

Baumeister Rechtsanwälte Postfach 1308 48003 Münster

Landkreis Osnabrück
Fachdienst Planen und Bauen
Herr Röwekamp
Am Schölerberg 1
49082 Osnabrück

BEARBEITER

Dr. Unland

SEKRETARIAT

Frau Thiele

Vorab per E-Mail: Jens.Roewekamp@lkos.de

AKTENZEICHEN
882/19

DATUM

07.02.2020

Gem. Glandorf ./ LK Osnabrück
Begründung der Versagung des Einvernehmens

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 die vorbezeichneten Windenergieanlagen vertreten wir kraft **anliegender Vollmacht** die rechtlichen Interessen der Gemeinde Glandorf.

Die Gemeinde Glandorf hat das gemeindliche Einvernehmen zu dem Vorhaben zuletzt (nach nochmaliger Beteiligung) am 30.01.2020 versagt.

Die Versagung des Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB begründen wir wie folgt:

Die Gemeinde Glandorf hat das gemeindliche Einvernehmen berechtigt versagt, weil für die Windenergieanlagen als Außenbereichsvorhaben Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB nicht gegeben sind. Jedenfalls stehen dem Vorhaben Belange des Naturschutzes nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB entgegen, weil der Artenschutz nicht sichergestellt ist, was insbesondere im Hinblick im Hinblick auf die Arten Rohrweihe und Rotmilan gilt.

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

Sowohl beim Rotmilan als auch bei der Rohrweihe werden die im Leitfaden „Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“ vom 24.04.2016 (im Weiteren: Artenschutzleitfaden 2016) fachlich empfohlene Abstand zu Horststandorten unterschritten, so dass jeweils ein Anhalt für eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos besteht.

Diese Risiken sind durch die vorliegenden Artenschutzuntersuchungen schon deshalb nicht ausgeräumt, weil sie nicht den fachlichen Anforderungen des im Erlasswege bindenden Leitfadens „Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“ vom 24.04.2016 (im Weiteren: Artenschutzleitfaden 2016) einhalten und damit den aktuellen fachlichen Standards nicht gerecht werden (dazu I.). Ferner ist das Maßnahmenkonzept zugunsten des Rotmilans ungeeignet, eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos zu verhindern (dazu II.). Schließlich wäre die Erteilung der vom Antragsteller beantragten Ausnahmen vom Tötungsverbot rechtswidrig (dazu III.).

I. Unzureichende Untersuchungen

Als Untersuchungen zum Artenschutz wurden der Artenschutzrechtliche Fachbeitrag des Büros Schreiber und der UVP-Bericht mit integriertem Landschaftspflegerischen Begleitplan des Planungsbüros stadtkonzept vorgelegt.

1. Überholte Methodik

Die Artenschutzprüfung gründet in erster Linie auf den Avifaunistischen Untersuchungen zur Windvorrangfläche „Bever (Nr. 40)“ vom November 2013 (BIO-CONSULT). Diese Untersuchung wird den aktuellen fachlichen Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 - u.a. hinsichtlich des gewählten Untersuchungszeitraumes nach Ziff. 5.1.3.1. - nicht gerecht.

Die UNB will dies ausweislich ihrer Stellungnahme vom 28.10.2019 unter Hinweis darauf rechtfertigen, dass nach dem Artenschutzleitfaden 2016 (Ziff. 9) dann keine weiteren Untersuchungen erforderlich seien, wenn der Untersuchungsrahmen zwischen unterer Naturschutzbehörde und Antragsteller „für ein Vorhaben“ bereits abgestimmt war und „kein entscheidungsrelevanter Erkenntnisgewinn“ zu erwarten sei. Beide Voraussetzungen sind hier indes nicht gegeben: Das Vorhaben in der streitgegenständlichen Form gab es im Jahre 2013 noch gar nicht; es wurde erstmals sechs Jahre später in Gestalt zweier konkreter WEA beantragt, wobei es im Nachhinein sogar noch relevante Veränderungen im Ausgleichsflächenkonzept gegeben hat. Der Artenschutzleitfaden 2016 lag damit bereits lange vor Antragstellung für das Vorhaben vor und hätte ohne Weiteres berücksichtigt werden können und müssen.

Noch ferner liegt, dass auf Grundlage der Methodik des Artenschutzleitfadens 2016 kein relevanter Erkenntnisgewinn zu erwarten sei. Spätestens die Neuansiedlungen der Rohrweihen und des Rotmilans belegen, dass sich das Arteninventar im Vorhabengebiet in erheblichem Wandel befindet. Auch ist unverständlich, wie ein wirksames Ausgleichsmaßnahmenkonzept planbar

sein soll, wenn die Raumnutzung der betroffenen Arten überhaupt nicht (Rotmilan) oder jedenfalls nicht aufgrund aktueller fachlicher Standards (Rohrweihe) untersucht ist.

2. Fehlende Raumnutzungsanalysen

Der Artenschutzleitfaden 2016 schreibt zwingend artspezifische und problembezogene vertiefte Raumnutzungsanalysen vor, wenn kollisionsgefährdete Greifvogelarten – wie hier Rotmilan und Rohrweihe – einen Brutplatz im zu vertiefenden Prüfbereich haben. Raumnutzungsanalysen wurden vorliegend für den Rotmilan überhaupt nicht angestellt, für die Rohrweihe nicht in einer den Anforderungen des Leitfadens entsprechenden, vertiefenden Weise. Auch der UVP-Bericht ist insoweit mangelhaft.

Raumnutzungsanalysen sind vorliegend nicht nur formal aufgrund der im Erlasswege bindenden Anforderungen des Artenschutzleitfadens 2016 erforderlich, sondern auch in der Sache unabdingbar. Ohne konkrete Raumnutzungsanalyse kann das individuenbezogene Tötungsrisiko nicht im Einzelfall ermittelt und vor allem auch kein belastbares Maßnahmenkonzept entworfen werden. Ausnahmeverfahren können ebenfalls nicht auf eine unsichere Gefährdungsanalyse gestützt werden, da bei unbekanntem Grad des individuenbezogenen Tötungsrisikos weder eine einzelfallbezogene Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an regenerativen Energien möglich ist, noch eine ausreichende Alternativenprüfung geleistet werden kann, weil offen ist, mit welchen zusätzlichen Abschaltzeiten ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko von vornherein verhindert werden könnte.

3. Keine Abschichtung durch Untersuchungen auf Flächennutzungsplanebene

Die aufgezeigten Untersuchungsdefizite können auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass bereits auf Flächennutzungsplanebene eine Artenschutzprüfung stattgefunden habe. Nach Ziff. 4.3 Abs. 2 b) des Artenschutzleitfadens 2016 kommt eine solche Abschichtung nur in Frage,

wenn keine Anhaltspunkte erkennbar sind, die im immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren zu einer anderen Beurteilung führen könnten. Diese Voraussetzung ist weder für die Rohrweihe noch den Rotmilan gegeben. Der Rotmilan hat sich im Untersuchungsgebiet erst im Nachgang zur 7. Flächennutzungsplanänderung angesiedelt. Für die Rohrweihe liegen aus diesem Verfahren keine vertieften Raumnutzungsanalysen vor.

4. Ausnahmeverfahren und Monitoring

Nach dem vorstehenden Befund geht die UNB zu Unrecht von einem „vollumfänglich ermittelten Sachverhalt“ aus. Die Ermittlungsdefizite können dann auch nicht durch spekulative Annahmen bei der artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung und die Verschiebung der – zwingend bereits auf Genehmigungsebene zu klärenden - artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände auf ein nachgelagertes Monitoring kompensiert werden. Eine artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung ist ohne Ermittlung der konkreten Betroffenheit einer Art und möglicher Vermeidungsmaßnahmen unmöglich, weil die erforderliche Alternativenprüfung nicht gelingen kann. 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.

II. Fehlerhafte Maßnahmenkonzepte

Nach dem der Rotmilan im Jahre 2019 erstmals in etwa 1.200 m von der WEA 2 ein Brutvorkommen hatte, versucht die UNB dem – wiederum ohne Raumnutzungsanalyse – durch Anlagenabschaltungen und zusätzliche Ablenkflächen Rechnung tragen. Nach Auffassung der UNB muss das Kollisionsrisiko um 80 % abgesenkt werden, damit es nicht mehr signifikant ist.

Diese Argumentation krankt bereits daran, dass ohne Raumnutzungsanalyse das individuenbezogene Tötungsrisiko im konkreten Fall im Ausgangspunkt unbekannt ist, so dass auch rein spekulativ ist, mit welchen Maßnahmen es zu einer Absenkung um 80 % kommt. Abgesehen davon verbieten sich rein statistische Annahmen von vornherein; vielmehr geht es 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 das „Modell Schreiber“: „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 den der phänologischen Verteilung von Abschaltzeiten belegen könnte.“ [Hervorhebung durch Unterzeichner]

Ferner kann ohne Raumnutzungsanalyse von vornherein nicht bestimmt werden, welche Abschaltzeiten erforderlich und welche Maßnahmenflächen geeignet sind; in diesem Sinne führt der Artenschutzleitfaden 2016 aus, dass eine Vergrößerung des Untersuchungsgebietes insbesondere dann erforderlich sein kann, wenn zugleich Flächen betrachtet werden sollen, die ggf. für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen benötigt werden könnten.

Vorliegend tritt hinzu, dass die für den Rotmilan zusätzlich vorgesehene Maßnahmefläche unter fachlichen Gesichtspunkten 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).

III. Artenschutzrechtlicher Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Von den Verboten des § 44 BNatSchG können nach § 45 Abs. 7 BNatSchG im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden. Hierfür gelten strenge Anforderungen, die sicherstellen müssen, dass die Regel-/Ausnahmestruktur der Ausnahmetatbestände nicht in Frage gestellt wird. Als Ausnahmetatbestand wird vorliegend der Auffangtatbestand der Nr. 5 ins Feld geführt, der allerdings zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art voraussetzt. Eine Ausnahme darf weiter nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2009/147/EG sind zu beachten.

Für die Arten Feldlerche, Mäusebussard, Rohrweihe, Kiebitz und Stockente hat die Antragstellerin einen Antrag auf Ausnahme von den Verboten gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG gestellt (vgl. Artenschutzrechtlicher Fachbeitrag des Büros Schreiber Umweltplanung, S. 48 ff.). Auf Grundlage der dafür erfolgten Begründung ist der Verstoß gegen die artenschutzrechtlichen Verbots-tatbestände nicht ausnahmefähig.

1. Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes

Artikel 9 der Vogelschutzrichtlinie kennt den geltend gemachten Ausnahmegrund des überwiegenden öffentlichen Interesses nicht. Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 26. Januar 2012 festgestellt, dass die Aufzählung der Ausnahmegründe in der Vogelschutzrichtlinie abschließend ist. Die geltend gemachten „Zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ sind darin nicht enthalten. Der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG ist daher vorliegend mangels Richtlinienkonformität nicht anwendbar.

2. Keine zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Selbst wenn man – ungeachtet der vorstehenden Einwände – „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ für einen zulässigen Ausnahmetatbestand erachtet, liegen dessen Voraussetzungen vorliegend nicht vor: Die artenschutzrechtlichen Ausnahmeveraussetzungen wurden aus Art. 16 Abs. 1 lit. c der FFH-Richtlinie übernommen. Insoweit kann also auf die hierzu entwickelten Grundsätze der (europäischen) Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Gellermann BNatSchG, 63. Lfg., § 45 Rn. 24.

Ausgehend von vagen europarechtlichen Vorgaben (vgl. Auslegungsleitfaden zu Artikel 6 Abs. 4 der „Habitat-Richtlinie“ 92/43 EWG, S. 8 ff.) hat das Bundesverwaltungsgericht den Begriff des öffentlichen Interesses weiter konkretisiert:

*„Ob "zwingende" Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gegeben sind, ist allerdings nicht in dem Sinne zu verstehen, daß dies das Vorliegen von Sachzwängen erfordert, denen niemand ausweichen kann. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 und 2 FFH-RL meint mit der gewählten Ausdrucksweise ein durch Vernunft und Verantwortungsbewußtsein geleitetes staatliches Handeln. **Das verlangt für Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 FFH-RL jedenfalls, daß der Schutz von Fauna und Flora nur mit Maßnahmen durchbrochen werden darf, deren Zweck gerade die Verwirklichung des bezeichneten Schutzgutes ist.**“*

Vgl. BVerwG, Urteil v. 27.01.2000 – 4 C 2/99 –, BVerwGE 110, 302-320, Rn. 39 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Das VG Gießen führt zu den insoweit bei Windenergievorhaben zu stellenden Anforderungen mit Urteil vom 03.09.2019 - 3 K 250/16.GI – aus (juris Rn. 95):

„Unabhängig davon, ob § 45 Abs. 7 BNatSchG bei Windkraftanlagen angesichts der in dieser Vorschrift aufgestellten hohen Hürden überhaupt Anwendung finden kann (verneinend Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Auflage 2013, Rn. 293 zitiert nach Bay. VGH, Urteil vom 29. März 2016 - 22 B 14.1875/1876, juris; siehe dazu auch: juris, Literaturnachweis zu Ruß, NuR 2016, 591-597), liegen schon keine Ausnahmegründe im Sinne des § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG vor. Insbesondere sind für die Errichtung von Windenergieanlagen gerade am beantragten Standort keine zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG ersichtlich. Danach dürfen an sich untersagte Projekte ausnahmsweise zugelassen werden, wenn öffentliche Belange hinreichend gewichtiger Art ihre Realisierung erfordern. Dient ein Projekt ausschließlich privaten Interessen, kann zu seinen Gunsten keine Ausnahme in Anspruch genommen werden (Landmann/Rohmer, UmweltR/Gellermann BNatSchG § 34 Rn. 38 m. w. N.). So liegt der Fall hier.

(...)

Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Errichtung der Windenergieanlagen einen Beitrag zur sogenannten Energiewende, also zur Umstellung der Stromerzeugung in Deutschland hin zu erneuerbaren Energien geleistet hätte und schon deshalb den Tatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 oder 5 BNatSchG erfüllt habe. Dies würde letztlich darauf hinauslaufen, dass ein Ausnahmetatbestand bei der Errichtung von Windenergieanlagen stets erfüllt wäre.“ [Hervorhebung durch Unterzeichner]

Danach kann das überwiegende öffentliche Interesse gerade nicht aus der pauschalen Dienlichkeit von Windenergie als Beitrag zur Energiewende abgeleitet werden. Dies würde der Normstruktur der §§ 44, 45 Abs. 7 BNatSchG widersprechen: Danach darf lediglich im Einzelfall, auf Grundlage einer (individuenbezogenen) Einzelfallabwägung eine Ausnahme von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen erteilt werden.

- a) Das vorliegend zugrunde gelegte „Modell Schreiber“ geht gegenteilig vor: Es wird von vornherein als gesetzt behandelt, dass ein wirtschaftlicher Anlagenbetrieb – letztlich an jedem Standort – möglich sein muss. Dem Artenschutz kann dann nur noch in dem so abgegrenzten Rahmen Rechnung getragen, wobei letztlich gleichgültig ist, welche Arten

und wie viele Individuen vom Tötungstatbestand betroffen sind. Dass dies von vornherein nicht mit der Regel-/Ausnahmestruktur und der erforderlichen Einzelfallabwägung des § 45 Abs. 7 BNatSchG vereinbar ist, dürfte auf der Hand der liegen.

- b) Hinzu kommt, dass die „Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebes“ als vermeintlicher Zwangspunkt vorliegend vom Betreiber selbst auf Grundlage des EEG 2016 ermittelt wurde. Auf Grundlage des nunmehr geltenden Ausschreibungsverfahrens ist der für einen wirtschaftlichen Anlagenbetrieb erforderliche Betriebsumfang im maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigungserteilung überhaupt nicht mehr bestimmbar. Dies erkennt vorliegend auch die UNB und will dem dadurch Rechnung tragen, dass nach Zuschlagerteilungen auf Grundlage neuer Wirtschaftlichkeitsberechnungen neue Kontingente vergeben werden sollen. Dies offenbart vollends, dass der Artenschutz letztlich auf eine bloße Wirtschaftlichkeitsfrage heruntergebrochen wird. Von den gesetzlichen Anforderungen des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG i.V.m. §§ 44, 45 Abs. 7 BNatSchG, wonach das Tötungsverbot und die Ausnahme vor Genehmigungserteilung individuenbezogen zu beurteilen sind, löst sich der Ansatz vollends. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund hat das „Modell Schreiber“ – das selbst vom Autor selbst lediglich als „Diskussionsansatz“ bezeichnet wird – in der Fachpraxis keine Anerkennung gefunden.

Vgl. Blew u.a., Wirksamkeit von Maßnahmen gegen Vogelkollisionen an Windenergieanlagen, BfN-Sripten 518, 2018, S. 54: „Einschränkend ist jedoch festzuhalten, dass der Einsatz von Abschaltkontingenten bei Schreiber (2016) immer mit der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme verbunden ist, was in der Praxis jedoch sehr unterschiedlich gehandhabt wird und juristisch durchaus umstritten ist. In diesem Zusammenhang erscheint daher eher die Empfehlung „C“ angemessen (sollte nicht eingesetzt werden), zumindest nicht solange hierzu keine Rechtsprechung und/oder eine Würdigung in den Leitfäden der Bundesländer vorliegt.“ [Hervorhebung durch Unterzeichner]

- c) Schließlich kann ein zwingendes öffentliches Interesse nicht damit begründet werden, dass Windenergie vorliegend nur innerhalb der Sonderbaugebiete der Gemeinde Glandorf realisiert werden könnte. Zum einen handelt es sich bei der Frage der Energiewende um kein auf die jeweilige Kommune bezogenes Unterfangen, zum anderen wurden die Artenschutzkonflikte mit Rotmilan und Rohrweisse auf Flächennutzungsplanebene nicht bzw. nicht abschließend abgewogen.

3. Bestehen zumutbarer Alternativen

Weiter hat die UNB bislang sowohl in örtlicher als auch in technischer Hinsicht keine ausreichende Alternativenprüfung vorgenommen.

- a) Was den Standort der Windenergieanlagen anbelangt, gibt es durchaus zumutbare Alternativen für den Ausbau der Windenergie. Da der Energiewende ein bundespolitischer Ansatz zugrunde liegt, müssen sich diese nicht auf die Gemeinde Glandorf beziehen. Die Genehmigungspraxis zeigt, dass in Deutschland weitläufig Raum für den Ausbau der Windenergie ist, ohne hierfür die Auslösung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände hinnehmen zu müssen.
- b) In technischer Hinsicht sind die zumutbaren Alternativen bislang nicht hinreichend in den Blick genommen. Schreiber selbst führt in seinem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag vom 07.02.2019 – insoweit zutreffend – aus:

„Eine Ausnahmeprüfung setzt voraus, dass die Möglichkeiten von konfliktvermeidenden oder –vermindernden Maßnahmen ausgeschöpft sind.“

Davon kann vorliegend jedenfalls bei der Rohrweihe keine Rede sein: Raumnutzungsanalysen, Ausgleichsmaßnahmen und weitergehende Abschaltzeiten werden von der

UNB unter Hinweis auf das Ausnahmeverfahren ohne weitere Prüfung verworfen (Stellungnahme S. 19)

„Trotz angedachter Vermeidungs- und Schutzmaßnahmen ist wegen der Unterschreitung des Mindestabstandes zwischen Brutplatt und den geplanten WEA davon auszugehen, dass das Tötungsrisiko weiterhin signifikant erhöht und eine Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erforderlich wird. Vor diesem Hintergrund ist eine Raumnutzungsanalyse entbehrlich, da sie das signifikant erhöhte Tötungsrisiko wahrscheinlich nur bestätigen würde.“

Die Antragstellerin hat lediglich Abschaltungen von bis zu 8 % der Jahresproduktion für wirtschaftlich vertretbar gehalten (S. 60 f. des Artenschutzrechtlichen Fachbeitrages). Auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit aus Sicht der Antragstellerin kommt es jedoch auch insoweit von vornherein nicht an. Eine Abwägung mit Alternativen findet nicht ernsthaft statt, wenn der (aus Sicht des Betreibers) wirtschaftliche Anlagenbetrieb von vornherein gesetzt ist. Insoweit hätten weitergehende Abschalt Szenarien in Betracht gezogen werden müssen. Dies ist jedoch nicht erfolgt. Von den zugrunde gelegten 8 % der Jahresproduktion, die aus Sicht der Antragstellerin als Einschränkung tolerierbar sind, werden 6 % nach den Angaben der Antragstellerin bereits für die Vermeidung der Verbotstatbestände für Fledermäuse aufgewendet. Somit verbleiben aus Sicht der Antragstellerin nur noch Abschaltungen im Ausmaß von 2 % der Jahresproduktion für die Vermeidung der Verbotstatbestände der betroffenen Vögel. Dieser Wert illustriert, dass die Antragstellerin einen sehr geringen Spielraum für die Anlagenabschaltung vorgesehen hat. Jedenfalls sind die durch das vorgesehene Abschalt Szenario vorgesehenen Risikominimierungen nicht objektiv überprüfbar, weil Ertragsdaten für ein abweichendes Windenergieanlagenmodell zugrunde gelegt wurden (S. 61 des Artenschutzrechtlichen Fachbeitrages). Die Antragsunterlagen weisen aus diesem Grund darauf hin, dass das zumutbare Kontingent nur der Orientierung dienen könne und Maßstab für die Abwägung die Risikominimie-

rung sein sollte. Die Angaben bleiben danach zu vage, als dass auf Grundlage der vorgelegten Informationen eine belastbare und abschließende Prüfung der engen Ausnahmenvoraussetzungen durch die Genehmigungsbehörde erfolgen könnte. Im Übrigen sind Annahmen überholt, da sie auf Wirtschaftlichkeitserwägungen nach dem EEG 2016 beruhen.

4. Erhaltungszustand der lokalen Population

Schließlich setzen rechtmäßige Ausnahmentscheidungen voraus, dass sich der Erhaltungszustand der jeweiligen lokalen Populationen der betroffenen Arten nicht verschlechtert. Ausreichende Untersuchungen hierzu hat die Antragstellerin nicht vorgelegt. Die gewählten Untersuchungsgebiete decken die jeweilige lokale Population nicht ab, was zugleich einen UVP-Mangel begründet.

Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.05.2018 – 12 ME 25/18.

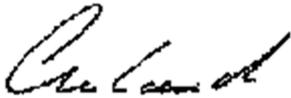
Die gesetzlichen Voraussetzungen für die erteilten Ausnahmen liegen danach in vielerlei Hinsicht nicht vor.

IV. Resümee

Nach alledem steht fest, dass die 2 Windenergieanlagen insbesondere aus artenschutzrechtlichen Gründen im Hinblick auf Rohrweihe und Rotmilan aktuell nicht genehmigungsfähig sind.

Sollte die Antragstellerin ihre Gutachten nachbessern, bitten wir für die Gemeinde um erneute Beteiligung und Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Unland
Rechtsanwalt