

## Genehmigungsverfahren, Signifikanz, Tag-Abschaltung der WEA während der Balz-, Brut- und Aufzuchtzeit, Mindestabstand

### OVG Greifswald, Beschluss vom 5. Oktober 2021 – 1 M 245/21

1. **Windenergieanlagen können auch innerhalb des empfohlenen Mindestabstandes von Windenergieanlagen zu Brutplätzen bzw. Brutvorkommen WEA-sensibler Vogelarten (Ausschlussbereich) errichtet werden, wenn ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ausgeschlossen werden kann.**
2. **Über einen längeren Zeitraum andauernde Abschaltzeiten der Windenergieanlagen in der Phase der vollständigen Fortpflanzungszeit (Revierbildungs-, Brut- und Aufzuchtzeit) sind grundsätzlich geeignet ein etwaiges Tötungsrisiko auch im Ausschlussbereich unter die Signifikanzschwelle zu senken. (amtliche Leitsätze)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Beigeladene erhielt am 20. August 2020 von der Antragsgegnerin die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb für zwei Windenergieanlagen (WEA) – WEA 15 und 16. Der Bescheid enthielt Bedingungen und Auflagen, insbesondere Abschaltzeiten zum Schutz der Rohrweihe. Weitere Auflagen bzw. Bedingungen betrafen u. a. die Anlage und den Nachweis der Funktionsfähigkeit von Lenkungsflächen für Rotmilane und Abschaltzeiten zu „Attraktionszeiten“. Die geplanten Standorte der WEA befinden sich ausschließlich auf dem Gemeindegebiet der Gemeinde G und dem Gebiet der Antragstellerin. Das Gebiet der Standorte sieht das in Aufstellung befindliche Regionale Raumentwicklungsprogramm als Windeignungsgebiet vor. Die Antragstellerin versagte am 13. April 2019 ihr Einvernehmen (§ 36 Abs. 1 BauGB) zu dem geplanten Vorhaben. Aufgrund eines neuen Gutachtens zur Frage der Zulässigkeit der Ausweisung des Windeignungsgebietes, wurde der zuvor durch die Beigeladene zu dem Genehmigungsantrag eingereichte Artenschutzrechtliche Fachbeitrag (AFB) überarbeitet. Er sieht u. a. nunmehr die Anlage von Lenkungsflächen im Falle von WEA vor, die im 1000- bis 2000-m-Radius um (neu bekannt gewordene) Rotmilanbrutstätten errichtet werden sollen, und Abschaltzeiten für WEA, die innerhalb eines 1000-m-Radius um die Rotmilanbrutstätte und innerhalb des 500-m-Radius um den Brutplatz der Rohrweihe liegen werden.

Mit der Genehmigung wurde das gemeindliche Einvernehmen der Antragstellerin ersetzt und die sofortige Vollziehung angeordnet. Die Antragstellerin legte gegen diesen Bescheid am 25. September 2020 Widerspruch ein, über den bisher nicht entschieden ist. Dem Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs wiederherzustellen, hat das Verwaltungsgericht (VG) im April 2021 stattgegeben und durch Beschluss die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs hinsichtlich der WEA 15 und 16 wiederhergestellt. Der Antragsgegner und die Beigeladene legten gegen diesen Beschluss Beschwerde beim Oberverwaltungsgericht (OVG) Greifswald ein. Sie beantragten, den Beschluss des VG zu ändern und den Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Genehmigungsbescheid des Antragsgegners abzulehnen. Die Antragstellerin beantragte, die Beschwerde zurückzuweisen.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Greifswald gab der Beschwerde statt und änderte den Beschluss des Verwaltungsgerichts dahingehend, dass der Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Genehmigungsbescheid des Antragsgegners abgelehnt wird. Das OVG begründete seine Entscheidung damit, dass die Erfolgsaussichten des Widerspruchs der Antragstellerin nach summarischer Prüfung nicht überwiegend positiv zu beurteilen sei, sondern vielmehr das Vollziehungsinteresse überwiege. (Rn. 30) So sah das Gericht kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan, da das VG fälschlicherweise davon ausging, dass sich der Rotmilanbrutplatz „südlich X.“ innerhalb des 1000-m-Ausschlussbereiches gemäß der „Artenschutzrechtlichen Arbeits- und Beurteilungshilfe für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen, Teil Vögel“ (AAB-WEA)<sup>1</sup> befinde. Dies ergebe sich aus dem

<sup>1</sup> LUNG MV (2016) *Artenschutzrechtliche Arbeits- und Beurteilungshilfe für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen (AAB-WEA), Teil Vögel.*

Übersichtsplan mit topografischer Karte, wonach der Abstand zwischen der WEA 16 und dem Horst „südlich X.“ 1.027 m sei und sich folglich nicht innerhalb des 1000-m-Radius befinde. (Rn. 33 f.) Ferner betonte das OVG, dass die Genehmigungsbehörde sich im Rahmen ihrer Gefährdungseinschätzung an der AAB-WEA orientieren dürfe, da ihr einerseits landesspezifische Fachkenntnisse und Erfahrungen innenwohnen würden und andererseits das von der Antragstellerin bevorzugte sog. Helgoländer Papier eben gerade nicht den Stand der Wissenschaft darstelle. (Rn. 35) Vielmehr gingen aktuelle fachwissenschaftliche Erkenntnisse – z. B. „Signifikanzrahmen“ der UMK - davon aus, dass ein Schutz- bzw. Untersuchungsradius in einem Bereich zwischen 1.000 m und 1.500 m um die WEA liege. Innerhalb dessen sei von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos auszugehen, wobei jedoch länderspezifische Gegebenheiten (z. B. Topographie, Erfassungsmethoden) Abweichungen rechtfertigen könnten. (Rn. 36) Darüber hinaus seien die angeordneten Ablenkungs- und Vermeidungsmaßnahmen (z. B. Anlegung und Bewirtschaftung einer Lenkungsfläche, temporäre Abschaltung der Anlage im Zeitraum März bis Oktober während der Ernte, Mahd etc.) geeignet, eine Absenkung des signifikanten Tötungsrisikos zu erreichen und folglich nicht zu beanstanden. (Rn. 39) In Bezug auf die Rohrweihe stellte das Gericht fest, dass es vertretbar sei unter Einbeziehung der Vermeidungsmaßnahmen die signifikante Risikohöherung zu verneinen. Die in der Genehmigung festgelegten Abschaltzeiten vom 1. März bis zum 31. Oktober jeden Jahres in der Zeit eine Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenuntergang seien ausreichend, um ein etwaiges signifikant erhöhtes Tötungsrisiko im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für die eventuell in der Nähe der WEA brütende Rohrweihen während der Zeit der Brutplatzbesetzung, der Balz, der Eiablage und der Jungvögelfütterung unter die Signifikanzschwelle zu senken. Es handele sich dabei schließlich um ein Worst-Case-Szenario. (Rn. 41 f.) Auch sei es naturschutzfachlich nicht zu beanstanden, dass für die Rohrweihe ein Untersuchungsgebiet von 500 m um die WEA zugrunde gelegt wurde, denn auch der Signifikanzrahmen der UMK, die AAB-WEA und das Helgoländer Papier würden dies vorsehen. (Rn. 44)

Der heutige Stand der Technik erlaube nunmehr, dass nachvollziehbar auch über einen längeren Zeitraum andauernde Abschaltzeiten von WEA als ein wirksames Mittel zur Unterschreitung der Schwelle eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos als geeignet und wirksam anzusehen, stellte das OVG fest. Vorliegend drücke das Abschaltkonzept des Vorhabenträgers dies aus. (Rn. 47) Das damit verbundene wirtschaftliche Risiko des Betreibers liege allein in dessen Unternehmerrisiko und es bedürfe für eine Genehmigung keines Rentabilitätsnachweises. (Rn. 50)

## Fazit

Im Anschluss an die Entscheidung des OVG Münster aus dem Juli 2021<sup>2</sup> hat mit dieser Entscheidung nun ein weiteres Oberverwaltungsgericht festgestellt, dass ein signifikant erhöhtes Kollisionsrisiko durch die Vermeidungsmaßnahme der Tagabschaltung vermieden werden kann und demnach eine Genehmigung erlassen werden muss. Dies wird Projektierer und Betreiber erfreuen, denn der vorliegende Beschluss zeigt in einer nicht immer da gewesenen Deutlichkeit, dass es die Möglichkeit eines Nebeneinanders von WEA und Greifvogel-Brutvorkommen innerhalb empfohlener Mindestabstandsradien gibt. Das OVG Greifswald setzt sich in dieser sehr klaren Entscheidung damit auseinander, dass die Vermeidungsmaßnahme der Tagabschaltung speziell in Bezug auf Rohrweihe und Rotmilan rechtmäßig sei. So sieht das Gericht die umfassenden Abschaltzeiten (von März bis Oktober tagsüber) hier als eine geeignete Maßnahme, um Windenergieprojekte auch innerhalb von Ausschlussbereichen umzusetzen und das signifikant erhöhte Tötungsrisiko auszuschließen. Denn - so betonte das OVG - der Betrieb der Anlagen und nicht deren Anwesenheit stelle das potentielle Risiko für Greifvögel dar. Darüber hinaus liege das Risiko der Wirtschaftlichkeit eines auf die Nachtstunden reduzierten WEA-Betriebs, allein in der Hand des Betreibers, so das OVG. Die Vorinstanz hatte die Wirtschaftlichkeit weitestgehend „auf Verdacht“ in Zweifel gezogen und in die Entscheidung einfließen lassen, was das OVG rügte. In der Praxis zeigt sich, dass diese Rechtsprechung äußerst relevant ist und viele Antragsteller ihre Anträge schon mit Einbeziehung von Tagabschaltungen stellen. Es erscheint jedoch fraglich, bis wohin das Argument, dass die Wirtschaftlichkeit der WEA im Unternehmerrisiko des Betreibers liege, aufrechterhalten werden kann. Schließlich ist es im Hinblick auf die Energiewende und auch deren gesellschaftlicher Akzeptanz nicht Sinn und Zweck von WEA, gebaut zu werden, dann aber keinen erneuerbaren Strom zu produzieren.

<sup>2</sup> OVG Münster, Beschl. v. 2.7.2021 - [8 B 875/21](#).

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://www.landesrecht-mv.de/bsmv/document/MWRE210003661>

