

Genehmigungsverfahren, Signifikanzrahmen der UMK, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, artenschutzrechtliche Vorbelastungen, Repowering, Berufung

OVG Greifswald, Urteil vom 24. August 2021 – 1 LB 21/16

Das methodische Vorgehen der Genehmigungsbehörde, sich zum einen bei der Einschätzung einer Gefährdung von Vögeln durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen an einer Unterschreitung der aus Fachkonventionen folgenden Schwellenwerte hinsichtlich des einzuhaltenden Abstands (Ausschlussbereich) zwischen geplanten Windenergieanlagen und Vogelhorsten zu orientieren und zum anderen die konkreten Umstände des Einzelfalls (deutliche Unterschreitung des Schwellenwertes, Erhöhung der Rotorfläche bei Repowering) einzubeziehen, ist eine vertretbare Herangehensweise und führt zu einer plausiblen Einschätzung des Merkmals der signifikanten Erhöhung des Gefährdungs- bzw. Tötungsrisikos im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.

(amtliche Leitsätze)

Hintergrund der Entscheidung

Am 22. Januar 2014 erteilte der Beklagte der Klägerin einen Ablehnungsbescheid für die am 27. Oktober 2011 beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen (WEA) im Rahmen eines Repowerings von fünf Altanlagen. Grund hierfür waren ein von den geplanten Neuanlagen ca. 440 m entfernt liegendes Weißstorchnest, drei im Abstand von ca. 1.600 bis 4.000 m liegende Seeadlerhorste und zwei ca. 500 bzw. 1.300 m liegende Rohrweihen-Brutplätze. Der Beklagte stellte im Ablehnungsbescheid fest, dass das Vorhaben gegen das Tötungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoße. Die Klägerin legte bereits am 25. September 2013 Untätigkeitsklage vor dem Verwaltungsgericht (VG) Greifswald ein. Am 19. November 2015 verpflichtete das VG den Beklagten, die Klägerin neu zu bescheiden unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts. Daraufhin legte der Beklagte im Januar 2016 einen Antrag auf Zulassung der Berufung ein, welchem das Oberverwaltungsgericht Greifswald im Juli 2019 stattgab. Der Beklagte begründete seine Berufung damit, dass seine Annahme des Vorliegens eines Verstoßes gegen das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht zu beanstanden sei. Denn er habe sich zur Begründung seiner ablehnenden Entscheidung in vertretbarer Weise auf die von der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW)¹ empfohlenen Mindestabstände geplanter Windenergieanlagen zu Brutplätzen bzw. Brutvorkommen WEA-sensibler Vogelarten gestützt. Der Beklagte beantragte das Urteil des VG Greifswald aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragte die Berufung zurückzuweisen.

Inhalt der Entscheidung

Die Berufung des Beklagten hatte Erfolg. Das OVG Greifswald wies die Klage ab und änderte das Urteil des VG Greifswald teilweise ab. Das OVG betonte, dass der hier geltende Artenschutz (Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) individuenbezogen sei und damit jedes einzelne Exemplar einer geschützten Art, das durch Kollisionen mit WEA bzw. deren Rotorblättern zu Schaden kommen könnte, geschützt ist. Hierzu müsse das Risiko der Tötung oder Verletzung signifikant erhöht sein. (Rn. 58) Hierzu sei die vom Menschen gestaltete Landschaft und nicht eine unberührte Landschaft zugrunde zu legen. Trotz allem bedeute dies nicht, dass gerade in einem Umfeld, in dem bereits aufgrund anderweitiger Vorbelastungen ein erhöhtes Tötungsrisiko bestehe, eine umso größere Gefährdung zulässig wäre. (Rn. 59) Hinsichtlich der Bewertung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos zitierte das Gericht wörtlich aus seinem Beschluss vom 8. Mai 2018 – 3 M 22/16, worin es die Beurteilung der Frage, ob eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos gegeben sei, als naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Genehmigungsbehörde einordnete. (Rn 61 ff.) Das OVG hielt weiter fest, dass aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts diese Rechtsprechung jedoch dahingehend zu modifizieren sei, dass in Fällen, in denen die Verwaltungsgerichte bei der Kontrolle naturschutzrechtlicher Entscheidungen an die objektiven Grenzen der Erkenntnisse der ökologischen

¹ LAG VSW, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, 2007 (auch als "Helgoländer Papier" bekannt).

Wissenschaft und Praxis stößt, das eingeschränkte Kontrollmaß nicht etwa aus einer der Verwaltung eigens eingeräumten Einschätzungsprärogative folge, sondern schlicht aus dem Umstand, dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehle. (Rn. 64) Denn es fehle an gesetzlichen Vorgaben oder einer untergesetzlichen Maßstabsbildung durch verbindliche Festlegungen. Selbst der Signifikanzrahmen der UMK gehe davon aus, dass es zur Bestimmung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos einerseits an normkonkretisierenden Maßstäben und andererseits an einer fachwissenschaftlich gesicherten Erkenntnislage fehle. Den Ländern stünden unterschiedliche Regelwerke zur Verfügung (namentlich: Signifikanzrahmen der UMK, Helgoländer Papier sowie in Mecklenburg-Vorpommern die „Artenchutzrechtliche Arbeits- und Beurteilungshilfe für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen - Teil Vögel“ (AAB-WEA)², denen allen gemeinsam ist, dass sie keine Verbindlichkeit hinsichtlich Maßstäben und Methodik für die fachliche Beurteilung besäßen. Selbst vom Signifikanzrahmen der UMK als Vollzugshilfe könnten die Länder abweichen, wenn länderspezifische Gegebenheiten (z. B. Topografie, Erfassungsmethoden) dies erfordern würden. (Rn. 66) Vor diesem Hintergrund habe sich der Beklagte auf einen Ausschlussbereich von 1.000 m Abstand zwischen WEA und Weißstorchhorst naturschutzfachlich vertretbar berufen können. In diesem Bereich sei die Flugaktivität der betreffenden Individuen besonders hoch, sodass bei der Errichtung von WEA von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos auszugehen sei. (Rn. 67) Das Gericht befand das methodische Vorgehen des Beklagten als vertretbare Herangehensweise, denn einerseits orientiere sich der Beklagte an existierenden Regelwerken und andererseits beachte er immer die konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls. Hierdurch sei eine plausible Einschätzung der Signifikanz im Rahmen des Tötungsverbots aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gewährleistet. Ferner sah das Gericht den vorgesehenen Rückbau einer 20-kV-Mittelspannungsleitung sowie die Reduzierung der Anlagenzahl nicht als ausreichende Ausgleichsmaßnahme an, vor allem vor dem Hintergrund, dass es durch die beantragten Anlagen zu einer Verdreifachung der Gesamttrotorfläche komme. Es sei auch unbedenklich, dass der Beklagte bei seiner Entscheidungsfindung auf letzteres abstelle; schließlich sehe auch der Signifikanzrahmen der UMK hier ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vor, auch wenn bei vertiefender Einzelfallprüfung eine Genehmigung trotzdem möglich sein könnte. (Rn. 69 ff.) Die von der Klägerin geplanten Abschaltzeiten während des Tages von April bis September jeden Jahres seien zwar grds. ein geeignetes Mittel um die Schwelle der Signifikanz zu senken, jedoch habe die Klägerin das erforderliche Abschaltkonzept hierzu nicht vorgelegt, sondern lediglich auf diese Zeiten eine Antragsrücknahme gegenüber dem Beklagten durchgeführt, was ungenügend sei. (Rn. 72) Es sei ferner nicht zu beanstanden, so das Gericht, dass der Beklagte keine weitergehende Einzelfallprüfung getätigt habe. Auch das Repowering würde dies nicht gebieten, denn auch hier gebe es eine Neugenehmigung, und die Altanlagen berechtigten nicht zu einem „Belastungsabzug“ bezüglich der neuen Anlagen. Schließlich gehe es lediglich darum, das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken. (Rn. 73 f.) Dem stünde auch nicht § 16b BImSchG entgegen, denn zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung sei § 16b BImSchG noch nicht in Kraft gewesen. Ebenso sei der Signifikanzrahmen der UMK allein nicht ausreichend, um von der Regelvermutung abzuweichen. (Rn. 75)

Darüber hinaus hielt das Gericht fest, dass die Entscheidung des Beklagten, keine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zu erteilen, nicht bedenklich sei, weil die Energiewende als überwiegendes öffentliches Interesse hierfür nicht zwingend erscheine. Das öffentliche Naturschutzinteresse sei nämlich hiervon nicht überboten. (Rn. 98)

Fazit

Einerseits zeigt diese Entscheidung deutlich, wie langwierig Windenergieprojekte sein können – hier dauerte es von Einreichung des Genehmigungsantrags 2013 bis zur endgültigen Entscheidung im Berufungsverfahren neun Jahre - und wie schwierig sich Repoweringvorhaben trotz eines bewährten Altstandorts darstellen können. Vorliegend haben sowohl die Genehmigungsbehörde als auch das OVG Greifswald keinerlei Grund gesehen, durch die Altstandorte eine gewisse Vorbelastung anzunehmen und somit die Genehmigung für das Repowering zu erleichtern. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden, denn notwendig ist eine Neugenehmigung, da vorliegend § 16b BImSchG noch nicht in Kraft war. Es bleibt jedoch zu hoffen, dass bei zukünftigen Repoweringvorhaben der Grundgedanke der Vorbelastung vielmehr so zu interpretieren ist, dass der Bestandspark beim Repowering als Bestandteil des Naturraums angesehen wird, solange es dadurch nicht zu einer inkrementalen Verschlechterung des Schutzniveaus kommt.

² Online zu finden [hier](#).

Andererseits verdeutlicht das Urteil nochmals die Unsicherheiten auf dem Gebiet des Natur- und Artenschutzrechts – vor allem in Bezug auf die Bewertungsmaßstäbe. So hatten die Genehmigungsbehörde und die Antragstellerin hier unterschiedliche Regelwerke zugrunde gelegt, um die Situation des nahen Weißstorchhorsts zu bewerten und einzuschätzen, ob hier der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG erfüllt ist. Dem Gericht blieb lediglich die Ermessensentscheidung der Behörde auf Plausibilität zu überprüfen. Bemerkenswert ist daran, dass ein- und derselbe Senat innerhalb kürzester Zeit völlig unterschiedliche Bewertungen bezüglich der Vermeidungsmaßnahmen im Rahmen des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG statuiert. Denn nur zwei Monate später sieht derselbe Senat Tagabschaltungen als Vermeidungsmaßnahmen als rechtmäßig an, um das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken und folglich eine Genehmigung zu erlassen.³

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: [Mecklenburg-Vorpommern - 1 LB 21/16 | Obergerverwaltungsgericht für das Land Mecklenburg-Vorpommern 1. Senat | Urteil | Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen - Abstand zu ... \(landesrecht-mv.de\)](#)

³ Siehe hierzu OVG Greifswald, Beschl. v. 5.10.2021 – 1 M 245/21, auch besprochen diesem Rundbrief.