

Neues, wichtiges Urteil des Verwaltungsgerichtshofs München:

Eine saP hat die Vorgaben des Bayerischen Windenergieerlasses strikt zu beachten!
Schlampige saP'en können erfolgreich beklagt werden.

Der VGH München hat in einem kürzlich ergangenen Urteil (30.06.2017 – 22 B 15.2365) klar gestellt, dass bayerische Genehmigungsbehörden verpflichtet sind, die Vorgaben des Bayerischen Windenergieerlasses (WEE) nahezu unverändert zu befolgen; für die sog. Einschätzungsprärogative der Genehmigungsbehörden wird der Entscheidungsrahmen deutlich eingeschränkt. Bei Abweichungen von den Vorgaben des WEE muss gewährleistet sein, dass an ihrer Stelle eine Vorgehensweise gewählt wird, die in gleicher Weise die Gewinnung sachrichtiger Ergebnisse erwarten lässt wie das „antizipierte Sachverständigen-gutachten von hoher Qualität“. Für Projektierer ist es damit riskanter geworden, mit schlampigen saP- Gutachten Genehmigungen für WKAs zu erhalten und zu behalten.

Der VGH stellt in seinem Urteil fest, dass in dem entschiedenen Fall nicht positiv festgestellt werden konnte, dass sich das Risiko für Rotmilane, an der streitgegenständlichen WKA tödlich zu verunglücken, nicht signifikant erhöht.

Zur Begründung bezieht sich der VGH auf zwei Themenkreise:

1. Ungeeignetes Wetter im Beobachtungsjahr

Im Untersuchungsfrühjahr 2013 waren die Wetterbedingungen so ungünstig, dass vielfach – nicht nur bei Rotmilanen – Brutvorhaben aufgegeben worden sind. Dies hat der VGH anhand umfangreicher Nachweise festgestellt. Insofern war lt. seiner Einschätzung 2013 ein untypisches Jahr und für eine belastbare Einschätzung des Tötungsrisikos für Rotmilane ungeeignet. Deshalb könne nicht – wie es aber die Genehmigungsbehörde getan hat – aus dem Vorfinden von 13 unbesetzten, für Greifvögel geeignete Nester, geschlossen werden, dass im Projektgebiet keine relevanten Brutvorgänge stattfinden (werden).

2. Defizite der saP Untersuchung

Der VGH München sieht in einzelnen Abweichungen der saP von den Vorgaben des WEE so massive Defizite, dass er die streitgegenständliche saP als Beurteilungsgrundlage für die Genehmigungsbehörde für ungeeignet erklärt hat. Im Einzelnen hat der VGH München Folgendes gerügt:

Ein Teil der vom WEE (2011) vorgegeben 54 Beobachtungsstunden war ungeeignet: es handelte sich nicht wie vorgegeben um Tage mit warmem Wetter und guten Flugbedingungen (statt dessen: 9 Grad und bedeckter Himmel und 10 Grad mit Regen).

Die Zahl der Beobachtungsstunden wurde weiterhin dadurch reduziert, dass entgegen der Vorgaben des WEE bei den Beobachtungsstunden auch Mittagszeiten eingerechnet wurden.

Zeiten für die Kartierung wurden ebenfalls als Beobachtungszeiten ausgewiesen. Dies ist unzulässig.

Auch ein Ortstermin mit der Unteren Naturschutzbehörde dürfte den Beobachter so abgelenkt haben, dass diese Zeiten ebenfalls nicht – entgegen der Aufschreibung – als Beobachtungszeiten anerkannt werden können.

Schließlich wurde auch die Beobachtung von nur einem Beobachtungspunkt durch nur einen Beobachter als nicht WEE konform beurteilt. Lt. WEE 2011 sollen mindestens zwei Beobachtungspunkte verwendet werden.

3. Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz

In der Anerkennung dieser ungeeigneten saP durch die Genehmigungsbehörde sieht der VGH einen Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz (Art. 24 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG). Dies alleine sei zwar noch kein Aufhebungsgrund für die erteilte Genehmigung. Die Genehmigung könne aber gem. § 46 BayVwVfG nur bestehen bleiben, wenn offensichtlich ist, dass trotz der Verfahrensverletzung keine andere Entscheidung in der Sache getroffen worden wäre. Dies konnte die Genehmigungsbehörde im entschiedenen Fall nicht nachweisen. Eine Aufklärung des Sachverhalts durch den VGH rückwirkend auf den Genehmigungszeitpunkt scheiterte daran, dass die tatsächlichen Verhältnisse von 2013 in Bezug auf die Rotmilane zum Zeitpunkt der Entscheidung des VGH 2017 nicht mehr festgestellt werden konnten. Dieses Beweisdefizit geht lt. VGH zu Lasten der Genehmigungsbehörde und damit indirekt auch zu Lasten des Projektierers.

4. Konsequenzen

In der Vergangenheit wurden saPen durchaus unter Missachtung der Vorgaben des WEE erstellt und von den Genehmigungsbehörden durchgewunken. Eine Überprüfung von saPen anhand der o.g. Kriterien kann sich bei noch nicht bestandskräftigen WKA Genehmigungen also lohnen.

Dies gilt erst recht für saPen, die nach Inkrafttreten des WEE 2016 (am 01.09.2016) erstellt worden sind oder noch werden: dort sind die Anforderungen an die Durchführung der Beobachtungen deutlich verschärft worden: z.B. werden jetzt mindestens 108 Stunden bei jeweils mindestens zwei Beobachtungspunkten gefordert; die Stunden sind entsprechend der Aktivitätsphasen von der Balz bis zur Bettelflugperiode der Vögel geeignet aufzuteilen; die Mittagszeit gilt nicht als Beobachtungszeit; bei schwierigeren Bedingungen sind längere Beobachtungszeiten vorzusehen. Der VGH München hat von diesen Vorgaben praktisch keine Ausnahmen zugelassen. Deshalb dürften sich die Chancen, Verstöße gegen die Vorgaben des WEE – nicht nur in Bezug auf Rotmilane - zu finden, deutlich verbessern.