tettau Partnerschaft | Lietzenburger Str. 51 | 10789 Berlin

Mandanten-Information zu aktueller Rechtsprechung

Stichwort: Nachträgliche Anordnung bei Bestandswindpark

OVG Greifswald: Saisonale Langzeitabschaltung „zum Schutz des Fischadlers“ unzulässig

OVG M-V, Beschl. v. 26.06.2024 – 5 KM 192/24 und 5 KM 193/24

1.

Vorspiel: Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hatte in einem vielbeachteten Urteil die **nachträgliche Auflage** einer **Fledermausabschaltung** bei einem älteren Windpark im Dezember 2023 für rechtmäßig erklärt (**BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2023 – 7 C 4/22**). Seither geht die Sorge in der Windbranche um, dass künftig für Bestandswindparks, etwa wegen nachträglicher Ansiedlung sog. kollisionsgefährdeter Brutvogelarten wie z.B. dem Fischadler, ebenfalls Abschaltungen angeordnet werden könnten.

2.

Und tatsächlich: Genau so lag jetzt der Fall in einem 2016 in Betrieb genommenen **Bestandswindpark** mit über 15 Windenergieanlagen (WEA) in Westmecklenburg. Dort hatte sich schon 2020 ein **Fischadler im sog. Nahbereich zu drei WEA (> 500 m)** und im sog. zentralen Prüfbereich (zwischen 500 m und 1000 m) zu vier weiteren WEA angesiedelt. Im Windpark gab es zudem einige **Totfunde** kollisionsgefährdeter Arten, vor allem auch zweier **Fischadler** in den Jahren 2017 und 2021 (Dürr, Stand August 2023).

3.

Unter Verweis auf die eingangs genannte Entscheidung des BVerwG ordnete das Staatliche Amt für Landwirtschaft und Umwelt Westmecklenburg (StALU Schwerin) nach Anhörung im April 2024 sodann eine **saisonale Langzeitabschaltung** bis Ende Juli für drei WEA im Nahbereich an; im zentralen Prüfbereich sollten WEA-Abschaltungen vom 20. Juni bis ebenfalls Ende Juli erfolgen. Das Konfliktpotential im Windpark sei „generell als hoch zu bezeichnen“. Die Neuregelung des § 45b BNatSchG sei nicht anwendbar. Aus § 2 EEG (2022) – wonach Erneuerbare Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegen – folge nicht anderes. Maßnahmen zur Vermeidung von Tötungen bei nachträglichen Ansiedlungen im Nahbereich, so das StALU, müssten daher *„umfassender ausfallen“* als nach der Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes (vgl. dort Anlage 1 zu § 45b BNatSchG zu Brutzeitabschaltungen bis max. 6 Wochen).

4.

Erfreulich: **Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Greifswald setzte** mit Beschlüssen vom 26.06.2024 (5 KM 192/24 und 5 KM 193/24) **diese Langzeitabschaltungen** – anwaltlich betreut von Tettau Partnerschaft und naturschutzfachlich unterstützt von Dipl.-Ing. Oliver Hellweg (https://www.slf-plan.de/) sowie Dipl.-Biol. Frank Henning (Waldstr. 6, 35463 Fernwald) – durch Eilentscheide **insgesamt aus.** Die Begründung des Senats ist lesenswert und hilfreich auch für andere Windkraft-Fälle zum artenschutzrechtlichen Tötungsverbot gerade bei in Rede stehenden nachträglichen Ansiedlungen von geschützten Arten.

Einige besonders **lesenswerte Zitate**:

- Das bloß *„**pauschale Abstellen** auf die für die Vereinfachung des Genehmigungsverfahrens gegriffenen **kreisrunden** Abstände um den jeweiligen Brutplatz“* genügt zur Begründung einer nachträglichen Anordnung **nicht** ohne Weiteres.

- Die Behörde muss in den Blick nehmen, *„dass sich neben der Neuansiedlung des Fischadlers **die Sach- und Rechtslage auch in Bezug auf den Klimaschutz deutlich – dynamisch und mit Blick auf den Artenschutz gewissermaßen gegenläufig – verändert hat.“***

- *„Auf die globale Klimaerwärmung hat der Gesetzgeber insbesondere mit § 2 EEG reagiert. … Es dürfte schon auf der Tatbestandsebene nicht genügen, das öffentliche Interesse am Klimaschutz nur bei der Frage der konkreten Bestimmung der Auflage, nicht aber bei Bewertung der Änderung der (Gesamt)Sachlage heranzuziehen.“*

- *„Die vom BVerwG angeführte dynamische **artenschutzrechtliche Verpflichtung kann daher nicht isoliert** betrachtet und durch das Abstellen auf pauschale Abstände verkürzt werden. Das gilt umso mehr als der **mindestens gleichrangige Belang des Klimaschutzes in der Quintessenz langfristig auch dem Artenschutz dient.** Dieser an sich naheliegende Gesichtspunkt hat in der Entscheidung des BVerwG keine Rolle gespielt.“*

- *„Ebenfalls kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die vor allem privatwirtschaftlich organisierte Errichtung von WEA langfristige, zumeist kreditfinanzierte Investitionen erfordern. **Für den vom Gesetzgeber beabsichtigten Ausbau der Windenergie und den Klimaschutz wäre es kontraproduktiv, wenn Vorhabenträger dem unkalkulierbaren Risiko nachträglicher Ansiedlung von geschützten Brutvogelarten***

derart ausgesetzt wären, *dass gleichsam automatisch eine Abschaltung die Folge wäre.“*

- *„Der Fischadler „wählt“ seinen Brutplatz nicht zufällig aus, sondern quasi aufgrund* ***einer seinen tierischen Instinkten folgenden ‚Habitatsanalyse‘*** *… Da der Fischadler für die Standortauswahl und den Horstbau Erkundungsflüge im Umfeld des ausgewählten Standortes unternimmt, dürfte er dabei auch in den Bereich des Windparks und der angrenzenden Windparke eingeflogen sein. Dennoch hat er sich von diesem Standort trotz zahlreicher WEA nicht abschrecken lassen. Auch für die (ggf. noch ungeborenen)* ***Jungvögel gehört die Standortwahl der Elterntiere zum allgemeinen Lebensrisiko.“***

- *„Dass Fischadler auch Schlagopfer von WEA werden können, steht dem nicht entgegen.* ***Neben WEAn gehört auch der „Betrieb“ von anderen „Anlagen“*** *zu den häufigen Todesursachen, wie z. B. der Straßenverkehr und Stromleitungen. Es dürfte sich jedoch* ***nicht ernsthaft die Frage stellen, deshalb bei der nachträglichen Errichtung eines Brutplatzes Straßen zu sperren oder den Strom abzustellen.“***

5.

Eine wichtige Rolle spielt bei alledem auch die jüngste Rechtsprechung des **Bundesverfassungsgerichts aus Karlsruhe**. Auch hierauf nimmt das OVG Greifswald Bezug, Zitat:

> *„Es liegt auf der Hand, dass das gesetzgeberische Anliegen, ‚Sofortmaßnahmen‘ für einen ‚beschleunigten‘ Ausbau der erneuerbaren Energien nur dann greifen kann, wenn die Regelungen des § 2 EEG auf der Ebene der* ***Einzelfallgenehmigung*** *zum Tragen kommen und* ***nicht nur als eine Art Programmsatz für die Exekutive*** *missverstanden werden. […] Auch* ***das Bundesverfassungsgericht [sic!] betont, dass der Ausbau und die Nutzung der Windkraft einen faktisch unverzichtbaren Beitrag zu der verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und durch grundrechtliche Schutzpflichten gebotenen Begrenzung des Klimawandels leiste****, zugleich unterstütze dieser Ausbau die Sicherung der Energieversorgung, die derzeit besonders gefährdet sei (BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, …). Folgerichtig macht das Bundesverfassungsgericht deutlich,* ***„jede auf den weiteren Ausbau der Nutzung der erneuerbaren Energien gerichtete Maßnahme (dient) dem Schutz des Klimas****, zu dem der Staat nach dem Klimaschutzgebot des Art. 20a GG verpflichtet ist“ (BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022 – 1 BvR 1187/17 …).“*

Und hierzu zählt es auch, allenfalls im Ausnahmefall Bestands-Windparks nachträglich im Betrieb einzuschränken. Ganz ähnlich sieht es u.E. auch das OVG Greifswald.

6.

Fazit: Insgesamt zeigen obige Auszüge aus den Beschlussgründen, dass – sehr erfreulich – die grundlegenden gesetzlichen Weichenstellungen etwa in § 2 EEG oder die Flächenziele des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG) für die Rechtsprechung neue normative Ansätze enthalten. Ohne diese Neuregelungen zum Windkraftausbau seit 2022 ff. wären gerichtliche Wertungen wie hier kaum denkbar. Mit dem OVG Greifswald kommt es zudem auf jede „Einzelfallgenehmigung“ an (ähnlich auch OVG Koblenz, Urteil v. 08.02.2024 – 1 C 10470/22 zu WEA in Natura-2000-Gebieten). Nicht zuletzt liest sich die Entscheidung (vgl. Zitat oben, 4. Anstrich) teils sogar als Kontrapunkt zum eingangs zitierten, nicht unproblematischen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.12.2023, das eine nachträglich Anordnung – anders als hier – im Ergebnis billigte.

P.S. (-: Kinder haften für ihre Eltern, vgl. OVG M-V, a.a.O.)

Bei Rückfragen steht gern zur Verfügung:

RA Dr. Michael Rolshoven (rolshoven@tettaupartners.de)

Weitere Ansprechpartner bei Tettau Partnerschaft zu diesen Themen:

RA Philipp v. Tettau (tettau@tettaupartners.de)
RAin Anja Purwins (purwins@tettaupartners.de)
RAin Katharina zu Solms-Laubach (solms-laubach@tettaupartners.de)
RAin Tamara Scherer (scherer@tettaupartners.de)