

Dr. Unland

Landkreis Osnabrück
Die Landrätin
Fachdienst 6 / Planen und Bauen, Immissionsschutz
Frau Waldhaus
Am Schölerberg 1
49082 Osnabrück

Frau Stauvermann
0251-4848854

882/19UA

Vorab per Telefax: 054150164082

16.04.2021

Gemeinde Glandorf ./ Landkreis Osnabrück
Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG
Errichtung und Betrieb von 2 Windenergieanlagen in Glandorf-Bever
Antragsteller: Bürgerenergiegesellschaft Windpark Bever GmbH & Co. KG
Aktenzeichen: FD6-11-06864-17

Sehr geehrte Frau Waldhaus,
sehr geehrte Damen und Herren,

nachfolgend begründen wir unseren Widerspruch vom 12.03.2021 gegen Ihren Genehmigungsbescheid vom 22.02.2021 zur Errichtung und zum Betrieb von zwei Windenergieanlagen des Typs Nordex N149/4.5 STE am Vorhabenstandort Glandorf, Gemarkung Sudendorf, Flur 5, Flurstück 175/1 und Flur 3 Flurstück 324/3, Az. FD6-11-06864-17:

Der zulässige Widerspruch ist begründet, weil die erteilte Anlagengenehmigung rechtswidrig ist und die Widerspruchsführerin in eigenen Rechten verletzt. Dies gilt sowohl im Hinblick auf das formelle (dazu I.) als auch das materielle Mitwirkungsrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB (dazu II.).

I. Formelles Mitwirkungsrecht aus § 36 Abs. 1 BauGB

Gem. § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB wird über die Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. Wird die Gemeinde im Genehmigungsverfahren nicht gemäß § 36 Abs. 1 BauGB beteiligt, hat sie aufgrund ihres absoluten Mitwirkungsrechts bereits deshalb einen Anspruch auf Aufhebung der Genehmigung. Einer materiell-rechtlichen Überprüfung der Rechtslage bedarf es in dieser Konstellation nicht.

OVG NRW, Urteil v. 28.11.2007 – 9 A 2325/06 – juris Ls. 3; bestätigt durch BVerwG, Beschluss v. 11.08.2008 – 4 B 25/08 – juris Rn. 6 m.w.N.

Vorliegend ist die Widerspruchsführerin in ihrem absoluten Verfahrensrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB sowohl deshalb verletzt, weil sie im Zusammenhang mit der Abfrage (dazu 1.) als auch der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde (dazu 2.).

1. Abfrage des Einvernehmens

Bislang ist keine den gesetzlichen Anforderungen des § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB entsprechende Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erfolgt.

Durch das Schreiben des Landkreises Osnabrück vom 29.04.2019 (zugegangen bei der Gemeinde am 06.05.2019) ist die Frist für die Versagung des Einvernehmens nicht in Gang gesetzt worden (a). Entsprechendes gilt für die Schreiben des Landkreises vom 29.11.2019 (b)) und vom 12.10.2020 (c)).

a) Kein Fristbeginn durch Einvernehmensabfrage vom 29.04.2019

Die der Gemeinde Glandorf mit der Einvernehmensabfrage am 06.05.2019 zugegangenen Antragsunterlagen waren unvollständig und damit nicht geeignet, eine umfassende Prüfung der Voraussetzungen des § 35 BauGB zu ermöglichen.

Bei dem Recht der Gemeinde aus § 36 BauGB handelt es sich nicht um eine reine Anhörungsvorschrift, sondern – wie auch der Antragsgegner und die Beigeladene einräumen – um ein selbstständiges Prüfungsrecht der Gemeinde. Das BVerwG führt hierzu aus:

*„Mit der Regelung über das Einvernehmen der Gemeinde in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB ruft der Gesetzgeber die Gemeinde als betroffene Gebietskörperschaft und Trägerin der Planungshoheit zur eigenverantwortlichen planungsrechtlichen Beurteilung des Bauvorhabens auf. Er überlässt es der Gemeinde, aus ihrer Ortskenntnis und ihrer planerischen Sicht festzustellen, ob der Bauantrag ihr eine fundierte bauplanungsrechtliche Bewertung des Vorhabens ermöglicht oder in dieser Hinsicht noch ergänzungsbedürftig ist. **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.** Auch das ergibt sich aus der Schutzfunktion des Einvernehmenserfordernisses.“* BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 –, juris Rn. 19 [Hervorhebungen durch den Unterzeichner].

Der Gesetzgeber will der Gemeinde somit eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen ermöglichen. Ein unvollständiges Ersuchen stellt nach einhelliger Auffassung keine ordnungsgemäße Einvernehmensabfrage dar und setzt die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB daher schon nicht in Gang.

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 –, juris Rn. 26 ff.; Dürr, in: Brügemann, BauGB, 113. EL Januar 2020, § 36 Rn. 43; Söfker, in:

*Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 137. EL Februar 2020,
§ 36 Rn. 38. m. w. N.*

- aa) Wie von der Gemeinde Glandorf mit Schreiben vom 02.07. und 05.07.2019 im Einzelnen dargelegt, stellten die zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Antragsunterlagen die Erschließung der beiden Windkraftanlagen unzureichend dar, eine etwaige optisch bedrängende Wirkung der Anlagen konnte auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen nicht zuverlässig beurteilt werden, die Schallimmissionsprognose war unzureichend und Belange des Artenschutz nicht abschließend untersucht. Angesichts dieser Defizite der Antragsunterlagen war der Gemeinde Glandorf eine umfassende Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB nicht möglich. Die Zwei-Monats-Frist für die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens ist daher durch die Übersendung der Unterlagen am 06.05.2019 nicht in Gang gesetzt worden.
- bb) Die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hat die Gemeinde Glandorf fristgerecht innerhalb von zwei Monaten nach Übersendung der Unterlagen gegenüber dem Landkreis geltend gemacht. Sie ist daher ihrer Obliegenheit nachgekommen, auf eine Vervollständigung der Antragsunterlagen hinzuwirken:

Das Schreiben des Landkreises Osnabrück zur Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens ist der Gemeinde Glandorf gemeinsam mit den Antragsunterlagen ausweislich des Posteingangsstempels der Gemeinde am 06.05.2019 zugegangen. Für den Lauf der zweimonatigen Frist nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB gilt § 31 VwVfG i. V. m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 und § 193 BGB. Die Frist endete daher rechnerisch am 06.07.2019; da dieser Tag jedoch ein Samstag war, lief die Frist am 08.07.2019 ab.

Diese Frist wurde durch die Gemeinde gewahrt, da sowohl das Schreiben vom 02.07.2019 als auch ihr Schreiben vom 05.07.2019 dem Landkreis vor Fristablauf zugegangen sind.

b) Kein Fristbeginn durch Schreiben vom 29.11.2019

Auch in dem Schreiben des Landkreises vom 29.11.2019 ist keine wirksame Einvernehmensabfrage zu sehen. Nach der Rechtsprechung setzt ein solches Ersuchen aufgrund der damit verbundenen weitreichenden Konsequenzen voraus, dass die Gemeinde aus dem Schreiben der Genehmigungsbehörde erkennen können muss, dass und in welcher Hinsicht die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB ausgelöst wird.

Vgl. etwa OVG NRW, Beschluss v. 21.12.2010 – 8 B 1426.10 – beck-online.

Weil der Zeitpunkt der Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens ansonsten nicht zweifelsfrei bestimmt ist und der Gemeinde die Rechtsfolgen einer nichtfristgemäßen Versagung vor Augen zu führen sind, ist 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; Dürr in: Brügelmann, Baugesetzbuch, Werkstand: 116. Lfg. Oktober 2020, § 36 Rn. 43.

Der Landkreis hat hier die Gemeinde gerade nicht ersucht, über die Erteilung oder Versagung des Einvernehmens auf Grundlage der inzwischen vorliegenden Antragsunterlagen zu entscheiden, sondern aufgefordert, zu einem Antrag auf Ersetzung des zuvor versagten gemeindlichen Einvernehmens Stellung zu nehmen. Ferner wurde der Gemeinde eine Frist gesetzt, die deutlich kürzer war als die Zweimonatsfrist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB, so dass auch dies den Eindruck erweckte, es ginge nicht um die – erstmalige – Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens, sondern um eine Anhörung zu einer möglichen Ersetzung des Einvernehmens.

Vor diesem Hintergrund hat der Landkreis das Einvernehmen der Gemeinde auch mit Schreiben vom 29.11.2019 nicht ordnungsgemäß abgefragt.

c) Kein Fristbeginn durch Schreiben vom 12.10.2020

Schließlich stellt auch das Schreiben des Landkreises vom 12.10.2020 keine ordnungsgemäße Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens dar. Der Landkreis führt explizit aus, dass das Schreiben nicht als erneutes Ersuchen zur Einvernehmenserteilung zu verstehen sei. Dies verwundert zwar angesichts dessen, dass dem Landkreis die Kritik an der bisherigen Einvernehmensabfrage bekannt war und er mit diesem Schreiben noch einmal grundlegend überarbeitete Antragsunterlagen übersandt hat. Im Ergebnis ändert dies jedoch nichts daran, dass ein Schreiben, das ausdrücklich klarstellt, dass keine erneute Abfrage des Einvernehmens erfolgt, nicht in eine solche umgedeutet werden kann.

d) Zwischenergebnis

Das gemeindliche Einvernehmen wurde zu keinem Zeitpunkt rechtmäßig abgefragt. Schon deshalb ist das Einvernehmen - entgegen der Auffassung des Landkreises im Genehmigungsbescheid - nicht rechtswidrig versagt worden. Für die Verletzung des formellen Mitwirkungsrechts aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB kommt es gerade nicht darauf an, ob auch noch materielle Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB fehlen. In diesem Sinne hat der 8. Senat des OVG NRW zum Umfang des Aufhebungsanspruchs der Gemeinde bei Verletzungen ihres absoluten Verfahrensrechts aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ausgeführt:

„Entgegen der Ansicht des Beklagten und der Beigeladenen hängt der Erfolg des gemeindlichen Aufhebungsbegehrens nicht davon ab, ob das Vorhaben tatsächlich bauplanungsrechtlich unzulässig ist oder ob ein noch offenes Planungsrecht von der Gemeinde ausgeübt worden wäre und dem Vorhaben hätte entgegen gehalten werden können. Andernfalls würde die bereits unter B. II. 2. beschriebene, der Gemeinde vom Gesetzgeber mit Blick auf das Recht der kommunalen Selbstverwaltung ein-

geräumte Rechtsposition entwertet, weil es der Baubehörde durch Nichtbeachtung der Verfahrensrechte ermöglicht würde, die Gemeinde in die vom Gesetzgeber nicht gewollte Klägerrolle zu drängen, aus der heraus sie ihre Rechtsposition (nicht zuletzt unter Berücksichtigung eines anderen Beurteilungszeitpunkts) verteidigen müsste.“

OVG NRW, Urteil v. 28. November 2007 – 8 A 2325/06 –, juris Rn. 120, juris.

2. Einvernehmensersetzung

Weiter leidet die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens an einem beachtlichen Rechtsfehler, weil die Gemeinde zuvor nicht ordnungsgemäß angehört wurde.

Vor Erlass der Genehmigung und der Ersetzung des Einvernehmens ist die Gemeinde anzuhören. Der Gemeinde ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener Frist erneut über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Bei der Fristbemessung sind Kriterien wie Größe, Umfang und politische Bedeutung des Vorhabens sowie rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten zu berücksichtigen. Als Regelwert wird 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 soll der Gemeinde die Möglichkeit gegeben werden, ihre bisherige Entscheidung unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte zu überdenken und unter Umständen zu einer anderen Entscheidung zu kommen. Hierfür ist es einerseits erforderlich, dass ihr ausreichend Zeit für die Prüfung zur Verfügung steht und dass sie andererseits auf eine vollständige Unterlagengrundlage zurückgreifen kann.

Der Landkreis hat der Gemeinde hier gerade einmal zwölf Werktage zur Stellungnahme zur beabsichtigten Einvernehmensersetzung eingeräumt. Dabei liegt auf der Hand, dass das Vorhaben in Gestalt der Errichtung zweier raumbedeutsamer Windenergieanlagen in einem artenschutzrechtlich problematischen Bereich – gemessen an anderen Außenbereichsvorhaben – eine deutlich überdurchschnittliche Komplexität aufweist. Dies drängt sich auch angesichts des mehrere Jahre dauernden Genehmigungsverfahrens, der erst im Zusammenhang mit der Anhörung nachgebesserten Artenschutzgutachten und Stellungnahmen

- „Raumnutzungsanalyse zum geplanten Windpark Glandorf/Bever“ (Schreiber Umweltplanung, Stand: 01.09.2020),
- „Artenschutzrechtliche Vermeidungsmaßnahmen für den Betrieb von 2 Windkraftanlagen in der Gemeinde Glandorf“ (Schreiber Umweltplanung Stand: 16.09.2020),
- „UVP-Bericht WP Bever“ (Stadtlandkonzept, Stand: 3. Ergänzung, angegebener Stand: 24.09.2019) sowie
- Stellungnahme der Unteren Naturschutz- und Waldbehörde zum Windpark Glandorf-Bever – Ergänzende Stellungnahme artenschutzrechtlicher Bedenken seitens der Stadt Glandorf vom 07.10.2020

sowie des mit 81 Seiten sehr umfangreichen Genehmigungsbescheides auf. Weiter handelt es sich bei dem Vorhaben zweifelsohne um ein Politikum, das den Rat und die Öffentlichkeit seit Jahren immer wieder intensiv beschäftigt. Für die Angemessenheit der Anhörungsfrist spricht auch nicht, dass die Anlagenstandorte innerhalb einer Windkraftkonzentrationszone gelegen sind. Die heute im Genehmigungsverfahren in Rede stehenden Artenschutzfragen konnten und mussten auf Ebene der Bauleitplanung nicht abgearbeitet werden, zumal sich im Nachhinein mit Rotmilan-, Rohrweihen- und Wespenbussardbruten durchgreifende Änderungen des zu berücksichtigenden Artenspektrums ergeben haben.

In der Gesamtschau ist evident, dass die Anhörungsfrist zur Ersetzung von zwölf Werktagen unangemessen kurz war, der Gemeinde eine nochmalige Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen auf Grundlage der durchgreifend überarbeiteten Antragsunterlagen zu ermöglichen. Die Gemeinde ist auch insoweit in ihrem absoluten Verfahrensrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB verletzt.

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

Neben dem absoluten Verfahrensrecht vermittelt § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB der Gemeinde als Ausfluss ihrer Planungshoheit ein materielles Mitentscheidungsrecht bei der Genehmigungsentscheidung. Bei Außenbereichsvorhaben verweigert die Gemeinde nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ihr Einvernehmen zu Recht, wenn Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB nicht vorliegen. Dies ist vorliegend der Fall. Dem Vorhaben stehen jedenfalls Belange des Naturschutzes nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB entgegen, weil der Artenschutz im Hinblick auf mehrere windenergiesensible Arten nicht sichergestellt ist.

Vgl. zu den weiteren Genehmigungshindernissen: Stellungnahme der Gemeinde zur erstmaligen Versagung des gemeindlichen Einvernehmens vom 03.07.2019.

Bereits die vorgelegten Artenschutzuntersuchungen erfüllen im Hinblick auf Aktualität und Methodik nicht den aktuellen fachlichen Standards (dazu 1.)). Davon abgesehen hat der Landkreis zwar zutreffend erkannt, dass die Individuen mehrerer streng geschützter Vogelarten durch die Windenergieanlagen einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt werden. Allerdings sind die vom Landkreis in der streitgegenständlichen Genehmigung festgeschriebenen Nebenbestimmungen aus einer ganzen Reihe von Gründen nicht geeignet, das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle abzusenken. Grundlegend irritiert dabei, dass der Landkreis eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt, deren Vermeidungskonzept auf den wiederum vom Landkreis beauftragten Handlungsempfehlungen von Dr. Schreiber

(u.a.) „Abschaltzeiten für Windkraftanlagen zur Vermeidung und Verminderung von Vogelkollisionen“ aus dem Jahr 2016 beruht, das in der Rechtsprechung und Fachwissenschaft keine Anerkennung gefunden hat, weil es den gesetzlichen Anforderungen des strengen Artenschutzes nicht gerecht wird (dazu 2.).

1. Unzureichende Artenschutzuntersuchungen

Zunächst können artenschutzrechtliche Verbotstatbestände schon deshalb nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, weil die der Genehmigung zugrunde liegenden Artenschutzuntersuchungen in einigen Teilen überaltert und in anderen Teilen den aktuellen fachlichen Anforderungen nicht entsprechen:

- a) Die vorgelegten Artenschutzuntersuchungen beruhen in erster Linie auf den **Avifaunistischen Untersuchungen zur Windvorrangfläche „Bever (Nr. 40)“** vom November 2013 (BIO-CONSULT). Bei der Erstellung dieser Unterlage sind die fachlichen Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 nach Ziff. 5.1.3.1. - u.a. hinsichtlich des gewählten Untersuchungszeitraumes – nicht gewahrt worden. Außerdem sind die gewonnenen Daten überaltert. Seit 2013 hat sich das Arteninventar im Vorhabengebiet erheblich geändert. Ausdruck dessen ist, dass Rotmilan, Rohrweihe und Wespenbussard hinzugekommen sind.

Das Defizit der überalterten Daten lässt sich auch nicht mit dem Hinweis entgegentreten, dass vorliegend Untersuchungen der kollisionsgefährdeten und für die Beurteilung der Windkraft besonders relevanten Vogelarten weitere Untersuchungen in den Jahren nach 2013 (zuletzt 2020) erfolgt seien.

So die Argumentation von Dr. Schreiber in seinen nicht datierten „Anmerkungen zur Stellungnahme der Gemeinde Glandorf vom 02.11.2020

zu nachgereichten Unterlagen im Verfahren zur Errichtung und des Betriebes von 2 Windenergieanlagen“, S. 1.

Dies erkennt, dass mit Brutvogelkartierung keineswegs nur die kollisionsgefährdeten und für die Beurteilung der Windkraft „besonders relevanten“ Vogelarten zu erfassen sind. Die vorgenommene Eingrenzung entspricht bereits nicht den fachlichen Anforderungen des im Erlasswege eingeführten Leitfadens „Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“ vom 24.04.2016 (im Weiteren: Artenschutzleitfaden 2016). Das OVG Lüneburg sieht den Artenschutzleitfaden als (selbst-)bindenden Standard der Verwaltung an, von dem nur im Einzelfall spezifisch begründet abgewichen werden darf.

OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.06.2019 - 12 ME 57/19 – juris Rn. 29.

Vor allem aber erkennt die Argumentation von Dr. Schreiber das strenge Schutzregime der Vogelschutzrichtlinie. Der EuGH hat in seinem aktuellen Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 – in der Rechtssache Föröningen Skydda (u.a.) ./Länsstyrelsen nochmals allen Versuchen der Relativierung des Tötungsverbotes eine Absage erteilt (vgl. u.a. Rn. 35 ff.):

„Nach Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie sind die Mitgliedstaaten also verpflichtet, einen vollständigen und wirksamen Rechtsrahmen zu erlassen. Sie müssen wie bei Art. 12 der Habitatrichtlinie konkrete, spezifische Schutzmaßnahmen ergreifen, mit denen gewährleistet wird, dass die in Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie genannten Verbote zum Schutz der Arten sowie der Fortpflanzungs- und Ruhestätten der unter diese Richtlinie fallenden Vögel tatsächlich beachtet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. April 2018, Kommission/Polen [Wald von Białowieża], C-441/17, EU:C:2018:255, Rn. 252).

*Daher geht aus dem Wortlaut von Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie klar und 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.***

*Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass weder der Zusammenhang, in dem Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie steht, noch der Sinn und Zweck dieser Richtlinie es erlauben, **ihren Anwendungsbereich auf diese drei Kategorien von Vogelarten, die das vorlegende Gericht in seiner ersten Frage nennt, zu beschränken.***

*In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 191 Abs. 2 AEUV die Umweltpolitik der Union auf ein hohes Schutzniveau abzielt. Zudem beruht sie insbesondere auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung sowie auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen.“
[Hervorhebungen durch Unterzeichner]*

- b) Die nachgereichte **Raumnutzungsanalyse 2020** kann die Ermittlungsmängel bei den Brutvögeln nicht heilen, zum einen, weil sie sich nur mit einem kleinen Artenspektrum beschäftigt, zum anderen, weil sie den fachlichen Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 nicht im Ansatz genügt. Zudem zeigt die Raumnutzungsanalyse zusätzliche Artenschutzprobleme im Hinblick auf das im Untersuchungsgebiet erst im Juli 2020 festgestellte Brutvorkommen des Wespenbussards auf. Im Einzelnen:
 - aa) Der Artenschutzleitfaden 2016 sieht für Raumnutzungsanalysen brutplatzbezogene Dauerbeobachtungen von mindestens sechs Stunden pro Beobachtungspunkt vor, wobei regelmäßig drei Beobachtungspunkte erforderlich sind; hieraus ergibt sich eine Gesamtbeobachtungszeit von 252 Stunden (Ziff. 5.1.3.1).

Die vorgelegte Raumnutzungsanalyse 2020 bezieht sich dagegen lediglich auf einen einzigen Beobachtungspunkt (näherungsweise zwischen den beiden Windenergieanlagen). Angesichts dessen, dass es vorliegend um die Auswirkungen von zwei Anlagen auf mindestens zwei Horststandorte geht (einer in über 1.000 m Entfernung), und das Gelände kleinräumig durch Baumreihen und Gehölzinseln gegliedert ist, ist ein einziger Beobachtungspunkt für eine Raumnutzungsanalyse evident unzureichend. Entsprechen-

des gilt für die insgesamt lediglich 147 Stunden Beobachtungszeit (statt 252) und die in fünf Fällen kürzere Beobachtungsdauer als 6 Stunden. Ein einziger Beobachter kann für das mehrere Quadratkilometer große Untersuchungsgebiet unmöglich alle relevanten Flugbeziehungen der fünf untersuchten Vogelarten mit mehreren Horststandorten erfassen. Angesichts der Erfassungsmängel ist nicht verwunderlich, dass das Brutvorkommen des Wespenbussards, obwohl es sich in nur 250 m Entfernung von den Anlagenstandorten befindet, erst im Juli entdeckt wurde. Dieser Umstand schließt im Übrigen eine ausreichende Raumnutzungsanalyse, die eine Brutperiode abzudecken hat, in Bezug auf diese Art schon für sich genommen aus.

- bb) Methodisch entspricht auch die Dokumentation der mittels LRF gewonnenen Daten ebenfalls nicht den Anforderungen des Artenschutzleitfadens. Im Ergebnis wurde nicht im Ansatz – und konnte mit einem Beobachter wohl auch nicht – geleistet, was der Artenschutzleitfaden 2016 von einer Raumnutzungsanalyse verlangt, nämlich die Erfassung und Dokumentation von Flugrouten und die Bewertung der Raumnutzung. Stattdessen gibt es lediglich Punktaufnahmen, die der Verfasser selbst als „stichprobenartig“ bezeichnet und noch dazu überinterpretiert, soweit er Flughöhen von unter 75 m Höhe von vornherein für unproblematisch erachtet. Dass Flugkorridore stets in gleicher Höhe genutzt werden, ist fachlich nicht haltbar. Ein „Unterfliegen“ der Anlagen ist bei Greifvogelarten wie den vorliegend in Rede stehenden, die bei ihren Flügen eine große Höhenvarianz zeigen, in keiner Weise kalkulierbar. Dass die Flughöhen des Rotmilans von mehreren variablen Faktoren abhängen, insbesondere Wetter und Bewirtschaftung, ist durch eine Reihe von Studien belegt.

Vgl. nur: Heuck, Sommerhage u.a.: Untersuchung des Flugverhaltens von Rotmilanen in Abhängigkeit von Wetter und Landnutzung – Abschlussbericht, im Auftrag des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen, S. 30 ff.

- cc) Zusammengefasst macht die vorgelegte „Raumnutzungsanalyse“ nicht den Eindruck, dass die tatsächliche Raumnutzung der vorliegend betroffenen windenergiesensiblen Greifvögel aufgeklärt werden sollte. Geleistet wird erklärtermaßen nicht mehr als ein „stichprobenartiger“ Eindruck. Dazu passt, dass die Gutachter aus den gewonnenen Daten für das Artenschutzkonzept auch keinerlei Ableitungen treffen und auf den ungleich größeren Aufwand einer Analyse entsprechend den Anforderungen des Artenschutzleitfadens verweisen. Aufgrund einer derart unzureichenden Artenschutzprüfung kann zu der Frage der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos schon mangels ausreichender Sachverhaltsaufklärung keine Aussage getroffen werden. Damit wird gegen den Artenschutzleitfaden als grundsätzlich (selbst-)bindender Standard der Verwaltung verstoßen.

OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.06.2019 - 12 ME 57/19 – juris Rn. 29.

Brauchbar sind die vorgelegten Artenschutzuntersuchungen nur insoweit, wie sie belegen, dass sich vor allem der Rotmilan und der Wespenbussard erhebliche Zeitanteile innerhalb des Gefährdungsbereichs der beiden Windenergieanlagen aufhalten, wodurch signifikant erhöhte Tötungsrisiken begründet werden. Als Grundlage für einen Ausschluss des Tötungsrisikos taugen dagegen weder die Raumnutzungsanalyse noch die überalterten Brutvogelkartierungen.

- c) Nach dem vorstehenden Befund geht der Landkreis im Genehmigungsbescheid zu Unrecht von einem „vollumfänglich ermittelten Sachverhalt“ aus. Die Ermittlungsdefizite können dann auch nicht durch Vorgaben zum Monitoring während des Anlagenbetriebes gehoben werden. Das Monitoring stellt kein zulässiges Mittel dar, um behördliche Ermittlungs- und Erkenntnisdefizite zu kompensieren.

BVerwG, Urteil v. 17. Januar 2007 – 9 A 20/05 – juris Rn. 55; BVerwG, Urteil v. 14. Juli 2011 – 9 A 12/10 – juris Rn. 105; s. auch Leitfaden (2016), Ziff. 5.2.1.

2. Unzureichendes Vermeidungskonzept

Die Betreiberin und der Landkreis haben zwar zutreffend erkannt, dass für mehrere besonders geschützte Vogelarten signifikant erhöhte Tötungsrisiken ausgelöst werden. Das zur Vermeidung dieser Risiken vorgeschlagene Konzept „Artenschutzrechtliche Vermeidungsmaßnahmen für den Betrieb von 2 Windkraftanlagen in der Gemeinde Glandorf“ von Dr. Schreiber sowie die vom Landkreis darauf aufgebauten Nebenbestimmungen leiden jedoch an grundlegenden methodischen Schwächen. Im Ergebnis bestehen daher jedenfalls für Rotmilan, Rohrweihe und Wespenbussard signifikant erhöhte Tötungsrisiken, weshalb die Anlagengenehmigung evident rechtswidrig ist.

a) Verdoppelung der Sterblichkeit als akzeptables Tötungsrisiko

Das Konzept beruht auf der Ausgangsthese, dass eine Verdoppelung der Sterblichkeit durch die Anlagen nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht als signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos anzusehen sei (S. 3). Eine solche Aussage ist der Rechtsprechung des BVerwG indes an keiner Stelle zu entnehmen. Vielmehr ist das Tötungsrisiko nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (nur) dann nicht signifikant erhöht, wenn die Gefahr von Kollisionen **innerhalb** des allgemeinen Lebensrisikos der Art **bleibt**.

BVerwG, Urteil v. 08.01.2012 – 9 A 4.13 – juris Rn. 99.

Nach dem Konzept der Antragstellerin sind die an den Anlagenstandorten brütenden Greifvögel dagegen nicht nur dem vom Landkreis als hinnehmbar erachteten zusätzlichen Tötungsrisiko durch die Anlagen ausgesetzt. Additiv hinzu käme das – ohnehin gegebene – natürliche Tötungsrisiko. Dieses dürfte in Glandorf nicht per se anders sein als andernorts. Im Ergebnis führt der Ansatz von Betreiberin und Landkreis somit zu einer Verdoppelung des Tötungsrisikos. Den Terminus einer „signifikanten“ Erhöhung mit einer Verdoppelung des Risikos zu

übersetzen, ist schon dem Wortsinn nach ausgeschlossen. Dieser Ansatz findet – soweit ersichtlich – an keiner Stelle in Rechtsprechung oder Literatur Rückhalt. Dies verdeutlichen folgende Ausführungen im Urteil des BVerwG vom 06.03.2014 – 9 C 6/12 – juris Rn. 58:

*„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 (...). Eine vergleichbare **Bagatellgrenze** gilt auch bei Maßnahmen zur Errichtung des Vorhabens. Wird das baubedingte Tötungsrisiko durch Vermeidungsmaßnahmen bereits **bis zur Schwelle des allgemeinen Lebensrisikos, dem die Individuen der jeweiligen Art ohnehin unterliegen, gesenkt**, kann nach dem Maßstab praktischer Vernunft keine weitergehende artenschutzrechtliche Verantwortlichkeit bestehen (...).“*
[Hervorhebungen durch Unterzeichner].

Ein Tötungsrisiko kann daher nur akzeptabel sein, wenn es sowohl im Bagatellbereich als auch innerhalb der Varianz des allgemeinen Lebensrisikos verbleibt. Davon, dass nach der Rechtsprechung eine Verdoppelung des allgemeinen Tötungsrisikos zulässig sei – wie vom Landkreis und dem Betreibergutachter angenommen – kann mithin keine Rede sein.

Das Artenschutzkonzept geht damit von vornherein von einem grundlegend falschen Beurteilungsmaßstab aus. Schon daraus resultieren Ermittlungsdefizite und unzureichende Abschaltzeiten.

b) Fehlende fachliche Standards zur Ermittlung der „allgemeinen Mortalität“, tolerabler Erhöhung des Tötungsrisikos und Maßnahmenwirksamkeit

Das Vermeidungskonzept ist auch insoweit fachlich nicht belegt, wie es um die angenommene allgemeine Mortalität der betroffenen Arten, die als tolerabel angesehene anlagenbedingte

Erhöhung des Tötungsrisikos und die Annahmen zur Absenkung dieses Risikos durch die vorgeschlagenen Anlagenabschaltungen geht.

- aa) Soweit das „tolerable Risiko“ für eine Art aus einem Vergleich der **allgemeinen Mortalität** einer Art mit dem Risiko an den streitgegenständlichen Anlagen zu Tode zu kommen abgeleitet werden soll, ist dieser Ansatz schon deshalb zu verwerfen, weil nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG maßgeblich ist, dass das **individuelle** Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht wird. Es kommt daher für das den Ausgangspunkt der Bewertung bildende Grundrisiko nicht auf das allgemeine Tötungsrisiko der Art anhand statischer Durchschnittswerte an, sondern auf die konkreten Verhältnisse vor Ort. Bereits insoweit fehlt es vorliegend insbesondere für Rotmilan und Wespenbussard an einer belastbaren Datengrundlage.
- bb) Weiter beruhen die im Vermeidungskonzept und der darauf aufbauenden Nebenbestimmung Nr. 47 zugrunde gelegten Abschaltparameter auf von Dr. Schreiber **aggregierten Risikowerten** aus jahres- und tageszeitlichen Umständen sowie Witterungsfaktoren. Die zugrunde gelegten Parameter krankten auch insoweit daran, dass sie auf keiner ausreichenden Datenlage fußen. Die bei Bernotat und Dierschke (2016) dokumentierten Daten zur Altvogelmortalität verfügen über keine verallgemeinerungsfähige Datenbasis und sind zudem auf Brutgeschehen nicht übertragbar. Noch dazu nimmt das Vermeidungskonzept die in Bezug genommenen Daten nur als Grundlage für eigene Abschätzungen, die umso weniger belegt sind. Fachwissenschaftlich hat der Ansatz von Dr. Schreiber – obwohl er bereits im Jahr 2016 publiziert wurde – auch wegen dieses Kritikpunktes keine Akzeptanz gefunden:

Zuvörderst greift keiner der Artenschutzleitfäden der Bundesländer den Ansatz von Dr. Schreiber auf. Der niedersächsische Leitfaden ist für den Landkreis Osnabrück jedoch

grundsätzlich bindend und lässt vorliegenden Einzelfall keinen Raum für eine gänzlich andere Methodik.

Vgl. nochmals OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.06.2019 - 12 ME 57/19 – juris Rn. 29.

Das vom Bundesamt für Naturschutz geförderte Forschungsprojekt von Blew u.a., Wirksamkeit von Maßnahmen gegen Vogelkollisionen an Windenergieanlagen (2018), kommt zu folgendem Befund (S. 53 f.):

„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. (...) Die grundlegende Wirksamkeit von Abschaltungen ist gegeben, es stehen derzeit jedoch keine belastbaren Studien zur Verfügung, welche das Ausmaß der Wirksamkeit dieser Maßnahmen, so z.B. die Senkung des Kollisionsrisikos in Abhängigkeit von der phänologischen Verteilung von Abschaltzeiten, belegen könnten. Dementsprechend wird die Evidenz mit „E-“ (Expertenmeinung, gering) bewertet.“

Selbst wohlwollende Stellungnahmen in der Literatur weisen darauf hin, dass die angenommene Korrelation aktivitätsbestimmender Faktoren und tatsächlicher Flugaktivität wissenschaftlich weitergehend erhärtet werden müssten. Dr. Schreiber selbst räumt weiteren Forschungsbedarf ein.

Vgl. Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende, Dossier „Abschaltzeiten für Windenergieanlagen zum Vogelschutz nach Schreiber (2016)“, S. 14 f.: „Im Fachgespräch (mit Dr. Schreiber) wurden beispielsweise Zweifel geäußert, ob zwischen den Witterungsfaktoren und der Vogelflugaktivität bzw. zwischen diesen und den Kollisionsofferzahlen ähnlich enge Korrelationen bestehen wie etwa bei Fledermäusen. (...). Der Autor (Dr. Schreiber) stimmt zu, dass die empirischen Grundlagen und der Kenntnisstand über Korrelationen selbstverständlich verbesserungswürdig seien. Hierzu müsse weiter geforscht werden. Welche

Vermeidungswirksamkeit auf Grundlage des Ansatzes gesteuerter Abschaltzeiten erzielen können, ist bislang nicht belegt. Allerdings ergebe der Ansatz auch nicht den Anspruch eines „vollständigen“ Vermeidungserfolgs.“

Dass die angenommene Korrelation aktivitätsbestimmender Faktoren und tatsächlicher Flugaktivität wissenschaftlich hinreichend untersucht wäre, behauptet somit nicht einmal Dr. Schreiber.

Allgemein gilt, dass eine quantitative und vor allem standardisierte Risikobewertung in der Genehmigungspraxis bislang keinerlei Anerkennung findet. Auch das BVerwG will „signifikant“ nicht im statistischen Sinne, sondern lediglich als „deutlich“ verstanden wissen.

Vgl. BVerwG, Urteil 09.07.2009 – 4 C 12.07 – juris Rn. 42.

Die Unbrauchbarkeit pauschaler statistischer Ansätze hat sich letztlich auch in der Progress-Studie gezeigt. Sie belegt, dass für eine realistische Beurteilung des Tötungsrisikos eine Reihe von Faktoren wie u.a. Landnutzungsstrukturen, Raumnutzung, saisonal unterschiedliches Verhalten und kollisionskritische Bedingungen berücksichtigt werden müssen.

Vgl. hierzu ausführlich: Agatz, Windenergiehandbuch, S. 206 f.

- cc) Das Vermeidungskonzept und die Nebenbestimmung Nr. 47 gehen weiter von einem „**Abschaltkontingent**“ von „1.910.000 kWh“ – hergeleitet aus nicht nachvollziehbaren Zumutbarkeitserwägungen gegenüber dem Betreiber – zum Schutz von schlaggefährdeten Brutvogelarten aus. Mit dem Kontingent soll eine flexible Anpassung der Abschaltregelungen ermöglicht werden.

In der Fachliteratur wird hierzu die (berechtigte) Frage aufgeworfen, wie ein solches „variables Abschaltregime“ als Auflage im Genehmigungsbescheid überhaupt hinreichend bestimmt und konkret verankert werden kann, so dass die Auflage rechtssicher ist. Auch wird kritisch angemerkt, dass das Abschaltmaß als Zumutbarkeitskriterium letztlich vom Ertrag der Anlage am Standort abhängt.

Vgl. Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende, Dossier „Abschaltzeiten für Windenergieanlagen zum Vogelschutz nach Schreiber (2016)“, S. 15: „Sowohl im Fachgespräch (mit Dr. Schreiber) als auch bei den weiteren oben genannten Veranstaltungen wurde kritisiert, dass die Grenze der Zumutbarkeit offenbar verhandelbar sei und sich nicht an fachlichen Kriterien orientiere.“

Mehr noch muss man anmerken, dass unerfindlich ist, welche Rolle bei der Beurteilung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos die in der Nebenbestimmung geregelten Abschaltkontingente überhaupt spielen sollen: Ob das Tötungsrisiko für eine Art signifikant erhöht ist, beurteilt sich ausschließlich nach dem individuenbezogenen Mortalitätsrisiko – und in keiner Weise nach der Produktivität oder Rentabilität der Anlage. Für derlei Erwägungen lässt das Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG keinen Raum. Dass artenschutzrechtliche Ausnahmen – wo diese Erwägungen allenfalls eine Rolle spielen könnten – nicht mehr beantragt werden, hat die Betreiberin ausdrücklich klargestellt.

Dieser Kritik gegenüber will Dr. Schreiber seine Vorgehensweise nun mit dem Argument rechtfertigen, dass das Abschaltkontingent lediglich als „Nebenkriterium“ bei der Ermittlung der Abschaltzeiten Berücksichtigung gefunden habe.

Dr. Schreiber, Anmerkungen zur Stellungnahme der Gemeinde Glandorf vom 02.11.2020 zu nachgereichten Unterlagen im Verfahren zur Errichtung und des Betriebes von 2 Windenergieanlagen, S. 5.

Wirtschaftlichkeitserwägungen dürfen hingegen beim Ausschluss des signifikant erhöhten Tötungsrisikos durch Abschaltzeiten überhaupt keine Rolle spielen, auch keine – wie auch immer geartete – Nebenrolle. Für Rentabilitätsabwägungen lässt das strenge Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG keinerlei Raum. Das Jonglieren mit produktivitätsabhängigen Abschaltkontingenten als Voraussetzung für Anlagenabschaltungen zur vermeintlichen Verhinderung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos liegt damit neben der Sache. (Ohne artenschutzrechtliche Ausnahmeanträge – wie nunmehr vorgesehen – noch mehr als mit solchen).

Vgl. zu Letzterem: Brandt, Kurzgutachten zum sog. Schreiber/Gellermann Papier, Oktober 2016.

Das Nebenbestimmungsregime ist somit auch wegen der Deckelung der Anlagenabschaltungen durch bestimmte Abschaltkontingente von vornherein rechtswidrig. Vielmehr müssten beide Anlagen angesichts des strengen Artenschutzregimes so weit abgeschaltet werden, dass artenschutzrechtliche Verbotstatbestände nach § 44 Abs. 1 BNatSchG ausgeschlossen sind. Mit der Anlagenproduktivität hat dies von vornherein nichts zu tun.

- dd) Nach Auffassung des Landkreises führt etwa beim **Rotmilan die Anlagenabschaltung ab dem 07.03. täglich von 8.00 Uhr bis 19.00 Uhr dazu, dass kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko** gegeben sein soll. Der Landkreis hält eine Risikominimierung beim Rotmilan um 70 % für ausreichend. Abgesehen davon, dass bei einer Erhöhung des Tötungsrisikos um 30 % schwerlich von der Einhaltung einer „Bagatellgrenze“ gesprochen werden kann und sich eine solche Steigerung auch gerade nicht innerhalb der natürlichen Varianz hält (s.o.: a)), entbehren die zugrundeliegenden fachlichen Annahmen jeder Grundlage. Rein statistische Annahmen verbieten sich von vornherein; bei der Ermittlung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos um eine Wertungsentscheidung anhand der konkreten Einzelfallumstände – und nicht um eine Beurteilung anhand eines

pauschalen Algorithmus ohne hinreichenden Studienhintergrund, wie nach dem „Schreiber-Modell“.

*Vgl. Blew u.a., Wirksamkeit von Maßnahmen gegen Vogelkollisionen an Windenergieanlagen, BfN-Skripten 518, 2018, S. 54 in Bezug auf sog. „Schreiber/Gellermann, Papier“: „Die grundlegende Wirksamkeit von Abschaltungen ist gegeben, es stehen derzeit jedoch **keine belastbaren Studien zur Verfügung, welche das Ausmaß der Wirksamkeit dieser Maßnahme, so z. B. die Senkung des Kollisionsrisikos in Abhängigkeit von der phänologischen Verteilung von Abschaltzeiten belegen könnte.**“ [Hervorhebung durch Unterzeichner]*

Demgegenüber verweist der Landkreis im Genehmigungsbescheid zur fachlichen Begründung der festgelegten Abschaltzeiten auf die bei Südbeck et al., Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands, 2005 angegebenen „täglichen Aktivitätsspitzen des Rotmilans im Zusammenhang mit dem Brutgeschehen“. Diese Quelle stützt Abschaltzeiten erst ab dem 07.03 und nur zwischen 8.00 Uhr und 19.00 Uhr jedoch in keiner Weise. Im Gegenteil: Der Rotmilan kann spätestens ab dem 10.02. saisonales Brutverhalten zeigen. Die bei Südbeck (S. 242) dokumentierten täglichen Aktivitätsgipfel liegen in der zweiten Tageshälfte zwischen 16.00 Uhr und Sonnenuntergang. Dies rechtfertigt es keinesfalls, die Abschaltung der den Rotmilan potentiell gefährdenden Anlagen erst ab dem 07.03. aufzunehmen und täglich jeweils bereits um 19.00 Uhr zu beenden. Der Sonne geht bekanntlich erst bis zu 2,5 Stunden später unter.

Wegen derartiger offensichtlicher Widersprüche hat das OVG NRW mit Beschluss vom 01.04.2019 – 8 B 1013/18 – 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.

OVG NRW, Beschluss v. 01.04.2019 - 8 B 1013/18.

Das OVG verweist sinngemäß darauf, dass die in den Handlungsempfehlungen getroffenen Annahmen und Vorgehensweisen in der Fachliteratur und im Artenschutzleitfaden NRW keinen Rückhalt finden, was im Übrigen für sämtliche Artenschutzleitfäden der Länder gilt.

- ee) Gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verstößt weiter, dass der **Betrieb der Anlagen auch während der Brutzeiten** solange zulässig bleiben soll, bis eine Brut im Rahmen des Monitorings (vielleicht) positiv festgestellt wird. Das signifikant erhöhte Tötungsrisiko entstünde allerdings bereits zuvor. Bei 2-3 wöchigen Begehungsintervallen wären insbesondere die Arten Rotmilan und Wespenbussard im Rahmen des Brutgeschehens mehrere Wochen dem Tötungsrisiko ausgesetzt, bevor auch nur die Möglichkeit besteht, dass sie im Rahmen des Monitorings entdeckt werden. Auch dieser Kritikpunkt am sog. Schreiber-Ansatz ist von der Genehmigungspraxis – erstaunlicher Weise aber nicht vom Landkreis Osnabrück – erkannt.

Vgl. Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende, Dossier „Abschaltzeiten für Windenergieanlagen zum Vogelschutz nach Schreiber (2016)“, S. 16: „Beispielsweise wurde von mehreren Teilnehmern im Fachgespräch (mit Dr. Schreiber) die Einschätzung geteilt, dass der vorgesehene Monitoring-Aufwand an der Untergrenze des Vertretbaren liege. Der Erfassungsaufwand für die Brutaktivität bzw. die Besetzung von Brutplätzen und Horsten sei aufgrund der artspezifisch unterschiedlichen Brutzeiträume in der Regel höher zu veranschlagen als im Ansatz vorgehen.“

Dabei liefert gerade die vorliegende Feststellung des Brutreviers des Wespenbussards in 2020 ein anschauliches Beispiel dafür, dass mit gerade einmal drei Begehungen bis Ende April – wie in Nebenbestimmung Nr. 50 vorgesehen – artenschutzrechtliche Verbotstatbestände nicht ausgeschlossen werden können: 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 hat, gelang die Brutfeststellung für den nur 250 m südlich der WEA 2 brütenden Wespenbussard erst im Juli. Anschaulicher lässt sich die Untauglichkeit des vorgesehenen Instrumentariums kaum belegen.

Wegen der aufgezeigten Schwächen des Monitorings ist es nach der Rechtsprechung gerade kein zulässiges Instrument zur Hebung von Erkenntnisdefiziten –

BVerwG, Urteil v. 17. Januar 2007 – 9 A 20/05 – juris Rn. 55; BVerwG, Urteil v. 14. Juli 2011 – 9 A 12/10 – juris Rn. 105; s. auch Leitfaden (2016), Ziff. 5.2.1. –

wozu es vorliegend aber gerade eingesetzt werden soll.

c) Weitere Brutfeststellungen

Nicht nachvollziehbar ist weiter, warum trotz entsprechender Brutfeststellungen im Jahr 2019 artenschutzrechtliche Verbotstatbestände in Bezug auf **Rohrweihe, Mäusebussard und Feldlerche** allein wegen der Raumnutzungsanalyse 2020 sollten ausgeschlossen werden können. Die Fortpflanzungsstätten sind weiter berücksichtigungsbedürftig, selbst wenn sie 2020 nicht genutzt sein sollten. Außerdem empfiehlt der Artenschutzleitfaden 2016, dass dann, wenn Brutabbrüche nicht auf mangelhafte, nicht zu behebende Lebensraumbedingungen zurückgehen (z.B. absichtliche Störung) innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren durch eine erfolgreiche Brut zu belastbaren Raumnutzungsdaten zu kommen ist (Ziff. 5.1.3.1). Dies wäre auch vorliegend zu leisten, weil die Brutstätte der Rohrweihe im Jahre 2018 bekanntlich absichtlich zerstört wurde. Für alle drei Arten muss weiterhin mit Brutvorkommen im unmittelbaren Anlagenumfeld gerechnet werden. Diese Konfliktlage bewältigen das Vermeidungskonzept und die geregelten Nebenbestimmungen nicht. Der Hinweis auf das nachgelagerte Monitoring heilt diesen Mangel ebenfalls nicht. Zum einen sind die Abschaltzeiten für die Anlagen von vornherein (rechtswidrig) kontingentierte, zum anderen ist das Monitoring auch

insoweit kein zulässiges Mittel, um behördliche Ermittlungs- und Erkenntnisdefizite zu kompensieren (s.o.: b)).

d) Maßnahmenfläche

Vorliegend tritt hinzu, dass die für den Rotmilan in Nebenbestimmung Nr. 53 zusätzlich vorgesehene Maßnahmenfläche (Gemarkung Glandorf, Flur 17, Flurstück 42) unter fachlichen Gesichtspunkten evident ungeeignet ist, weil sie in ihrer gesamten Längsausdehnung angrenzend an eine stärker frequentierte Bundesstraße 475 errichtet werden soll. Die Eignung von Ablenkflächen für Rotmilane setzt dagegen voraus, dass Ersatznahrungshabitate mindestens 300 m Abstand zum Straßenverkehr einhalten.

VG Arnsberg, Urteil v. 20.02.2018 – 4 K 459/16 – unter Hinweis auf Anhang 4 des NRW-Artenschutzleitfadens (2013).

e) Einschätzungsprärogative

Soweit sich die UNB sich bei ihren freihändigen Ableitungen an den zentralen Stellen des Genehmigungsbescheides auf ihre „**Einschätzungsprärogative**“ beruft, übersieht sie, dass eine solche nur im Rahmen des gesetzlichen Rahmens (keine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos) und auch insoweit nur bei fehlenden anerkannten fachlichen Maßstäben besteht.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13.

Beides ist hier indes nicht der Fall: Mit ihrem Verständnis von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko verlässt die UNB den gesetzlichen Rahmen (s.o.: a-c)). Auch fehlt es vorliegend mit dem Artenschutzleitfaden 2016 nicht an fachlich anerkannten Maßstäben. Der Landkreis will sich im Interesse der Betreiberin nur nicht an diese Anforderungen halten.

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist nach alledem rechtswidrig und verletzt die Gemeinde Glandorf in eigenen Rechten aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB. Dies gilt sowohl wegen der Verstöße gegen das absolute Verfahrensrecht der Gemeinde bei Abfrage und Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens als auch – in materiell-rechtlicher Hinsicht –, weil der Artenschutz evident nicht sichergestellt ist und damit Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB nicht vorliegen.

Der Landkreis hat die Anlagengenehmigung somit auf den Widerspruch der Gemeinde Glandorf hin aufzuheben. Da die Gemeinde in letzter (wirtschaftlicher) Konsequenz mit für die Schäden des Landkreises einstehen muss, sei noch der Hinweis erlaubt, dass die Anlagengenehmigung derzeit sofort vollziehbar ist und der Landkreis sich damit einem erheblichen Amtshaftungsrisiko aussetzt, wenn auf Grundlage der Anlagengenehmigung ein Förderzuschlag erteilt oder gar mit der Anlagenerrichtung begonnen wird. Sollte die Anlagengenehmigung auf den Widerspruch der Gemeinde hin nicht aufgehoben werden, wird diese sich hiergegen – wie schon im Genehmigungsverfahren wiederholt klargestellt - gerichtlich zur Wehr setzen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Unland
Rechtsanwalt