



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte · Max-Brauer-Allee 81 · 22765 Hamburg

Staatliches Amt für Landwirtschaft und Umwelt
Mittleres Mecklenburg, z.Hd. Frau Luxenburger
An der Jägerbäk 3
18069 Rostock

Sekretariat: Frau Schröder
Durchwahl: 040/30 62 4-228
Telefax: 040/30 62 4-222
E-Mail: nicole.schroeder@mohrpartner.de

Hamburg, 29.06.2023
Az: 00103/23 6/V/RN
(Az. bitte stets angeben)

**Antrag auf Genehmigung von sieben Windenergieanlagen der
Windpark Jördenstorf GmbH & Co. KG am Standort Jördenstorf.
Vorhabenträgerin Windpark Jördenstorf GmbH & Co. KG**

Sehr geehrte Frau Luxenburger,

ich komme zurück auf unser Telefonat vom 13.06.2023, in dem Sie mich
baten, meine darin geäußerte Rechtsauffassung auch noch schriftlich zu
übermitteln. Dem komme ich hiermit gerne nach.

I. Veranlassung und Prüffrage

1. Die Antragstellerin hat in den Einigungsversuchen mit dem
NABU die Erwartung angedeutet, dass der angestrebte Zulas-
sungsbescheid in Bezug auf schlaggefährdete Vogelarten nicht
nur Abschaltzeiten festsetzen wird, sondern von vornherein
eine Regelung enthalten könnte, die ohne nachfolgendes Ände-
rungsverfahren alternativ auch den Einsatz des Antikollisions-
systems „IdentiFlight“ nach einer erhofften Zertifizierung

Dr. Precht Fischer ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Rüdiger Nebelsieck, LL.M. ^{1) 3)}
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Oliver Kroll ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Jan Mittelstein, LL.M. ^{1) 4)}
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Elena Wurster ²⁾
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Carina Blust
Rechtsanwältin

Cora Schnelle
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Luise Gottberg
Rechtsanwältin

Greta Brinkschulte
Rechtsanwältin

Christian Romer
Rechtsanwalt

Neele Appel
Rechtsanwältin

Dr. Peter C. Mohr
- bis zum 31. Dezember 2012 -

¹⁾ Partner im Sinne des PartGG

²⁾ Assoziierte Partnerin

³⁾ Master in Environmental Law

⁴⁾ Master of Laws in European Community Law

Max-Brauer-Allee 81
22765 Hamburg-Altona

e-Mail: info@mohrpartner.de
www.mohrpartner.de

Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung
Sitz Hamburg
AG Hamburg PR 550

Commerzbank
IBAN: DE95 2008 0000 0502 9673 00
BIC: DRESDEFF200

Hamburger Sparkasse
IBAN: DE67 2005 0550 1268 1171 71
BIC: HASPDEHHXXX



dieses Systems für den Schreiadler erlaubt. So ist es auch in den Ergänzungen der Antragsunterlagen im artenschutzrechtlichen Fachbeitrag als Absicht bekundet.

2. Eine solche „Zertifizierung“ ist für den Schreiadler nach den aktuellen Informationen auf der Internet-Seite des Herstellers ([Stand der Forschung - IdentiFlight® \(e3-identi-flight.de\)](https://www.stand-der-forschung-identi-flight.de)) für Anfang 2024 geplant. Diese soll so ablaufen, dass die „e3 IDF GmbH als exklusiver Vertriebs- und Kooperationspartner für das System „Identiflight“ in Deutschland“ eine Validierung durchführt und diese durch unabhängige private Gutachter „zertifizieren“ lässt.

3. Die Antragstellerin hat dazu auf eine Praxis Ihres Hauses verwiesen, nach der das bereits in anderen Fällen so oder ähnlich festgesetzt worden sein soll.

4. Der NABU hat mir dazu auf meine Bitte hin zwei einschlägige Zulassungsentscheidungen des StALU übermittelt, und zwar

- den Genehmigungsbescheid der Dienststelle Stralsund vom 11.03.2022 für zwei Windräder in der Gemeinde Franzburg (Az: 1.6 2V-60.087/17-51) und

- den Bescheid Ihres Hauses vom 25.07.2022 für den Bau einer WEA (Az: 571-1.6.2VG-238).

5. Der Bescheid vom 11.03.2022 enthält in Ziffer 3.7.4 die Festsetzung von Abschaltzeiten und anschließend einen Auflagenvorbehalt. Danach darf unter Auswertung eines dargelegten Monitorings nach Genehmigung „durch die UNB“ ggf. eine Anpassung der Abschaltzeiten vorgenommen werden.

6. Der Bescheid vom 25.07.2022 enthält aus artenschutzrechtlicher Perspektive u.a. in Ziffer 6.47 die Festsetzung von Abschaltungen zum Schutz des Rotmilans. In Ziffer 3 finden sich sodann „Hinweise“, darunter der Hinweis Nr. 23. Er lautet:



„Die pauschalen Abschaltzeiten können modifiziert werden, wenn technisch ausgereifte (Erkennung aller geschützten Arten) und zuverlässige (Redundanz) optische Überwachungssysteme zur Automatischen Abschaltung der WEA bei Kollisionsgefahr mit Flugtieren installiert werden (z.B. Identiflight). Es muss jedoch sichergestellt sein, dass bei Störung oder Ausfall der Überwachungsanlage die WEAs im Trudelbetrieb verbleiben oder den oben ausgeführten pauschalen Abschaltungen folgen.“

7. Ich habe der Antragstellerin und Ihnen gegenüber meine Einschätzung dargelegt, dass eine Umstellung des Schadensminderungskonzepts für Schreiadler von allgemeinen Abschaltzeiten auf den Einsatz von Antikollisionssystemen wie „IdentiFlight“

- derzeit nicht rechtskonform zugelassen werden kann,

- auch nach einer privatwirtschaftlichen „Zertifizierung“ noch eines Änderungsverfahrens in der Zuständigkeit der Zulassungsbehörde bedarf und

- die Entscheidung weder in die Zuständigkeit einer dritten Behörde (z.B. UNB) überführt oder gar in die freie Entscheidung einer Antragstellerin gestellt werden darf.

Die Begründung dafür lege ich nachfolgend dar.

II. Materiellrechtlicher Ausgangspunkt: Signifikanzbewertung gem. BNatSchG

Materiellrechtlich muss die Zulassungsentscheidung bekanntlich (u.a.) sicherstellen, dass es nicht zu signifikanten Erhöhungen der Tötungsrisiken i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG kommt. Maßgeblich sind also signifikante Erhöhungen der Tötungsrisiken für die Exemplare der betroffenen Arten, die nicht durch die Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen vermieden werden können.



Diese allgemeine Regelung wird im Anwendungsbereich des § 45 b BNatSchG nochmals modifiziert. Zunächst enthält § 45 b Abs. 3 Nr. 2 eine Regelvermutung für eine hinreichende Minderung durch die aufgeführten Schutzmaßnahmen. Sodann verweist § 45 b Abs. 6 S. 1 BNatSchG als anerkannte Schutzmaßnahmen „insbesondere“ auf die in der Anlage 1, Abschnitt 2 genannten Schutzmaßnahmen. Danach wiederum sind „insbesondere“ die nachfolgend aufgeführten Schutzmaßnahmen fachlich anerkannt.

Zu Antikollisionssystemen finden sich sodann in der Zeile 2 in der „Beschreibung“ solcher Systeme Anforderungen an deren Betrieb und Effektivität, anschließend zur „Wirksamkeit“ der Hinweis, dass die Maßnahme nach dem „derzeitigen Stand der Wissenschaft und Technik“ in Deutschland nur für den Rotmilan in Frage komme, für den ein nachweislich wirksames, kamerabasiertes System zur Verfügung stehe. „Grundsätzlich“, so heißt es dann weiter, erscheine es möglich, die Anwendung von Antikollisionssystemen zukünftig auch für weitere kollisionsgefährdete Großvögel wie Seeadler, Fischadler, Schreiadler, Schwarzmilan und Weißstorch, einzusetzen. Sodann findet sich eine Regelung zur Möglichkeit eines Probetriebes.

Daraus folgt:

- Nur für den Rotmilan findet sich derzeit eine grundsätzliche gesetzgeberische Anerkennung von Antikollisionssystemen. Sie hat zur Folge, dass der Einsatz des in Abschnitt 2 der Anlage 1 in Bezug genommenen „nachweislich wirksamen, kamerabasierten Systems“ (gemeint ist offenbar IdentiFlight) „in der Regel“ als hinreichende Minderung der Kollisionsrisiken einzustufen ist.
- Auch für den Rotmilan gibt es keinen „Automatismus“ dahingehend, dass der Einsatz von „IdentiFlight“ stets zu akzeptieren ist, sondern es bedarf einer behördlichen Prüfung der konkreten fallbezogenen Eignung und Einsatzbedingungen des Systems. Die Genehmigungsbehörde ist auch für die vom Gesetzgeber fachlich im Grundsatz anerkannten



Maßnahmen nicht davon entbunden zu prüfen, ob die Dimensionierung und Ausgestaltung im Einzelfall ausreicht, um den angestrebten Schutzeffekt zu erreichen (vgl. auch Gellermann, NuR (2022), 44: 589-599, 593).

- Für alle anderen schlaggefährdeten Brutvogelarten bedarf es einer behördlichen Prüfung, ob der Einsatz der Systeme den Voraussetzungen der „Beschreibung“ in der Zeile 2 des Abschnitts 2 der Anlage 1 zu § 45 b BNatSchG entspricht und ob dann, wenn das der Fall sein sollte, die Wirksamkeit nach dem „Stand der Wissenschaft und Technik“ nachweislich bejaht werden kann. Diese Prüfung kann durch eine vom - wirtschaftlich hochgradig daran interessierten - Vertreiber der Anlagen durchgeführte „Validierung“ auch mit externer „Zertifizierung“ nicht ersetzt werden, zumal das Gesetz keine konkreten Maßgaben für den Wirksamkeit enthält, also eine „Zertifizierung“ durch Private keine Anbindung an die letztlich entscheidenden behördlichen Bewertungsmaßstäbe enthalten kann.

III. Folgerungen für Regelungen in Zulassungsbescheiden

1. Materiellrechtlich kann die Einhaltung der §§ 44, 45 b BNatSchG für den Schreiadler danach allenfalls über hinreichend bestimmt festgesetzte und fachlich ausreichend bemessene Abschaltzeiten (als Inhaltsbestimmung zum Betrieb der Anlagen) sichergestellt werden. Das sind nach Auffassung des NABU die Abschaltzeiten nach „Meyburg“.

2. Demgegenüber setzt der Einsatz eines alternativen Schutzsystems in Form eines AKS für den Schreiadler wie dargelegt eine mehrstufige behördliche Prüfung voraus, nämlich

- die Prüfung der Voraussetzungen der „Beschreibung in Zeile 2 des Abschnitts 2 der Anlage 1 zu § 45 b BNatSchG,

- die Prüfung der Wirksamkeit nach der Wissenschaft und Technik



- im Falle eines positiven Ausgangs dieser Prüfung die einzelfallbezogene Prüfung, ob die Regelvermutung des § 45 b BNatSchG auch im konkreten Fall greift.

3. Das Artenschutzrecht beinhaltet insoweit im Übrigen nicht nur materiell-rechtliche Prüfungsmaßstäbe, sondern auch eine Vorgabe für das behördliche Zulassungsverfahren dahingehend, dass die artenschutzrechtliche Prüfung vor Erlass eines Bescheids, mit dem das artenschutzrechtlich relevante Vorhaben erlaubt wird, vorgenommen und nachvollziehbar dokumentiert werden muss (vgl. OVG Hamburg, Urteil vom 01.09.2020, 1 E 26/18, Rn. 223, juris). Eine „vorgezogene“ Prüfung und Dokumentation der Eignung eines späteren Einsatzes von „IdentiFlight“ für den Schreiadler erscheint derzeit ausgeschlossen, ebenso eine hinreichend bestimmte Festsetzung von alternativen Inhaltsbestimmungen.

4. Eine Umstellung auf den Einsatz des AKS „IdentiFlight“ beinhaltet eine Änderung des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage i.S.d. § 15 BImSchG, die entweder die Antragstellerin gem. § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 4 BImSchG beantragt oder die die Behörde in Reaktion auf eine bloße Anzeige gem. § 15 BImSchG in die Wege zu leiten hat. Nach hier vertretener Auffassung löst eine solche, artenschutzrechtlich entscheidungserhebliche Änderung zumindest für die anerkannten Umweltvereinigungen mit Tätigkeitsschwerpunkt im Naturschutzrecht eine erneute Beteiligungspflicht aus.

IV. Keine „Entscheidung“ durch Dritte anstelle von Zulassungsbehörde

Vor dem Hintergrund der oben zitierten Regelung in Ziffer 3.7.4 des Bescheides vom 11.03.2022 ist vorsorglich darauf hinzuweisen, dass eine „Genehmigung“ der Änderung des Betriebs der Anlagen nur durch die für den Ausgangsbescheid zuständige Immissionsschutzbehörde erfolgen dürfte, nicht aber durch andere Behörden wie die untere Naturschutzbehörde. Dies würde gegen die formelle und materielle Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG verstoßen, wie jüngst das BVerwG (vgl. Urteil vom 08.11.2022, 7 C 1/21, juris) klargestellt hat.



Gerne können wir diese Einschätzung auch ergänzend erörtern, sofern gewünscht.

Abschließend möchten wir auch auf diesem Wege noch einmal betonen, dass mit dieser Sichtweise kein Vorgriff auf eine spätere fachliche Bewertung von Antikollisionssystemen allgemein oder in diesem konkreten Fall verbunden ist. Der NABU war und ist zu einem Rechtsbehelfsverzicht im Hinblick auf die - von der Antragstellerin in den Einigungsbesprächen angebotenen - Abschaltzeiten nach „Meyburg“ bereit, nicht aber dazu, für eine erst noch zu prüfende Alternative schon jetzt einen pauschalen „Freibrief“ zu erteilen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil hier mit dem Schreiadler eine vom Aussterben bedrohte und in der höchsten vorhabentypspezifischen Gefährdungsklasse von Bernotat/Dierschke gelistete Art betroffen ist.

Mit freundlichen Grüßen,

Nebelsieck LL.M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht