktischen) Vogelschutzgebietes ausgegangen wäre. Denn in diesem Fall bestünde grundsätzlich eine entsprechende mitgliedstaatliche Meldepflicht, die die Bundesrepublik Deutschland durch das Land NRW verletzt hätte. Hierfür hat die Kommission indes offenbar keine zureichenden Anhaltspunkte gesehen.

Auch wenn diese Einschätzung nicht von vornherein ausschließt, dass es sich gleichwohl um ein faktisches Vogelschutzgebiet handelt, lässt die Bewertung einer weiteren Fachbehörde die klägerische Auffassung kaum gleichsam als alternativlos erscheinen. Dies gilt umso weniger, als die Europäische Kommission im Zusammenhang mit dem Vogelschutzgebiet „Diemel- und Hoppecketal“ auf Betreiben eines anderen Naturschutzverbandes nachhaltig auf die Meldung des Schutzgebietes gedrungen und anderenfalls mit der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gedroht hat, selbst nachdem die Existenz eines faktischen Vogelschutzgebietes hier schon obergerichtlich und höchstrichterlich bestätigt worden war.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 29.11.2022 - 22 A 1184/18 -, ZNER 2023, 53 = juris Rn. 426, und vom 1.3.2021 - 8 A 1183/18 -, BauR 2021, 1105 = juris Rn. 284 ff., bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 13.6.2022 - 7 B 10.21 -, juris, sowie Beschluss vom 2.12.2021 - 2 B 1217/21 -, BauR 2022, 618 = juris Rn. 28.

Warum sie sich im vorliegenden Zusammenhang anders verhalten sollte, wenn sie die fachliche Überzeugung gewonnen hätte, die ihr unterbreiteten Daten erfüllten (ebenfalls) die Anforderungen an ein faktisches Vogelschutzgebiet, erschließt sich (dem Senat) nicht. Zumindest schließt es aus, die Annahme des Beklagten und des LANUV als sachwidrig einzustufen.

Demgegenüber betrifft die im Kommissionsschreiben vom 30.3.2022 angesprochene und vom Kläger – trotz der Schließung des Verfahrens – offenbar als Bestätigung seiner Annahme angesehene allgemeine Konsultation nur die Grundsätze für die Annahme eines faktischen Vogelschutzgebietes in der Behördenpraxis – i. e. die in der Verwaltungsvorschrift Habitatschutz nach den Angaben des Klägers und der Annahme der Europäischen Kommission zumindest damals vertretene Auffassung, es bedürfe hierfür einer Rüge der Kommission. Diese Praxis war nicht nur dem Senat, sondern ausweislich seiner Erklärung in der mündlichen Verhandlung auch Herrn Dr. Y. fremd. Zumindest in der vorzitierten Rechtsprechung hat sie auch nie eine Rolle gespielt, so dass sich weitergehende Erwägungen hierzu erübrigen.

cc) Auf die zwischen den Beteiligten weiter umstrittene Frage, ob es sich bei dem Arnsberger Wald, so wie ihn der Kläger versteht, um ein im Sinne der Kriterien von Brocksieper/Woike abgrenzbares Gebiet handelt oder ob er gewissermaßen unselbständiger Teil des größeren Landschaftsraum des südlichen nordrhein-westfälischen Berglandes ist, wie das LANUV annimmt, kam es vorliegend damit nicht an. Allerdings hat Herr Dr. Y. in der mündlichen Verhandlung mit Recht darauf hingewiesen, dass die für die Abgrenzbarkeit des Arnsberger Waldes nach dem Vortrag des Klägers wesentliche Annahme, er sei auf einer Fläche von 350

km² „nahezu unzerschnitten und nicht vorbelastet“, für den hier in Rede stehenden Bereich wegen der Nähe zu Warstein-Stadt und den Ortsteilen wie Hirschberg, Sichtigvor und Niederbergheim gerade nicht gilt und er sich gerade insoweit nicht dem vom Kläger angenommenen einheitlichen Gebietscharakter zuordnen lässt. Ob die vom LANUV für seine Annahme einer organischen Einbettung in den größeren Landschaftsraum des Süderberglandes (und damit gegen eine Abgrenzbarkeit) des Arnsberger Waldes maßgeblich angeführten Aspekte - das Relief und die Höhenstruktur, also orographische Gesichtspunkte - tatsächlich für diese Frage „weitestgehend unbedeutend“ sind, mag angesichts dessen hier dahinstehen. Ohne Weiteres erschließt sich dies dem Senat allerdings nicht, nachdem diese Kriterien in besonderer Weise geeignet sind, die Landschaft augenfällig zu gliedern oder zu verbinden.

Demgegenüber ist es zumindest für das vorliegende Verfahren unerheblich, ob die Teile des Arnsberger Waldes, die im Nordwesten bereits als FFH-Gebiet ausgewiesen sind und sich tatsächlich als „unzerschnitten“ darstellen, gegebenenfalls mit angrenzenden Strukturen (FFH-Gebiet Harmorsbruch und Quellbäche sowie östlich angrenzender Staatswald) als Vogelschutzgebiet zu bewerten sein werden. Deshalb kommt es auch nicht entscheidend darauf an, dass die für eine solche Einschätzung bereits 2021 erhobenen Kartierdaten nach den Angaben von Herrn Dr. Y. in der mündlichen Verhandlung bis heute nicht ausgewertet worden sind. Dies ist zwar – wie der Kläger mit Recht in der mündlichen Verhandlung kritisiert hat – tatsächlich nur schwer zu rechtfertigen, gibt aber kein Argument für die Bewertung des hiesigen Landschaftsraums her.

3. Die Genehmigung vom 30.3.2023 in der Fassung der Änderungsgenehmigung verstößt auch nicht gegen sonstiges Habitatschutzrecht. Die genehmigte WEA 14 beeinträchtigt entgegen der vom Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 5.8.2024 vorgebrachten Annahme nicht in unzulässiger Weise das durch die öffentliche Bekanntmachung vom 21.10.2022 einstweilen sichergestellte, beabsichtigte Naturschutzgebiet „Siepen / Quellbäche im Stadtgebiet von Warstein“. Insbesondere verstößt sie nicht gegen § 48 Abs. 3 LNatSchG NRW, so dass dahingestellt blei-

ben kann, ob der Kläger mit seinem Vortrag vor dem Hintergrund des § 6 UmwRG überhaupt gehört werden kann. Dies ist indes zumindest hinsichtlich der Nichteinhaltung eines nach Auffassung des Klägers zwingend einzuhaltenden „Puffers“ von 300 m zu den Grenzen des beabsichtigten Naturschutzgebietes mehr als zweifelhaft, nachdem dies bereits für den ursprünglich genehmigten Anlagentyp (nahezu) gleichermaßen anzunehmen gewesen wäre – es dürfte kaum erheblich sein, ob dieser Abstand um 250 oder 270 m unterschritten wird –, vom Kläger aber im Hinblick auf die Ausgangsgenehmigung vom 30.3.2023 insoweit nicht thematisiert worden war.

a) Die Anlagengenehmigung vom 30.3.2023 in der Fassung der Änderungsgenehmigung vom 21.3.2024 verstößt nicht gegen § 48 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG NRW. Nach dieser Vorschrift sind bei geplanten Naturschutzgebieten, Naturdenkmalen und geschützten Landschaftsbestandteilen von der Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung nach § 46 an bis zum Inkrafttreten der Schutzverordnungen, längstens drei Jahre lang, alle Änderungen verboten, soweit nicht in ordnungsbehördlichen Verordnungen oder Verfügungen nach den Absätzen 1 und 2 abweichende Regelungen getroffen werden. Nach Satz 4 der Vorschrift ist in der öffentlichen Bekanntmachung nach § 46 auf die Wirkung dieses Absatzes hinzuweisen. Nach Satz 5 gelten die Sätze 1 bis 4 entsprechend für geplante Naturschutzgebiete, Naturdenkmale und geschützte Landschaftsbestandteile in einem Landschaftsplan vom Zeitpunkt der Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger gemäß § 16 LNatSchG NRW.

Eine solche Änderung des geplanten Naturschutzgebietes liegt nicht vor. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 48 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG NRW ist Bezugspunkt des Änderungsverbots die geplante Gebietsabgrenzung, die sich aus der Bekanntmachung ergibt. Etwaige Zweifel an diesem Verständnis räumte spätestens dessen Satz 4 aus, nach dem auf die Rechtsfolgen des Satzes 1 in der Bekanntmachung ausdrücklich hingewiesen werden muss. Das kann denklogisch nur bezüglich der dort bekanntgemachten Gebietsabgrenzung der Fall sein. Aus diesem Grund ist es ausgeschlossen, den von Herrn O. nachträglich kartierten

Bachsiepen in das Veränderungsverbot des § 48 Abs. 3 LNatSchG NRW einzu-
beziehen, selbst wenn seitens der zuständigen Behörde diese Kartierung zu ei-
nem späteren Zeitpunkt zum Anlass genommen werden sollte, die Grenzen des
Naturschutzgebietes zu erweitern. Es ist auch weder substantiiert begründet
noch im Übrigen ersichtlich, warum die unionsrechtlich determinierten Grundsät-
ze für die Annahme eines faktischen Vogelschutzgebietes auf Naturschutzgebie-
te nach nationalem Recht übertragen werden und eine weitere Vorverlagerung
des Gebietsschutzes rechtfertigen könnten. Dies ist im Gegenteil schon wegen
der gesetzlich geforderten Hinweispflicht vielmehr ausgeschlossen.

Vor diesem Hintergrund musste der Senat der Frage nicht weiter nachgehen, ob
von einem solchen Verbot überhaupt Änderungen „im Luftraum“ erfasst sein
könnten, die hier in Form eines Überstreichens der Rotorblätter im Umfang von
ca. 17 m hinsichtlich des „erweiterten Naturschutzgebietes“ allenfalls in Rede ste-
hen könnten. Denn selbst unter diesem Aspekt nähme die angegriffene WEA 14
keine Flächen des Naturschutzgebietes selbst in Anspruch. Dies gilt erst recht
hinsichtlich der allein maßgeblichen Gebietsabgrenzung, die sich aus der Be-
kanntmachung vom 21.10.2022 ergibt. Das sieht auch der Kläger offenbar nicht
anders.

Insofern käme allenfalls eine Gebietsbeeinträchtigung von außen in Betracht, wie
sie der Kläger mit seinem Vortrag, es sei zwingend ein allgemeiner Puffer von
300 m zu einem Naturschutzgebiet einzuhalten, geltend macht. Selbst wenn es
einen solchen Grundsatz geben sollte, wäre zunächst mehr als fraglich, ob dieser
auch unter das Änderungsverbot des § 48 Abs. 3 LNatSchG NRW fallen könnte,
das sich seinem Wortlaut nach eindeutig auf das geplante Gebiet selbst be-
schränkt. Zumindest bedürfte es eines – hier fehlenden – entsprechenden Hin-
weises nach § 48 Abs. 3 Satz 4 LNatSchG NRW, zumal ein solcher Puffer – wie
nachfolgend auszuführen sein wird – jedenfalls nicht allgemein und unterschieds-
los für jedes Naturschutzgebiet gelten kann und nicht immer 300 m betrüge.

Dies bedurfte indes keiner abschließenden Erörterung, weil es den vom Kläger geltend gemachten bindenden naturschutzfachlich stets - oder zumindest hinsichtlich der Errichtung von Windenergieanlagen bei Einschluss von windenergiesensiblen Vogelarten in dessen Schutzzweck und Erhaltungsziele - gebotenen Pufferabstand von 300 m zu den Grenzen eines (beabsichtigten) Naturschutzgebietes nicht gibt. Der Kläger beruft sich selbst hierfür allein auf den nordrhein-westfälischen Windenergieerlass vom 8.5.2018, dem indes keine über die Verwaltung hinausreichende Rechtsverbindlichkeit, etwa im gerichtlichen Verfahren, zukommt. Eine (anderweitige) rechtliche Grundlage für eine entsprechende generalisierte Annahme ist nicht zu erkennen und wird vom Kläger auch nicht benannt. Dass jedoch eine rechtlich nicht verbindliche Pufferzone einem gebundenen Genehmigungsanspruch entgegengehalten werden könnte, lässt sich kaum begründen. Wenn dieser Bereich zur Erfüllung des Schutzzweckes erforderlich sein sollte, wäre vielmehr das (beabsichtigte) Naturschutzgebiet entsprechend (größer) abzugrenzen. Insofern ist es konsequent, dass die Vorgaben des Windenergieerlasses hinsichtlich der Ausführungen zu Vorsorgepuffern wohl nur, zumindest aber vorrangig die – rechtlich freiere – Planungsebene im Blick haben, indem sie ausdrücklich nur den „Plangeber“ adressieren, und der neue Artenschutzleitfaden des Landes NRW vom 12.4.2024 (dort S. 40) ausdrücklich ausführt, dass solche generellen Puffer nicht (mehr) anzuerkennen sind – und zwar nicht einmal im Rahmen der Planung. Selbst der Entwurf der 19. Änderung des Regionalplans für den Regierungsbezirk Arnsberg für den Teilbereich Kreis Soest und Hochsauerlandkreis, der sich allgemein durch recht großzügige Vorsorgeabstände auszeichnet, legt hier lediglich 75 m zugrunde, die sich zudem jedenfalls vornehmlich aus Darstellungsunschärfen ergeben.

Dass es im Einzelfall – nicht zuletzt nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts und Senats,

vgl. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 - 9 A 20.05 -, BVerwGE 128, 1 = juris Rn. 36, m. w. N.; OVG NRW, Urteile vom 29.11.2022 - 22 A 1184/18 -, ZNER 2023, 53 = juris Rn. 438 ff., und vom 1.3.2021 - 8 A 1183/18 -, BauR 2021, 1305 = juris Rn. 321 ff., m. w. N.,

eine Gebietsbeeinträchtigung von außen geben kann – etwa durch Immissionen oder eine Barrierewirkung – ist dann ebenso zutreffend wie vorliegend bedeutungslos. Projekte, die außerhalb eines Schutzgebietes realisiert werden sollen, können danach gemessen an den gebietsbezogenen Erhaltungszielen und Schutzzwecken ein solches Gebiet erheblich beeinträchtigen, wenn sie auf den geschützten Raum selbst einwirken und sich auf den Lebensraum in den Schutzgebieten – das „Gebiet als solches“ – auswirken.

Eine solche Wirkung hat der Kläger schon nicht hinreichend dargelegt. Sie erschließt sich auch nicht aus den Umständen, namentlich der Lage der Windenergieanlage zu möglichen Flugrouten und -höhen des Schwarzstorchs und der Lage des Naturschutzgebietes. Im Regelfall beeinträchtigen aber selbst Windenergieanlagen, die außerhalb eines Europäischen Vogelschutzgebietes errichtet werden sollen, Gebietsbestandteile, die für dessen Erhaltungsziele und Schutzzweck maßgebend sind, nicht durch die von ihnen ausgehenden Emissionen erheblich. Durch die Errichtung der Windenergieanlagen kann allenfalls ein Funktionsverlust des Schutzgebietes zu besorgen sein, etwa wenn sie die Gefahr einer möglichen Verriegelung des Gebietes mit sich bringen oder wenn sie eine Barrierewirkung dergestalt entfalten, dass die Vögel daran gehindert werden, das Schutzgebiet zu erreichen oder zwischen Nahrungs- und Rastplätzen, die sich jeweils in einem Schutzgebiet befinden, zu wechseln.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 1.3.2021 - 8 A 1183/18 -, BauR 2021, 1305 = juris Rn. 327, vom 3.8.2010 - 8 A 4062/04 -, juris Rn. 117 ff. (zu § 34 Abs. 2 BNatSchG), und vom 30.7.2009 - 8 A 2357/08 -, juris Rn. 118 ff. (zu § 48d des damaligen Landschaftsgesetzes NRW), jeweils m. w. N.

Dafür ist in den konkreten Gegebenheiten hier nichts ersichtlich. Eine solche konkrete Betrachtung unternimmt – wie ausgeführt – auch der Kläger nicht. Angesichts des Grundsatzes, dass regelmäßig jedenfalls bei einer potenziellen Gebietsbeeinträchtigung von außen keine habitatschutzrechtlichen Bedenken beste-

hen, wenn (wie hier nach den nachfolgenden Ausführungen unter 5.) keine artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände greifen, sind an dieser Stelle weitergehende Ausführungen nicht veranlasst.

4. Die vom Kläger erhobenen artenschutzrechtlichen Bedenken sind nach den Vorgaben des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG zu prüfen. Diese Vorschrift betrifft den Betrieb von Windenergieanlagen an Land und dort die fachliche Beurteilung, ob nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare kollisionsgefährdeter Brutvogelarten im Umfeld ihrer Brutplätze durch den Betrieb von Windenergieanlagen signifikant erhöht ist, und fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen für diese Brutvogelarten.

Nach § 74 Abs. 4 BNatSchG ist § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG nicht anzuwenden auf bereits genehmigte Vorhaben zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen an Land sowie auf solche Vorhaben,

1. die vor dem 1.2.2024 bei der zuständigen Behörde beantragt wurden oder
2. bei denen vor dem 1.2.2024 die Unterrichtung über die voraussichtlich beizubringenden Unterlagen nach § 2a der 9. BImSchV erfolgt ist.

§ 74 Abs. 5 BNatSchG regelt, dass abweichend von Absatz 4 die Vorschrift des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG bereits vor dem in Absatz 4 genannten Tag anzuwenden ist, wenn der Träger eines Vorhabens dies verlangt.

Nachdem die Beigeladene bereits im Genehmigungsverfahren mit anwaltlichem Schriftsatz vom 19.7.2022 die Beurteilung ihres Antrags nach neuem Recht gewünscht hat, gilt § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG auch hier und abweichend von § 74 Abs. 4 BNatSchG.

Vgl. zu Einzelheiten der Begründung OVG NRW, Urteile vom 24.8.2023 - 22 D 201/22.AK -, ZNER 2023, 447 = juris Rn. 80 ff., vom 24.8.2023 - 22 A 793/22 -, ZNER 2023, 437 = juris Rn. 60 ff., und vom 29.11.2022 - 22 A 1184/18 -, ZNER 2023,

53 = juris Rn. 136 ff., m. w. N.; Hess. VGH, Beschluss vom 22.5.2024 - 9 C 232/22.T -, NuR 2024, 472 = juris Rn. 9 ff., m. w. N.; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.12.2023 - 14 S 219/23 -, juris Rn. 121, und Beschluss vom 19.12.2022 - 10 S 2295/22 -, NuR 2023, 275 = juris Rn. 32, sowie offen gelassen im Beschluss vom 18.6.2024 - 10 S 1546/23 -, juris Rn. 37; Schrader, in: BeckOK Umweltrecht, 71. Edition, Stand: 1.7.2024, § 74 BNatSchG Rn. 7; Schlacke, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 3. Aufl. 2024, § 74 Rn. 8; Frank/Rolshoven, ZNER 2022, 535, 545.

Der Kläger hat hiergegen auch keine Einwände erhoben, sondern in diesem Kontext allein auf die seiner Meinung nach (zumindest in Teilen) bestehende Unionsrechtswidrigkeit der Neuregelung verwiesen.

In diesem Zusammenhang ist zudem in den Blick zu nehmen, dass die Neuregelung des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG gerade der Umsetzung der Vorgaben des BVerfG dient, nach denen der Gesetzgeber unter bestimmten Umständen gehalten sein kann, hinsichtlich des Umgangs mit auf naturschutzrechtliche Zusammenhänge verweisenden Tatbestandsmerkmalen für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung zu sorgen. Im Anwendungsbereich dieser Neuregelung soll also gerade Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ entgegengewirkt und eine bessere Handhabbarkeit durch die Verwaltung und - wie hier - die Gerichte erreicht werden.

Vgl. BT-Drs. 20/2354, S. 25 unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13 -, BVerfGE 149, 407 = juris Rn. 24; dazu auch BVerwG, Urteil vom 19.12.2023 - 7 C 4.22 -, NVwZ 2024, 754 = juris Rn. 30; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.12.2023 - 14 S 218/23 -, juris Rn. 98.

Auch dies spricht dafür, dass § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG im vorliegenden Verfahren Anwendung findet bzw. finden kann.

5. Das mit der angegriffenen Genehmigung zugelassene Vorhaben verstößt nicht zulasten des Schwarzstorches gegen artenschutzrechtliche Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG.

Der Schwarzstorch (*Ciconia nigra*) zählt als europäische Vogelart nach § 7 Abs. 2 Nr. 12 BNatSchG i. V. m. Art. 1 der Vogelschutzrichtlinie - dort zusätzlich in Anhang I aufgeführt - sowie als in Anhang A der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels aufgeführte Tierart zu den besonders geschützten Arten im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 13 Buchst. a BNatSchG und zu den streng geschützten Arten im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 14 Buchst. a BNatSchG.

Der Schwarzstorch, dessen innerhalb der letzten fünf Jahren genutzte Horste sich nach übereinstimmenden Angaben der Beteiligten in einem Abstand von etwa 650 m (H 1) und 1.100 m (H 2) zum Anlagenstandort befinden, zählt nach den bindenden gesetzlichen Vorgaben nicht zu den kollisionsgefährdeten Brutvogelarten, sodass eine Verletzung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG von vornherein ausscheidet (dazu a). Einer etwaigen erheblichen Störung im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (dazu b) bzw. einer etwaigen Beschädigung/ Zerstörung seiner Fortpflanzungs- oder Ruhestätte im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG (dazu c) wird jedenfalls durch die betriebsbeschränkende Vermeidungsmaßnahme (Nebenbestimmung Nr. 3.12.10) i. V. m. der unter Nr. 3.12.8 angeordneten Aufwertung von Nahrungshabitaten des Schwarzstorches auf einer Fläche von mindestens 2 ha des Genehmigungsbescheides vom 30.3.2023 hinreichend vorgebeugt, wobei dies auch für die im Fall der Nichtbesetzung der Horste getroffene Regelung gilt (dazu d).

a) Der Schwarzstorch gehört nach Abschnitt 1 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG nicht zu den kollisionsgefährdeten Brutvogelarten. Dass der Gesetzgeber hinsichtlich des darin aufgestellten Katalogs der kollisionsgefährdeten Brutvogelarten von einer abschließenden Auflistung ausging,

vgl. BT-Drs. 20/2354, S. 25,

begegnet in diesem Zusammenhang auch keinen unionsrechtlichen Bedenken, wie sie der Kläger in seiner Klagebegründung vom 23.8.2023 unter Bezugnahme auf eine gutachterliche Stellungnahme des Rechtsanwalts Deppner vom 22.3.2023 formuliert hat.

Vgl. bereits OVG NRW, Urteil vom 29.11.2022 - 22 A 1184/18 -, ZNER 2023, 53 = juris Rn. 231 ff.; konkret für den Schwarzstorch OVG Rh.-Pf., Urteil vom 6.2.2024 - 1 C 10470/22 -, ZNER 2024, 159 = juris Rn. 56.

Derartige Bedenken bestünden allenfalls dann, wenn eine Brutvogelart wie der Schwarzstorch nach dem gesicherten Erkenntnisstand der Fachwissenschaft als kollisionsgefährdet anzusehen wäre - eine andere Auffassung mithin nicht (mehr) vertretbar wäre - und sich der Gesetzgeber darüber hinwegsetzte. Für den Schwarzstorch war und ist dies aber gerade nicht der Fall. So ging namentlich der per Runderlass in Kraft getretene (dort Seite 39) und damit für den Beklagten grundsätzlich verbindliche Artenschutzleitfaden 2017 – wie bereits die Vorgängerversion aus dem Jahr 2013 – in Bezug auf den Schwarzstorch davon aus, dass der Betrieb von Windenergieanlagen regelmäßig zu keiner signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos führt und fachlich begründete Abweichungen im Einzelfall nur in Absprache mit dem LANUV möglich sind (dort Seiten 12 und 18). Auch in anderen Bundesländern, etwa in Niedersachsen, Thüringen, Sachsen und Brandenburg, unterfiel der Schwarzstorch nicht der Regelung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Demgegenüber wurde er ausweislich der jeweiligen Leitfäden bzw. Erlasse etwa in Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und im Saarland als kollisionsgefährdet eingestuft. In Schleswig-Holstein und Baden-Württemberg galt dies vor allem, in Hessen nur für flugunerfahrene Jungtiere im Horst. Zugleich war die Zahl von Totfunden – und damit die empirische Basis dieser Einschätzungen – schon im Jahr 2017 mit insgesamt fünf Opfern – davon zwei Jungvögel – ausgesprochen überschaubar und hat(te) sich auch danach – trotz der erheblichen Zunahme von Windenergieanlagen gerade auch in Waldgebieten – nicht verändert. Die zentrale Schlagopferkartei der Vogelschutzwarte

Brandenburg verzeichnet jedenfalls auch mit Stichtag 9.8.2023 nach wie vor fünf getötete Schwarzstörche.

Die Annahme, Windenergieanlagen führten nicht zu einer signifikant erhöhten Tötungsgefahr für den Schwarzstorch war und ist angesichts dieser Datenlage mithin jedenfalls nicht evident unvertretbar, sondern aufgrund der nicht zuletzt in der mündlichen Verhandlung von Herrn Dr. Y. geschilderten jüngeren Erkenntnisse zum Flugverhalten des Schwarzstorches und seiner schon evolutionsbedingt plausiblen Fähigkeit, Flughindernissen auch mit kurzen Reaktionszeiten ausweichen zu können, ohne Weiteres plausibel. Argumentativ entgegengetreten sind dem auch die Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung nicht.

Schon deshalb durfte – und sollte nach den Vorgaben des BVerfG zu offenen naturschutzfachlichen Fragestellungen – der Gesetzgeber eine Festlegung – und auch die letztlich getroffene – treffen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13 -, BVerfGE 149, 407 = juris Rn. 24.

Dass angesichts der vorstehend dargestellten fachwissenschaftlich unterschiedlichen Wertungen auch der Gesetzgeber hier nicht von vornherein eine einheitliche Position bezogen haben mag, ändert an der fachwissenschaftlichen Vertretbarkeit des letztlich gefundenen Ergebnisses nichts.

Jenseits dessen ist auch nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber bei seiner Festlegung kollisionsgefährdeter Brutvogelarten in Bezug auf andere Arten seine Befugnis, bei strittigen fachwissenschaftlichen Bewertungen eine klärende Festlegung zu treffen, überschritten hätte. Es lässt sich weder feststellen, dass er eindeutig schlaggefährdete Arten nicht berücksichtigt hätte noch dass er eindeutig nicht kollisionsgefährdete Arten in die Liste des Abschnitts 1 aufgenommen hätte. Die vom Kläger nachdrücklich in diesem Zusammenhang angeregte Vorlage an den EuGH kam deshalb nicht in Betracht.

Zum Mäusebussard etwa OVG NRW, Urteil vom 29.11.2022 - 22 A 1184/18 -, ZNER 2023, 53 = juris Rn. 228 ff., zur Feldlerche Rn. 239 ff.

Dies entspricht – soweit ersichtlich – auch der Auffassung aller Obergerichte, die – soweit ersichtlich – § 45b BNatSchG ohne Einschränkungen anwenden.

Vgl. etwa OVG RH.-Pf., Urteil vom 8.2.2024 - 1 C 10470/22 -, ZNER 2024, 159 = juris Rn. 47, 56; Hess. VGH, Beschluss vom 22.5.2024 - 9 C 232/22.T -, NuR 2024, 472 = juris Rn. 15 ff.; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.12.2023 - 14 S 218/23 -, juris Rn. 98; Schl.-H. OVG, Beschluss vom 21.7.2023 - 5 MR 2/23 -, NuR 2024, 208 = juris Rn. 55 f.; OVG M.-V., Beschluss vom 21.11.2022 - 5 KM 346/22 -, NuR2023, 340 = juris Rn. 32; jüngst explizit auch BVerwG, Urteil vom 19.12.2023 - 7 C 4.22 -, NVwZ 2024, 754 = juris Rn. 30 („Gesetzliche Konkretisierung des Signifikanzkriteriums“).

Demgegenüber überzeugt die vom Kläger zur Stützung seiner Auffassung, die Regelung sei unionsrechtswidrig, vorgelegte gutachterliche Stellungnahme des Rechtsanwalts Deppner vom 22.3.2023 schon deshalb nicht, weil sie zum einen das sogenannte Helgoländer Papier als letztlich allein verbindlichen Maßstab für die naturschutzfachliche Vertretbarkeit in den hier aufgeworfenen ornithologischen Fragen betrachtet,

zur fehlenden Überzeugungskraft dieses Verständnisses vgl. BVerwG, Urteil vom 24.5.2024 - 7 C 1.23 -, juris Rn. 46 ff. (zur Veröffentlichung in BVerwGE vorgesehen),

zum anderen und vor allem aber, weil sie offenbar nicht bzw. nicht hinreichend zwischen kollisionsgefährdeten und störungsempfindlichen Arten in der Prüfung des (vermeintlichen) Unionsrechtsverstoßes unterscheidet. Zum Beleg seiner Hypothese, die Neuregelung übergehe in unionsrechtlich unvertretbarer Weise zahlreiche Arten, nennt Rechtsanwalt Deppner jedenfalls in der Hauptsache Arten, bei denen (auch nach dem „Helgoländer Papier“) allenfalls eine Störungsemp-

findlichkeit angenommen werden könnte (etwa Wachtelkönig, Haselhuhn, Auerhuhn etc.). Hierzu trifft die Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG indes gerade keine Festlegungen, schon gar keine abschließenden und kann deshalb insoweit von vornherein kein unionsrechtliches Konfliktpotenzial begründen.

Wie der Beklagte unter Bezugnahme auf eigene fachliche Einschätzungen und diejenige des LANUV zutreffend festgestellt hat, besteht aufgrund dessen auch kein Raum mehr für eine ausnahmsweise anzunehmende Kollisionsgefährdung aufgrund konkreter Verhaltensweisen eines bestimmten Schwarzstorchpaares, wie es nach alter Rechtslage etwa für ein in Paderborn in der Nähe des Windparks Hassel brütendes Paar angenommen worden ist.

Vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 2.7.2024 - 22 D 47/23.NE -, KlimR 2024, 280 = juris Rn. 159 ff., insbesondere 173 ff.; vgl. auch Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 72 ff.

Ein solcher Sonderfall dürfte hier indes schon mangels eines konkreten Hinweises darauf, dass die konkret betroffenen Schwarzstörche kein Meideverhalten gegenüber Windenergieanlagen aufweisen, nicht plausibel anzunehmen gewesen sein. Dass die Windenergieanlage auf einer möglichen Flugroute liegt, ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für eine solche nur im Ausnahmefall anzunehmende Kollisionsgefahr. Aufgrund der allgemeinen Erkenntnislage wäre viel eher anzunehmen, dass die Vögel (auch) diesem Hindernis ausweichen. Angesichts dessen erschließt sich dem Senat die ursprünglich entgegenstehende Annahme des Beklagten, die in Absprache mit dem LANUV getroffen wurde, jedenfalls in der dokumentierten Form in der Sache ohnehin nicht.

Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die angeordneten Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen auch geeignet wären, ein unterstellt vorhandenes – nach vorstehenden Überlegungen, die auch dem Artenschutzfachbeitrag II explizit zugrunde gelegt und vom Beklagten und dem LANUV als solche auch nicht in Zweifel gezogen worden sind – allenfalls geringes Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu drücken.

Vgl. zu den insoweit anzuwendenden Maßstäben ausführlich OVG NRW, Urteile vom 29.11.2022 - 22 A 1184/18 -, ZNER 2023, 53 = juris Rn. 156 ff., und vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 60 ff.

Hierfür könnte immerhin sprechen, dass der Gefährdungsbeurteilung die sich aus den vorliegenden Raumnutzungsanalysen abgeleitete Bewertung zugrunde lag, die potenzielle Gefährdung durch die WEA 14 resultiere vornehmlich aus den beobachteten Territorial- und Balzflügen im östlichen (Schwerpunkt), westlichen und südlichen Untersuchungsraum, also zumindest auch, allerdings nicht vornehmlich oder auch nur überdurchschnittlich oft im Bereich der WEA 14, und der Nutzung des südlichen Waldrands zum thermischen Flughöhengewinn. Zumindest die Balz- und Territorialflüge dürften jedoch bevorzugt im frühen Frühjahr stattfinden. Demgegenüber ließen sich weder ein essenzielles Nahrungshabitat noch signifikant häufige sonstige Flüge in diesem Bereich feststellen. Auch der Kläger hat im Wesentlichen geltend gemacht, der Umstand, dass Schwarzstörche in diesem Bereich nicht häufiger gesichtet worden seien, beruhe darauf, dass sie hier die Siepen entlang im Schutz des Waldes flögen bzw. sich in diesen Strukturen versteckt aufhielten. Dann befinden sie sich aber auch nicht im Bereich der Rotoren der WEA 14 und sind keinem, schon gar nicht einem signifikant erhöhten Kollisionsrisiko ausgesetzt.

b) Das Vorhaben der Beigeladenen verstößt hinsichtlich des Schwarzstörches nicht gegen das artenschutzrechtliche Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG.

aa) Nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es u. a. verboten, wild lebende Tiere der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs- und Aufzuchtzeiten erheblich zu stören; dabei liegt eine erhebliche Störung vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert.

Der Störungstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG kann durch bau- und betriebsbedingte Beeinträchtigungen der geschützten Tierarten in Gestalt von

akustischen und optischen Störwirkungen erfüllt werden, die von der vorgesehenen Anlage ausgehen.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 9.2.2017 - 7 A 2.15 -, BVerwGE 158, 1 = juris Rn. 471, und vom 6.4.2017 - 4 A 16.16 -, DVBl. 2017, 1039 = juris Rn. 80; OVG NRW, Beschluss vom 9.6.2022 - 8 B 407/22 -, ZNER 2022, 414 = juris Rn. 31 f., m. w. N.

Eine Störung ist nach der Definition des § 44 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 2 BNatSchG erheblich, wenn sich durch sie der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert. Den Begriff „Erhaltungszustand einer Art“ definiert Art. 1 Buchst. i der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (FFH-RL) als die Gesamtheit der Einflüsse, die sich langfristig auf die Verbreitung und die Größe der Population der betreffenden Art auswirken können. Eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes ist damit insbesondere dann anzunehmen, wenn die Überlebenschancen, der Bruterfolg oder die Reproduktionsfähigkeit vermindert werden, was artspezifisch für den jeweiligen Einzelfall zu untersuchen und zu beurteilen ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 6.10.2022 - 7 C 4.21 -, BVerwGE 176, 313 = juris Rn. 33 f.; OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 78, und Beschluss vom 9.6.2022 - 8 B 407/22 -, ZNER 2022, 414 = juris Rn. 33 f., m. w. N.

Eine lokale Population umfasst diejenigen (Teil-)Habitats und Aktivitätsbereiche der Individuen einer Art, die in einem für die Lebens(räumlich)ansprüche der Art ausreichenden räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 9.6.2010 - 9 A 20.08 -, NVwZ 2011, 177 = juris Rn. 48.

Dies ist die Gesamtheit von Individuen einer Art, die während bestimmter Phasen des jährlichen Zyklus in einem anhand ihrer jeweiligen Lebensraumansprüche abgrenzbaren, zusammenhängenden Lebensraum vorkommen,

vgl. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 12 (Stand der Kommentierung: September 2019); Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 4. Aufl. 2024, § 44 Rn. 33 f.; Fellenberg, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 109; Nds. OVG, Urteil vom 1.12.2015 - 4 LC 156/14 -, ZUR 2016, 227 = juris Rn. 48,

wie etwa ein (lokal begrenztes) Schwerpunktorkommen oder das Vorkommen in einem Schutzgebiet.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 84, und vom 30.7.2009 - 8 A 2357/08 -, juris Rn. 148.

Nachteilige Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der lokalen Population sind insbesondere dann zu erwarten, wenn Exemplare seltener oder stark gefährdeter Arten gestört werden, die gestörten Individuen kleinen lokalen Populationen angehören oder sämtliche Tiere des in Rede stehenden Bestandes gestört werden.

Vgl. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 13 (Stand der Kommentierung: September 2019); Fellenberg, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 113 f.

Schutz- und Ausgleichsmaßnahmen wie etwa geeignete und für die Tiere tatsächlich nutzbare Ausweichhabitate können nachteilige Auswirkungen verhindern.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 18.3.2009 - 9 A 39.07 -, BVerwGE 133, 239 = juris Rn. 86; OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 88, und Beschluss vom

9.6.2022 - 8 B 407/22 -, ZNER 2022, 414 = juris Rn. 43; Fellenberg, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 107, 115.

bb) Nach diesen Maßgaben ist eine erhebliche Störung eines Schwarzstorchenspaars, das den in einer Entfernung von ca. 650 m befindlichen Horst nutzt, jedenfalls aufgrund der vorgeschriebenen Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen nicht zu erwarten. Dabei kann dahinstehen, ob als lokale Population das jeweilige Brutpaar anzusehen ist,

vgl. dazu, dass bei selten vorkommenden Arten die lokale Population auch aus einem einzelnen Brutpaar bestehen kann: BVerwG Urteil vom 27.11.2018 - 9 A 8.17 -, BVerwGE 163, 380 = juris Rn. 127 (dort Uhu),

oder, wovon wohl das LANUV ausgeht,

https://artenschutz.naturschutzinformatio-nen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/massn_stat/103175,

zur Bestimmung der lokalen Population auf das Kreisgebiet abzustellen ist. Insofern ist allerdings festzustellen, dass diese „Grenzziehung“ nicht auf naturräumlichen Gegebenheiten beruht.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 96.

Eine isolierende Betrachtung dürfte sich indes nicht zuletzt angesichts des großen Aktionsradius der Art in einem ausgedehnten Schwerpunktverkommen mit etwa 15 - 20 Revierpaaren in der Region Arnsberger Wald und benachbarter Bereiche – wie etwa die vom Vogelschutzgebiet „Diemel- und Hoppecketal“ erfassten Wälder bei Brilon und das südlich der Ruhr angrenzende Gebiet in Richtung Meschede, Bestwig und Schmallenberg – jedenfalls nicht aufdrängen. Den Ausführungen von Herrn Dr. Y. in der mündlichen Verhandlung hat der Senat nichts anderes entnommen.

Vgl. bereits OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 96 ff.

Wie der Senat bereits entschieden hat, ist die vom Kläger bzw. der AG Schwarzstorch im Verwaltungsverfahren angeführte und vom Beklagten ausdrücklich nicht „völlig ausgeschlossene“ Annahme, der Schwarzstorch könne sich womöglich (auch) durch „hohe vertikale Bauwerke“ gestört fühlen, nicht plausibel und belastbar. Es finden sich weder entsprechende wissenschaftliche Erkenntnisse noch eine nachvollziehbare Begründung. Dies wäre indes geboten gewesen, weil schon der Leitfaden 2017 den Schwarzstorch als störungsempfindlich (nur) gegenüber dem „WEA-Betrieb“ (dort Seite 42) und nicht (auch) gegenüber der Errichtung der Windenergieanlage im Sinne eines vertikalen Bauwerks eingestuft hat. Diese Einschätzung hat Herr Dr. Y. in der mündlichen Verhandlung nochmals bestätigt.

Vgl. auch OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 100 – 102.

Sie ist für den Senat auch mit Blick darauf nachvollziehbar, dass der Schwarzstorch größere, naturnahe Laub- und Mischwälder besiedelt,

<https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/kurzbeschreibung/103175>,

und vertikale Strukturen für diese Vogelart daher offensichtlich nicht per se ein Störpotenzial bedeuten.

Vgl. bereits Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 102.

Angesichts dessen hat auch der neue Artenschutzleitfaden 2024 zu Recht an dieser Einschätzung festgehalten (dort S. 56).

Eine demnach allenfalls in Betracht zu ziehende betriebsbedingte (erhebliche) Störung des Schwarzstorches kann hier jedenfalls unter Berücksichtigung der betriebsbeschränkenden Vermeidungsmaßnahme nach Nr. 3.12.10 i. V. m. der in Nr. 3.12.8 vorgesehenen Habitatverbesserung mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden.

Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Y. in der mündlichen Verhandlung ist weiterhin unklar, ob die vom Betrieb der Windenergieanlage auf den Schwarzstorch ausgehende Störwirkung auf visuellen (Bewegung des Rotors) oder akustischen Reizen (Lärm) oder einer Kombination dieser beiden Wirkfaktoren beruht. Fallen beide Wirkfaktoren aus, besteht jedenfalls keine Störwirkung.

Vgl. auch OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22
D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 104.

Hiervon abweichende, wissenschaftlich fundierte Erkenntnisse hat der Kläger nicht benannt; solche sind dem Senat auch im Übrigen nicht bekannt.

Dementsprechend kann nach dem im Artenschutzrecht geltenden Maßstab der praktischen Vernunft,

vgl. BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 - 9 A 8.17 -,
BVerwGE 163, 380 = juris Rn. 123, m. w. N.,

eine (erhebliche) Störung des tagaktiven Schwarzstorchs ausgeschlossen werden, wenn die Windenergieanlage im Tageszeitraum nicht betrieben wird und von ihr in dieser Zeit daher weder visuelle noch akustische Reize ausgehen, wie es hier jedenfalls grundsätzlich für den Zeitraum vom 1.3. bis 30.4. eines jeden Jahres vorgesehen ist. Dieser Zeitraum umfasst zwar nicht den gesamten Brutzyklus des Schwarzstorches, jedoch zumindest die sogenannte Reviergründungsphase, in der die Störepfindlichkeit des Schwarzstorchs nach allen dem Senat bekannten fachlichen Erkenntnissen besonders hoch ist.

Vgl. auch OVG NRW, Urteile vom 2.7.2024 - 22
D 47/23.NE -, KlimR 2024, 280 = juris Rn. 165,

und vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 107.

Von diesen gesicherten Erkenntnissen hat sich auch der Beklagte ausweislich der Bescheidebegründung leiten lassen. Die bereits im Genehmigungsverfahren vom LANUV zugestandene fachliche Vertretbarkeit dieser Auffassung hat Herr Dr. Y. in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bekräftigt und zugleich die ursprüngliche zeitliche Präferenz des LANUV gewissermaßen widerrufen und sie mit einer vermutlich doch „im Hinterkopf“ und entgegen der Rechtslage verbliebenen Kollisionsgefahr in Verbindung gebracht und damit die entsprechende Vermutung des Senats bestätigt.

Neben der größeren Störempfindlichkeit des Schwarzstorches in dieser Phase kommt hinzu, dass auch die Sichtbarkeit der Windenergieanlage wegen der noch nicht vorhandenen Belaubung des Waldes deutlich erhöht ist. Hierauf hat auch der Beklagte zutreffend und ausdrücklich abgestellt. Gleiches gilt für etwaige Geräusche, die später im Jahr im allgemeinen Blätterrauschen weitestgehend untergehen.

Zu Einzelheiten vgl. OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 110 ff.

Nach der von der Beigeladenen vorgelegten Schallimmissionsprognose der ZK. GmbH & Co. KG vom 12.7.2018 mit Nachträgen vom 14.6.2022 und 23.6.2023 liegt die von der Anlage WEA 14 ausgehende Belastung an den geschätzt gut doppelt so weit wie der Horst H 1 entfernten Gebäuden KC.-straße 26 (IP 49) und AN.-straße 20 (IP 50) bei etwa 32 dB(A). Insofern dürften am Horst kaum mehr als 39 dB(A) zu erwarten sein – ein Wert, der erst bei höheren Windgeschwindigkeiten auftreten kann, die gerade auch zu höheren „Eigengeräuschen“ des Waldes führt.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 110, 112.

Relevante Lärmbelästigungen hat auch der Kläger – nach Vorstehendem mit Recht – nicht ins Feld geführt.

In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass der in der Vergangenheit bevorzugt und regelmäßig genutzte Horst H 1 ausweislich der vorhandenen Bilder und Beschreibungen recht gut einsehbar ist und sich für einen Schwarzstorchhorst damit in einer geradezu exponierten Lage befindet. „Die Sichtachse zum östlichen Horst ist durch die Topographie frei, im näheren Umfeld des Horstes stockt stark lückenhafter und überwiegend junger Laubwald, in größerer Entfernung Pionierwald.“ (Bescheidbegründung S. 91). Aufgrund dessen wird es sich jedenfalls bei den Einzelexemplaren, die ihn nutzen, augenscheinlich nicht um solche handeln, die hinsichtlich optischer oder akustischer Reize besonders – wohl nicht einmal durchschnittlich – sensibel reagieren; sonst wäre zudem zu erwarten, dass der benachbarte Horst H 2 bevorzugt würde, für den diese Charakteristika nicht gegeben sind. Für ihn ist vielmehr festgehalten: „Die Sichtachse zum südlichen Horst ist durch eine starke Geländeprofilierung gekennzeichnet, und aufgrund der Entfernung von über einem Kilometer wird bei einem Besatz des südlichen Horstes keine Störung durch die WEA angenommen“ (Bescheidbegründung S. 91). Damit ist aber zugleich eine potenziell relevante erhebliche Störung dieses Horstes durch den Betrieb der WEA 14 auszuschließen.

Eine weitergehende erhebliche Störung der Schwarzstörche in diesem Bereich dadurch, dass die WEA 14 zu einer Habitatbeeinträchtigung führen könnte, erscheint nach den durchgeführten Raumnutzungsanalysen schon grundsätzlich unwahrscheinlich. Bei dem Standort selbst handelt es sich nicht um ein solches Habitat, dieses begänne frühestens mit den im Zusammenhang mit der beabsichtigten Naturschutzgebietsausweisung thematisierten Bachsiepen. Allerdings haben die Gutachter einen Habitatschwerpunkt eher östlich der WEA 15 und damit in einiger Entfernung zur WEA 14 ausgemacht. Konkretes hat der Kläger hiergegen auch nicht vorgebracht, sondern im Wesentlichen auf die Möglichkeit verwiesen, die Gutachter könnten (naheliegender Weise) die Anwesenheit von Schwarzstörchen übersehen haben, weil sie hier die Siepen entlang im Schutz

des Waldes flögen bzw. sich in diesen Strukturen versteckt aufhielten. Gerade nach diesem Vortrag ist eine relevante Störung und Beeinträchtigung für diesen Bereich aber mindestens unwahrscheinlich. Denn die fehlende Sichtbarkeit dürfte in beide Richtungen gelten, sodass bei diesen Flügen/Aufenthalten in den Bachsiepen der Schwarzstorch auch die potenziell störende Windenergieanlage nicht wahrnehmen wird.

Selbst wenn dies indes anders zu beurteilen wäre, würde hier aber jedenfalls die in der Nebenbestimmung 3.12.8 des Genehmigungsbescheides vom 30.3.2023 vorgesehene Kompensationsmaßnahme greifen und zumindest erhebliche Störungen im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG verhindern. Gegen diese Nebenbestimmung hat der Kläger im gerichtlichen Verfahren auch keine substantiierten Einwände erhoben. Solche sind für den Senat auch im Übrigen nicht zu erkennen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht feststellen, dass es fachlich unvertretbar sein könnte, den vom Beklagten verfügten – und als solchen mit dem LANUV abgestimmten – Abschaltzeitraum von zwei Monaten in Verbindung mit der gleichzeitig angeordneten Habitataufbesserung in den konkreten Gegebenheiten als für die Vermeidung des Verbotstatbestandes des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ausreichend anzusehen. Dagegen spricht für sich genommen auch nicht, dass der Fachgutachter der Beigeladenen, Beklagter und LANUV ursprünglich einen längeren Zeitraum von zunächst etwa 5,5 Monaten und später 4 Monaten vorge schlagen hatten. Diese Überlegungen sind schon nicht zuletzt unter der Annahme einer Kollisionsgefährdung erfolgt, die zumindest für die untere Naturschutzbehörde des Beklagten auch nach der Neufassung des Bundesnaturschutzgesetzes zunächst offenbar (weiterhin) im Vordergrund stand. Dies ergibt sich nicht nur aus einem Vermerk vom 1.8.2022 zu den Auswirkungen der Rechtsänderung, der zwar konstatiert, dass diese die Annahme einer Kollisionsgefahr für den Schwarzstorch nicht mehr zulasse, im Anschluss aber ausdrücklich festhält: „Die sich für die Arten Schwarzstorch und Waldschnepfe ergebenden Nebenbestimmungen werden unverändert beibehalten. Für die Anlagenstandorte WEA 05, 10, 14 und 15 bleiben anzunehmende erhebliche[r] Störungen sowie teilweise im

Sinne besonderer Ausnahmefälle vorhandene Kollisionsrisiken [...] unverändert bestehen.“, sondern auch aus der Mitteilung des zuständigen Sachbearbeiters der unteren Naturschutzbehörde vom 3.8.2022, er habe „abweichend vom Protokoll der Videokonferenz vom 24.1.2022“ zudem eine erhebliche Störung auch bei der WEA 14 hergeleitet. Demgegenüber vertrat das LANUV ausweislich einer E-Mail vom 6.9.2022 die Auffassung, durch die Rechtsänderung seien alle Aussagen zu einem möglichen Kollisionsrisiko an einzelnen Anlagen hinfällig geworden. „Für die Anlage WEA 14 bedeutet dies, dass kein artenschutzrechtliches Verbot ausgelöst wird“. Dass auch in der weiteren Diskussion um die Nebenbestimmung Nr. 3.12.10 die Frage eines Kollisionsrisikos eine Rolle spielte, entspricht schließlich der in der mündlichen Verhandlung gegebenen Einschätzung von Herrn Dr. Y. zur Wahl des „richtigen“ Abschaltzeitraums. Belastbare und durchgreifende Anhaltspunkte dafür, dass der schließlich festgesetzte Abschaltmechanismus für die allein in Rede stehende Vermeidung eines Störungsrisikos fachlich nicht ausreichen könnte, ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte der Nebenbestimmung mithin nicht.

Solches wird auch vom Kläger nicht substantiiert aufgezeigt mit der Vermutung, die Abschaltzeiten wären ohne die Berücksichtigung des neuen, seiner Auffassung nach ebenfalls unionsrechtswidrigen § 45b Abs. 6 BNatSchG länger ausgefallen. Der hierfür herangezogene Hinweis des LANUV diene ersichtlich der Sicherstellung, dass das naturschutzfachlich Notwendige anhand dieser Vorschrift auf die gesetzlich vorgegebene Verhältnismäßigkeit beschränkt bleibt. Wäre dies nicht gegeben gewesen, wären Ausnahmen zu prüfen, nicht aber die naturschutzfachlichen Standards abzusenken gewesen. Dies entspricht offenbar auch dem Verständnis des maßgeblich eingebundenen LANUV, das ausdrücklich darauf hingewiesen hat, eine Ausnahme sei seiner Kenntnis nach nicht beantragt worden. Zudem hat es die vorgesehene Maßnahme für den hiesigen Fall unter genauer Kenntnis der einschlägigen Besonderheiten ausdrücklich als „zielführend“ und im gesetzlichen Rahmen „ausreichend“ qualifiziert (vgl. Bescheidbegründung vom 30.3.2023, S. 91). Schon vor diesem Hintergrund bedurften die vom Kläger geäußerten Zweifel an der (Unions-)Rechtmäßigkeit des § 45b Abs. 6 Satz 2 BNatSchG vorliegend keiner näheren Betrachtung.

Selbst wenn indes eine Störung im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG unterstellt würde, ist nicht anzunehmen, dass sich der Erhaltungszustand der lokalen Population des Schwarzstorchs verschlechtert. Die Annahme des Klägers, der Reproduktionserfolg des Schwarzstorchpaares verringere sich nicht nur vorübergehend und nicht nur unerheblich, bleibt lediglich eine zwar nicht auszuschließende, aber unwahrscheinliche Besorgnis. Deutlich plausibler erscheint demgegenüber, dass sich das Schwarzstorchpaar - bei unterstellter Störung durch den Betrieb der Windenergieanlage - einen neuen Brutplatz suchen wird, um an seiner artgemäßen Fortpflanzung nicht dauerhaft gehindert zu sein.

Vgl. auch BVerwG Urteil vom
27.11.2018 - 9 A 8.17 -, BVerwGE 163, 380 = juris Rn. 129 (dort Uhu); zum Schwarzstorch konkret OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 113 ff.

Diese Annahme ist auch deshalb naheliegend, weil ein Schwarzstorchpaar trotz in der Regel hoher Orts- und Horsttreue oft auch Wechsel- und Ausweichhorste besitzt.

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/massn_stat/103175.

Im vorliegenden Fall besteht hierfür sogar eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, nachdem in einer Entfernung von gut 1.100 m ein Wechselhorst existiert, der im Jahr 2021 bereits einmal erfolgreich zur Brut genutzt wurde.

Hinzu kommt, dass die Windenergieanlage in einem im Energieatlas NRW ausgewiesenen Schwerpunktorkommen des Schwarzstorches errichtet und betrieben werden soll, das nicht lokal begrenzt, sondern im Gegenteil sehr großflächig ist. Demnach kann berechtigter Weise davon ausgegangen werden, dass dem Schwarzstorchpaar innerhalb des Schwerpunktorkommens genügend geeignete

ter Naturraum für eine Verlagerung des Brutplatzes zur Verfügung steht. Wie bereits ausgeführt, muss im Artenschutzrecht eine Beeinträchtigung nicht mit „Gewissheit“ (d. h. ohne dass vernünftige Zweifel verbleiben) ausgeschlossen sein.

Dazu bereits OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 -
22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn.
117.

Hinzu kommt, dass das in der Nebenbestimmung Nr. 3.12.9. angeordnete Monitoring ausdrücklich vorsieht, dass für den Fall, dass die Kompensationsmaßnahmen keinen Erfolg zeitigen und sich zeigen sollte, dass nach Errichtung der WEA 14 beide Horste gemieden werden und kein neuer Horst im Untersuchungsraum errichtet wurde, in Absprache mit der unteren Naturschutzbehörde weitere, möglicherweise umfangreiche Maßnahmen, etwa in Form eines Lebensraumausgleichs mit Nisthilfe, zu veranlassen sind.

Lediglich ergänzend weist der Senat darauf hin, dass sich die vorstehend dargestellten und als plausibel bewerteten Annahmen nach Erlass der angegriffenen Bescheide – aber vor und nicht infolge von deren Ausnutzung – letztlich bestätigt haben. Wie der Fachgutachter der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen vorgetragen hat, hat das in Rede stehende Schwarzstorchpaar im Jahr 2024 einen neuen Horst deutlich weiter im Norden errichtet. Vergleichbares gilt für das oben angesprochene Merschetaler Schwarzstorchpaar. Dieses hat, nachdem sein langjährig genutzter Horst durch einen Uhu-Besatz unbrauchbar geworden ist, im selben Landschaftsraum in einer Entfernung von ca. 5 km einen neuen Horst gebaut und zur erfolgreichen Brut genutzt.

c) Ein Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG liegt angesichts dessen in Bezug auf den Schwarzstorch ebenfalls nicht vor.

aa) Nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ist es verboten, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur

zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Ein Verstoß gegen dieses Verbot liegt gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG nicht vor, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.

Der aus Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL übernommene Begriff der Fortpflanzungsstätte umfasst neben der eigentlichen Fortpflanzungsstätte auch deren Umfeld, sofern sich dieses Umfeld als erforderlich erweist, um einer geschützten Tierart eine erfolgreiche Fortpflanzung zu ermöglichen, wie z. B. Bereiche, die für die Balz, für die Paarung, für den Nestbau oder für die Wahl des Ortes der Eiablage oder der Niederkunft erforderlich sind, sowie den Ort der Eientwicklung und des Schlüpfens und das Nest oder den Ort der Niederkunft, wenn es bzw. er für die Nachwuchspflege benötigt wird.

Vgl. EuGH, Urteil vom 28.10.2021 - C-357/20 -, NVwZ 2022, 49 = juris Rn. 19 ff., m. w. N.

Bei der danach notwendigen Bestimmung, welche konkreten Bereiche als in diesem Sinne erforderlich angesehen werden können, handelt es sich um eine naturschutzfachliche Fragestellung, die auf der Grundlage der ökologischen Bedürfnisse der jeweiligen Tierart und - sofern greifbare Anhaltspunkte hierfür vorliegen - unter Berücksichtigung etwaiger Besonderheiten der betroffenen Individuen dieser Tierart, die die Fortpflanzungs- oder Ruhestätte nutzen, zu beantworten ist.

Zu den für die Fortpflanzung erforderlichen Bedingungen gehört im Ausgangspunkt auch die Verfügbarkeit von Nahrung, die zum eigenen Überleben und zur Aufzucht des Nachwuchses gebraucht wird. Daher wird beispielsweise für den Feldhamster vertreten, dass neben dem Wohnbau zugleich die umliegenden Ackerflächen zu schützen seien, die der Nahrungssuche dienen.

Vgl. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 19 (Stand der Kommentierung: September 2019).

Daraus folgt indes nicht, dass namentlich bei Tierarten mit großräumigen Aktionsbereichen und/oder ohne spezielle Nahrungsansprüche jedes in einem bestimmten Radius um die eigentliche Fortpflanzungsstätte gelegene Nahrungshabitat durch § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG unter Schutz gestellt ist. Denn nicht jedes dieser Nahrungshabitate erweist sich als für eine erfolgreiche Fortpflanzung „erforderlich“, wenn und solange davon ausgegangen werden kann, dass der Tierart in ihrem Lebensraum auch nach dem Verlust eines Nahrungshabitats insgesamt genügend Nahrung zur Verfügung steht. Je kleiner allerdings der Aktionsradius der in Rede stehenden Tierart ist und je spezieller ihre Nahrungsansprüche sind, desto eher wird sich ein Nahrungshabitat als für eine erfolgreiche Fortpflanzung „erforderlich“ erweisen.

Vgl. allgemein zur „engen“ und „weiten“ Auslegung bei der räumlichen Abgrenzung einer Fortpflanzungs- und Ruhestätte OVG NRW, Urteil vom 5.2.2021 - 11 D 13/18.AK -, juris Rn. 221 f., m. w. N.; konkret für den Schwarzstorch OVG NRW, Urteil vom 27.10.2022 - 22 D 243/21.AK -, NuR 2023, 130 = juris Rn. 125 ff.

Eine Beschädigung liegt vor, wenn die (geplante oder bereits durchgeführte) Maßnahme geeignet ist, die ökologische Funktionalität einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte einer geschützten Tierart schrittweise („schleichend“) in qualitativer oder quantitativer Hinsicht zu verringern. Der in § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verwendete Begriff der Zerstörung, der inhaltlich identisch ist mit dem Begriff der Vernichtung in Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL, bezeichnet den vollständigen Verlust dieser Funktionalität.

Vgl. EuGH, Urteil vom 28.10.2021 - C-357/20 -, NVwZ 2022, 49 = juris Rn. 47 ff.

Dabei kommt es weder entscheidend darauf an, ob derartige Beeinträchtigungen absichtlich,

vgl. EuGH, Urteil vom 28.10.2021 - C-357/20 -, NVwZ 2022, 49 = juris Rn. 49, 51 und 54,

noch auf welche Art und Weise sie erfolgen, namentlich ist eine unmittelbar substanzverletzende Einwirkung nicht erforderlich.

Vgl. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 44 BNatSchG Rn. 21, m. w. N. (Stand der Kommentierung: September 2019).

bb) Nach diesen Maßgaben führt das Vorhaben der Beigeladenen nicht zu einer Beschädigung oder Zerstörung einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte des Schwarzstorches im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG. Eine etwaige Entwertung des Horstbereichs liegt aus den bereits im Rahmen der Prüfung des artenschutzrechtlichen Störungsverbots des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG genannten Gründen nicht vor. Entsprechendes gilt in Bezug auf eine etwaige Entwertung von Nahrungshabitaten. Insofern tritt hinzu, dass auf der Grundlage der Ergebnisberichte der Raumnutzungsanalyse Schwarzstorch vom 19.11.2019 (S.) und vom 29.7.2019 (P.) nach den Maßstäben der praktischen Vernunft ausgeschlossen erscheint, dass die mit dem Betrieb der WEA 14 möglicherweise einhergehende Entwertung eines (essenziellen) Nahrungshabitats, das der Vorhabenstandort indes schon nicht darstellen dürfte, sich negativ auf den Fortpflanzungserfolg des Schwarzstorches auswirken wird.

Bei ihm handelt es sich um eine Vogelart mit eher großen Raumansprüchen. Vom Nistplatz aus können Schwarzstörche über Distanzen von bis zu 10 km ihre Nahrungsgebiete aufsuchen. Der zentrale Aktionsraum wird dabei mit 3.000 m veranschlagt.

[https://artenschutz.naturschutzinformatio-
nen.nrw.de/artenschutz/de/ar-
ten/gruppe/voegel/kurzbeschreibung/103175](https://artenschutz.naturschutzinformatio-
nen.nrw.de/artenschutz/de/ar-
ten/gruppe/voegel/kurzbeschreibung/103175).

Allerdings benötigt der Schwarzstorch großflächig zusammenhängende, störungsarme Komplexe aus naturnahen Laub- und Mischwäldern mit fischreichen Fließ- und Stillgewässern, Waldwiesen und Sümpfen. Als Hauptnahrung dienen ihm überwiegend Wasserinsekten, Fische (bis 25 cm Größe) und Amphibien, daneben Landtiere wie Insekten, Mäuse, Reptilien und weitere Kleintiere. Aufgrund

dieser besonderen Habitatansprüche werden regelmäßig genutzte Nahrungshabitate (z. B. Laub- und Mischwaldkomplexe mit fischreichen Fließ- und Stillgewässern, Waldwiesen, Sümpfen) im Umkreis von etwa 5 km als essenzielle Habitatbestandteile abgegrenzt.

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/massn_stat/103175.

Allein aus der Einordnung eines Gebiets als essenzielles Nahrungshabitat des Schwarzstorchs folgt indes nicht zwingend, dass es für dessen Fortpflanzung auch erforderlich ist, zumal die vorstehende Aussage in Anhang A „Methoden-Steckbriefe (Artspezifische Bestanderfassungsmethoden)“ des „Methodenhandbuchs zur Artenschutzprüfung in NRW - Bestandserfassung, Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen und Monitoring“ des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes NRW vom 19.8.2021 dahingehend relativiert wird, dass zur Klärung der Frage, ob die Habitate im Wirkraum essenziell für das Schwarzstorchrevier seien, weitere Methoden notwendig sein könnten. Die ökologische Funktion des hier in Rede stehenden Horstes als Fortpflanzungsstätte wird demnach weiterhin erfüllt (vgl. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG), wenn im Aktionsradius des Schwarzstorchs auch nach Errichtung der Windenergieanlage noch genügend (Ausweich-)Nahrungshabitate verbleiben.

Das ist hier der Fall. Nach allen vorliegenden Erkenntnissen der Fachgutachter, der Einschätzungen der unteren Naturschutzbehörde des Beklagten sowie des LANUV und gerade auch nach dem Vortrag des Klägers befindet sich in der engeren und weiteren Umgebung der Horste in diesem Bereich des Arnsberger Waldes eine Vielzahl geeigneter Habitate für den Schwarzstorch. Dies ist angesichts der dort vorzufindenden Habitatstrukturen ohne Weiteres plausibel. Dementsprechend ist auch das aufgrund der durchgeführten Raumnutzungsanalysen und der in die Bewertung des Beklagten und des Fachgutachters der Beigeladenen, in die auch die zahlreichen Beobachtungen Dritter – insbesondere des ehrenamtlichen Naturschutzes – eingegangen sind, gewonnene Ergebnis, eindeutig bevorzugte Habitate ließen sich kaum und wenn dann östlich des Windparks im

Bereich der Romecke identifizieren, mindestens nachvollziehbar. Da zugleich – wie bereits ausgeführt – die Sichtbarkeit der Windenergieanlage bei Nahrungsflügen und möglichen Aufenthalten im Bereich der nächstgelegenen Bachsiepen weitestgehend nicht gegeben ist, ist eine Entwertung dieses Gebiets, so sie überhaupt zu befürchten ist, allenfalls gering zu veranschlagen. Nimmt man hinzu, dass nach der fortgeltenden Nebenbestimmung 3.12.8 des Bescheides vom 30.3.2023 für eine etwaige Habitatentwertung eine Ausgleichsfläche im Umfang von mindestens 2 ha – tatsächlich werden nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Beigeladenen 5 ha entstehen – zu schaffen und nach Nr. 3.12.9 in ihrer Wirksamkeit zu überwachen ist, ist nach den Maßstäben praktischer Vernunft eine Verwirklichung des Zugriffsverbots des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG auszuschließen. Zweifel an der Eignung der Ausgleichsfläche hat der Kläger – wie bereits ausgeführt – nicht, schon gar nicht in substantzierter Form, geltend gemacht.

d) Die Verwirklichung eines artenschutzrechtlichen Verbotstatbestandes droht schließlich auch nicht deshalb, weil nach der Nebenbestimmung Nr. 3.12.10 Satz 2 des Genehmigungsbescheides vom 30.3.2023 die Tagabschaltung entfallen kann, wenn die bekannten Horste H 1 und H 2 in einem Betriebsjahr bis zum 31.3. unbesetzt bleiben und auch keine Kenntnis von einem anderen besetzten Schwarzstorchhorst in der näheren Umgebung bis 1.000 m um die Windenergieanlage besteht.

Diese zwischen Beklagtem und LANUV abgestimmte Regelung ist naturschutzfachlich vertretbar. Die Beigeladene hat schon früh unwidersprochen geltend gemacht, dass nach den gesicherten Erkenntnissen und Erfahrungswerten des LANUV davon auszugehen sei, dass bei Horsten, die bis zum 31.3. nicht besetzt seien, im Regelfall auch danach in diesem Jahr keine Brut mehr stattefinde. Das hat Herr Dr. Y. in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Da er zugleich – in Übereinstimmung mit dem Fachgutachter der Beigeladenen – ausgeführt hat, dass die Feststellung einer Horstbesetzung jedenfalls nicht von der Eiablage abhängt, sondern schon deutlich im Vorfeld etwa durch häufigen Aufenthalt oder revieranzeigendes Verhalten einsetzt, erscheint dies ohne Weiteres plausibel. So

dürften bereits die im Jahr 2024 festgestellten Aktivitäten für eine solche Bewertung ausgereicht haben, obwohl es letztlich aus anderen Gründen nicht zu einer Brut gekommen ist.

Die von dem Kläger geäußerten weiteren Bedenken, die Regelung sei zu unbestimmt, weil nicht festgelegt werde, wie der Nachweis der Nichtbesetzung zu führen sei, bestehen mit Blick auf den Gesamtzusammenhang der artenschutzrechtlichen Vorgaben zum Schwarzstorch nicht. Wie eine solche Überwachung zu erfolgen hat, lässt sich bereits der Nebenbestimmung Nr. 3.12.9 in allgemeiner Form entnehmen. Dementsprechend führt die Begründung zur Nebenbestimmung Nr. 3.12.10 explizit aus, dass die Kontrolle, ob ein Horst besetzt sei, durch einen Biologen, eine vergleichbar qualifizierte Person oder mittels Kameraüberwachung erfolgen müsse.

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass tatsächlich eine Überwachung des Bereichs mittels einer festinstallierten Kamera durch den Fachgutachter der Beigeladenen durchgeführt wird, wie sich dem Bericht auf den Seiten 27.855 ff. der Beiakten entnehmen lässt.

6. Die zur Sicherung der Rückbauverpflichtung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. Satz 3 BauGB beizubringende Sicherheitsleistung in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft in Höhe von 353.822,- Euro - vgl. Nr. 3.1.1. des Änderungs- genehmigungsbescheids vom 21.3.2024 - ist nicht zu beanstanden.

a) Nach § 35 Abs. 5 Satz 2 Hs. 1 BauGB ist für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6, 8 Buchst. b und Nr. 9 - also auch für nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierte Windenergieanlagen wie hier - als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eine Verpflichtungserklärung abzugeben, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Die Baugenehmigungsbehörde soll durch nach Landesrecht vorgesehene Baulast oder in anderer Weise die Einhaltung der Verpflichtung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB sicherstellen, vgl. § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB. Sie wird damit bundesrecht-

lich verpflichtet, durch geeignete Maßnahmen bereits bei Erteilung der Genehmigung die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass der Rückbau, zu dem sich der Vorhabenträger nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB verpflichtet hat, nach dauerhafter Nutzungsaufgabe auch auf seine Kosten durchgesetzt werden wird. Demgemäß zielt die Sicherheitsleistung auf eine unter Umständen notwendig werdende Ersatzvornahme. Nach dem gesetzgeberischen Regelungszweck soll diese Durchsetzung der Rückbaupflicht nicht daran scheitern, dass von einer Vollstreckung abgesehen wird, weil keine ausreichenden Mittel für eine solche Ersatzvornahme zur Verfügung stehen. Dies kann nur durch eine finanzielle Absicherung der anfallenden Kosten einer Beseitigung sichergestellt werden. Eine Baulast hat dies nicht zum Inhalt. Die Anordnung von Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB ist nicht in das freie Ermessen der Genehmigungsbehörde gestellt; die Genehmigung ist vielmehr in der Regel („soll“) mit Nebenbestimmungen zur Einhaltung der Rückbaupflicht zu versehen. Dazu gehört auch die Auferlegung einer Sicherheitsleistung, es sei denn, es liegen besondere Umstände des Einzelfalls vor, die eine Ausnahme rechtfertigen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.10.2012 - 4 C 5.11 -, BVerwGE 144, 341 = juris Rn. 11, 15, 28; Gatz, jurisPR-BVerwG 4/2013 Anm. 1; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 18.6.2024 - 10 S 1546/23 -, juris Rn. 44 und 46; Nds. OVG, Beschluss vom 12.10.2022 - 12 MS 188/21 -, ZNER 2022, 655 = juris Rn. 61, m. w. N.

Mit Blick auf die Höhe der geforderten Sicherheitsleistung erlaubt das Bundesrecht eine Pauschalierung der Kosten. Maßgeblich ist, ob die Kostenschätzung auf einer geeigneten Grundlage beruht und die daran anknüpfende Pauschalierung sachlich nachvollziehbar ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.10.2012 - 4 C 5.11 -, BVerwGE 144, 341 = juris Rn. 34.

Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung, die auch verwaltungspraktische Gesichtspunkte berücksichtigen darf.

Vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 5.10.2022 - 10 S 1485/21 -, ZNER 2022, 662 = juris Leitsatz 2 und Rn. 65 ff.; OVG Rh.-Pf., Urteil vom 1.9.2021 - 1 A 11152/20 -, juris Rn. 158; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 18.6.2024 - 10 S 1546/23 -, juris Rn. 56.

b) Nach diesen Maßgaben dringt der Kläger mit seinen Einwendungen gegen die in dem Änderungsgenehmigungsbescheid vom 21.3.2024 festgesetzte Sicherheitsleistung in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft in Höhe von brutto 353.822,- Euro nicht durch.

Im Ausgangspunkt übersieht oder übergeht der Kläger, dass sich der festgesetzte Sicherungsbetrag im Berechnungsansatz nicht an den Gesamtinvestitionskosten orientiert hat, sondern die von CH. berechneten, von der Bauaufsicht der Stadt Warstein für plausibel gehaltenen voraussichtlichen Rückbaukosten von netto 297.475,- Euro aufgreift und daraus den geforderten Bruttobetrag von 353.822,- Euro ermittelt. Was an dieser Kostenschätzung der voraussichtlichen Rückbaukosten – ohne etwaige Verwertungserlöse – durch die Herstellerfirma falsch oder wenigstens defizitär sein sollte, legt der Kläger mit keinem Wort dar. Erst im Anschluss an diese Kostenabschätzung wird wohl mit Blick auf den Windenergieerlass eine Betrachtung (im Sinne einer Plausibilitäts- oder Stimmigkeitskontrolle) anhand des Prozentwertes der Investitionskosten vorgenommen.

Der für die Sicherheitsleistung ermittelte Betrag von 353.822,- Euro hält auch dieser Kontrollberechnung anhand Nr. 5.2.2.4 des Windenergie-Erlasses vom 8.5.2018 stand. Danach kann, wenn nichts Gegenteiliges nachgewiesen wird, von einer Sicherheitsleistung in Höhe von 6,5 % der Gesamtinvestitionskosten ausgegangen werden. Der so ermittelte (anteilige) Betrag für die Sicherheitsleistung von 308.704,- Euro wird von der tatsächlich festgesetzten Sicherleistung von 353.822,- Euro so deutlich überschritten, dass der Beklagte allein diese Überschreitung vor dem Hintergrund der ermessenslenkenden Vorgabe des Windenergie-Erlasses nicht zu Unrecht für rechtfertigungsbedürftig gehalten hat. Dass keine Untersicherung zu erwägen war, ergab sich hingegen unmittelbar aus

der Erlasslage. Auch dies bestätigt, dass die gewählte Höhe der Sicherheitsleistung nicht zu beanstanden ist, zumal der für NRW durch Nr. 5.2.2.4 des Windenergie-Erlasses gewählte Berechnungsansatz nach dem im Auftrag des Umweltbundesamtes verfassten Abschlussbericht „Entwicklung eines Konzepts und Maßnahmen zur Sicherung einer guten Praxis bei Rückbau und Recycling von Windenergieanlagen“ von September 2022 auch fachwissenschaftlich auf Zustimmung (dort S. 74) trifft.

Vgl. <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/entwicklung-eines-konzepts-massnahmen-zur-sicherung>.

Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass nach diesem Bericht jedenfalls bis zum Jahr 2022 kein Fall bekannt geworden ist, in dem eine Genehmigungsbehörde wegen eines nicht vom pflichtigen Betreiber verantworteten Rückbaus einer Windenergieanlage diesen im Wege einer Ersatzvornahme hätte durchführen und die Bürgschaft aktivieren müssen.

Auch die klägerische Kritik einer fehlenden Berücksichtigung des Aspekts der geldwertstabilen Absicherung der Rückbaukosten verfängt vor diesem Hintergrund nicht. Der Kläger wendet ein, der Beklagte habe entgegen Nr. 5.2.2.4 des Windenergie-Erlasses vom 8.5.2018 außer Acht gelassen, dass die Sicherheitsleistung den Rückbau am Ende der voraussichtlichen Lebensdauer der Anlage vollständig abdecken müsse. Die Kostenberechnung der Firma CH. gibt insofern aber explizit an, dass sich die Kostenschätzung auf einen „Rückbau nach Ende der Auslegungsdauer“ bezieht. Hierauf geht wiederum der Kläger nicht ein. Ebenso liegt auf der Hand, dass die Berechnungsempfehlung des Windenergie-Erlasses insofern notwendig zukunftsgerichtet ist. Es dürfte allen Beteiligten klar gewesen sein, dass ein Rückbau später erfolgt als der Aufbau – nach dem üblicherweise zugrunde gelegten Zeithorizont bei einer Windenergieanlage etwa 20 Jahre. Dies ist so selbstverständlich, dass sich ein ausdrücklicher Hinweis hierauf nach Auffassung des Senats erübrigt. Damit liegt aber auch auf der Hand, dass in die Pauschalierung auch Preissteigerungen einkalkuliert sind.

Unbeschadet dessen trifft der Einwand des Klägers auch in der Sache allenfalls teilweise zu. Nach der Regelung unter Nr. 3.1.1 Satz 7 des Änderungsgenehmigungsbescheides vom 21.3.2024 ist die Bemessungsgrundlage (d. h. die Gesamtinvestitionskosten oder die voraussichtlichen Rückbaukosten) im Abstand von 5 Jahren auf den aktuellen Kostensatz zu prüfen und dem Sachgebiet Bauen und Denkmal der Stadt Warstein zur Entscheidung über eine Bürgerschaftsanpassung vorzulegen. Mit diesem bereits in der Ausgangsgenehmigung enthaltenen Anpassungsmechanismus setzt sich der Kläger nicht, geschweige denn in substantiierter Form auseinander. Außer der schlichten und ohne jegliche Begründung in den Raum gestellten Behauptung, dass sich die Bemessungsgrundlage nicht ändern werde, findet sich hierzu nichts.

c) Keiner Klärung bedarf demnach, ob § 35 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. Satz 3 BauGB tatsächlich den Rückbau als solchen absichert und damit den von § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 1 Abs. 4 UmwRG – ungeachtet der Frage, ob es für die Begründetheit der Klage hier auf diese Vorschrift (allein) ankommt – vorausgesetzten Umweltbezug aufweist oder ob mit der Vorschrift nicht – was aus Sicht des Senates deutlich näher liegt – in erster Linie fiskalische Zwecke verfolgt werden.

Vgl. dazu nur VGH Bad.-Württ., Urteil vom 5.10.2022 - 10 S 1485/21 -, ZNER 2022, 662 = juris Rn. 65, m. w. N., und Beschluss vom 18.6.2024 - 10 S 1546/23 -, juris Rn. 47.