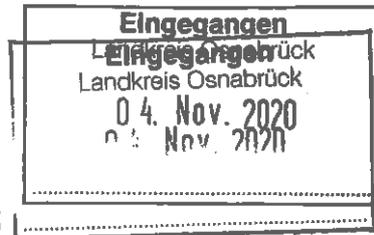


Landkreis Osnabrück  
Planen und Bauen Immissionsschutz  
Planen und Bauen  
**Herrn Jens Röwekamp**  
Am Schölerberg 1  
49082 Osnabrück



SEKRETARIAT  
Karin Thiele  
Cornelia Lichtenfeld  
0251-4848854

AKTENZEICHEN  
882/19UA

Vorab per Telefax: 0541 / 501 64655

DATUM  
02.11.2020

**Gem. Glandorf ./ Landkreis Osnabrück**  
**Stellungnahme im Rahmen der Anhörung zur Einvernehmenseersetzung**

**Antragstellerin:** Bürgerenergiegesellschaft Windpark Bever GmbH & Co. KG  
**Vorhaben:** Errichtung und Betrieb von 2 Windenergieanlagen (WEA 1 und WEA 2)  
in Glandorf-Bever nach Antrag vom 25.02.2019  
**Grundstücke:** 49219 Glandorf  
Gemarkung: Sudendorf  
Fluren: 5, 3  
Flurstücke: 175/1, 324/3  
**Geschäftszeichen Landkreis Osnabrück: FD6-11-06864-17**

Sehr geehrter Herr Röwekamp,

in dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für den WP Bever haben wir uns bereits mit Schreiben vom 07.02.2020 für die Gemeinde Glandorf bestellt. Mit Ihrem ausschließlich an die Gemeinde übersandten Schreiben vom 12.10.2020 geben Sie dieser im Rahmen der Anhörung zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens Gelegenheit zur Stellungnahme. Ausdrücklich weisen Sie daraufhin, dass mit dem Schreiben keine erneute Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens verbunden sei. Ferner weisen Sie darauf hin, dass mittlerweile eine Raumnutzungsanalyse für den Rotmilan vorliegt sowie das Maßnahmenmanagement für den Vogelschutz dahingehend überarbeitet wurde, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko nicht anzunehmen sei. Infolgedessen seien auch keinerlei Ausnahmen vom Tötungsverbot mehr beantragt. Namens der Gemeinde nehmen wir hierzu nachfolgend Stellung:

## I.

Die von Ihnen angedachte Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens wäre aus einer ganzen Reihe von Gründen rechtswidrig und würde die Gemeinde in eigenen Rechten verletzen: Weder hat es vorliegend überhaupt eine rechtmäßige Einvernehmensabfrage bei der Gemeinde gegeben, noch sind die artenschutzrechtlichen Bedenken mit den nachgereichten Unterlagen ausgeräumt. Da wir zu den rechtlichen Fragen bereits wiederholt schriftlich Stellung genommen und uns hierüber am 27.01.2020 bei Ihnen im Hause ausführlich ausgetauscht haben, gehen wir im Weiteren nur noch einmal auf die Hauptkritikpunkte und auch insoweit nur noch cursorisch ein:

1. Eine Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens kommt schon aus **formellen Gründen** nicht in Betracht, weil bislang **keine den gesetzlichen Anforderungen des § 36 BauGB entsprechende Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens** erfolgt ist. Eine ordnungsgemäße Abfrage des Einvernehmens auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen hat hier bislang nicht stattgefunden. Die Gemeinde hat die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen wiederholt gerügt.

*Vgl. ausführlich zu den formellen Aspekten der Einvernehmensabfrage unsere Stellungnahme vom 29.07.2020.*

Nochmals belegt wird die bisherige Unvollständigkeit der Antragsunterlagen dadurch, dass von der Vorhabenträgerin nunmehr ein vollständig überarbeitetes Artenschutzkonzept eingereicht wurde (andere Betriebszeiten, anderes Abschaltmanagement, keine Ausnahmen von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen, geänderte Ausgleichsflächen). Das überarbeitete Konzept führt außerdem zu einem geänderten Vorhaben. Auch deshalb ist eine erneute Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erforderlich, wenn der Kreis – was man wegen der weiteren offensichtlichen Genehmigungshindernisse eigentlich erwarten könnte – diesen nicht schon von sich aus ablehnt.

2. In **materiellrechtlicher Hinsicht** wäre die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens rechtswidrig, weil für die Windenergieanlagen als Außenbereichsvorhaben **Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB** nicht gegeben sind. Zu verweisen ist insoweit zunächst auf die von der Gemeinde mit Stellungnahme vom 05.07.2019 geltend gemachten Belange. Vor allem stehen dem Vorhaben Belange des Naturschutzes nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB entgegen, weil der **Artenschutz** nicht sichergestellt ist. An diesem Befund haben die erst jetzt nachgereichten Unterlagen

- „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

nichts geändert. Im Gegenteil:

- a) Die vorgelegten **Artenschutzuntersuchungen** beruhen in erster Linie auf den Avifaunistischen Untersuchungen zur Windvorrangfläche „Bever (Nr. 40)“ vom November 2013 (BIOCONSULT). 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.

- b) Die nachgereichte **Raumnutzungsanalyse 2020** kann diesen Mangel nicht heilen, zum einen weil sie sich nur mit einem kleinen Artenspektrum beschäftigt, zum anderen weil sie 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) 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. Entsprechendes 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 Raumnut-

zungsanalyse, die eine Brutperiode abzudecken hat, in Bezug auf diese Art schon für sich genommen aus.

- bb) Methodisch entspricht auch die **Dokumentation** der mittels LRF gewonnen 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 ausgeblendet. 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 Sachverhaltsaufklä-

rung keine Aussage getroffen werden. Brauchbar ist die Raumnutzungsanalyse nur insoweit, wie sie belegt, dass sich vor allem der Rotmilan und der Wespenbussard erhebliche Zeiteile innerhalb des Gefährdungsbereichs der beiden Windenergieanlagen aufhalten, wodurch signifikant erhöhte Tötungsrisiken begründet werden. Als Grundlage für einen Ausschluss des Tötungsrisikos taugt die Raumnutzungsanalyse dagegen nicht.

- c) Ebenfalls offensichtlich unzureichend ist das **Konzept „Artenschutzrechtliche Vermeidungsmaßnahmen für den Betrieb von 2 Windkraftanlagen in der Gemeinde Glanndorf“**. Ihm liegen zahlreiche Fehlannahmen zugrunde:
- aa) Das Konzept beruht auf der Ausgangsthese, dass eine **Verdoppelung der Sterblichkeit** durch die Anlagen nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht mehr unter das Tötungsverbot falle (S. 3). Eine solche Aussage ist der Rechtsprechung des BVerwG 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 allgemeine Lebensrisikos der Art bleibt.

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

Erst bei einer Verdoppelung des Tötungsrisikos von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko auszugehen, findet – soweit ersichtlich – auch sonst an keiner Stelle in Rechtsprechung oder Literatur Rückhalt. Den Terminus einer „signifikanten“ Erhöhung mit einer Verdoppelung des Risikos zu übersetzen, ist schon dem Wortsinn nach ausgeschlossen. Das Artenschutzkonzept geht damit von vornherein von einem falschen Prüfungsmaßstab aus. Schon daraus resultieren Ermittlungsdefizite und unzureichende Abschaltzeiten.

- bb) Weiterhin fachlich nicht belegt sind sowohl die angenommene **allgemeine Mortalität** der betroffenen Arten (hier nimmt der Verfasser zudem freihändige Korrekturen von Litera-

turwerten vor (S.2)), die als tolerabel angesehene **anlagenbedingte Erhöhung des Tötungsrisikos** (s.o.: aa)) und die **Annahmen zur Absenkung dieses Risikos** durch die vorgeschlagenen Anlagenabschaltungen. Die getroffenen Annahmen führen im Ergebnis dazu, dass etwa beim Rotmilan durch die Anlagenabschaltung bis 19.00 Uhr kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko gesehen wird, obwohl die Aktivität der Art, insbesondere in der Nachbrutzeit, bis nach Sonnenuntergang reicht und die Genehmigungspraxis hierauf mit der Forderung nach Abschaltungen bis eine halbe Stunde nach Sonnenuntergang reagiert.

*Vgl etwa auch die Empfehlung des Artenschutzleitfadens NRW 2017, Anhang 6, für erntebedingte Abschaltungen zum Schutze des Rotmilans bis Ende der bürgerlichen Dämmerung.*

- cc) Unerfindlich ist, welche Rolle bei der der Beurteilung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos überhaupt die ausführlich begutachteten **Ertragseinbußen** spielen sollten. 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 keinerlei Raum. Dass artenschutzrechtliche Ausnahmen – wo diese Erwägungen allenfalls eine Rolle spielen könnten – nicht mehr beantragt werden, hat die Betreiberin ausdrücklich klargestellt.
- d) Die **ergänzende Stellungnahme der Unteren Naturschutz- und Waldbehörde** vom 07.10.2020 baut auf den vorgenannten Mängeln auf und schlägt für die Genehmigung offensichtlich rechtswidrige Nebenbestimmungen vor:
- aa) Die Aussage, dass bei der **Anzahl und der Dauer der Begehungen** den Anforderungen des Artenschutzleitens 2016 entsprochen worden sei, ist offensichtlich falsch (s.o.: b) aa)).

- bb) 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 vorgesehenen Nebenbestimmungen nicht. Der Hinweis auf das nachgelagerte Monitoring (S. 6) heilt diesen Mangel ebenfalls nicht. Das Monitoring ist kein zulässiges Mittel, 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.*

- cc) Soweit sich die UNW auf ihre „**Einschätzungsprärogative**“ beruft (S. 5), 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 UNW den gesetzlichen Rahmen (s.o.: c) aa)). Auch fehlt es vor-

liegend mit dem Artenschutzleitfaden 2016 nicht an fachlich anerkannten Maßstäben – die UNW und der Artenschutzgutachter wollen sich nur nicht an diesen halten.

dd) Den „vorläufigen Nebenbestimmungen“ liegt wiederum ein fehlerhaftes Konzept zugrunde:

(1.) Die gesetzliche Verpflichtung zur Verhinderung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände steht nach § 44 Abs. 1 BNatSchG unter keinem Gesichtspunkt unter dem Vorbehalt einer bestimmten Anlagenproduktivität. Falsch ist daher von vornherein, die artenschutzrechtlich erforderlichen Abschaltzeiten von einer Mindestproduktivität der Anlagen abhängig zu machen. Das Jonglieren mit produktivitätsabhängigen Abschaltkontingenten als Voraussetzung für Anlagenabschaltungen zur vermeintlichen Verhinderung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos liegt damit von vornherein 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.*

(2.) Die hier vorgesehenen Abschaltzeiten erklären sich weiter ausschließlich durch ein falsches Verständnis des **signifikant erhöhten Tötungsrisikos**. Die für zulässig erachtete Verdoppelung des natürlichen Tötungsrisikos liegt weit jenseits der in der Rechtsprechung anerkannten Maßstäbe und sprengt den Signifikanzbegriff (s.o.: c) aa)).

(3.) 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 entstände allerdings bereits zuvor. Bei 2-3 wöchigen Begehungsintervallen wären die Arten mehrere Wochen im Rahmen des Brutgeschehens dem Tötungsrisiko ausgesetzt,

bevor auch nur die Möglichkeit besteht, dass sie im Rahmen des Monitorings entdeckt werden. Generell ist die Zuverlässigkeit des Monitorings ungewiss, so dass es nach der Rechtsprechung gerade auch kein zulässiges Instrument zur Hebung von Erkenntnisdefiziten ist (s.o.), wozu vorliegend aber gerade eingesetzt werden soll.

Angesichts der groben Fehlgriffe bei Erfassung und Bewältigung der artenschutzrechtlichen Konflikte ersparen wir uns zunächst das Eingehen auf weitere Einzelheiten.

## II.

Vor diesem Hintergrund ist dem Landkreis von der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens und der Erteilung der Anlagengenehmigung dringend abzuraten. Sollte der Landkreis diese Schritte dennoch gehen, wäre der Gemeinde zur Klageerhebung zu raten. Erlaubt sei noch der Hinweis, dass für den Landkreis erhebliche Staatshaftungsrisiken entstünden.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Unland  
Rechtsanwalt