

liche Benachteiligung von Antragstellern, die die Zertifizierung aus welchen Gründen auch immer nicht im Referenzjahr hatten abschließen können, gegenüber Antragstellern, deren Bescheinigungen dieser Anforderung entsprechen, ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat mit dem Abstellen auf das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr die Absicht verfolgt, es sollten Anreize dafür gesetzt werden, die Einsparmöglichkeiten zeitnah zu ermitteln. Die Anknüpfung an das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr bezweckt zwar nicht, die Begünstigung auf eine konkrete und damit vergleichbare Tatsachengrundlage zu gründen. Jedoch kann damit sichergestellt werden, dass Entlastungskosten nur im erforderlichen Umfang auf die nicht privilegierten Letztverbraucher abgewälzt werden, wenn die betroffenen Unternehmen sich im Gegenzug zeitnah aufgrund der Ermittlung der Energieverbräuche und der Möglichkeiten zur Energieeinsparung beraten lassen und diese Maßnahmen gegebenenfalls auch umsetzen, sofern ein betriebswirtschaftlicher Vorteil zu realisieren ist.

Es ist daher nicht willkürlich, eine zeitliche Grenze für die Zertifizierung zu setzen, auch wenn – unter Berücksichtigung der nicht vorhandenen materiellen Bedeutung – sie nicht als zwingend angesehen werden muss. Wie die spätere Gesetzesfassung zeigt, ist die Besondere Ausgleichsregelung auch ohne die Bindung der Energie-Zertifizierung an das Referenzjahr möglich. Bei der Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme kommt dem Gesetzgeber jedoch eine Einschätzungsprärogative zu, die nur überschritten ist, wenn seine Erwägungen nicht schlüssig sind und deswegen offensichtlich keine Grundlage für eine angegriffene Maßnahme sein können (BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2004 – 1 BvL 3/98 u.a. –, BVerfGE 111, 126, 255). Ein weiterer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers besteht insbesondere bei der Gewährung von Ansprüchen (BVerfG, Beschluss vom 11. November 2008 – 1 BvL 3/05 u.a. –, BVerfGE 122, 151, 182). In diesem Zusammenhang kann auch Berücksichtigung finden, dass die neue gesetzliche Regelung zur Notwendigkeit der Erfassung des Energieverbrauchs eines Unternehmens und der Suche nach Einsparpotentialen bei der Neufassung des Gesetzes im Jahr 2008 als dringlich erschienen sein mag, so dass die alsbaldige Umsetzung gewünscht war. Die vom Gesetzgeber gewählte Maßnahme zur Realisierung des Ziels, nämlich die Zertifizierung im Referenzgeschäftsjahr vorzugeben, kann als legitimes Vorhaben gewertet werden.

Ob es sich im Kern bei der Besonderen Ausgleichsregelungen um eine staatliche Subvention handelt (vgl. Bloch, Die Befreiung von der EEG-Umlage als staatliche Beihilfe – Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt, RdE 2014, 14) oder um eine Umverteilung der Kosten der Förderung des EEG-Stroms im Sinne der Belastung der Endverbraucher und von Unternehmen mit der Möglichkeit der Entlastung für einzelne Unternehmen (vgl. EuGH, Urteil vom 13.03.2001 – C-379/98 –, RdE 2001, 137), braucht nicht entschieden zu werden.

Die rechtzeitige Beauftragung eines Zertifizierungsunternehmens war den privilegierten Unternehmen schließlich auch zumutbar. Nicht nur Unternehmen, die bereits zuvor Anträge auf die Ausgleichsregelung gestellt hatten oder denen eine solche schon einmal zugesprochen worden war, mussten die Änderungen des Gesetzes selbstverständlich berücksichtigen. Angesichts der erheblichen Vorteile für ein Unternehmen war es unter der Geltung des EEG 2009 geradezu eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit, bereits frühzeitig den Produktionsprozess dahingehend zu überprüfen, ob der Anspruch auf die Besondere Ausgleichsregelung grundsätzlich gegeben sein konnte. Dies galt auch für Unternehmen, die bislang die Voraussetzungen nicht erfüllt hatten oder bei denen zunächst ungewiss war, ob sich ein Energieverbrauch im entscheidenden Verhältnis zur Bruttowertschöpfung ergeben würde. Zeichnete sich auch nur die Möglichkeit ab, dass die – nun günstigeren – Voraussetzungen des § 41 Abs. 1 Nr. 1 – 3 EEG 2009 gegeben sein könnten, musste das Unternehmen auf eine der Norm entsprechende rechtzeitige Zertifizierung bedacht sein. Die Erfassung und Bewertung der Kosten des Energiebezugs, die Zuordnung der Kosten zu einem

Produkt und die Suche nach Energieeinsparpotentialen gehört praktisch zum Alltag einer effizienten betriebswirtschaftlich optimierten Unternehmensführung. Entstehen daher bei Unternehmen, die eine solche Vorsorge im Bereich einer Vergünstigung des Bezugs von EEG-Strom nicht getroffen haben, Ungleichheiten gegenüber Unternehmen, die für eine Begutachtung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Sorge getragen hatten, folgt daraus nicht eine gesetzesimmanente oder durch die Behörde verursachte, sondern eigenverantwortete Ungleichbehandlung.

Erfüllt die Klägerin die Anforderungen nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 nicht, kommt es nicht darauf an, ob dem Anspruch der Klägerin auf die Besondere Ausgleichsregelung auch materiell Gründe entgegenstehen könnten, so dass die von der Beklagten geltend gemachten Zweifel am Vorliegen der inhaltlichen Richtigkeit der Angaben der Klägerin dahingestellt bleiben können.

Die Kosten des Verfahrens hat die Klägerin zu tragen (§ 154 Abs. 1 VwGO).

Die Revision ist nicht zuzulassen, da es sich vorliegend um die Auslegung von gesetzlichen Vorschriften handelt, die nicht mehr gültig sind, so dass eine grundsätzliche Bedeutung – § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO – auch dann nicht zu bejahen ist, wenn bei der Behörde oder dem Verwaltungsgericht noch andere Verfahren mit dem gleichen Regelungskomplex anhängig sind (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 7. Oktober 2004 – 1 B 139.04 – Buchholz 402.240 § 7 AuslG Nr. 12 und vom 5. Oktober 2009 – 6 B 17.09 – Buchholz 442.066 § 24 TKG Nr. 4).

16. Fledermäuse und „Monitoring“-Auflage

BImSchG § 12 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 2a; BNatSchG § 44 Abs. 1 Nr. 1

1. Für eine „Monitoring“-Auflage (hier: Totfundsuche unter WEA) in einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung fehlt es an einer gesetzlichen Ermächtigung.

Die Anordnung eines Monitorings ist kein zulässiges Mittel, um behördliche Ermittlungsdefizite und Bewertungsmängel zu kompensieren.

(Leitsätze der Redaktion)

OVG Magdeburg, U. v. 13.03.14 – 2 L 215/11 –; vorgehend VG Magdeburg – 1 A 19/10.MD –

mit Anmerkung von Dr. Michael Rolshoven

Zum Sachverhalt

Die Klägerin wendet sich gegen Nebenbestimmungen, die der Beklagte der ihr erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windkraftanlage – WKA – beigefügt hat.

Die genehmigte WKA befindet sich innerhalb eines Windparks mit 31 WKA. Der geplante Standort liegt im Geltungsbereich eines rechtsgültigen Bebauungsplans und in einem Vorranggebiet für die Nutzung der Windenergie nach dem Regionalen Entwicklungsplan Harz (Nr. IV ...). Mit Bescheid vom 18.12.2009 genehmigte der Beklagte die Errichtung und den Betrieb einer WKA vom Typ Vestas V 90 mit einer Nennleistung von 2,0 MW, einer Nabenhöhe von 105,0 m und einem Rotordurchmesser von 90,0 m. Der Genehmigung waren unter Punkt 9 des Bescheides naturschutzrechtliche Nebenbestimmungen beigefügt. Die Nummer 9.5, gegen die sich die Klägerin richtet, hat folgenden Wortlaut:

Im Zeitraum von einem Jahr nach Errichtung der WKA sind in den Monaten März bis Oktober in einer wöchentlichen Begehung im Umkreis von 100 m zum Mastfuß der WKA Totfundsuchen auf Fledermäuse durchzuführen. Diese Totfundsuchen haben jeweils in den frühen Morgenstunden zu erfolgen, um eine Verfälschung der Ergebnisse

durch Prädatoren so gering wie möglich zu halten. Mit den angeordneten Untersuchungen ist ein im Fledermausschutz erfahrenes und anerkanntes Fachbüro zu beauftragen. Die Untersuchungsergebnisse sind nach Auswertung der Daten der Genehmigungsbehörde umgehend zur Verfügung zu stellen.

Anordnungen gemäß § 17 BImSchG über zusätzliche Abschaltungen der WKA zum Schutz von Fledermäusen (z.B. während des Frühjahrs- bzw. Herbstzuges) bleiben vorbehalten, d.h. es können in Abstimmung zwischen der oberen Naturschutzbehörde und der Genehmigungsbehörde weitere Minderungsmaßnahmen festgelegt werden.

Am 18.01.2010 hat die Klägerin gegen diese Nebenbestimmung Klage beim Verwaltungsgericht Magdeburg erhoben.

[...]

Die Klage hat das Verwaltungsgericht Magdeburg mit Urteil vom 14.11.2011 (1 A 19/10 MD) abgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

Die strittige Auflage finde ihre rechtliche Grundlage in § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG. Ohne das Monitoring sei das Vorhaben der Klägerin nicht mit dem in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG normierten Vorsorgeprinzip und dem nach § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG für genehmigungsbedürftige Anlagen geltenden Tötungsverbot von wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nach § 42 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BNatSchG a. F. vereinbar. Auf der Grundlage des § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG könnten gegenüber dem Anlagenbetreiber auch sog. „Hilfspflichten“ festgelegt werden, mit denen die Einhaltung der materiellen Anforderungen der Genehmigungsfähigkeit einer Anlage sichergestellt werden solle. Dabei könnten auch über §§ 26, 28 und 29 BImSchG hinausgehende Untersuchungen angeordnet werden, wenn sie zur Sicherstellung der Genehmigungsfähigkeit erforderlich seien.

Vorliegend seien ausweislich der naturschutzfachlichen Bewertung der oberen Naturschutzbehörde negative Auswirkungen der Anlage auf den Fledermausbestand zu befürchten. Zur Schaffung der Genehmigungsvoraussetzungen seien entsprechende bislang vor Erteilung der Genehmigung noch nicht erfolgte Untersuchungen zu diesen Auswirkungen erforderlich. Als milderer Mittel zur Verweigerung der Genehmigung sei die streitige Auflage zulässig. Hierbei handele es sich nicht um eine Ausweitung einer ständigen Eigenüberwachung des Anlagenbetreibers. Denn die angeordneten Untersuchungen würden auf ein Jahr nach Errichtung der Anlage beschränkt.

Die obere Naturschutzbehörde des Beklagten habe in ihrer naturschutzfachlichen Bewertung vom 09.06.2009 nachvollziehbar ausgeführt, dass eine Kollision von Fledermäusen mit der genehmigten Windkraftanlage nicht auszuschließen und deshalb eine zeitnahe Prüfung des Fledermaus-schlagrisikos durch ein Monitorprogramm erforderlich sei. Schließlich sei es auch nicht zu beanstanden, dass der Beklagte das Fledermausmonitoring für einen Umkreis von 100 Metern zum Mastfuß anordnet habe. Die darauf beruhende Annahme des Beklagten, dass in diesem Bereich mit Totfunden gerechnet werden könne, sei von der naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative gedeckt. Hierfür spreche insbesondere, dass der Umkreis innerhalb der für Windkraftanlagen geltenden Abstandsfläche gemäß § 6 Abs. 7 Satz 2 BauO LSA liege, die bei der Anlage entsprechend ihrer Gesamthöhe 150 m betrage.

[...]

Der Senat hat mit Beschluss vom 01.08.2013 die Berufung zugelassen.

[...]

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung ist begründet.

Die gegen die Nebenbestimmung Nr. 9.5 der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung des Beklagten vom 18.12.2009 gerichtete Anfechtungsklage ist begründet, weil diese Auflage rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Für die unter der Nebenbestimmung Nr. 9.5 angeordneten Untersuchungsmaßnahmen besteht keine rechtliche Grundlage.

Die strittigen Auflagen können insbesondere nicht auf § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG gestützt werden. Danach kann die Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen.

Die Auflage ist zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen nicht erforderlich, insbesondere nicht, um einen Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (§ 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a.F.) auszuräumen. Nach dieser Vorschrift ist es u.a. verboten, wild lebende

Tiere der besonders geschützten Arten zu verletzen oder zu töten. Der Senat teilt die Auffassung des Verwaltungsgerichts Halle im Urteil vom 23.11.2010 (– 4 A 34/10 – nach juris) und schließt sich dieser an. Das Verwaltungsgericht hat in dieser Entscheidung ausgeführt:

„Das angeordnete Monitoring ist bereits nicht geeignet, dem Tötungs- bzw. Verletzungsverbot entgegenzuwirken, insbesondere das vom Beklagten angeführte Kollisionsrisiko für die Fledermäuse zu reduzieren. Durch die Suche nach getöteten Tieren kann nämlich eine Tötung der Tiere nicht verhindert werden. Vielmehr lassen sich durch ein Monitoring lediglich Erkenntnisse über die Beeinträchtigungen der Tiere gewinnen, nicht aber diese vermeiden.

Des Weiteren handelt es sich bei den der Klägerin unter der Nebenbestimmung Nr. 9.5 aufgegebenen Maßnahmen um solche der Eigenüberwachung ihres Vorhabens, nämlich zur Gewinnung von Erkenntnissen darüber, welche Auswirkungen der Betrieb der Windkraftanlage auf die Natur, namentlich auf die die Gehölzstrukturen nutzenden Fledermäuse, hat. Für die Anordnung einer solchen Eigenüberwachungsmaßnahme bedarf es aber grundsätzlich einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung, die nicht besteht (vgl. auch VGH München, Urteil vom 19. Februar 2009 – 22 BV 08.1164 – Juris)“.

Darüber hinaus ist der Senat der Auffassung, dass Behörden – dies folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – nur solche belastenden Maßnahmen anordnen können, die geeignet und erforderlich sind, eine gegebene Gefahrenlage oder einen Rechtsverstoß zu beseitigen. Eine belastende Maßnahme – wie ein Schlagopfermonitoring – ist nur dann ein geeignetes Mittel, einen Rechtsverstoß zu beseitigen oder zu verhindern, wenn sie einen Kausalverlauf unterbricht, der zum Eintritt des Rechtsverstoßes führt. Mit einer Maßnahme der Sachverhaltsaufklärung wird aber kein Kausalzusammenhang unterbrochen, und die Ursache einer Rechtsbeeinträchtigung wird dadurch nicht beseitigt (vgl. Urt. des Sen. v. 18.11.1998 – A 2 S 501/96 –, nach Juris; zu einer insoweit vergleichbaren Rechtslage im Polizeirecht). Durch ein Schlagopfermonitoring lassen sich lediglich Erkenntnisse über tote Fledermäuse gewinnen, die Tötung von Fledermäusen wird dadurch nicht verhindert. Hegt eine Behörde Zweifel, ob ein Verstoß gegen das Tötungsverbot vorliegt, muss sie diesen im Genehmigungsverfahren nachgehen und ggf. eine Bestandserhebung veranlassen, um zu hinreichend gesicherten Erkenntnissen zu gelangen. Die Anordnung eines Monitorings ist kein zulässiges Mittel, um behördliche Ermittlungsdefizite und Bewertungsmängel zu kompensieren (so auch VG Greifswald, Urt. v. 06.06.2013 – 5 A 476/11 –, nach Juris).

Soweit das Bundesverwaltungsgericht zu einem fernstraßenrechtlichen Planfeststellungsverfahren im Zusammenhang mit der Frage der Beeinträchtigung eines FFH-Gebiets entschieden hat, dass es sich gerade bei wissenschaftlicher Unsicherheit über die Wirksamkeit von Schutz- und Kompensationsmaßnahmen anbieten könne, durch ein Monitoring weitere Erkenntnisse über die Beeinträchtigungen zu gewinnen und dementsprechend die Durchführung des Vorhabens zu steuern (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – BVerwG 9 A 20.05 – nach Juris), ergibt sich daraus nichts anderes. In diesem Fall lag eine Rechtsbeeinträchtigung bereits tatsächlich vor. Es sollte lediglich überprüft werden, ob andere Maßnahmen, die die Rechtsbeeinträchtigungen verhindern oder kompensieren sollten, wirksam waren. Das hier strittige Monitoring dient indes allein der Sachverhaltsaufklärung und damit nur der Frage, ob eine Rechtsbeeinträchtigung als Verstoß gegen das Tötungsverbot tatbestandlich überhaupt vorliegt (so auch VG Halle, Urt. v. 23.11.2010, a.a.O.).

Selbst wenn man jedoch § 12 Abs.1 Satz 1 BImSchG i. V. m. § 42 Abs.1 Nr.1, 1. Alt. BNatSchG a. F. (§ 44 Abs.1 Nr. 1 BNatSchG) als eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für eine Schlagopfermonitoringauflage ansehen würde, lägen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 42 Abs.1 Nr. 1 1. Alt. BNatSchG a. F. (§ 44 Abs.1 Nr. 1 BNatSchG) nicht vor.

Sollen Windenergieanlagen in einer Gegend errichtet werden, die in der Flugroute fernwandernder Fledermausarten liegen, begründet

dies zwar gewissermaßen einen Anfangsverdacht für eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass die Signifikanzschwelle auch in solchen Fällen erst dann überschritten ist, wenn aufgrund einer hinreichend gesicherten Tatsachenbasis feststeht, dass gerade an dem konkreten Standort der zu errichtenden WKA und nicht nur in dessen näherer und weiterer Umgebung zu bestimmten Zeiten schlagopfergefährdete Fledermäuse in einer Zahl auftreten, die Kollisionen von mehr als nur einzelnen Individuen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten lassen. Der erwähnte „Anfangsverdacht“ ist nicht dahingehend zu verstehen, dass er zu einer Umkehr der Beweislast führt und deshalb bereits als solcher die Annahme einer Überschreitung der Signifikanzschwelle begründet, falls der Anlagenbetreiber nicht das Gegenteil nachweist. Vielmehr handelt es sich bei dem Anfangsverdacht nur um einen ersten Anschein, der je nach den Umständen des Einzelfalls einer näheren Konkretisierung und weiteren tatsächlichen Fundierung bedarf, die als solche auch nicht der behördlichen Einschätzungsprerogative zuzurechnen ist, sondern der vollen tatrichterlichen Kontrolle unterliegt. Ferner ist bei Fledermäusen in besonderem Maße zu beachten, dass die Zahl der Individuen, die von dem signifikant erhöhten Tötungsrisiko betroffen sind, über wenige Einzelexemplare hinausgehen muss. Bei lebensnaher Betrachtung ist nie völlig auszuschließen, dass einzelne Exemplare besonders geschützter Arten durch Kollisionen mit WKA bzw. deren Rotorblättern zu Schaden kommen können. Fledermäuse treten in Individuenzahlen auf, die die Zahl der Individuen anderer geschützter und kollisionsgefährdeter Tierarten, etwa des Rotmilans, um ein Vielfaches und damit in einem Maße übersteigt, das es rechtfertigt, insoweit von einer anderen Größenordnung zu sprechen (vgl. Urt. d. Sen. v. 16.05.2013 – 2 L 80/11 –, nach Juris.). Allein der Umstand, dass der Beklagte keine Abschaltauflage, sondern lediglich ein Schlagopfermonitoring als Maßnahme beabsichtigt, welche den Anlagenbetreiber weniger belastet als eine Abschaltauflage, führt nicht dazu, dass die Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung für die Anordnung eines Schlagopfermonitorings geringere wären als die für die Anordnung einer Abschaltauflage.

Die vom Beklagten hier angeführte Tatsachenbasis genügt nicht. Der Beklagte trägt hierzu lediglich vor, dass ein vorliegendes Gutachten aus dem Jahre 2005 für den strittigen Standort die Annahme eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für wildlebende Fledermausarten nicht gänzlich ausschließt. Das Gutachten sei aufgrund seines Alters allerdings nicht mehr verwendbar. Auf die Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung, auf welche Tatsachen der Beklagte die Annahme der Voraussetzungen des § 44 Abs.1 Nr. 1 BNatSchG (§ 42 Abs.1 Nr. 1 Alt.BNatSchG a. F.) stütze, konnte er dazu keine Angaben machen.

Ferner ist auch zu berücksichtigen, dass der Beklagte selber – beispielsweise im Verfahren 2 L 175/11 – die Auffassung vertritt, dass ein Schlagopfermonitoring allein heutigen wissenschaftlichen Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung in der Fledermausforschung nicht mehr in ausreichender Weise genügt.

Aus den vorgenannten Erwägungen entfällt auch jede Rechtfertigung für den Auflagenvorbehalt, und zwar unabhängig von der Frage, ob § 12 Abs. 2a BImSchG für einen Auflagenvorbehalt *lex specialis* ist und dieser damit nur mit Einwilligung des Anlagenbetreibers erteilt werden kann.

Mangelt es sonach an einer rechtlichen Grundlage für die Nebenbestimmung Nr. 9.5, kann die Klägerin auch deren Aufhebung beanspruchen. Dies ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der verbleibende Teil der der Klägerin erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung rechtswidrig wäre (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.02.1984 1984 – BVerwG, 4 C 70.80 –, NVwZ 1984, 366). Die ohne die Nebenbestimmung Nr. 9.5 verbleibende Genehmigung ist nicht rechtswidrig. Es bestehen keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass der Betrieb der strittigen WKA gegen § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a.F. (§ 44 Abs.1 Nr. 1 BNatSchG) verstößt bzw. dass dem Betrieb insoweit Belange des Naturschutzes im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5, 1. Alt. BauGB entgegenstehen.

Fledermaus-Nebenbestimmungen und rechtliche Vorgaben

eine Anmerkung zu OVG Magdeburg, Urt. v. 14. März 2014 – 2 L 215/11 – von Dr. Rolshoven*

Die Genehmigungspraxis kennt, wenn es um Windenergieanlagen (WEA) und Fledermäuse geht, vornehmlich¹ drei Kategorien von Nebenbestimmungen, nämlich Abschaltauflagen (a), Monitoring-Auflagen (b) und Auflagenvorbehalte (c). In diesen Rahmen fügt sich die vorstehende Entscheidung ein und bildet einen Schritt in die richtige Richtung (d). Im Einzelnen:

a) Die Rechtsprechung hat sich bisher vor allem mit **Abschaltauflagen** beschäftigt². Rechtsgrundlage hierfür ist das sog. Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Danach ist es verboten, geschützte Arten zu töten. Diese Norm ist nach der Rechtsprechung auch bei Vogel- und Fledermausschlagrisiken einschlägig, setzt dafür aber voraus, dass die WEA im Einzelfall in besonderer Weise eine Schlaggefahr schafft, in den Worten des Bundesverwaltungsgerichts: „das Risiko des Erfolgeintritts in signifikanter Weise erhöht“³. Zur Bewertung dessen stehe der Genehmigungsbehörde eine von den Gerichten nur eingeschränkt zu kontrollierende Einschätzungsprerogative zu⁴.

Die Folge solch vager (und zu Recht vielfach kritisiert⁵) rechtlicher Vorgaben ist – konkret für WEA Fledermausvorkommen – eine *schillernde* Behördenpraxis, die kaum nur aus dem Blickwinkel des Windmüllers willkürlich anmutet: Aktuell werden beispielsweise in Brandenburg Abschaltungen „nur“ für Windgeschwindigkeiten in Nabenhöhe bis 5 m/sec beauftragt⁶. Für Thüringen vertrat das dort zuständige OVG Weimar die Ansicht, Abschaltungen bis 6 m/sec seien geboten⁷. Zuletzt Sachsen-Anhalt, dort jedenfalls das Landesverwaltungsamt, meint gar, Abschaltungen bis 8 m/sec seien notwendig⁸. Jeder WEA-Betreiber weiß, dass ein wirtschaftlicher Betrieb durch solche Abschaltauflagen infrage gestellt sein kann. Dies gilt gerade bei Abschaltungen bis 8 m/sec, die vielfach Ertragsverluste von 3 bis 5 Prozent zur Folge haben, sodass WEA allein wegen der Abschaltauflage oft nicht errichtet werden können.

Umso wichtiger ist, dass mit der inzwischen ständigen Rechtsprechung des OVG Magdeburg⁹ Abschaltauflagen allenfalls im Ausnahmefall zulässig sind. Einzelne Schlagopfer sind danach hinzunehmen, was auch die hier besprochene Entscheidung unter-

* Dr. Michael Rolshoven, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht. Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte, Berlin. Der Verfasser war als Klägervertreter an dem besprochenen Rechtsstreit beteiligt (vgl. zu dieser Angabe Redeker, NJW 1983, 1034).

1. Genannt sind hier die in der Praxis wichtigsten Fallgruppen; vgl. zu sonstigen Nebenbestimmungen wie Ausgleichsmaßnahmen und Dokumentationspflichten etwa VG Halle, Urt. v. 24.06.2010 – 4 A 2/10.

2. Zuletzt: VG Halle, Urt. v. 15.05.2014 – 4 A 36/11; OVG Magdeburg, Urteile v. 13.03.2014 – 2 L 175/11 [Reinstedt] und 2 L 212/11; Urt. v. 16.05.2013 – 2 L 80/11 [Mittelhausen], 2 L 106/10 [Sotterhausen], 2 L 187/10; vgl. auch: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15. März 2012 – 11 S 72/10 [aufschiebende Wirkung]; OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.04.2011 – 12 ME 274/10 [Einschätzungsprerogative]; OVG Weimar, Urt. 14.10.2009 – 12 ME 274/10.

3. Zit. nach Urt. v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06.

Konkret zu WEA-Fällen: BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 und Urt. 27. Juni 2013 – 4 C 1.12.

4. BVerwG, a.a.O.

5. Zur Kritik an der „Einschätzungsprerogative“ z.B. Brandt, Tötungsverbot und Einschätzungsprerogative, NuR (2013), 35, 482–484.

6. Handlungsempfehlungen zum Umgang mit Fledermäusen bei der Planung und Genehmigung von WEA in Brandenburg, Stand 13. Dezember 2010.

7. OVG Weimar, a.a.O.

8. Vgl. div. Urteile des OVG Magdeburg, a.a.O.

9. OVG Magdeburg, a.a.O.

streicht: Aus Behördensicht war ein rechtlich relevanter Konflikt des WEA-Betriebs mit Fledermäusen schon deshalb gegeben, weil die vorgelegte Erhebung „nicht gänzlich ausschließe“, dass Fledermäuse erheblich gefährdet werden. Dies genügt indes zur Rechtfertigung einer Abschaltung nicht, so das OVG Magdeburg. Es bedürfe vielmehr einer „tatsächlichen Fundierung“, die auch nicht einer Einschätzungsprärogative unterliege. Daran fehle es hier. Nur der Hinweis auf eine unzureichende Untersuchung könne eine Abschalt Auflage nicht rechtfertigen, wenn die Behörde selbst hierzu nicht weitere Untersuchungen vorlege. Und: Diese Rechtsprechung für Abschalt Auflagen gelte auch für eine Monitoring-Auflage.

b) Lassen sich damit Abschalt Auflagen zusehends schwer begründen, greift manche Behörde auf die eingangs genannte zweite Kategorie von Fledermaus-Nebenbestimmung zurück, die **Monitoring-Auflage**. Die Kernfrage im Ausgangsfall dazu war, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen solche Nebenbestimmungen überhaupt zulässig sein können. Diesbezüglich schafft die vorstehende Entscheidung – erstmals auf Ebene eines Oberverwaltungsgerichts in einem WEA-Fall¹⁰ – jetzt Klarheit: Monitoring-Auflagen sind in Fällen wie hier unzulässig; es fehlt schon an einer Befugnisnorm. Das VG Magdeburg hatte in erster Instanz noch gemeint, sich auf § 12 Abs. 1 BImSchG stützen zu können¹¹, wonach Auflagen zulässig sind um sicherzustellen, dass gesetzliche Vorgaben erfüllt werden. Dem widerspricht das Oberverwaltungsgericht knapp wie überzeugend: Durch die Suche nach getöteten Tieren kann eine Tötung der Tiere nicht verhindert werden; vielmehr lassen sich durch ein Monitoring allenfalls Erkenntnisse über die Beeinträchtigungen der Tiere gewinnen, nicht aber diese vermeiden.¹² Mit einer Maßnahme der Sachverhaltsaufklärung wird, wie es im Polizeirecht heißt, die Ursache einer Rechtsbeeinträchtigung nicht beseitigt¹³.

Fazit: Monitoringmaßnahmen sind unverhältnismäßig, genauer gesagt: schon nicht geeignet, dem Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG entgegenzuwirken¹⁴. Dies steht in Einklang mit der sonstigen Rechtsprechung auch jenseits der Windenergiefälle¹⁵.

c) Ob die eingangs genannte dritte Kategorie, der **Auflagenvorbehalt**, rechtlich zulässig ist, konnte der Senat sodann hier noch offen lassen; sie war nicht mehr entscheidungsrelevant. Allerdings spricht viel dafür, dass auch solche Nebenbestimmungen rechtswidrig sind. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 12 BImSchG, dort der Absätze 1 und 2a. Danach sind nur Bedingungen und Auflagen unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig (Absatz 1); Auflagenvorbehalte können hingegen nur mit Einverständnis des Antragstellers festgelegt werden (Absatz 2a). Das VG Magdeburg¹⁶ meint zu solchen Auflagen zwar, trotz des Wortlautes von § 12 BImSchG dürfe auch ohne Einverständnis des Antragstellers ein Auflagenvorbehalt erfolgen. Dazu hat das OVG Magdeburg jedoch – übrigens analog zur hier besprochenen Entscheidung zum Monitoring – einmal mehr wegen „ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung“ (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) die Berufung zugelassen¹⁷. Ein Urteil in zweiter Instanz dürfte in wenigen Monaten folgen.

d) Die hier besprochene Entscheidung zum Monitoring ist nach alledem ein weiterer Baustein zur Klärung, welche der in der Praxis verbreiteten Fledermaus-Nebenbestimmungen überhaupt zulässig sind. Auch Monitoring-Auflagen gehören danach *nicht* dazu, auch nicht als vermeidlich milderes Mittel gegenüber der Abschalt Auflage. Ungeachtet dessen dürfte das Thema Fledermäuse und Windkraft die Gerichte noch vielfach beschäftigen. Die Gründe dafür sind vielfältig und seien hier zumindest angerissen:

- Einerseits ist – auf Sachverhaltsebene – über die einzelnen Fledermausarten, ihre Bestände und ihre jeweilige Kollisionsgefahr etwa bei Jagd und Zug wenig bekannt. Dies birgt auf fachlicher Seite erhebliche Unsicherheiten und verursacht bei Naturschutzbehörden vielfach den Reflex, mit Verweis auf „Vorsorgeerwägungen“ WEA möglichst weitgehend abzuschalten. Mit dem Artenschutzrecht sind solche Vorsorgeaspekte aber nicht vereinbar.

- Andererseits bestehen auch auf rechtlicher Ebene erhebliche Unsicherheiten. Die erwähnte Signifikanzformel des Bundesverwaltungsgericht eröffnet, vorsichtig formuliert, Interpretationsspielräume¹⁸: In welchen Fällen sind danach Abschalt Auflagen überhaupt noch zulässig? Und wenn eine „signifikante“ Schlaggefahr im Ausnahmefall vorliegt: Ist bis 5, 6 oder gar 8 Meter /sec abzuschalten (vgl. oben)? Oder ist wegen der Einschätzungsprärogative gar jede der genannten Praxisbeispiele rechtlich zulässig? – Letzteres wäre kaum nachvollziehbar.
- Verstärkt werden fachliche wie rechtliche Unsicherheiten sodann durch die erwähnte Rechtsprechung zur Einschätzungsprärogative. Diese soll – für Fledermausaspekte fatal – auch Art und Umfang von Untersuchungserfordernissen betreffen. Insofern stehen u.a. zur Auswahl Totfundsuchen (vgl. Ausgangsfall), Horchboxen-Untersuchungen am Boden, Höhen-Monitoring bis hin zu Netzfängen von Fledermäusen¹⁹. Offenbar kann indessen keine der genannten Untersuchungen, wie es in der besprochenen Entscheidung anklingt, die Frage klären, wie hoch das Schlagwahrscheinlichkeit an einem bestimmten WEA-Standort ist²⁰. Immerhin: Die Rechtsprechung des OVG Magdeburg zeigt auch hier in die richtige Richtung: Lediglich bei konkreten Anhaltspunkten für besondere Gefährdungen einer jeweils geschützten Fledermausart kommen intensive Untersuchungen und ggf. anschließende Abschaltungen überhaupt nur in Betracht.
- Mit Verweis auf die Einschätzungsprärogative verweigerte dennoch jüngst ein Verwaltungsgericht gar, über die Auswirkungen auf Fledermäuse überhaupt nur Beweis zu erheben. Stattdessen wurde die Abschalt Auflage (auch dort bis 8 m/sec) zwar aufgehoben, dann aber *zur Neubescheidung an die Behörde verwiesen*²¹. Gerichtliche Aussagen zu der höchst praxisrelevanten Frage, in welchen Fallkonstellationen welche Untersuchungen zu Fledermäusen rechtlich geboten sind, erfolgten deshalb erneut nicht. Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung Schule machen wird oder aber, wofür manches spricht²², eine Arabeske bleibt.
- Anlass für Rechtsstreite bilden auch manche Auswüchse in der Praxis: So berichten WEA-Antragsteller zuletzt, Behörden würden Genehmigungen teils nur dann noch aushändigen, wenn sie vorab Abschaltzeiten oder ein Monitoring in einem einzureichenden artenschutzrechtlichen Fachbeitrag selbst be-

10. Siehe aber VG Greifswald, Urt. v. 06.06.2013 – 5 A 476-11; offen gelassen: VG Regensburg, Urt. v. 05.05.2011 – 7 K 10.881.

11. VG Magdeburg, Urt. v. 14.11.2011 – 1 A 19/10 MD.

12. Das OVG zitierte hier VG Halle, Urt. v. 23.11.2010 – 4 A 34/10.

13. OVG Magdeburg, Urt. v. 18.11.1998 – A 2 501/96.

14. VG Halle, Urt. v. 24.06.2010 und v. 23.11.2010 a.a.O.

15. VGH München, Urt. v. 19.02. 2009 – 22 BV 08.1164. Nur bei FFH-Gebieten kann bei Unsicherheiten über die Wirksamkeit von Schutz- und Kompensationsmaßnahmen ein Monitoring zulässig sein, wie das OVG Magdeburg mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05 ausführt (vgl. dazu schon VG Halle, Urt. v. 24.06.2010, a.a.O.).

16. VG Magdeburg, Urt. v. 05.12.2012 – 1 A 199/11 und 1 A 200/11

17. Zulassungsbeschlüsse v. 05.03.2014 – 2 L 15/13 und 2 L 5/13

18. Dazu Brandt, Die Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative im Kontext der Genehmigung von Windenergieanlagen, Jahrbuch Windenergierecht 2013 [K: WER], S 45 ff.

19. Vgl. dazu: Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von WEA in Nordrhein-Westfalen“ v. 12.11.2013; Handlungsempfehlungen zum Umgang mit Fledermäusen bei der Planung und Genehmigung von WEA in Brandenburg, Stand 13. Dezember 2010.

20. Dazu auch VG Halle, Urt. v. 15. Mai 2014 – 4 A 36/11.

21. VG Halle, Urt. v. 15. Mai 2014, a.a.O.

22. Siehe VG Greifswald, Urt. v. 06.06.2013, a.a.O., das in demselben Fall eine Neubescheidung explizit verwarf, da die Monitoring-Auflage keinen Einfluss auf einen (etwaigen) Verstoß gegen das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG habe: „Hat eine rechtswidrige Nebenbestimmung keinen Einfluss auf die Rechtswidrigkeit der erteilten Genehmigung, steht ihrer isolierten Aufhebung nichts entgegen“.

antrag haben oder auch das Einverständnis zu Monitoring oder Auflagenvorbehalt „freiwillig“ erklärten. Solches Gebaren ist rechtlich kaum haltbar. Ungeachtet dessen sollten in solchen Fällen entsprechende Antragsunterlagen oder auch eine Einverständniserklärung nach § 12 Abs. 2a BImSchG, gerade mit Blick auf die Rechtsprechung des OVG Magdeburg, wenn überhaupt, allenfalls unter (schriftlichem) Vorbehalt erfolgen²³.

Aus verwaltungsrechtlicher Sicht, nicht zuletzt aber auch aus naturschutzfachlicher Sicht versperren die eben erörterten Sach- und Rechtsfragen bei alledem den Blick auf die vielleicht wichtigste Frage, nämlich: Sind bei Verzicht auf Fledermaus-Nebenbestimmungen wie Abschaltung, Monitoring und Auflagenvorbehalte überhaupt relevante Auswirkungen auf einzelne, schlaggefährdete Fledermausarten zu erwarten²⁴, und falls ja: Sind namentlich Abschaltauflagen ein probates Mittel, dem entgegenzuwirken. Letzteres wird unter Naturschutzkreisen durchaus in Zweifel gezogen. Denn es ist bis heute nicht belegt, dass es durch den Betrieb von WEA – immerhin weit über 20.000 in Deutschland – zu Schlagopfern von Fledermäusen in solcher Anzahl kommt, dass WEA für die Bestände bzw. den Naturhaushalt ein relevanter Faktor sein könnten. Und selbst wenn man relevante Auswirkungen unterstellt, fehlt jeder Nachweis, dass Abschaltungen einzelner, vieler oder gar aller WEA in Deutschland geeignet und erforderlich sind, Abhilfe zu schaffen. In diesem Zusammenhang berichtete ein Fachgutachter bei Gericht von einem Windpark mit über 15 WEA in Sachsen-Anhalt, für den zunächst Fledermausuntersuchungen im Wert von weit über 100.000 EUR erfolgten und der hiernach während der Sommermonate mit Abschaltungen bei Windgeschwindigkeiten bis unter 8 m / sec beauftragt wurde. Dies führt dort *jährlich* zu Ertragsverlusten in Höhe von über 200.000 EUR. Aussage des Gutachters außerhalb des Protokolls: „Geben Sie mir die Hälfte dieser Gelder, und wir könnten hier so viel mehr für die Fledermausvorkommen machen ...“. Solche Aussagen bestätigen die zusehends geäußerte Kritik nicht nur bezogen auf Fledermäuse, dass allzu starre Vorgaben des europarechtlich motivierten Tötungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu ineffizienten Untersuchungen und fachlich unsinnigen Abschaltungen führen könnten. Sinnvoll(er) wären hier, wenn im Einzelfall Fledermäuse erheblich betroffen sind, vielfach Kompensationsmaßnahmen im Sinne der Eingriffs-Ausgleichsregelung (§§ 13 ff. BNatSchG). Das Artenschutzrecht und die dazu ergangene Rechtsprechung versperre für diesen Ansatz jedoch allzu oft den Blickwinkel – zum Nachteil der Fledermausfauna wie auch der Energiewende. Dies muss sich ändern.

17. Folgen der verspäteten Mitteilung nach § 46 Abs. 3 EEG 2009/2012

§ 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004/2006; §§ 27 Abs. 5 Satz 1, 38 Nr. 2, 46 Nr. 3 EEG 2009/2012

§ 46 Nr. 3 EEG 2009/2012 enthält keine Ausschlussfrist.

(Leitsatz der Redaktion)

OVG NRW, B. v. 10.2.2014 – 11 B 137/14 –; vorgehend VG Düsseldorf – 3 L 94/14 –

Aus den Gründen

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers, über die der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO nur im Rahmen der vom Antragsteller dargelegten Gründe befindet, ist unbegründet.

Das VG hat den Antrag des Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Ergebnis zu Recht abgelehnt. Es mag auf sich beruhen, ob der von der ersten Instanz verneinte Anspruch auf Ausstellung einer Bescheinigung nach § 27 Abs. 5 Satz 1 EEG 2009/2012 in der bis zum 31.12.2012 gültigen Fassung bereits aus Gründen des materiellen Rechts nicht gegeben ist. Denn es besteht jedenfalls kein Anordnungsgrund im Sinne des § 123 Abs. 1 VwGO, der eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz gebieten würde.

Der Antragsteller begehrt von der Antragsgegnerin die Ausstellung der fraglichen Bescheinigung, um gegenüber dem Netzbetreiber eine um jeweils 1,0 Cent pro Kilowattstunde erhöhte Vergütung – sog. Formaldehydbonus – geltend machen zu können. Er gibt an, diese Bescheinigung bis zum 28.2.2014 zu benötigen, weil er gemäß § 46 Nr. 3 EEG 2009/2012 dem Netzbetreiber die für die Endabrechnung des Vorjahres erforderlichen Daten zur Verfügung stellen müsse. Der Netzbetreiber hätte ihm mit E-Mail vom 4.12.2013 mitgeteilt, andernfalls „könne der Formaldehydbonus für das Jahr 2013 nicht, auch nicht nachträglich, vergütet werden (Ausschlussfrist)“. Abgesehen davon, dass in der als Ausdruck vorgelegten E-Mail des Netzbetreibers der Begriff einer „Ausschlussfrist“ keine Verwendung findet, ist die in § 46 Nr. 3 EEG 2009/2012 bestimmte Frist auch in der Sache keine solche Ausschlussfrist.

Der (Mehr)Vergütungsanspruch eines Anlagenbetreibers einer Biogasanlage nach § 16 EEG 2009/2012 erlischt nicht dadurch, dass der Anlagenbetreiber die Frist zur Mitteilung von Abrechnungsdaten nach § 46 Nr. 3 EEG 2009/2012 (unverschuldet) versäumt hat.

Die Fristenregelung in § 46 Nr. 3 EEG 2009/2012 geht zurück auf die wortgleiche Bestimmung des § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004/2006. Bereits die dort normierte Frist wurde gesetzgeberisch als „Obliegenheit“ angesehen, vgl. BT-Drucks. 16/2455, S. 10, weshalb davon ausgegangen wurde, dass ein Verstoß gegen diese Pflicht den Vergütungsanspruch nicht ausschließt, sondern eine rein objektivrechtliche Ordnungsfrist ist.

Vgl. Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 14a Rn. 11.

Insbesondere von der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde die Frist in § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004/2006 nicht als Ausschlussfrist bewertet.

Vgl. OLG S.-A., U. v. 22.12.2011 - 2 U 89/11 -, REE 2012, 34 = juris, Rn. 49 ff.

Hieran hat sich durch die Novellierung des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes nichts geändert. Die Regelung des § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG 2004/2006 wurde ohne Modifikation wortgleich in § 46 Nr. 3 EEG 2009/2012 übernommen. Es ist auch nicht zu erkennen, dass der Gesetzgeber der Fristenregelung einen anderen Wesensgehalt beimessen wollte. Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 18.2.2008 ist unter anderem ausgeführt: „Nummer 3 greift die zuvor in § 14a Abs. 2 Nr. 3 EEG normierte Obliegenheit auf, die für

23. Zu einem entsprechenden Fall: VG Halle, Urt. v. 24.06.2010, a.a.O.

24. Zu Recht hebt VG Halle, Urt. v. 15.05.2014, a.a.O., hervor: Nicht die Säugetiergruppe „Fledermäuse“ ist geschützt, sondern die jeweils einzelne Art [§ 7 Abs. 2 Nr. 13 b) aa) und 14 b) BNatSchG]. Dies verkennt die Praxis allzu häufig!