



Landkreis Osnabrück · Postfach 25 09 · 49015 Osnabrück



Die Landrätin  
**Fachdienst 6**  
**Planen und Bauen**  
**Immissionsschutz**

**Per Postzustellungsurkunde**

Baumeister Rechtsanwälte  
Herrn Dr. Unland  
Königsstraße 51-53  
48143 Münster

Datum: 18. Oktober 2021  
Zimmer-Nr.: 4079  
Auskunft erteilt: Frau Waldhaus

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Mein Zeichen, meine Nachricht vom

**FD6-70-01611-21**

06864-17-11

Durchwahl:  
Tel. (0541) 501- 4082  
Fax: (0541) 501- 6 4082  
E-Mail: Waldhaus@lkos.de  
Kontakt-Center (0541) 501-1150

Baugrundstück: Glandorf, ~  
Gemarkung: Sudendorf Sudendorf  
Flur: 5 3  
Flurstück(e): 175/1 324/3

Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG, Errichtung und Betrieb von 2 WEA in Glandorf-Bever, Widerspruch der Rechtsanwaltskanzlei Baumeister gegen die Genehmigung vom 22.02.2021 (Haupt-Az.: 6864-17)

**Widerspruchsbescheid**

**Frist: 20/22.10.21**  
**Widerspruch / Klage**  
**Berufung / Revision**

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Dr. Unland,

1. Ihren im Namen Ihrer Mandantin, Gemeinde Glandorf, eingelegten Widerspruch vom 12.03.2021 gegen den Genehmigungsbescheid vom 22.02.2021 für die Errichtung und den Betrieb von 2 Windenergieanlagen auf den oben genannten Flurstücken weise ich zurück.
2. Die Kosten des Verfahrens hat Ihre Mandantin zu tragen.

**Begründung**

Am 13.12.2017 beantragte die Bürgerenergiegesellschaft Windpark Bever GmbH & Co. KG die Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) zur Errichtung und zum Betrieb von 2 Windenergieanlagen (WEA) mit einer Nabenhöhe von 164 m, einer maximalen Gesamthöhe von jeweils 238,5 m über natürlich gewachsenem Gelände und einem Rotordurch-

messer von 149 m sowie einer Nennleistung von je 4,5 MW in der Gemeinde Glandorf, Gemarkung Sudendorf, Flur 5, Flurstück 175/1 sowie Flur 3, Flurstück 324/3.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 Umweltverträglichkeitsgesetz (UVPG) wurde auf Antrag des Vorhabenträgers durch die Genehmigungsbehörde festgestellt, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) durchzuführen ist. Daher war ein förmliches Verfahren gem. § 10 BImSchG und der §§ 8 – 21 a der 9. BImSchV durchzuführen. Das Vorhaben wurde gem. § 10 Abs. 3 BImSchG, § 8 der 9. BImSchV und §§ 18, 19 UVPG am 30.04.2019 im Amtsblatt für den Landkreis Osnabrück, der Neuen Osnabrücker Zeitung, den Westfälischen Nachrichten, in der Glocke, auf der Homepage des Landkreises Osnabrück und im Zentralen Informationsportal über Umweltverträglichkeitsprüfungen in Niedersachsen öffentlich bekannt gemacht. In der Zeit vom 07.05.2019 bis zum 07.06.2019 einschließlich wurden die Antragsunterlagen beim Landkreis Osnabrück, der Gemeinde Glandorf, der Stadt Warendorf und der Stadt Sassenberg zur allgemeinen Einsichtnahme ausgelegt. Des Weiteren war eine Einsichtnahme in die Unterlagen über die Homepage des Landkreises Osnabrück und im Zentralen Informationsportal über Umweltverträglichkeitsprüfungen in Niedersachsen möglich. Der Erörterungstermin fand am 06.08.2019 statt. Über den Termin wurde eine Niederschrift angefertigt, die den Beteiligten am 30.09.2019 übermittelt wurde.

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 Baugesetzbuch (BauGB) ist ein Vorhaben, dass der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient, im Außenbereich privilegiert, soweit nach § 35 Abs. 3 BauGB keine öffentlichen Belange entgegenstehen.

Über die Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich wird im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden (§ 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Das gilt auch für Verfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, in die eine Baugenehmigung einkonzentriert wird. Das Einvernehmen der Gemeinde darf nur aus bauplanungsrechtlichen Gründen nach § 35 Abs. 3 BauGB oder aufgrund mangelnder Erschließung versagt werden. Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen (§ 36 Abs. 2 S. 3 BauGB).

Mit Stellungnahme vom 03.07.2019 und 05.07.2019 hat Ihre Mandantin das gemeindliche Einvernehmen für das o.g. Vorhaben versagt mit der Begründung, dass die Erschließung noch nicht sichergestellt sei. Zudem bestünden auch hinsichtlich des Lärmschutzes und der optisch bedrängenden Wirkung der Anlagen Bedenken. Ebenso machte Ihre Mandantin aus artenschutzrechtlichen Gründen Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit deutlich.

Daraufhin reichte die Bürgerenergiegesellschaft Windpark Bever GmbH & Co. KG (Antragstellerin) das Konzept für die Vermeidung von Kollisionen für das Vorkommen der Art Rotmilan im Um-

feld des Windparks Glandorf-Bever (Vermeidungskonzept Rotmilan) ein. Bezüglich der Thematik „Schallimmissionen der Kläranlage Füchtorf“ und „Schallimmissionen einer Biogasanlage und eines Tierhaltungsbetriebes“ wurden wunschgemäß weitere Stellungnahmen von Frau Schulz der Firma UL International GmbH nachgereicht.

Die Antragstellerin beantragte mit E-Mail vom 29.10.2019 die Ersetzung des Einvernehmens. Sie verwies u.a. darauf, dass sie Ihrer Mandantin am 17.10.2019 einen unterschriftsreifen Vertragsentwurf über den städtebaulichen Vertrag vorgelegt habe und nochmals auf die o.g. vorgebrachten Einvernehmenshindernisse eingegangen seien. Des Weiteren sei hinsichtlich des Rotmilans ein Konzept vorgelegt worden, mit welchem über zusätzliche Abschaltkontingente sowie weiteren Ablenkflächen sichergestellt werde, dass das Tötungsrisiko des Rotmilans unter die Signifikanzschwelle gesenkt werde.

Mit Stellungnahme vom 30.01.2020 hat Ihre Mandantin das gemeindliche Einvernehmen für das o.g. Vorhaben erneut versagt. Sie führen in der Begründung vom 07.02.2020 aus, dass die Sachverhaltsaufklärung lückenhaft sei und gegen den Windenergieerlass verstoße, da keine Raumnutzungsanalyse erstellt worden sei.

Nachdem die Antragstellerin die Raumnutzungsanalyse für den Rotmilan am 09.09.2020 nachgereicht hat und der städtebauliche Vertrag bereits durch Ratsbeschluss am 03.12.2019 beschlossen wurde, bezweifelten Sie im Rahmen der Anhörung nunmehr die gewählte Systematik der Raumnutzungsanalyse. Zudem führten Sie an, dass eine Ausnahme vom Tötungsverbot für kollisionsgefährdete Arten rechtswidrig sei. Diese Ausnahme wurde ursprünglich beantragt, weil nicht ausgeschlossen werden konnte, dass das Tötungsrisiko trotz Vermeidungsmaßnahmen weiterhin signifikant erhöht bleibt. Obwohl die Abschaltzeiten erweitert wurden, sehen Sie es allerdings generell als unzulässig an, hier einen mathematisch-wahrscheinlichen Ansatz zu verwenden.

Nach erfolgter Anhörung habe ich daher mit immissionsschutzrechtlichen Bescheid vom 22.02.2021 das gemeindliche Einvernehmen im behördlichen Ermessen gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB ersetzt, weil dieses von Ihrer Mandantin rechtswidrig versagt worden ist.

Am 12.03.2021 legten Sie im Namen Ihrer Mandantin Widerspruch gegen die erteilte Genehmigung und damit einhergehend gegen die Ersetzung des Einvernehmens ein. Der Widerspruch ging form- und fristgerecht und vorerst ohne inhaltliche Begründung ein. Die inhaltliche Begründung reichten Sie am 16.04.2021 nach.

Im Einzelnen berufen Sie sich im Rahmen des Widerspruchs auf folgende Darstellungen:

Der Landkreis Osnabrück habe die Gemeinde Glandorf sowohl bei der Abfrage als auch bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht ordnungsgemäß beteiligt. Zudem seien die

Artenschutzuntersuchungen aufgrund veralteter Daten sowie das Vermeidungskonzept für die Arten Rotmilan, Rohrweihe und Wespenbussard unzureichend. Des Weiteren sei es nicht nachvollziehbar, warum trotz entsprechender Brutfeststellungen im Jahr 2019 artenschutzrechtliche Verbotstatbestände in Bezug auf Rohrweihe, Mäusebussard und Feldlerche allein wegen der Raumnutzungsanalyse 2020 ausgeschlossen werden können. Ferner sei die Maßnahmenfläche für den Rotmilan ungeeignet. Zuletzt habe die Untere Naturschutz- und Waldbehörde bei der Berufung auf die „Einschätzungsprärogative“ übersehen, dass diese nur im Rahmen des gesetzlichen Rahmens und auch insoweit nur bei fehlenden anerkannten fachlichen Maßstäben bestehe.

**Der Widerspruch ist zulässig, aber unbegründet.**

Um Wiederholungen zu vermeiden verweise ich zunächst auf meine immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 22.02.2021. Inhaltlich ergibt sich aufgrund Ihres Widerspruches keine andere Entscheidung über die immissionsschutzrechtliche Genehmigung und die hier drin enthaltene Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB. Dieses ergibt sich aus den nachfolgenden Gründen:

Gemäß § 42 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung analog (VwGO) ist der Widerspruch nur zulässig, wenn der Widerspruchsführer geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Für die Geltendmachung der Verletzung eigener Rechte ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Widerspruchsführer in hinreichend substantiierter Weise Tatsachen vorträgt, die es als möglich erscheinen lassen, dass er durch die von ihm angegriffene Genehmigung in seinen subjektiven Rechten verletzt ist. Sie machen für Ihre Mandantin geltend, dass diese in der sie schützenden gemeindlichen Planungshoheit i.S.d. § 36 Baugesetzbuch (BauGB) verletzt wurde. Im Hinblick auf das formelle Mitwirkungsrecht nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB führen Sie an, dass keine Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erfolgt sei. Des Weiteren sei Ihre Mandantin vor Ersetzung des Einvernehmens nicht ordnungsgemäß angehört worden. Auch in Bezug auf das materielle Mitwirkungsrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB machen Sie geltend, dass die Genehmigungsvoraussetzungen gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB nicht erfüllt seien. Im Einzelnen berufen Sie sich darauf, dass die Artenschutzuntersuchungen sowie das Vermeidungskonzept unzureichend seien, artenschutzrechtliche Verbotstatbestände in Bezug auf Rohrweihe, Mäusebussard und Feldlerche auszuschließen und die Maßnahmenfläche für den Rotmilan ungeeignet sei.

Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG) gewährleistet den Gemeinden als Teil der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft das Recht, in eigener Verantwortung im Rahmen der Gesetze für ihr Gemeindegebiet die Bodennutzung festzulegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. April 2000 - 4 C 5.99 -, BRS 63 Nr. 115; vom 15. Dezember 1989, - 4 C 36.86 -, BVerwGE 84, 209; vom 16. Dezember 1988 - 4 C 40.86 -, BVerwGE 81, 95). Nach § 1 BauGB gehört es zu ihren Aufgaben, für die städ-

tebauliche Entwicklung und Ordnung im Gemeindegebiet zu sorgen. Soweit dies nach ihrer jeweiligen städtebaulichen Konzeption erforderlich ist, haben sie die bauliche und die sonstige Nutzung der Grundstücke vorzubereiten und zu leiten. Der Gesetzgeber stellt ihnen dafür das Mittel der Bauleitplanung zur Verfügung. Mit Hilfe flankierender Maßnahmen hat er Vorsorge dafür zu treffen, dass die Gemeinden ihrer städtebaulichen Verantwortung gerecht werden können. Zu den Sicherungsinstrumenten, die das Baugesetzbuch insoweit bereithält, gehört neben den Abstimmungsvorschriften des § 2 Abs. 2 und des § 7 BauGB, den Sicherungsmaßnahmen der §§ 14 und 15 BauGB und dem Vorkaufsrecht nach den § 24 ff. BauGB auch die Beteiligungsregelung des § 36 BauGB. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die gemeindliche Planungshoheit nach der Wertung des Gesetzgebers auch dann berührt ist, wenn ein Vorhaben auf der Grundlage des § 35 BauGB zugelassen oder verwirklicht wird. Dies beruht auf der Erwägung, dass von der beabsichtigten oder der bereits ausgeführten Baumaßnahme ein Bereich betroffen ist, in dem die Gemeinde von der Möglichkeit der Überplanung überhaupt nicht oder jedenfalls nicht abschließend Gebrauch gemacht hat. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Situation im Gemeindegebiet überall dort dem Vorbehalt der planerischen Abstimmung der städtebaulichen Ordnung und Entwicklung durch die Gemeinde unterliegt, durch die die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nicht durch einen qualifizierten oder einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan gesteuert wird. Zur Sicherung der planerischen Handlungsfreiheit trifft er in § 36 Abs. 1 BauGB Vorsorge dafür, dass die Gemeinde als sachkundige Behörde in Ortsteilen, in denen sie noch nicht geplant hat, an der Beurteilung der bebauungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzung mitentscheidend beteiligt wird (vgl. BVerwG, Urteile vom 14. April 2000 - 4 C 5.99 -, BRS 63 Nr. 115; vom 7. Februar 1986, - 4 C 43.83 -, BRS 46 Nr. 142; vom 10. August 1988 - 4 C 20.84 -, BRS 48 Nr. 144 und vom 31. Oktober 1990 - 4 C 85.88 -, Buchholz 406.11, § 35 BauGB Nr. 265).

Auch wenn sich § 36 BauGB darin erschöpft, das behördliche Genehmigungsverfahren näher auszugestalten und nach der Formel des Bundesverwaltungsgerichts nicht erst aus der Planungshoheit abgeleitete materielle Rechte begründet, sondern sie voraussetzt (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. April 2000 - 4 C 5.99 -, a.a.O.) und auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin das Vorliegen der Voraussetzungen des § 35 BauGB in vollem Umfang nachzuprüfen ist (vgl. BVerwG, Urteile vom 1. Juli 2010 - 4 C 4.08 -, BVerwGE 137, 247 und vom 20. Mai 2010 - 4 C 117.09 -, BVerwGE 137, 74 m.w.N.), so sichert doch in den Fällen seiner Anwendbarkeit § 36 BauGB in vollem Umfang die Gewährleistung der gemeindlichen Planungshoheit nach Art. 28 Abs. 2 GG. Die Gemeinde Glandorf kann sich in diesen Fällen nicht losgelöst von dem Beteiligungsrecht nach § 36 BauGB auf einen vermeintlichen Verstoß gegen die Vorschriften des § 35 BauGB berufen. Denn die Gemeinde ist nicht aus sich heraus vom Gesetz dazu berufen, die Unversehrtheit des Außenbereichs und Belange des Naturschutzes zu wahren; vielmehr kommt ihr diese Aufgabe, wie gezeigt, nur im Rahmen und zur Sicherung ihrer gemeindlichen Planungshoheit zu (vgl. Hessischer VGH, Beschluss vom 27. September 2004 - 2 TG 1630/04 -, ESVGH

55, 82 = BauR 2005, 436). Umgekehrt wäre das Beteiligungserfordernis nach § 36 BauGB überflüssig, wenn die Gemeinde bereits aus sich heraus Sachwalterin des Außenbereichsschutzes nach § 35 BauGB wäre (VG Frankfurt, Beschluss vom 28. April 2020 – 8 L 3670/19.F –, Rn. 28 - 29, juris).

Mit der in § 36 BauGB normierten Beteiligung der Gemeinde hat der Gesetzgeber der Planungshoheit der Gemeinde Rechnung getragen und damit dem verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltungsrecht. Denn jede Genehmigung von Bauvorhaben setzt für die zukünftige Planung Festpunkte und engt deshalb die planerische Gestaltungsfreiheit der Gemeinde ein. In den noch nicht beplanten Gebieten liegt deshalb in der Zulassung einzelner Vorhaben eine gewisse Vorwegnahme der zukünftigen Planung. Das Einvernehmenserfordernis nach § 36 BauGB ist deshalb ein wesentliches Instrument zur Sicherung der Planungszuständigkeit der Gemeinde vor der Erteilung von Baugenehmigungen für Vorhaben, die mit den Planungsvorstellungen der Gemeinde nicht vereinbar sind, auch wenn diese eben noch nicht in Bebauungsplänen ihren konkreten Niederschlag gefunden haben. Das Einvernehmenserfordernis ist deshalb nicht allein auf die Prüfung des evtl. Einsatzes bestimmter planungsrechtlicher Instrumente zur Bestimmung der Zulässigkeit von Vorhaben beschränkt. Durch die Mitprüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen u.a. nach § 35 BauGB hat das Einvernehmenserfordernis insoweit eine eigenständige rechtliche Bedeutung. Denn Zweck des § 36 ist es, die Gemeinde als sachnahe und fachkundige Behörde in Ortsteilen, in denen sie noch nicht geplant hat, im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren an der Beurteilung der bebauungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Vorhaben mitentscheidend zu beteiligen (vgl. BVerwG, Urteil vom 07.02.1986 - 4 C 43.83 -, BauR 1986, S. 425 ff.) Die Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit als Sinn der Regelung bildet zugleich Inhalt und Grenze des Beteiligungsrechts der Gemeinde, weshalb sie nur aus den im Gesetz ausdrücklich genannten Gründen ihr Einvernehmen versagen darf.

Nach § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB wird die Gemeinde nicht nur im bauaufsichtlichen, sondern auch in anderen Verfahren beteiligt, in denen – wie dies hier im immissionsschutzrechtlichen Verfahren gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG der Fall ist – über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach den in § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB bezeichneten Vorschriften entschieden wird. Die Möglichkeit zur bauplanungsrechtlichen Überprüfung der Zulässigkeit eines Vorhabens, die § 36 BauGB im Interesse der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit einräumt, besteht demnach unabhängig davon, ob eine Entscheidung in einem bauaufsichtlichen oder in einem immissionsschutzrechtlichen Verfahren ergeht (vgl. OVG Lüneburg, Beschluss v. 07.10.2004 – 1 ME 169/04).

Daher ist potentiell eine Betroffenheit durch die Verletzung der subjektiven Rechte Ihrer Mandantin möglich und der Widerspruch gem. § 42 Abs. 2 VwGO zulässig.

Gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO analog ist der Widerspruch begründet,

soweit der Bescheid rechtswidrig und der Widerspruchsführer dadurch in seinen eigenen Rechten verletzt ist. Das Vorhaben ist i.S.d. § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert und die ausreichende Erschließung gesichert. Hierzu wurde der städtebauliche Vertrag per Ratsbeschluss durch die Gemeinde Glandorf am 03.12.2019 beschlossen. Auch die Erkenntnisse zum Artenspektrum (Vorhandensein des Rotmilans im Einwirkungsbereich der Anlagen) sind weder tatsächliche noch rechtliche Änderungen. Sie sind Änderungen hinsichtlich der Erkenntnisgrundlage. Dafür wurden durch das Schutzkonzept für den Rotmilan nebst Ablenkflächen sowie der Raumnutzungsanalyse für den Rotmilan Vermeidungsmaßnahmen geschaffen, die eine Beeinträchtigung gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB ebenfalls ausschließt. Dafür, dass eine Verletzung dieser oder ähnlicher Art im vorliegenden Genehmigungsverfahren vorliegt, finden sich keinerlei Anhaltspunkte. Alle vorgelegten Gutachten und Antragsunterlagen wurden bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt.

Aus der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 Abs. 2 BauGB im angefochtenen immissionsschutzrechtlichen Bescheid vom 22.02.2021 ergibt sich keine Rechtsverletzung Ihrer Mandantin.

Nachfolgend wird meine Begründung in Anlehnung an die Reihenfolge der Themen des Widerspruchs ausgeführt:

#### I. Formelles Mitwirkungsrecht aus § 36 Abs. 1 BauGB

Sie führen in Ihrer Widerspruchs begründung an, dass Ihre Mandantin in ihrem absoluten Verfahrensrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB verletzt sei, weil sie im Zusammenhang mit der Abfrage als auch der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht ordnungsgemäß beteiligt worden sei. Hierzu führen Sie im Einzelnen aus:

##### 1. Abfrage des Einvernehmens

Die der Gemeinde durch die Einvernehmensabfrage vom 29.04.2019 (zugegangen bei der Gemeinde Glandorf am 06.05.2019) zugegangenen Antragsunterlagen seien unvollständig und nicht geeignet gewesen, eine umfassende Prüfung der Voraussetzungen des § 35 BauGB zu ermöglichen. Bei dem Recht aus § 36 BauGB würde es sich nicht um eine reine Anhörungsfrist, sondern um ein selbstständiges Prüfungsrecht der Gemeinde handeln. Hierzu führe das BVerwG aus: „(...). Ebenso obliegt ihr die Feststellung, ob und wann ein bei ihr eingereichter Bauantrag in die erforderliche Beurteilungsreife „hineingewachsen“ ist. Die Entscheidung darüber kann und darf die Baugenehmigungsbehörde der Gemeinde nicht abnehmen. (...)“ (BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 -, juris Rn. 19). Ein unvollständiges Ersuchen stelle keine ordnungsgemäße Einvernehmensabfrage dar und setze die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB nicht in Gang.

Mit Schreiben vom 29.04.2019 wurden der Gemeinde Glandorf die Antragsunterlagen mit der Bitte um Auslegung sowie um Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 BauGB

übersandt. In diesem Schreiben wurde Ihre Mandantin auf § 36 Abs. 2 BauGB hingewiesen, wonach das Einvernehmen der Bauortgemeinde als erteilt gilt, wenn es nicht innerhalb einer Frist von zwei Monaten unter Angabe der Gründe verweigert wird. Von einer „Anhörungsfrist“ ist in keinem Fall die Rede. Vielmehr wurde hier klar und deutlich eine Einvernehmensabfrage an Ihre Mandantin übermittelt und die Zweimonatsfrist gem. § 36 Abs. 2 BauGB in Gang gesetzt.

Die Gemeinde ist zwar aufgrund ihres durch § 36 BauGB gewährleisteten Beteiligungsrechtes befugt, ihre Entscheidung über die Erteilung ihres Einvernehmens zurückzustellen, bis ihr alle für eine sachgerechte Prüfung des Vorhabens in bauplanungsrechtlicher Hinsicht erforderlichen Unterlagen vorgelegt worden sind. Der Lauf der zweimonatigen Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB beginnt mit dem Eingang der Antragsunterlagen bei der Gemeinde. Dabei trägt die Gemeinde allerdings das Risiko einer Fehleinschätzung der bauplanungsrechtlichen Beurteilungsreife mit der Folge, dass die Einvernehmensfrist bei Anforderung nicht erforderlicher Unterlagen bereits mit der Einreichung des Bauantrages beginnt (BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 - 4 C 7.03 -, Rn. 18 ff.). Nach dieser Risikoverteilung wäre es gerade in Fallgestaltungen, in denen eine Gemeinde ersichtlich erstrebt ist, ein Vorhaben nach Möglichkeit zu verhindern und dementsprechend eine Vielzahl von Einwendungen gegen dieses erhebt, unangemessen und der Rechtsklarheit nicht dienlich (vgl. Nds. OVG, Urteil v. 10.01.2008 – 12 LB 22/07).

Im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens ist es erforderlich, dass der zu beteiligen Gemeinde eine hinreichende und abschließende planungsrechtliche Beurteilung des Bauvorhabens ermöglicht wird. Dafür bedürfe es nicht zwingend aller Unterlagen, die für eine vollständige Immissionsschutzrechtliche Genehmigung notwendig sind (vgl. BVerwG, Urteil v. 27.08.2020 – 4 C 1.19 – Rn. 15 ff.). So betont das Gericht, dass nur die aus bauplanungsrechtlicher Hinsicht erforderlichen Unterlagen vollständig sein müssen; auf die Vollständigkeit des Genehmigungsantrages kommt es hingegen nicht an.

Des Weiteren führen Sie aus, dass die Gemeinde Glandorf mit Schreiben vom 02.07. und 05.07.2019 dargelegt habe, dass die zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Antragsunterlagen die Erschließung der beiden WEA unzureichend dargestellt hätten. Eine etwaige optisch bedrängende Wirkung hätte auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen nicht zuverlässig beurteilt werden können, die Schallimmissionsprognose sei unzureichend gewesen und die Belange des Artenschutzes seien nicht abschließend untersucht worden. Angesichts dieser Defizite der Antragsunterlagen sei der Gemeinde Glandorf eine umfassende Prüfung der Genehmigungsunterlagen nach § 35 BauGB nicht möglich gewesen. Die Zwei-Monats-Frist für die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens sei durch die Übersendung der Unterlagen am 06.05.2019 nicht in Gang gesetzt worden.

Um Wiederholungen zu vermeiden verweise ich auf meine oben genannten Ausführungen; auf

die Vollständigkeit des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrages kommt es nicht an (s.o.). Dennoch ist klarzustellen, dass mit Übersendung der Antragsunterlagen ihrer Mandantin ein Gutachten über die Einzelfallprüfung zur optischen bedrängenden Wirkung sowie Gutachten zur Schallimmissionsermittlung nach dem alternativen Verfahren und dem Interimsverfahren vorlagen. Ihren Ausführungen kann somit nicht gefolgt werden, dass eine Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB anhand dieser Unterlagen nicht möglich war. Zumal Ihre Mandantin die erhobenen Bedenken in diesem Zusammenhang nicht mehr aufrechterhalten hat.

Darüber hinaus kann festgestellt werden, dass zum Zeitpunkt der Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens am 29.04.2019 über die Erschließung der Flächen noch kein Städtebaulicher Vertrag vorgelegen hat. Durch Ratsbeschluss vom 03.12.2019 wurde dieser zwischen Ihrer Mandantin und der Antragstellerin beschlossen. Danach hat Ihre Mandantin die anfangs erhobenen Zweifel im Hinblick auf die gesicherte Erschließung nach § 35 Abs. 1 BauGB ebenfalls nicht mehr aufrechterhalten.

Anzumerken ist, dass Ihre Mandantin im Schreiben vom 02.07.2019 bereits in Aussicht gestellt, dass das gemeindliche Einvernehmen hergestellt werden kann, wenn die Erschließung der Flächen abgesichert ist. Dies ist nicht erfolgt.

Auch die mit Schreiben vom 05.07.2019 geltend gemachten artenschutzrechtlichen Einvernehmenshindernisse gem. § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB werden vollständig durch geeignete Vermeidungsmaßnahmen widerlegt. Ein Verstoß gegen das Artenschutzrecht ist daher nicht gegeben.

Ihr Einwand, dass die vorgelegten Genehmigungsunterlagen nicht vollständig gewesen seien und eine Prüfung nach § 35 BauGB nicht zuließen, ist hier unerheblich, da die jeweils maßgeblichen Antragunterlagen – auch wenn erst im weiteren Verfahren - Ihrer Mandantin vorlagen.

Ihrer Schlussfolgerung, dass die Zweimonatsfrist für die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens aufgrund der unvollständigen Antragsunterlagen nicht in Gang gesetzt worden sei, kann aus den vorgenannten Gründen nicht gefolgt werden. Die Gemeinde Glandorf hat mit Schreiben vom 02.07. und 05.07.2019 das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB förmlich versagt. Somit hat sie fristgerecht über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens entschieden.

Sie machen in Ihrer Widerspruchsbegründung deutlich, dass die Gemeinde Glandorf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen fristgerecht innerhalb von zwei Monaten geltend gemacht habe. Die Antragsunterlagen seien am 06.05.2019 der Gemeinde Glandorf zugegangen, wonach die zweimonatige Frist am 08.07.2019 endete. Diese Frist sei durch die Gemeinde Glandorf gewahrt worden, da sowohl das Schreiben vom 02.07.2019 als auch das Schreiben vom

05.07.2019 dem Landkreis vor Fristablauf zugegangen seien.

Ihre Aussagen stehen konträr zueinander, wenn Sie ausführen, dass die Zweimonatsfrist nach § 36 Abs. 2 BauGB nie in Gang gesetzt worden sei, diese wiederum aber durch Ihre Mandantin fristgerecht eingehalten wurde. Ihrer aufgeführten Fristberechnung ist an dieser Stelle nichts entgegen zu setzen.

Die von Ihnen angeführte Unvollständigkeit der Antragsunterlagen bedarf aufgrund meiner detaillierten Schilderungen keiner weiteren Nachweise, vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 02. Juli 2021 – 7 B 286/21 –, Rn. 7 - 8, juris: *„Diese Feststellungen werden durch die Ausführungen der Antragstellerin zum Ersuchen des Antragsgegners schon deshalb nicht durchgreifend erschüttert, weil davon auszugehen ist, dass eine Versagung des gemeindlichen Einvernehmens aus Sachgründen den Einwand der Gemeinde, das Einvernehmensersuchen sei wegen offenkundiger Unvollständigkeit der Unterlagen rechtsmissbräuchlich, ins Leere laufen lässt. Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.8.2020 - 4 C 1/19 -, juris“*

Ihre Mandantin hat entschieden, dass das gemeindliche Einvernehmen aus inhaltlichen Gründen nicht erteilt werden sollte und hat es mit Schreiben vom 02.07. und 05.07.2019 daher versagt.

Ferner führen Sie aus, dass auch in dem Schreiben vom 29.11.2019 keine wirksame Einvernehmensabfrage zu sehen sei, da nach der Rechtsprechung ein solches Ersuchen voraussetze, dass die Gemeinde erkennen können müsse, dass und in welcher Hinsicht die Frist nach § 36 Abs. 2 S.2 BauGB ausgelöst werde (vgl. etwa OVG NRW, Beschluss v. 21.12.2010 – 8 B 1426.10 – beck-online). Es sei stets ein ausdrückliches Verlangen der Genehmigungsbehörde zur Erklärung zum gemeindlichen Einvernehmen erforderlich (vgl. OVG NRW, Urteil v. 28.11.2007 – 8 A 2325/06 -, juris Rn. 114 [...]). Der Landkreis habe die die Gemeinde gerade nicht ersucht, über die Erteilung oder Versagung des Einvernehmens auf Grundlage der inzwischen vollständigen Antragsunterlagen zu entscheiden, sondern aufgefordert, zu einem Antrag auf Ersetzung des zuvor versagten gemeindlichen Einvernehmens Stellung zu nehmen. Der Gemeinde sei eine Frist gesetzt worden, die deutlich kürzer gewesen sei als die Zweimonatsfrist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB. Dies habe den Eindruck erweckt, dass es nicht um die erstmalige Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens, sondern um eine Anhörung zu einer möglichen Ersetzung des Einvernehmens gehe.

Mit Schreiben vom 29.11.2019 hat der Landkreis Osnabrück die Gemeinde Glandorf über den Antrag auf Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB der Antragstellerin unterrichtet. Dieser wurde nebst Anlagen (u.a. Vermeidungskonzept für den Rotmilan) in einer gesonderten E-Mail an Ihre Mandantin übersendet. Ihrer Mandantin wurde bis zum 09.12.2019 Gelegenheit gegeben zu dem Antrag Stellung zu nehmen und insbesondere, ob sie das ge-

meindliche Einvernehmen erteilen wird oder ob, die ablehnende Entscheidung aufrechterhalten bleibt.

Ihre Mandantin hat sich daraufhin beim Landkreis Osnabrück telefonisch gemeldet und um eine Fristverlängerung bis zum 13.12.2019 gebeten. Mit Schreiben vom 12.12.2019 teilte Ihre Mandantin mit, dass aufgrund der nachgereichten Unterlagen eine erneute Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erfordert und Ihr nach § 36 Abs. 2 BauGB eine erneute Frist von zwei Monaten zugestanden hätte. Daraufhin wurde Ihrer Mandantin seitens des Landkreises Osnabrück unverzüglich eine Zweimonatsfrist gem. § 36 Abs. 2 BauGB bis zum 30.01.2020 eingeräumt.

Auch wenn die Frist im Schreiben vom 29.11.2019 der Genehmigungsbehörde unterhalb der Zweimonatsfrist nach § 36 Abs. 2 BauGB lag, wurde mithin eine Anstoßwirkung für diese gegeben und Ihrer Mandantin schließlich eingeräumt. Zumal auch Ihre Mandantin richtigerweise aus den Gesamtzusammenhängen und der gängigen Verwaltungspraxis erkannt hat, dass das Schreiben auch eine Beteiligung nach § 36 BauGB enthält. Dass Ihre Mandantin auch tatsächlich davon ausging, zur Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen aufgefordert zu sein, ergibt sich aus der Korrespondenz zwischen Ihrer Mandantin und dem Landkreis Osnabrück, sonst hätte sie nicht innerhalb der Zweimonatsfrist fristgemäß am 30.01.2020 ihr gemeindliches Einvernehmen erneut versagt. Für Ihre Mandantin war daher klar, nicht im Rahmen einer Anhörung zu einer Ersetzung des Einvernehmens Stellung zu nehmen, sondern über das gemeindliche Einvernehmen nochmals zu entscheiden. Auch hier stehen Ihre Aussagen konträr zueinander, indem Sie oben ausführen, dass Ihrer Mandantin nicht klar gewesen sei, zum gemeindlichen Einvernehmen abgefragt worden zu sein, aber Sie mit Schreiben vom 07.02.2020 eine Begründung zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens (nach nochmaliger Beteiligung) einreichten.

Zudem bat Ihre Mandantin um eine erneute Beteiligung, sofern neue Unterlagen vorliegen. Dies ist mit Schreiben vom 29.11.2019 und der sich hieraus ergebenden Korrespondenz erfolgt.

Zudem bedarf es bei der Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens einer besonderen Nennung einer Frist oder eines Hinweises auf die Fiktionswirkung grundsätzlich nicht, da diese Gegebenheiten einer Gemeinde schon im Hinblick auf die Häufigkeit derartiger Verfahren bekannt sein müssen.

Vor diesem Hintergrund kann Ihren Ausführungen in keiner Weise gefolgt werden, dass das besagte Schreiben von Ihrer Mandantin als Anhörung zu einer möglichen Ersetzung des Einvernehmens verstanden wurde.

Auch das Schreiben vom 12.10.2020 stelle anhand Ihrer Ausführungen in der Widerspruchsbe-

gründung keine ordnungsgemäße Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens dar. Der Landkreis habe explizit ausgeführt, dass das Schreiben nicht als erneutes Ersuchen zur Einvernehmenserteilung zu verstehen gewesen sei.

Unstrittig ist, dass Ihre Mandantin mit Schreiben vom 12.10.2020 nicht zur Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB abgefragt wurde, sondern vielmehr zum Antrag auf Einvernehmensersetzung der Antragstellerin binnen einer Frist von drei Wochen angehört wurde.

Zusammenfassend führen Sie aus, dass das gemeindliche Einvernehmen zu keinem Zeitpunkt rechtmäßig abgefragt worden sei. Schon deshalb sei das Einvernehmen nicht rechtswidrig versagt worden. Für die Verletzung des formellen Mitwirkungsrechts aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB komme es gerade nicht darauf an, ob auch noch materielle Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB fehlen würden.

Entgegen Ihren Ausführungen wurde Ihre Mandantin zum gemeindlichen Einvernehmen mit Schreiben vom 29.04.2019 sowie erneut mit Schreiben vom 29.11.2019 rechtmäßig abgefragt (s.o.).

Die Gemeinde darf ihr Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB nur versagen, wenn das Vorhaben gemessen an den maßgeblichen bauplanungsrechtlichen Vorschriften, hier also nach § 35 BauGB, unzulässig ist.

Die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens Ihrer Mandantin wird letztlich mit artenschutzrechtlichen Bedenken begründet. Unstrittig ist, dass durch die Errichtung der WEA artenschutzrechtliche Konflikte entstehen können. Eine Betroffenheit von Individuen der Arten Feldlerche, Mäusebussard, Rohrweihe, Rotmilan und Wespenbussard kann grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. Sowohl die Antragsteller, die entsprechenden Fachgutachter als auch die Genehmigungsbehörde gehen für diese Vogelarten von einem Vorkommen und einem potentiellen Tötungsrisiko aus. Aufgrund der Bedenken Ihrer Mandantin und zur weiteren Sachverhaltsaufklärung wurden ergänzende Raumnutzungsanalysen durchgeführt mit der Bestätigung, dass der bereits erkannte Konflikt nicht auszuschließen ist. Seitens Ihrer Mandantin wurde daraufhin die Methodik der Erhebungen in Zweifel gezogen. Diese wurde allerdings von der Unteren Naturschutz- und Waldbehörde als sachgerecht und plausibel bestätigt. Dass für die Vogelerfassung technische Erfassungsgeräte zum Einsatz kamen, so dass Flughöhen und -Richtungen mit wenigen Kartierern registriert werden konnten, ist nicht zu beanstanden. Letztlich ist diese Frage nicht weiter zu problematisieren, da die potentiellen Konflikte von vorneherein erkannt und bekannt waren und sachgerecht bearbeitet wurden. Zu keinem Zeitpunkt wurde von den Beteiligten ein artenschutzrechtliches Problem in Abrede gestellt. Aus hiesiger Sicht ist der Prozess der Er-

kenntnisgewinnung nicht zu beanstanden.

Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse wurde ein detailliertes Schutzkonzept für die betroffenen Arten erarbeitet, das sowohl mit Ablenkflächen als auch artenspezifischen Abschaltzeiten einhergeht sowie bewirtschaftungsabhängigen Abschaltungen im Umfeld der Anlagen. Ergänzt wird dieses Konzept durch ein jährliches Monitoring, um dynamischen Entwicklungen im Artenspektrum gerecht zu werden. Durch dieses Schutzkonzept wird das vorhandene Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle gesenkt, artenschutzrechtliche Verbotstatbestände werden nicht erfüllt. Weitere Einzelheiten zu den Maßnahmen ergeben sich aus den weiteren Bestimmungen und Ausführungen aus dem Genehmigungsbescheid. Hier wird ausführlich auf alle öffentlichen und nachbarlichen Belange eingegangen.

Seitens Ihrer Mandantin wird dieses Schutzkonzept als ungeeignet betrachtet. Demgegenüber hat die zuständige Fachbehörde, die Untere Naturschutz- und Waldbehörde, das Konzept nach intensiver Prüfung für geeignet und plausibel erachtet. Zudem ist in diesem Zusammenhang auf die o.a. Ausführungen zum Sinn und Zweck des Einvernehmenserfordernisses zu verweisen: Die Gemeinde soll in die Lage versetzt werden, ihre Planungshoheit auszuüben und eine ungewollte Entwicklung in ihrem Gebiet zu verhindern. Im konkreten Fall ist allerdings die Errichtung von zwei Windkraftanlagen in einer im Flächennutzungsplan dargestellten Vorrangfläche für Windenergie der Gegenstand des Verfahrens. Dass die Gemeinde hier in ihren planungsrechtlichen Belangen berührt sein kann, ist zweifelhaft, kann aber dahingestellt bleiben, da der von Ihrer Mandantin befürchtete Verstoß gegen das Artenschutzrecht aufgrund der Vermeidungsmaßnahmen nicht gegeben ist.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass da die Antragstellerin durch den Abschluss des städtebaulichen Vertrages mit Ihrer Mandantin weitere Genehmigungsvoraussetzungen i.S.d § 35 Abs. 1 BauGB erfüllt hat. Auch die Erkenntnisse zum Artenspektrum (Vorhandensein des Rotmilans im Einwirkungsbereich der Anlagen) sind weder tatsächliche noch rechtliche Änderungen. Sie sind Änderungen hinsichtlich der Erkenntnisgrundlage. Dafür wurden durch das Schutzkonzept für den Rotmilan nebst Ablenkflächen sowie der Raumnutzungsanalyse für den Rotmilan Vermeidungsmaßnahmen geschaffen, die eine Beeinträchtigung gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB ebenfalls ausschließt.

Festzustellen ist, dass Ihre Mandantin die Vermeidungsmaßnahmen grundsätzlich in Frage stellt, während die Untere Naturschutz- und Waldbehörde diese als Lösungsmöglichkeit anerkennt und berücksichtigt. Zudem ist es ungewöhnlich, dass die Würdigung der Antragsunterlagen bei Ihrer Mandantin zu einem Ergebnis führt, das konträr zur Einschätzung der eigentlich zuständigen Unteren Naturschutz- und Waldbehörde steht. Es erweckt den Eindruck, dass Ihre Mandantin hier als unzuständige Behörde bestrebt ist, der eigentlich zuständigen Behörde die fachliche

Kompetenz abzusprechen.

Vor diesem Hintergrund ist es gerade nicht ersichtlich, dass eine Verletzung des formellen Mitwirkungsrechtes aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB vorliegt, sodass es insbesondere auf die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB ankommt.

## 2. Einvernehmensersetzung

In Ihrer Widerspruchsbeurteilung beanstanden Sie, dass die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens an einem beachtlichen Rechtsfehler leide, weil die Gemeinde zuvor nicht ordnungsgemäß angehört worden sei. Als Regelwert werde in der Literatur eine Frist von sechs Wochen für angemessen und ausreichend erachtet (Jaeger, in: BeckOK Bauordnungsrecht NRW, § 73 Rn. 19; vgl. Wiesmann, in: Rehm, BauO NRW, § 74 Rn.5). Durch die Anhörung zur Ersetzung des Einvernehmens solle der Gemeinde die Möglichkeit gegeben werden, ihre bisherige Entscheidung unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte zu überdenken und unter Umständen zu einer anderen Entscheidung zu kommen. Der Landkreis habe der Gemeinde zwölf Werkzeuge zur Stellungnahme zur beabsichtigten Einvernehmensersetzung eingeräumt. Dabei liege auf der Hand, dass das Vorhaben in einem artenschutzrechtlich problematischen Bereich eine deutlich überdurchschnittliche Komplexität aufweise. Die heute im Genehmigungsverfahren in Rede stehenden Artenschutzfragen hätten auf Ebene der Bauleitplanung nicht abgearbeitet werden müssen, zumal sich im Nachhinein mit Rotmilan-, Rohrweihen- und Wespenbussardbruten durchgreifende Änderungen des zu berücksichtigenden Artenspektrums ergeben hätten.

Ihre Mandantin wurde mit Schreiben vom 12.10.2020 zur Ersetzung des Einvernehmens angehört und Gelegenheit gegeben sich bis zum 02.11.2020 hierzu zu äußern. Zu diesem Zeitpunkt hat die Antragstellerin eine Raumnutzungsanalyse für den Rotmilan vorgelegt sowie das Maßnahmenmanagement für den Vogelschutz dahingehend angepasst, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsverbot nicht anzunehmen ist und eine Ausnahme vom Tötungsverbot nicht mehr beantragt wird. Eine Fristverlängerung seitens Ihrer Mandantin wurde nicht beantragt. Vielmehr haben Sie am 02.11.2020 den Landkreis Osnabrück aufgrund artenschutzrechtlichen Konflikten von der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens und der Erteilung der Anlagengenehmigung abgeraten. Somit ist davon auszugehen, dass sich Ihre Mandantin mit den nachgereichten Antragsunterlagen auseinandergesetzt hat. Anzumerken ist, dass während des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens die Antragsunterlagen seit dem 29.04.2019 über die Bauplattform „It-Bau“ jederzeit digital für Ihre Mandantin einsehbar waren. Dies betrifft auch die hiesigen nachgereichten Unterlagen. Das Anhörungsrecht Ihrer Mandantin wurde durch den Landkreis Osnabrück nicht verletzt. Die Bauaufsichtsbehörde muss die Gemeinde vor der Ersetzung des Einvernehmens anhören (§ 28 VwVfG) und ihr dabei erläutern, warum die Verweigerung des Einvernehmens rechtswidrig ist (Schmaltz, in: Große-Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, NBauO, 7. Aufl. 2002, § 73 Rn. 25). Eine bestimmte Form der Anhörung ist nicht vorgeschrieben

(Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 28 Rn. 39). Der Landkreis Osnabrück hat mit Anhörungsschreiben vom 12.10.2020 Ihrer Mandantin unwiderruflich vorgetragen über den Antrag auf Ersetzen des Einvernehmens vom 29.10.2019 gem. § 36 Abs. 2 BauGB zu entscheiden. Hierbei hat sie deutlich gemacht, dass die Gründe für die Einvernehmensversagung vom 03.07.2019 und 05.07.2019 sowie 30.01.2020 bzw. 07.02.2020 nicht mehr vorliegen. Es wurde dargelegt, dass weder die fehlende Erschließung noch natur- und artenschutzrechtliche Bedenken als öffentlicher Belang dem Vorhaben entgegenstehen. Zudem war Ihrer Mandantin der Antrag auf Ersetzen des Einvernehmens vom 29.10.2019 der Antragstellerin bekannt und kein absolutes Novum. Hierüber gab es zwischen Ihrer Mandantin und dem Landkreis Osnabrück mehrfach Gespräche, in denen der Landkreis die Rechtslage erläutert hat. Mit dieser Verfahrensweise ist der Anhörungspflicht Genüge getan. Ein „beachtlicher Rechtsfehler“ kann an dieser Stelle nicht konstatiert werden.

Gegen die Ersetzung des Einvernehmens bestehen somit in formeller Hinsicht keine Bedenken. Zudem hat die Behörde ihr Ermessen erkannt und die Interessen der Antragstellerin, der Genehmigungsbehörde und der Gemeinde gewürdigt und abgewogen.

## II. Materielles Mitentscheidungsrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB

Sie führen in Ihrer Widerspruchsbegründung an, dass Ihre Mandantin nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB das Einvernehmen rechtmäßig versagt habe, weil die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB nicht vorliegen, da dem Vorhaben Belange des Naturschutzes nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB entgegenstehen würden. Zum einem würden die Artenschutzuntersuchungen im Hinblick auf Aktualität und Methodik nicht den aktuellen fachlichen Standards erfüllen und zum anderen seien die in der Genehmigung festgeschriebenen Nebenbestimmungen nicht geeignet, das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle abzusenken. Hierzu führen Sie im Einzelnen aus:

### 1. Unzureichende Artenschutzuntersuchungen

Sie machen geltend, dass die Artenschutzuntersuchungen in einigen Teilen überaltert und in anderen Teilen nicht den aktuellen fachlichen Anforderungen entsprechen würden. Bei der Erstellung der avifaunistischen Untersuchungen zur Windvorrangfläche „Bever (Nr. 40) vom November 2013 (BIO-CONSULT) seien die fachlichen Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 nach Ziff. 5.1.3.1 – u.a. hinsichtlich des gewählten Untersuchungszeitraumes – nicht gewahrt worden. Seit 2013 habe sich das Arteninventar im Vorhabengebiet um die Arten Rotmilan, Rohrweihe und Wespenbussard erweitert. Das Defizit der überalterten Daten ließe sich auch nicht auf weitere Untersuchungen in den Jahren nach 2013 (zuletzt 2020) entgegnetreten. Dies verkenne, dass mit Brutvogelkartierungen keineswegs nur die kollisionsgefährdeten und für die Beurteilung der Windkraft „besonders relevanten“ Vogelarten zu erfassen seien. Die Eingrenzung entspreche nicht dem Artenschutzleitfaden 2016. Außerdem verkenne Dr. Schreiber das Schutzregime der Vogelschutzrichtlinie. Hiernach habe der Europäische Gerichtshof der Relativierung des Tötungsverbots eine Absage erteilt. Aus dem Wortlaut des Artikels 5 der Vogelschutzrichtlinie gehe

eindeutig hervor, dass die Anwendung der in dieser Bestimmung genannten Verbote keineswegs nur den Arten vorbehalten ist, die in Anhang I dieser Richtlinie aufgeführt sind oder auf irgendeiner Ebene bedroht sind oder deren Population auf lange Sicht rückläufig ist.

Es ist nicht zutreffend, dass die avifaunistischen Untersuchungen in erster Linie auf Erfassungen aus dem Jahr 2013 beruhen. Die Brutvogelerfassung erstreckte sich mit 6 Begehungsterminen von Anfang März bis Anfang Juni 2013 sowie mit insgesamt 14 Erfassungsdurchgängen von Anfang Februar bis August 2016. Im Jahr 2015 wurden im Umfeld des Plangebietes weitere Erfassungen durchgeführt, die v. a. der Überprüfung eines möglichen Brutvorkommens der Rohrweihe dienten. Die Erfassung der Rast- und Zugvögel erfolgte an 21 Terminen zwischen Oktober 2015 und April 2016. In den Monaten April und Mai 2018 erfolgte ergänzend auch eine Kontrolle auf das Vorkommen der Rohrweihe (Schreiber Umweltplanung, 2018). Im Rahmen der Brutvogelkartierungen 2016 wurden insgesamt 76 Vogelarten erfasst (BIO-CONSULT, 2017). Zentrale Unterlage hinsichtlich der Avifauna ist daher vielmehr die Brutvogelerfassung aus 2016 (BIO-CONSULT, 2017). Bei dieser Erfassung wurde das komplette Spektrum der Brut- und Gastvögel erfasst, bei der auch die Rohrweihe nachgewiesen wurde. Die Daten waren zum Zeitpunkt der Genehmigung nicht älter als fünf Jahre. Auch sonst erfüllt die Brutvogelkartierung aus 2016 die Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016. Die Brutvogelkartierung erfolgte in Anlehnung an die Standards für Brutvogelkartierungen (BIBBY et al. 1995, SÜDBECK et al. 2005). Der Schwerpunkt der Erfassungen lag auf den sogenannten „planungsrelevanten Arten“, die quantitativ erfasst wurden. Dabei handelt es sich in erster Linie um Arten, denen auf der Roten Liste Deutschlands (SÜDBECK et al. 2007) oder Niedersachsens (KRÜGER & OLTMANN 2007) eine Gefährdungskategorie, 1 bis 3, zugeordnet wird, um gesetzlich streng geschützte Arten (nach BNatSchG) und um Arten des Anhangs I der EU-Vogelschutzrichtlinie (Richtlinie 2009/147/EG). Darüber hinaus wurden auch solche Arten quantitativ erfasst, die gegenüber WEA als besonders empfindlich gelten (HÖTKER et al. 2005, MÖCKEL & WIESNER 2007, STEINBORN et al. 2011). Andere weit verbreitete, häufige und gegenüber WEA unempfindliche Arten wurden halbquantitativ erfasst. Das Untersuchungsgebiet umfasste für die Brutvögel das Vorranggebiet sowie ein Umfeld von etwa 500 m (ca. 280 ha), für Greifvögel und andere planungsrelevante Großvögel wurde das UG auf einen Radius von ca. 1.000 m (ca. 685 ha) erweitert.

Ergänzend dazu sind neuere Erfassungen mit Brutvorkommen berücksichtigt worden, die zum Zeitpunkt der Kartierungen im Jahr 2016 noch nicht im Wirkungsbereich der WEA vorkamen (z.B. KLAUER 2019).

Insgesamt liegt eine überdurchschnittlich gute Datenlage vor, die insbesondere hinsichtlich der im Artenschutzleitfaden 2016 besonders relevanten Arten bis unmittelbar vor Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung aktualisiert und in diese auch einbezogen wurde.

Des Weiteren führen Sie in Ihrer Widerspruchs begründung aus, dass die nachgereichte Raumnutzungsanalyse 2020 die Ermittlungsmängel bei den Brutvögeln nicht heilen könne, weil sie sich nur mit einem kleinen Artenspektrum beschäftige und sie den fachlichen Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 nicht genüge. Zudem zeige die Raumnutzungsanalyse zusätzliche Artenschutzprobleme im Hinblick auf das im Untersuchungsgebiet erst im Juli 2020 festgestellte Brutvorkommen des Wespenbussards auf. Die Raumnutzungsanalyse 2020 beziehe sich entgegen des Artenschutzleitfadens 2016 auf nur einen Beobachtungspunkt mit einer Beobachtungszeit von nur 147 Stunden.

Es ist darauf hinzuweisen, dass in Bezug auf Anzahl und Dauer der Begehungen der Leitfaden „Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“ vom Niedersächsischen Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz angewendet wurde. Dieser ist als Anlage zum Windenergieerlass (WEE) vom 24.02.2016 behördenverbindlich eingeführt worden. Die Raumnutzungsanalyse 2020 hat sich mit den kollisionsgefährdeten Vogelarten befasst, die im Wirkungsbereich der WEA vorkamen. Diese wurden vollständig bearbeitet und auch dargestellt. Eine unzulässige Einschränkung fand nicht statt.

Entgegen Ihrer Annahme geht die Beobachtungsdauer über den Ansatz des Artenschutzleitfadens deutlich hinaus. Dieser sieht für die vertiefende Raumnutzungsanalyse für den Rotmilan beispielsweise vor, dass „an in der Regel drei zeitgleich besetzte[n] Beobachtungspunkte[n]“ an 14 Tagen jeweils 6 Beobachtungsstunden zu leisten sind, insgesamt also 84 Stunden. Die Erfassung der Flugaktivitäten erfolgte an 24 Terminen in der Zeit vom 29.02. bis 27.08.2020, wobei sich die Erfassungsdauer auf durchschnittlich sechs Stunden pro Termin belief. Die Gesamtdauer der Erfassungen beträgt somit 147,75 Stunden. Damit wurde das empfohlene Maß des Artenschutzleitfadens 2016 deutlich übertroffen. Sie nehmen zu Unrecht an, dass die Beobachtungsdauer nach dem Artenschutzleitfaden 2016 mit 252 Stunden länger vorgesehen ist als die, die für die WEA in Glandorf-Bever erbracht wurde. Denn die im Artenschutzleitfaden 2016 genannte Stundenzahl ergibt sich allein dadurch, dass drei Beobachter gleichzeitig an 14 Beobachtungstagen jeweils sechs Stunden Beobachtungen zum Flugverhalten durchführen. Die der Genehmigung zugrundeliegende Untersuchung erfolgte dagegen an 24 Beobachtungstagen mit durchschnittlich 6,15 Stunden und war damit für das Standortumfeld deutlich höher als im Artenschutzleitfadens 2016 vorgesehen. Hinsichtlich des räumlichen Bezuges wurde vorliegend nicht der im Artenschutzleitfaden 2016 noch als Regelfall vorgesehene Brutplatzbezug gewählt, sondern eine standortbezogene Untersuchung. Denn dadurch lässt sich die Aktivität im tatsächlichen Gefahrenbereich mit einer höheren Erfassungsintensität bei gleichzeitig reduziertem Aufwand besser abbilden. Dieser Ansatz war zum Zeitpunkt der Erfassungen bereits fachlich anerkannt und zum Zeitpunkt der Genehmigung außerdem auch über das Positionspapier der UMK-Konferenz vom 11.12.2020 anerkannt, denn dort wurde auch der standortbezogene Beobachtungsansatz durch

Übernahme aus der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG-VSW 2020) angenommen.

Auf den Einsatz von drei Beobachtern konnte nach Rücksprache mit dem Gutachter der Antragstellerin und in Kenntnis der Örtlichkeiten verzichtet werden, da der Standort der beiden WEA für die zur Beurteilung des Kollisionsrisikos nötigen Genauigkeit auch von einem Beobachtungspunkt aus zu erfassen war. Mithilfe der eingesetzten Technik waren nicht nur die Aktivitäten über den geplanten Standorten einsehbar, sondern konnten punktgenau auch bis zum Rotmilannest vermessen werden. Im Übrigen hätte der brutplatzbezogene Ansatz des Artenschutzleitfadens 2016 keine anderen Ergebnisse erbracht, wenn zusätzlich zwei weitere Beobachter an anderen Stellen rund um den Brutplatz ebenfalls 24 Termine x 6,15 Stunden beobachtet hätten. An der festgestellten Aktivitätsdichte am konkreten Standort und des daraus geschlossenen erhöhten Tötungsrisikos hätte sich dadurch nichts geändert.

Insgesamt wurde die Raumnutzungsanalyse 2020 entsprechend den fachlichen Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 erstellt.

Überdies zweifeln Sie in Ihrer Widerspruchs begründung die Dokumentation mittels des Laser-Range Finders (LRF) an. Die hierdurch gewonnenen Daten würden methodisch ebenfalls nicht den Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 entsprechen. Stichprobenartige Punktaufnahmen, die überinterpretiert werden, weil Flughöhen von unter 75 m Höhe als unproblematisch erachtet werden, decken nicht die Erfassung und Dokumentation von Flugrouten und die Bewertung der Raumnutzung ab.

Auszuführen ist, dass mittels des LRF die über dem Standort auftauchenden Individuen verfolgt und durch Auslösen des Messvorgangs Koordinaten und Höhe erfasst werden. Die entsprechenden Daten werden – zusätzlich zu weiteren Informationen wie Datum, Uhrzeit, Winkel usw. – über eine Bluetooth-Verbindung auf ein mitgeführtes Tablet übertragen. Auf diesem Wege lässt sich alle 3-4 Sekunden ein Messpunkt erzeugen.

Die beigefügte Abbildung setzt das Ergebnis einer solchen Messung beispielhaft ins Bild. Dargestellt ist die aufgezeichnete Aktivität eines fliegenden Mäusebussards (Messserie Mb0669 vom 20.08.2020: Dauer: 11:32 min). Die Verteilung der Punkte umgrenzt den überflogenen Raum. Die Dichte der Punkte kennzeichnet die Aufenthaltsdauer. Die Farben machen außerdem kenntlich, in welcher Höhe der Vogel sich dabei befand. Durch eine Verbindung dieser Punkte ließen sich zwar mühelos die nach klassischer Methode auf einer Papierkarte erstellten „Spaghetti-Kringel“ erstellen, für eine Gesamtauswertung gingen dadurch jedoch wesentliche Informationen verloren, die bei Auswertung der einzelnen Messpunkte zur Verfügung stehen.

Verschiedene der hier dargestellten Informationen werden nach der durch Sie vermutlich gemeinten „Spaghetti-Darstellungen“ erst gar nicht erhoben, weil durch derartige dokumentierte Flugbahnen sich weder ein Höhenwechsel noch unterschiedliche Aufenthaltsdauern in bestimmten Bereichen entnehmen lassen. Händisch nachgezeichnete Flugbahnen sind nach übereinstimmender Einschätzung aller mit der Methodik betrauten Ornithologen überdies mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, insbesondere dann, wenn keine hohen mastartigen Strukturen vorhanden sind, mit deren Hilfe eine Abschätzung der Flughöhe erfolgen kann. Im Übrigen ist auch darauf zu verweisen, dass der Artenschutzleitfaden 2016 einen LRF-Einsatz keineswegs ausschließt und ihn die LAG-VSW 2020 ausdrücklich zulassen.

Zur Relevanz von Flugbeobachtungen unterhalb von 75 m über Gelände ist festzustellen, dass sie für die Beurteilung des Tötungsrisikos irrelevant sind, weil die Rotorunterkante nur bis 85 m reicht und die Messtechnik hinreichend genau ist, um Messungen auszuschließen, die einen Ortungspunkt fälschlicherweise der unkritischen Höhe zuweisen. Von daher ist es unschädlich, dass besonders niedrige Flüge z.B. hinter Baumreihen von einem Beobachtungspunkt aus nicht vollständig erfasst werden konnten, denn sie sind für die Beurteilung des Tötungsrisikos irrelevant. Bei der durch Baumreihen und Gehölze gekammerten Landschaften - wie vorliegend - besteht genau dieses Problem übrigens auch für den von Ihnen angesprochenen Beobachtungsansatz. Auch drei Bearbeiter könnten nicht so platziert werden, dass keine sichtverschatteten Bereiche bleiben, die niedrige Flüge verdecken.

Bei den von Ihnen angesprochenen „stichprobenartigen Punktaufnahmen“ übersehen Sie, dass jede Erfassung im Zusammenhang mit der Genehmigung von WEA eine Stichprobe darstellt. Dies beginnt bereits damit, dass die Untersuchungen lediglich über ein Jahr erfolgen, von hier aus jedoch auf die Gesamtlaufzeit der geplanten Anlage geschlossen werden muss. Eine Stichprobe stellt unvermeidlich auch die Erfassungen der Raumnutzung kollisionsgefährdeter Vogelarten dar. Dies gilt für die Vorgaben des Artenschutzleitfadens 2016 ebenso wie für die hier gewählte, umfangreichere Erfassung. Das Gegenstück zur Stichprobe wäre die Totalerfassung (zumindest für das Stichprobenjahr der Untersuchung). Eine Totalerfassung ist jedoch aus technischen Gründen gar nicht möglich, selbst dann nicht, wenn die zu beobachtenden Tiere gefangen und mit einem Sender für Satellitentelemetrie ausgestattet würden. Abgesehen davon, dass es sich hierbei um einen tierschutzrechtlich relevanten Eingriff handelt und eine solche Erfassung zur Projektgenehmigung nicht regelmäßig genehmigungsfähig ist, kann die Methode ebenfalls keine lückenlose Erfassung sicherstellen, wie die Methodenbeschreibungen z.B. von GELPKE ET AL. (2019) darlegen. Messwerte werden auch hier nur in bestimmten Abständen übermittelt, es erfolgt eine nächtliche Abschaltung und es kommt immer wieder zu Ausfällen der Geräte. Ergebnisse bleiben selbst bei dieser Methode also bei einer Stichprobe. Relevant ist am Ende, wie repräsentativ die vorgelegte Stichprobe ist und – noch wichtiger – welche Schlussfolgerungen

aus ihr gezogen werden können.

Somit entsprechen die durch den LRF gewonnen Daten den methodischen Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016. Zudem sind die stichprobenartigen Punktaufnahmen ebenfalls nicht zu beanstanden.

Ferner führen Sie in Ihrer Widerspruchs begründung auf, dass weder die Raumnutzungsanalyse noch die überalterten Brutvogelkartierungen als Grundlage für einen Ausschluss des Tötungsrisikos taugen würden. Der Landkreis Osnabrück gehe zu Unrecht von einem vollumfänglich ermittelten Sachverhalt aus. Die Ermittlungsdefizite können nicht durch Vorgaben zum Monitoring während des Anlagenbetriebes gehoben werden. Dieses stelle kein zulässiges Mittel dar, um behördliche Ermittlungs- und Erkenntnisdefizite zu kompensieren.

Sowohl der Landkreis Osnabrück als auch die Antragstellerin sind den „sicheren Weg“ gegangen und haben eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos angenommen. Zu diesem Ergebnis wäre man auch dann gekommen, wenn man allen Ihren Einwänden gefolgt wäre. Vor diesem Hintergrund ist Ihre vorgebrachte Kritik an der Erfassungsmethodik, sofern sie denn überhaupt berechtigt wäre, ohne Relevanz. Insofern ist Ihre Feststellung, wonach „weder die Raumnutzungsanalyse noch die überalterten Brutvogelkartierungen“ als Grundlage für den Ausschluss des Tötungsrisikos taugten, nicht zielführend:

- Es wurde dargelegt, dass die Raumnutzungsanalyse der neuesten und auch von der UMK-Konferenz für geeignet befundenen Untersuchungsmethodik genügt und geht vom Umfang und der Qualität über die Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 hinaus.
- Die Erfassungen sind nicht veraltet (s.o.), sondern bleiben gänzlich im Anforderungsprofil des Artenschutzleitfadens 2016.
- Das Tötungsrisiko wurde gerade nicht ausgeschlossen.

Bei Ihrer vorgebrachten Kritik zum Monitoring nach der Inbetriebnahme verkennen Sie, dass es dabei nicht um die vom Bundesverwaltungsgericht ausgeschlossene Kompensation behördlicher Ermittlungs- und Erkenntnisdefizite geht, sondern dass auf die natürlicherweise zu erwartende Dynamik im Vorkommen und in der konkret zu erwartenden Verteilung der Arten reagiert werden soll, denen durch Ermittlungen im Vorfeld einer Genehmigung nie begegnet werden kann. Die von Ihnen zitierte Rechtsprechung ist hier also nicht einschlägig. Das Einsatzfeld des Monitorings ist daher notwendig und geeignet. Es geht zudem weit über das hinaus, was als Minimalstandard für die Erteilung einer Genehmigung zu fordern wäre, da die Bewältigung artenschutzrechtlicher Konflikte und Fragestellungen gerade nicht durch die Entscheidung über den Antrag abgeschlossen wird, sondern Sorge dafür getragen wird, dass zukünftige Entwicklungen erfasst und gewürdigt werden. Anders als von Ihnen dargestellt liegt somit nicht nur eine über den zu fordernden

Standards erarbeitete Datengrundlage für die Entscheidung vor und es wird zudem sichergestellt, dass die Dynamik im Artenspektrum auch zukunftsbezogen im Blick bleibt.

## 2. Unzureichendes Vermeidungskonzept

Des Weiteren führen Sie an, dass das zur Vermeidung der signifikant erhöhten Tötungsrisiken vorgeschlagene Konzept „Artenschutzrechtliche Vermeidungsmaßnahmen von Dr. Schreiber“ sowie die vom Landkreis Osnabrück darauf aufgebauten Nebenbestimmungen an grundlegenden methodischen Schwächen leide. Das Konzept beruhe auf der Ausgangsthese, dass eine Verdopplung der Sterblichkeit durch die Anlagen nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht als signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos anzunehmen sei. Nach der Rechtsprechung des BVerwG sei das Tötungsrisiko nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (nur) dann nicht signifikant erhöht, wenn die Gefahr von Kollisionen innerhalb des allgemeinen Lebensrisikos der Art bleibe (BVerwG, Urteil v. 08.01.2012 – 9 A.13 – juris Rn. 99). Nach dem Konzept der Antragstellerin seien die an den anlagenstandorten brütenden Greifvögel dagegen nicht nur dem Landkreis als hinnehmbar erachteten zusätzlichen Tötungsrisiko durch die Anlagen ausgesetzt. Hinzu käme das – ohnehin gegebene- natürliche Tötungsrisiko. Dieser Ansatz führe zu einer Verdopplung des Tötungsrisikos. In der Rechtsprechung (vgl. BVerwG, Urteil v. 06.03.2014 – 9C 6/12 – juris Rn. 58) oder Literatur würde dieser Ansatz an keiner Stelle Rückhalt finden. Hiernach sei ein Tötungsrisiko nur akzeptabel, wenn es sowohl im Bagatellbereich als auch innerhalb der Varianz des allgemeinen Lebensrisikos verbliebe. Das Artenschutzkonzept gehe von vorneherein von einem grundlegenden falschen Beurteilungsmaßstab aus. Schon daraus resultieren Ermittlungsdefizite und unzureichende Abschaltzeiten.

Die von Ihnen aufgeführte Interpretation des Urteils vom 06.03.2014 des Bundesverwaltungsgerichts gibt den Inhalt der Rechtsprechung nicht zutreffend wieder. Denn dort heißt es tatsächlich: *"Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Tötungsverbot nicht erfüllt ist, wenn die betriebsbedingte Gefahr von Kollisionen im Straßenverkehr unter Berücksichtigung der vorgesehenen Schadensvermeidungsmaßnahmen innerhalb des Risikobereichs verbleibt, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem Risiko, dem einzelne Exemplare der jeweiligen Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens stets ausgesetzt sind."*

Unstreitig dürfte zunächst einmal sein, dass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine Erhöhung des Tötungsrisikos zulässt, ohne dass der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ausgelöst wird. In der von Ihnen zitierten Urteilspassage lässt das Bundesverwaltungsgericht – nach Schadensvermeidungsmaßnahmen für die dort streitgegenständliche Autobahn – eine betriebsbedingte Gefahr zu, vergleichbar dem Risiko, dem einzelne Exemplare der jeweiligen Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens stets ausgesetzt sind. Das Tötungsrisiko „des allgemeinen Naturgeschehens“ ist gleichzusetzen mit der natürlichen Mortalität. Damit

lässt das Bundesverwaltungsgericht eine Verdopplung des Tötungsrisikos zu, ohne dass der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ausgelöst wird. Das nach Ihrer Auffassung, das Risiko nur dann nicht signifikant erhöht sei, „wenn die Gefahr von Kollisionen innerhalb des allgemeinen Lebensrisikos der Art bleibt“ (BVerwG, Urteil v. 08.01.2012 – 9 A.13 – juris Rn. 99), ist zwar sehr artenschutzfreundlich, denn sie läuft auf ein Zusatzrisiko von Null hinaus. Das Risiko, durch eine Windkraftanlage zu Tode zu kommen, ist nämlich für alle mittlerweile lebenden, kollisionsgefährdeten Vogelindividuen bereits Teil des natürlichen Lebensrisikos.

*„Das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungs- und Verletzungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat sein kann und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Denn tierisches Leben existiert nicht in einer unberührten, sondern in einer von Menschen gestalteten Landschaft. Nur innerhalb dieses Rahmens greift der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen, darüber hinaus gegebenenfalls auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art.“*

*Vgl. BVerwG, Beschluss vom 7.1.2020 - 4 B 20.19 -, juris; ebenso OVG NRW, Beschluss vom 20.11.2020 - 8 A 4256/19 -, juris.“ (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12. März 2021 – 7 B 8/21 –, Rn. 20 - 21, juris)*

Der von Ihnen verfolgte Ansatz führt im Hinblick auf diese Rechtsprechung deshalb nicht weiter und wird in Ihrer Widerspruchsbegründung auch gleich wieder aufgeweicht, wenn es dort auf S. 16 heißt, dass „ein Tötungsrisiko daher nur akzeptabel sein kann, wenn es sowohl im Bagatellbereich als auch innerhalb der Varianz des allgemeinen Lebensrisikos verbleibt.“ Die Aussage bezieht sich auf eine andere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, das hier aber erneut auf die oben abgeleitete Verdopplung des natürlichen Tötungsrisikos abstellt und diese als „Bagatellgrenze“ bezeichnet. Von einem Verbleiben innerhalb der „Varianz des allgemeinen Lebensrisikos“ findet sich beim Bundesverwaltungsgericht nichts und führt nicht weiter, weil die Varianz im Mortalitätsrisiko allein schon altersbedingt eine große Bandbreite aufweist.

Zudem führen Sie in Ihrer Widerspruchsbegründung an, dass das „tolerable Risiko“ einer Art aus einem Vergleich der allgemeinen Mortalität einer Art mit dem Risiko an den Anlagen zu Tode zu kommen abgeleitet werden sollte, sei zu verwerfen, weil nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG das individuelle Tötungsrisiko nicht signifikant zu erhöhen maßgeblich sei. Es komme für das den Ausgangspunkt der Bewertung bildende Grundrisiko nicht auf das allgemeine Tötungsrisiko der Art anhand statischer Durchschnittswerte, sondern auf die konkreten Verhältnisse vor Ort an. Des

Weiteren beruhen die im Vermeidungskonzept und der Nebenbestimmung Nr. 47 zugrunde gelegten Abschaltparameter auf von Dr. Schreiber aggregierten Risikowerten aus jahres- und tageszeitlichen Umständen sowie Witterungsfaktoren. Diese fußen auf keiner ausreichenden Datengrundlage. Die bei Bernotat und Dierschke (2016) dokumentierten Daten zur Altvogelmortalität verfügten über keine verallgemeinerungsfähige Datenbasis und seien nicht auf Brutgeschehen übertragbar.

Die von Ihnen erhobene Anforderung ist nicht möglich, denn irgendwelche Informationen, die eine Abschätzung des Tötungsrisikos für Individuen vor Ort zulassen könnten, gibt es nicht. Erst recht gibt es sie nicht für die gesamte Laufzeit der Anlagen, sodass eine Abschätzung immer wieder auf allgemeine Aussagen zum Tötungsrisiko zurückgegriffen werden muss. Es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, dass vorliegend besondere Verhältnisse zu berücksichtigen gewesen wären, die eine Abweichung von allgemeinen Abschätzungen erforderlich machen könnten. Es wurde auf die bei BERNOTAT UND DIERSCHKE (2016) dokumentierten Daten zurückgegriffen. Der Arbeit von BERNOTAT UND DIERSCHKE (2016) liegt eine breite Literaturstudie zugrunde, weshalb von einer grundsätzlich geeigneten Datenbasis ausgegangen werden kann. Dennoch wurden die verwendeten Mortalitätsdaten anhand der Recherchen der Antragstellerin angepasst, und zwar zugunsten des Artenschutzes.

Des Weiteren zweifeln Sie in Ihrer Widerspruchsbegründung den zur Vermeidung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos verwendeten Ansatz nach Dr. Schreiber (2016) an und führen zur Begründung aus, dass der Ansatz fachwissenschaftlich keine Akzeptanz gefunden habe. Keiner der Artenschutzleitfäden der Bundesländer greife den Ansatz von Dr. Schreiber auf. Der niedersächsische Leitfaden sei für den Landkreis Osnabrück bindend.

Es ist darauf hinzuweisen, dass dies bei verschiedenen Leitfäden bereits aus terminlichen Gründen gar nicht möglich war, weil z.B. der Artenschutzleitfaden 2016 vor dem Gutachten für den Landkreis Osnabrück veröffentlicht worden ist. Der Hauptgrund liegt jedoch darin, dass sich die verschiedenen Leitfäden selten oder gar nicht mit der Situation auseinandersetzen, wie inhaltlich zu verfahren ist, wenn eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos festgestellt wird und wie in diesem Fall mit dem Vermeidungsgebot nach § 44 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG zu verfahren ist. Hierfür liefert der Ansatz von Dr. Schreiber (2016) eine handhabbare und begründete Grundlage. Denn, wenn verschiedene Ländererlasse als geeigneten Vorschlag zur Vermeidung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos die Abschaltung von Anlagen während der Zeiten der Bodenbearbeitung und Ernte vorsehen (wie vorliegend zusätzlich), dann ist ein Ansatz, der über diese Abschaltzeiten weit hinausgeht, in jedem Fall geeignet.

Wie dem Genehmigungsbescheid zu entnehmen ist, spielt das Abschaltkontingent, wie es in Dr. Schreiber (2016) vor dem Hintergrund einer möglichen Erteilung einer artenschutzrechtlichen

Ausnahme konzipiert wurde, überhaupt keine Rolle. Insofern muss dieser Ansatz an dieser Stelle nicht weiter thematisiert werden. Die vorgesehenen Abschaltungen reichen aus, um das Tötungsrisiko unter die zugrunde gelegte Signifikanzschwelle zu senken. Von Relevanz ist der Wert lediglich dann, wenn veränderte Ansiedlungsverhältnisse von kollisionsgefährdeten Vögeln eine Anpassung von Abschaltzeiten erforderlich machen. Maßgeblich ist das Ergebnis, wonach Abschaltzeiten so festgelegt sind, dass es nicht zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos kommt und somit auch keine artenschutzrechtliche Ausnahme erforderlich wird.

Zudem führen Sie in Ihrer Widerspruchsbegründung aus, dass das vom Bundesamt geförderte Forschungsprojekt Blew u.a. zu folgendem Beschluss komme: *„Schreiber (2016) sieht vor, ein gerade noch wirtschaftlich vertretbares Abschaltkontingent für eine Art festzulegen, welches auch in Jahren gilt, in denen die Art nicht anwesend ist. Das Abschaltkontingent kann auf andere Arten übertragen werden. (...)“* Darüber hinaus würden selbst wohlwollende Stellungnahmen in der Literatur darauf hinweisen, dass die angenommene Korrelation aktivitätsbestimmender Faktoren und tatsächlicher Flugaktivität wissenschaftlich erhärtet werden müssten. Weiter führen Sie aus, dass eine quantitative und vor allem standardisierte Risikobewertung in der Genehmigungspraxis bislang keinerlei Anerkennung finde. Auch das BVerwG wolle „signifikant“ nicht im statischen Sinne, sondern lediglich als „deutlich“ verstanden wissen (vgl. BVerwG, Urteil v. 09.07.2009 – 4 C 12.07 – juris Rn. 42.).

Ferner machen Sie in Ihrer Widerspruchsbegründung geltend, dass das Vermeidungskonzept und die Nebenbestimmung Nr. 47 weiter von einem „Abschaltkontingent“ von „1.910.000 kWh“ – hergeleitet aus nicht nachvollziehbaren Zumutbarkeitsabwägungen gegenüber dem Betreiber – zum Schutz schlaggefährdeter Brutvogelarten ausgehe. In der Fachliteratur werde hierzu die Frage aufgeworfen, wie ein solches „variables Abschaltregime“ als Auflage im Genehmigungsbescheid überhaupt hinreichend bestimmt und konkret verankert werden könne, so dass die Auflage rechtssicher sei. Auch werde kritisch angemerkt, dass das Abschaltmaß als Zumutbarkeitskriterium letztlich vom Ertrag der Anlage am Standort abhängt. Ob das Tötungsrisiko für eine Art signifikant erhöht sei, beurteile sich ausschließlich nach dem individuenbezogenen Mortalitätsrisiko – und in keiner Weise nach der Produktivität oder Rentabilität der Anlage. Dieser Kritik gegenüber rechtfertige Dr. Schreiber seine Vorgehensweise mit dem Argument, dass das Abschaltkontingent lediglich als „Nebenkriterium“ bei der Ermittlung der Abschaltzeiten Berücksichtigung gefunden habe (vgl. S. 5, Dr. Schreiber, Anmerkungen zur Stellungnahme der Gemeinde Glandorf). Weiter führen Sie aus, dass das Nebenbestimmungsregime somit auch wegen der Deckelung der Anlagenabschaltungen durch bestimmte Abschaltkontingente von vornherein rechtswidrig sei. Beide Anlagen müssten angesichts des strengen Artenschutzregimes so weit abgeschaltet werden, dass artenschutzrechtliche Verbotstatbestände nach § 44 Abs. 1 BNatSchG ausgeschlossen seien.

Nach Auffassung des Landkreis Osnabrück sei eine Risikominimierung beim Rotmilan um 70 %

ausreichend. Bei einer Erhöhung des Tötungsrisikos um 30 % könne schwerlich von der Einhaltung einer „Bagatellgrenze“ gesprochen werden. Eine solche Steigerung verhalte sich auch gerade nicht innerhalb der natürlichen Varianz. Bei der Ermittlung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos würde es sich um eine Wertungsentscheidung anhand der konkreten Einzelfallumstände handeln und nicht um eine Beurteilung anhand eines pauschalen Algorithmus ohne hinreichenden Studienhintergrund, wie nach dem „Schreiber Modell“. Demgegenüber verweise der Landkreis Osnabrück zur fachlichen Begründung der festgelegten Abschaltzeiten auf die bei Südbeck et al. Diese Quelle stütze Abschaltzeiten erst ab dem 07.03. und nur zwischen 8.00 Uhr und 19.00 Uhr jedoch in keiner Weise. Im Gegenteil: Der Rotmilan könne spätestens ab dem 10.02. saisonales Brutverhalten zeigen. Die bei Südbeck dokumentierten täglichen Aktivitätsgipfel würden in der zweiten Tageshälfte zwischen 16.00 Uhr und Sonnenuntergang liegen. Dies rechtfertige es keinesfalls, die Abschaltung der Anlagen erst ab dem 07.03. aufzunehmen und täglich bereits um 19 Uhr zu beenden.

Mit Beschluss vom 01.04.2019 – 8 B 1013/18 habe das OVG NRW bereits ein auf den Handlungsempfehlungen von Dr. Schreiber (u.a.) „Abschaltzeiten für Windkraftanlagen zur Vermeidung und Verminderung von Vogelkollisionen vom 06.01.2016“ beruhendes Vermeidungskonzept verworfen. Das OVG verweise sinngemäß darauf, dass die in den Handlungsempfehlungen getroffenen Annahmen und Vorgehensweisen in der Fachliteratur und im Artenschutzleitfaden NRW keinen Rückhalt finden würden.

Bevor eine Wertungsentscheidung für den konkreten Einzelfall getroffen werden kann, muss der Sachverhalt – hier das Risiko – ermittelt und beschrieben werden. Damit es nicht zu willkürlichen Entscheidungen kommt, muss die Risikoermittlung einer einheitlichen und nachvollziehbaren Methode folgen. Gleiches gilt auch für die Festlegung der Signifikanzschwelle, die angesichts eines einheitlichen Tötungsverbots nicht willkürlich erfolgen darf, sondern einer nachvollziehbaren Systematik folgen muss. Diese Systematik ist z.B. mit der vom Bundesverwaltungsgericht gezogenen, oben diskutierten Grenze festgelegt. Eine statistische Herangehensweise wird auch den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts zur Reichweite der Einschätzungsprärogative gerecht und wird gerade im Kontext der Beurteilung des Tötungsrisikos aktuell verstärkt diskutiert. Auf den Einsatz probabilistischer Methoden als geeignetes Instrument wird wiederholt verwiesen (s. z.B. FEDERWISCH UND VEENKER 2018; BRAND ET AL. 2020; BWE 2020; REICHENBACH UND AUSSIEKER 2021). Im Kern liegt den hier zugrunde gelegten Berechnungen nichts Anderes zugrunde. Wenn an dem verwendeten Ansatz zur einheitlichen Handhabung des Verbotstatbestandes des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG dahingehend Kritik geübt wird, dass derzeit keine belastbaren Studien zur Verfügung stünden, die das Ausmaß der Wirksamkeit dieser Maßnahmen belegen könnten, kann das nicht der Genehmigungsbehörde angelastet werden, zumal es zum Zeitpunkt der Genehmigung keine bessere Grundlage gab. Die Genehmigungsbehörde ist mit dem beauftragten Schreiber-Gutachten sogar einen deutlichen Schritt in diese Rich-

tung gegangen. Denn dass der Abschaltansatz grundsätzlich falsch ist, ist in der fachwissenschaftlichen Literatur bisher ebenfalls nicht dokumentiert. Das kann auch gar nicht anders sein, wenn man bedenkt, dass verschiedene Artenschutzleitfäden (und noch häufiger die Genehmigungspraxis) als Vermeidungsmaßnahme bereits die Abschaltung während bodenwendender oder Erntearbeiten im Nahbereich von WEA für ausreichend erachten, obgleich damit nur kleine einstellige Prozentbereiche der gesamten Flugaktivität abgedeckt und so auch nur entsprechend geringe Anteile des Risikos vermieden werden. Dann kann eine Ausweitung der Abschaltzeiten schon vom Grundsatz her nicht falsch sein. Denn selbst dann, wenn die Flugaktivitäten der relevanten Vogelarten weder eine saisonale, tageszeitliche und witterungsmäßige Abhängigkeit zeigen würden und Aktivitäten vollkommen gleichmäßig auf die Brutperiode verteilt wären, würde es zu einer Risikominimierung kommen. Tatsächlich zeigt jedoch die Auswertung der Fachliteratur, dass von einer Gleichverteilung der Aktivitäten nicht auszugehen ist, sodass gezielte Abschaltungen zu bestimmten Bedingungen einen überdurchschnittlichen Beitrag zur Risikominimierung leisten. Dass die daraus abgeleiteten Abschaltbedingungen mit zunehmendem Erkenntnisgewinn Anpassungen erfahren werden, ist wenig überraschend. So bringen insbesondere die jüngeren Telemetriestudien zusätzliche Ergebnisse zur Aktivitätsverteilung. Die Ergebnisse von GELPKE ET AL. (2019) liefern solche Informationen und führen nach überschlüssiger erster Auswertung zur Anpassung bei einzelnen Parametern, stellen im Ergebnis die Abschaltungsaufgaben in ihrer Wirksamkeit aber nicht infrage, sondern zeigen eher auf, dass die Abschaltungen insbesondere in Bezug auf den Abstand zwischen Horst und Anlagen zu umfangreich ausgefallen sein könnten. Wenn insoweit von Ihnen bemängelt wird, dass nicht die gesamte saisonale und tageszeitliche Aktivität der Art von den Abschaltungen abgedeckt sind, so ist nochmals darauf zu verweisen, dass mit dem Ansatz ein Nullrisiko nicht verfolgt wird, weil dieses weder gesetzlich noch von der Rechtsprechung verlangt ist. Die zulässigerweise möglichen Risiken wurden so verteilt, dass sie in Zeiten mit eher geringen Aktivitäten gelegt wurden. Ergänzend erlaube ich mir den Hinweis, dass Abschaltungen in Abhängigkeit von Tageszeit, Jahreszeit, Wind, Temperatur und Niederschlag zum Schutz der Fledermäuse seit vielen Jahren ein unumstrittenes Instrument zur Risikominimierung darstellen. Die Vorgehensweise ist vergleichbar mit dem „Schreiber-Ansatz“.

Zu der von Ihnen angeführten Entscheidung des OVG Münster (Beschluss vom 01.04.2019, Az. 8 B 1013/18) ist anzumerken, dass das Gericht dem gewählten Szenario 1 für den Rotmilan, bei dem es zu einer Risikominimierung von 25,3 – 28,3 % kommen würde, nicht hatte entnehmen können, dass dadurch das signifikant erhöhte Tötungsrisiko für den Rotmilan in ausreichendem Maße abgesenkt worden sei. Es hat den Ansatz daher für das zu entscheidende Verfahren und in der dort angewandten Art und Weise nicht akzeptiert. Das Gericht hat sich weder mit dem Ansatz an sich noch mit einer Festlegung von Signifikanzgrenzen befasst.

Des Weiteren machen Sie geltend, dass gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot der Betrieb der Anlagen auch während der Brutzeiten verstoße. Dies solle solange zulässig sein, bis

eine Brut im Rahmen des Monitorings (vielleicht) positiv festgestellt werde. Bei 2-3-wöchigen Begehungsintervallen wären insbesondere die Arten Rotmilan und Wespenbussard im Rahmen des Brutgeschehens mehrere Wochen dem Tötungsrisiko ausgesetzt. Auch dieser Kritikpunkt am sog. Schreiber-Ansatz sei von der Genehmigungspraxis aber nicht vom Landkreis Osnabrück anerkannt. Mit 3 Begehungen bis Ende April – wie in Nebenbestimmung Nr. 50 vorgesehen – könnten artenschutzrechtliche Verbotstatbestände nicht ausgeschlossen werden: Obwohl das Büro Dr. Schreiber in 2020 eine Raumnutzungsanalyse an 24 Terminen in der Zeit vom 29.02. bis 27.08.2020 an den Anlagenstandorten durchgeführt habe, sei die Brutfeststellung für den nur 250 m südlich der WEA 2 brütenden Wespenbussard erst im Juli gelungen. Anschaulicher lasse sich die Untauglichkeit des vorgesehenen Instrumentariums kaum belegen.

Die Wahrscheinlichkeit bei den betroffenen Arten ist groß, dass der vorjährige Horst erneut besetzt wird. Damit ist durch das vorläufige Fortbestehen der vorjährigen Abschaltauflagen auch die Wahrscheinlichkeit groß, dass die Nestinhaber von den Auflagen von Anfang an vollen Umfangs profitieren. Lediglich bei einem Horstwechsel oder einer Neuansiedlung entsteht u.U. eine Lücke. Alternativ bestünden zwei Möglichkeiten zum Umgang mit Abschaltzeiten, bis der für das jeweilige Jahr maßgebliche Brutbestand feststeht:

- Alle Anlagen werden „ins Blaue hinein“ abgeschaltet.
- Alle Anlagen dürfen vollen Umfangs betrieben werden.

Es liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass beide Ansätze nicht sachgerecht sind.

Ihrer Beanstandung, dass der Aufwand für die Erfassungen falsch bemessen worden sei, kann nicht gefolgt werden. Das Vorgehen hat sich im Landkreis Osnabrück seit Jahren bewährt. Erst recht ist die späte Entdeckung des Wespenbussardnestes 2020 kein Beleg für die Untauglichkeit der Untersuchungsaufgaben. Denn bei der Raumnutzungsanalyse stand die Erfassung von Flugbewegungen insbesondere des Rotmilans über den geplanten Anlagenstandorten an, nicht jedoch die allgemeine Nestsuche, die ein ganz anderes Vorgehen erfordert hätte. Nachdem das Rotmilannest des Jahres 2019 im Frühjahr 2020 schnell bestätigt war und für das Auftreten des Wespenbussards als Brutvogel keine Anhaltspunkte bestanden, erfolgte auch keine Suche nach weiteren Nestern. Vom Beobachtungsort war das Gehölz, welches als Neststandort für den Wespenbussard eher untypisch ist, nicht einsehbar, sodass das Nest in diesem Fall nur zufällig und spät festgestellt wurde. Die Suche nach Greifvogelnestern verläuft dagegen ganz anders: Dazu werden vor Beginn des Laubaustriebes alle geeigneten Gehölzbestände in den artspezifisch festgelegten Radien auf Nester abgesucht. Bei dieser Herangehensweise ist der vorgesehene Untersuchungsaufwand geeignet und angemessen. Dies gilt insbesondere für den Standort Glandorf-Bever. Der Neststandort des Wespenbussards wäre in diesem Arbeitsschritt selbstver-

ständig ermittelt worden.

In Ihrer Widerspruchsbegründung beanstanden Sie darüber hinaus, warum trotz der Brutfeststellungen im Jahr 2019 artenschutzrechtliche Verbotstatbestände in Bezug auf Rohrweihe, Mäusebussard und Feldlerche allein wegen der Raumnutzungsanalyse 2020 ausgeschlossen werden könnten. Fortpflanzungsstätten seien weiter berücksichtigungsbedürftig, selbst wenn sie 2020 nicht genutzt werden sollten. Der Artenschutzleitfaden 2016 empfehle, wenn Brutabbrüche z.B. durch absichtliche Störung zurückgehen, innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren durch eine erfolgreiche Brut zu belastbaren Raumnutzungsdaten zu kommen sei (Ziff. 5.1.3.1). Für alle drei Arten müsse weiterhin mit Brutvorkommen im unmittelbaren Anlagenumfeld gerechnet werden. Diese Konfliktlage bewältige das Vermeidungskonzept und die geregelten Nebenbestimmungen nicht. Auch der Hinweis auf das nachgelagerte Monitoring heile diesen Mangel nicht.

Anzumerken ist, dass es nicht angemessen ist, Auflagen für kollisionsgefährdete Arten vorzusehen, die gar nicht vorkommen. Eine darüberhinausgehende Besorgnis ist unbegründet. Der Genehmigungsbescheid stellt mit seinen Auflagen auf die jeweils aktuelle Datenlage ab, die keine Vorkommen der drei genannten Arten für 2020 hergaben. Hierzu boten die Raumnutzungsuntersuchungen aus 2020 eine geeignete Grundlage. Der Genehmigungsbescheid verliert aber weder frühere Vorkommen noch künftige, bisher nicht entdeckte oder neu entstandene Vorkommen aus dem Blick. Denn über das jährliche Monitoring zu Beginn der Brutzeit würden solche Änderungen erkannt und durch die Festlegung bzw. Anpassung von Abschaltzeiten nach den Maßstäben des Artenschutzes berücksichtigt werden.

Zudem führen Sie aus, dass die für den Rotmilan in Nebenbestimmung Nr. 53 zusätzlich vorgesehene Maßnahmenfläche unter fachlichen Gesichtspunkten evident ungeeignet sei, da sie in ihrer Längenausdehnung angrenzend an eine stärker frequentierte Bundesstraße 475 errichtet werden solle. Die Eignung von Ablenkflächen für Rotmilane setze dagegen voraus, dass Ersatznahrungshabitate mindestens 300 m Abstand zum Straßenverkehr einhalten müssten.

Aus hiesiger Sicht ist die Fläche geeignet und durch ihre Lage an der B 475 auch nicht überdurchschnittlich „gefährlich“ für den Rotmilan. Insbesondere die beidseitig der Straße stockenden Gehölze führen dazu, dass Greifvögel wie der Rotmilan die Fahrbahn in der Regeln nicht in gefährlicher Höhe überqueren.

Zudem existiert nach vorliegendem Wissen keine Fachkonvention, die einen Abstand von mindestens 300 Metern zwischen Nahrungsflächen für den Rotmilan und vorhandener Verkehrswegen empfiehlt.

Zuletzt beanstanden Sie die Berufung der „Einschätzungsprärogative“ durch die Untere Naturschutz- und Waldbehörde. Hierbei übersehe sie, dass eine solche nur im Rahmen des gesetzli-

chen Rahmens (keine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos) und auch insoweit nur bei fehlenden anerkannten fachlichen Maßstäben bestehe (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13). Beides sei hier nicht der Fall. Die UNB verlasse mit ihrem Verständnis von einem signifikant erhöhten Tötungsrisikos den gesetzlichen Rahmen. Auch fehle es mit dem Artenschutzleitfaden 2016 nicht an fachlich anerkannten Maßstäben.

Ihren oben genannten Ausführungen kann nicht gefolgt werden, denn der Artenschutzleitfaden 2016 konkretisiert das Merkmal der Signifikanz nicht in der erforderlichen Weise, sondern verweist z.B. darauf, dass die Unterschreitung der fachlich empfohlenen Abstände ein Anhaltspunkt für eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos sein könnte. Zu der Frage, ab wann keine Signifikanz mehr gegeben ist, verhält sich der Artenschutzleitfaden 2016 jedoch an keiner Stelle, sondern hier verweist er auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (s.o.). Insofern bleibt die Genehmigungsbehörde auf die eigene Auslegung der entsprechenden gerichtlichen Entscheidungen angewiesen, wenn sie über Maßnahmen zu entscheiden hat, die den Verbotsstatbestand nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vermeiden.

In materieller Hinsicht bestehen ebenfalls keine rechtlichen Bedenken gegen die Ersetzung des Einvernehmens durch den Landkreis Osnabrück mit Bescheid vom 22.02.2021. Ihre Mandantin hat ihr Einvernehmen rechtswidrig versagt.

Eine Verletzung Ihrer Mandantin in ihrer Planungshoheit nach § 36 BauGB liegt nicht vor. Die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens war und ist daher durch das geltende Bauplanungsrecht nicht abgedeckt und somit rechtswidrig. Es wurde daher im Ermessen der Genehmigungsbehörde rechtmäßig ersetzt.

Insgesamt liegen keine Tatsachen vor, die für eine Rechtswidrigkeit des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheides sprechen würden, daher wird der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen.

### **Kostenentscheidung**

Gemäß §§ 1, 3, 5, 13 Niedersächsisches Verwaltungskostengesetz (NVwKostG) i.V.m. § 1 Abs. 1 i.V.m. Nr. 1.9.1.2 der Anlage 1 (Allgemeine Gebührenordnung) AllGO haben Sie die Kosten des Verfahrens zu tragen, da Sie Anlass zu der Amtshandlung gegeben haben.

Die Kosten werden in einem gesonderten Bescheid festgesetzt.

**Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Genehmigungsbescheid in Form des Widerspruchsbescheides kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage beim Niedersächsischen Obergerverwaltungsgericht Lüneburg, Uelzener Straße 40, 21335 Lüneburg, erhoben werden.

Mit freundlichem Gruß

Im Auftrage

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes. The signature is positioned above the name 'Röwekamp'.

Röwekamp

Abb. 1



**Messungen zur Flughöhe kollisionsgefährdeter Vogelarten bei Glandorf/Bever**

Hier: Messserie Mb0669 für den Mäusebussard am 20.08.2020

**Legende**

**Messpunkte**

**Flughöhe**

- bis 75 m
- 75 - 85 m
- 85 - 250 m
- 250 -260 m
- > 260 m

Projekt: Untersuchungen zum Artenschutz für die Errichtung von 2 Windkraftanlagen am Standort Glandorf/Bever (LK OS)

Bearbeiter:  
Dr. M. Schreiber

Erstellt am:  
22.05.2021

Schreiber  
Umweltplanung

