

VG Berlin, Beschluss vom 28.02.2020 - 24 L 365.19

**Fundstelle**

openJur 2020, 79113

Rkr: AmtlSlg: **Tenor**

- ¹ Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 12. August 2019 gegen den Bescheid des Bezirksamts Mitte von Berlin vom 9. August 2019 wird hinsichtlich Ziffer 1 wiederhergestellt und hinsichtlich Ziffer 3 angeordnet.
- ² Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.
- ³ Der Streitwert wird auf 567.500,- Euro festgesetzt.

Gründe

- ⁴ I.
- ⁵ Die Antragstellerin begehrt Eilrechtsschutz gegen die für sofort vollziehbar erklärte Anordnung, Vogelschutzfolien an einer Glasfassade anzubringen, und gegen eine diesbezügliche Zwangsmittellandrohung.
- ⁶ Sie ist Eigentümerin des Grundstücks Washingtonplatz 3 in 10557 Berlin und des darauf befindlichen Bürogebäudes "Cube Berlin" (Cube), welches eine quadratische Grundfläche mit 41 Metern Seitenlänge und eine Höhe von 51 Meter aufweist. Am 1. September 2017 erteilte das Bezirksamt Mitte von Berlin (Bezirksamt) der Antragstellerin die Baugenehmigung für den an den Außenfassaden vollständig verglasten Cube. In dem Genehmigungsbescheid zu dem mittlerweile nahezu fertiggestellten Gebäude sind unter anderem Auflagen des Umweltbereiches des Bezirksamts enthalten, jedoch keinerlei Feststellungen beziehungsweise Nebenbestimmungen zum Artenschutz.
- ⁷ Im November 2017 wurde der Artenschutzbereich des Bezirksamts auf das Bauvorhaben aufmerksam und trat mit der Antragstellerin in Kontakt, um den erwarteten Vogelschlag an den Glasflächen zu erörtern. Über mögliche Maßnahmen zur Vermeidung des Tötungsrisikos an den Glasfassaden des Cubes entwickelte sich über die folgenden eineinhalb Jahre ein Dialog, der zuletzt in einen Abstimmungstermin mit den Beteiligten am 31. Mai 2019 mündete. Das Bezirksamt gelangte hierbei zu der Ansicht, große Teile der Glasfassade stellten ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für anfliegende Vögel dar. Dieser Gefahr müsse durch Glasmarkierungen in Form von Folien begegnet werden. Nach Auffassung der Antragstellerin seien ein Bedrucken der Glasschwerter an den 4 Ecken bis circa einen halben Meter Breite, ein Lichtkonzept sowie eine Jalousiesteuerung zur Vermeidung des Vogelschlags ausreichend. Ein darüber hinausgehendes, signifikant erhöhtes Tötungsrisiko sei bislang nicht nachgewiesen und könne erst durch ein Monitoring festgestellt werden.
- ⁸ Die Antragstellerin legte daraufhin am 5. Juni 2019 - wie in der Abstimmung vereinbart - die artenschutzrechtliche Einschätzung für das Bauvorhaben vom 27. Februar 2018 vor, die sie selbst in Auftrag gegeben hatte. Darin bewertete der Diplomforstingenieur S... das Kollisionsrisiko und den Vogelschlag an den spiegelnden Glasflächen des Cube:
- ⁹ "Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko kann durch das intensiv urbane Umfeld mit erwartungsgemäß quantitativ geringem Aufkommen an Vögeln im Umfeld mit dem derzeitigen Kenntnisstand nicht nachgewiesen werden."
- ¹⁰ Gleichwohl unterbreitete Herr D... die Handlungsempfehlung, die Westfassade bis auf Höhe der dort geplanten Baumbepflanzung und die transparenten Eckbereiche am gesamten Gebäude durch Beklebungen an den Scheiben beziehungsweise durch Jalousien zu entschärfen. Zur Quantifizierung der tatsächlichen Kollisionen solle ein über zwei Jahre angelegtes Monitoring durchgeführt werden.
- ¹¹ Als es daraufhin nicht zu einem einvernehmlichen Ausgleich der unterschiedlichen Ansichten kam, erließ das Bezirksamt am 9. August 2019 gegen die Antragstellerin eine Ordnungsverfügung zur Fassadengestaltung. Unter Fristsetzung bis zum 30. September 2019 verpflichtete es die Antragstellerin, an allen vier Gebäudeecken, jeweils drei Meter ausgehend von der senkrechten Gebäudekante, an der gesamten Südfassade sowie an der Westfassade bis zur Höhe von mindestens 20 Meter flächige Markierungen von als hoch wirksam geprüften Mustern anzubringen (Ziffer 1). Bezüglich dieser Muster verwies das Bezirksamt auf die Ergebnisse eines standardisierten Testverfahrens der Wiener Naturschutzbehörde, welche über einen eingefügten Internet-Link abrufbar seien. Ferner erklärte das Bezirksamt diese Anordnung für sofort vollziehbar (Ziffer 2) und drohte für den Fall der nicht fristgerechten Ausführung eine Ersatzvornahme an, deren Kosten auf vorläufig "350.000 Euro" veranschlagt wurden (Ziffer 3), wobei in der Begründung allerdings auf eine Kalkulation Bezug genommen wurde, die Kosten in Höhe von 1.135.000,- Euro ausweist.

- ¹² Zur Begründung heißt es in dem Bescheid, die Fassadengestaltung mit den Vogelschutzfolien sei notwendig, um der signifikant erhöhten Tötungsgefahr zu begegnen, welche von den vollflächig verspiegelten Außenfassaden ausginge. Für die Glasflächen der Südseite sei mit einer die Vögel irritierenden, realitätsnahen Spiegelung des Himmels zu rechnen, wohingegen bei der Westfassade die dort befindliche beziehungsweise geplante Baumbepflanzung gespiegelt werde und zu einer deutlich erhöhten Kollisionsgefahr führen werde. Hinsichtlich der übrigen Fassadenflächen sei ebenfalls mit einer deutlichen Erhöhung des Tötungsrisikos zu rechnen, diesbezüglich müsse jedoch aufgrund der Prognoseunsicherheit ein Monitoring abgewartet werden. Aufgrund des gut dokumentierten Berliner Wildvogelbestandes mit seinen Flugrouten und Flugzeiten sei bei einer derart gestalteten Glasfassade von einem erhöhten Vogelschlagrisiko auszugehen. So würden von den Berliner Vogelwarten und von anderen Berliner Ornithologen regelmäßig Daten im ornithologischen Bericht für Berlin gesammelt und zusammengefasst. Bei der Bewertung des Vogelschlagrisikos seien darüber hinaus maßgebliche Landschaftsfaktoren zu berücksichtigen. So befänden sich in einer Entfernung von 150 bis 220 Meter größere Baumbestände bzw. in 20 bis 130 Meter Entfernung stünden weitere Einzel- und Straßenbäume. Der Große Tiergarten als Lebensraum für Vögel sei ebenfalls nur 450 Meter entfernt.
- ¹³ Die Markierungen mittels Folien hätten sich in dem Testverfahren der Wiener Naturschutzbehörde als hochwirksam und damit geeignet herausgestellt. Andere gleich geeignete Vermeidungsmaßnahmen stünden nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft nicht zur Verfügung. Unter Beachtung des grundgesetzlich verankerten Tierschutzes sei die Vorgabe von Vogelschutzfolien angemessen und ließen die Glasfront weitestgehend unverändert.
- ¹⁴ Der Artenschutz und damit auch die Beachtung des naturschutzrechtlichen Tötungsverbots sei nicht Bestandteil des bauordnungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens und stehe deshalb in der Eigenverantwortung des Bauherrn. Insofern sei die Anordnung auch vor dem Hintergrund der bestandskräftigen Baugenehmigung für das Gebäude zulässig.
- ¹⁵ Die Anordnung der sofortigen Vollziehung stütze das Bezirksamt auf einen möglicherweise jahrelang andauernden Rechtsstreit, welcher einer Vielzahl von Vögeln das Leben kosten würde. Der mit Schriftsatz vom 12. August 2019 erhobene Widerspruch der Antragstellerin wurde durch den Antragsgegner bislang nicht beschieden.
- ¹⁶ Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung richtet sich der Eilrechtsschutzantrag vom 19. August 2019, mit dem die Antragstellerin die offensichtliche Rechtswidrigkeit des Bescheides geltend macht. Aufgrund der Bezugnahme auf eine Mehrzahl von Folienmustern im Internet verstoße die getroffene Regelung gegen das Bestimmtheitsgebot, weil der Antragsgegner die Mittelauswahl nicht dem Adressaten überlassen dürfe. Ferner stelle sich die Anordnung als Teilrücknahme der Baugenehmigung dar, die in die Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörde falle und deshalb als Rücknahme dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht und nicht dem speziellen Naturschutzrecht unterliege. Jedenfalls verstoße die Fassadengestaltung des Cubes nicht gegen das naturschutzrechtliche Tötungsverbot. Zwar stehe der Behörde im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum zu, jedoch unterliege sowohl das methodische Vorgehen als auch die Ermittlungstiefe einer uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Insbesondere hinsichtlich der erforderlichen Bestandserfassung sei vorliegend von einem Beurteilungsausfall auszugehen. Das Bezirksamt habe den Sachverhalt nicht nach wissenschaftlichen Maßstäben ermittelt und seine Anordnung deshalb auf keine ausreichend fundierte Tatsachenbasis stützen können. Es liege keine vorhaben- beziehungsweise standortbezogene Erfassung zum Vorkommen geschützter Arten vor. Einer Umgestaltung der Fassade stehe außerdem das Urheberrecht des Entwurfsarchitekten entgegen. Die mehrfach gekippte Fassade in Verbindung mit ihrer reflektierenden Oberfläche stelle ein übergeordnetes Gestaltungselement dar, welches das Gebäude wesentlich präge. Eine derartige Veränderung stehe einer Entstellung beziehungsweise einer Beeinträchtigung gleich, die abstimmungspflichtig mit dem Architekten sei.
- ¹⁷ Aufgrund dieser rechtlichen Gesichtspunkte bestehe an der vorläufigen Vollziehung des offensichtlich rechtswidrigen Bescheides kein öffentliches Interesse. Selbst wenn man die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als offen bewerten würde, müsse bei der Abwägung von Suspensiv- und Vollzugsinteressen berücksichtigt werden, dass der Antragsgegner seit Dezember 2017 genügend Zeit gehabt habe, standortbezogene Feststellungen zu treffen. Insbesondere sei es der Antragstellerin nicht zuzumuten, durch eine vorläufige Maßnahme mit Kosten von 1,1 Million Euro für das Anbringen der Folien belastet zu werden und im Falle eines Obsiegens in der Hauptsache weitere Kosten von circa 2 bis 2,5 Millionen Euro für die technisch aufwendige Beseitigung der Folien hinnehmen zu müssen.
- ¹⁸ Die Antragstellerin beantragt wörtlich,

- ¹⁹ die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs vom 12. August 2019 gegen die Ordnungsverfügung mit Androhung der Ersatzvornahme des Bezirksamts Mitte von Berlin, Geschäftszeichen: UmNat 118-1442-0136-17, vom 9. August 2019, anzuordnen.
- ²⁰ Der Antragsgegner beantragt,
- ²¹ den Antrag zurückzuweisen.
- ²² Zur Begründung führt er aus, mit der Auswahl des konkreten Folienmusters sei der Antragstellerin lediglich eine ästhetische Entscheidung überlassen worden, worunter die Bestimmtheit der Regelung nicht leide. Sowohl die ökologische Bestandsaufnahme als auch die Bewertung des Tötungsrisikos unterfielen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Fachbehörde. Im vorliegenden Fall sei die allgemeine Erkenntnislage zum regelmäßig erhobenen Vogelbestand in Berlin in Verbindung mit den Standortfaktoren des Cubes ausreichend, um die Gefährdung des Vogelschlags abzuschätzen. Diese Bewertung werde zudem von mehreren Monitoring-Berichten gestützt, die für ähnlich verglaste Gebäude, wie beispielsweise dem Sony-Center am Potsdamer Platz oder dem Neuen Kranzler-Eck am Kurfürstendamm, ebenfalls ein signifikant erhöhtes Vogelschlagrisiko dokumentierten. Von einer standortbezogenen Bestandserfassung am Cube sei kein weiterer Erkenntnisgewinn zu erwarten.
- ²³ II.
- ²⁴ 1. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist hinsichtlich Ziffer 1 (Vogelschutzfolien) des Bescheides vom 9. August 2019 gemäß § 88 i.V.m. § 122 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) auslegungsbedürftig und als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Var. i.V.m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO zulässig und begründet.
- ²⁵ Die Begründung der Vollziehungsanordnung entspricht mit ihrem Bezug auf das gravierende, fortbestehende Vogelschlagrisiko zwar noch den formellen Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO und weist insbesondere den erforderlichen Einzelfallbezug auf. In materieller Hinsicht erweist sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung jedoch als nicht tragfähig. Im Rahmen des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO, bei dem das Gericht eine eigene Ermessensentscheidung zu treffen hat, sind die widerstreitenden Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Maßgeblich hierfür sind zunächst die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Ist bei der danach gebotenen summarischen Prüfung davon auszugehen, dass der Rechtsbehelf in der Hauptsache voraussichtlich Erfolg haben wird, überwiegt regelmäßig das private Aussetzungsinteresse des Antragstellers. Nach diesen Grundsätzen überwiegt das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts, da an der Rechtmäßigkeit der Anordnung in Ziffer 1 des Bescheids vom 9. August 2019, flächige Markierungen an mehreren Fassadenflächen anzubringen, ernstliche Zweifel bestehen.
- ²⁶ Entgegen der von der Antragstellerin vertretenen Rechtsauffassung bestehen allerdings in formeller Hinsicht keine durchgreifenden Zweifel an der Bestimmtheit der Ordnungsverfügung. Denn diese nimmt eindeutig Bezug auf den abrufbaren Internetlink zu den Folienmustern. Auch in der dadurch eröffneten Auswahlmöglichkeit hinsichtlich des konkreten Folienmusters ist keine die Antragstellerin belastende Verletzung des Bestimmtheitsgebotes zu sehen.

- ²⁷ Die naturschutzrechtliche Anordnung stellt auch - anders als die Antragstellerin meint - keine Teilrücknahme der bestandkräftigen Baugenehmigung dar, die an § 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVfG), das gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung Anwendung findet, zu messen wäre. Zum einen enthält die Baugenehmigung des Bezirksamts vom 1. September 2017 weder eine artenschutzrechtliche Feststellung oder Nebenbestimmung, noch ist erkennbar, dass der Artenschutzbereich des Bezirksamts in den Genehmigungsprozess eingebunden war. Zum anderen gehört die Prüfung artenschutzrechtlicher Belange bei Sonderbauten wie dem Cube (§ 2 Abs. 4 Nr. 1 der Bauordnung für Berlin - BauO Bln) nicht zum bauordnungsrechtlichen Prüfprogramm gemäß § 64 BauO Bln. Öffentlich-rechtliche Anforderungen außerhalb des Baurechts sind gemäß § 64 Satz 1 Nr. 3 BauO Bln nur dann zu berücksichtigen, wenn das betreffende Fachrecht für den Fall eines Baugenehmigungsverfahrens diesem die Prüfung des materiellen Fachrechts zuweist. Sowohl im Bundesnaturschutzgesetz als auch im Berliner Naturschutzgesetz fehlt jedoch eine solche aufdrängende Zuweisung. Damit steht die Beachtung des Artenschutzes im Ausgangspunkt im Verantwortungsbereich des Bauherrn. Der vorliegenden Baugenehmigung fehlt es damit an einer artenschutzrechtlichen Bindungswirkung. Anders als beispielsweise im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, welches konzentrierend auch das Artenschutzrecht umfasst (§ 13 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes - BImSchG), kann die Naturschutzbehörde deshalb hier auf die naturschutzrechtliche Generalklausel (§ 3 Abs.2 des Bundesnaturschutzgesetzes - BNatSchG) zurückgreifen, ohne - wie bei der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts gemäß § 48 VwVfG - auf Fälle nachträglicher Sachverhaltsänderung, neuer Erkenntnisse zu bestimmten Gefahren oder späterer Rechtsänderungen beschränkt zu sein (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 - [12 LB 125/18](#) -, juris Rn. 49).
- ²⁸ Als Rechtsgrundlage kommt allein die naturschutzrechtliche Generalklausel gemäß §3 Abs. 2 BNatSchG hier in Verbindung mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in Betracht. Nach dieser Vorschrift überwachen die zuständigen Behörden die Einhaltung der Vorschriften des BNatSchG und der auf seiner Grundlage erlassenen Vorschriften und treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen. Davon ist auch das tierschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG umfasst, wonach es verboten ist, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Zu diesen besonders geschützten Arten zählen gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 13 a) und b) bb) BNatSchG alle europäischen Vogelarten.
- ²⁹ Das Tötungsverbot des §44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist grundsätzlich individuenbezogen zu verstehen. Es ist schon dann erfüllt, wenn die Tötung eines Exemplars der besonders geschützten Art nicht im engeren Sinne absichtlich erfolgt, sondern sich als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Handelns erweist. Dass in einer Großstadt einzelne Exemplare besonders geschützter Arten durch Kollisionen mit Glasflächen zu Schaden kommen können, lässt sich bei lebensnaher Betrachtung nie völlig ausschließen. Solche kollisionsbedingten Einzelverluste müssen ebenso als unvermeidlich hingenommen werden wie Verluste im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens. Vor diesem Hintergrund bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welcher die Kammer folgt, einer einschränkenden Auslegung der Vorschrift des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG dahingehend, dass der Tötungsverbotstatbestand nur erfüllt ist, wenn sich das Tötungsrisiko für die betroffenen Tierarten durch das Vorhaben in signifikanter Weise erhöht. Dafür genügt es nicht, dass im Einflussbereich des Vorhabens überhaupt Tiere der geschützten Art angetroffen worden sind; erforderlich sind vielmehr Anhaltspunkte dafür, dass sich das Tötungsrisiko durch das Vorhaben signifikant, also deutlich gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko erhöht (vgl. BVerwG, Urteil vom 27.6.2013 - [4 C 1/12](#) -, juris Rn. 11 unter Hinweis auf Urteil vom 12.3.2008 - [9 A 3.06](#) -, juris Rn. 219). Ob ein solches spezifisches Risiko vorliegt, kann nicht ohne naturschutzfachliche Einschätzung beurteilt werden, soweit sich dies nach außerrechtlichen, nämlich naturschutzfachlichen Kriterien richtet. Nach außerrechtlichen Kriterien beurteilt sich insbesondere, wie der Bestand der geschützten Tiere zu bestimmen und die Wahrscheinlichkeit zu ermitteln ist, dass ein geschütztes Tier bei Realisierung des zur Genehmigung stehenden Vorhabens getötet wird (BVerfG, Beschl. vom 23.10.2018 - [1 BvR 2523/13](#), [1 BvR 595/14](#) -, juris Rn. 32).

- ³⁰ Bei der Beurteilung des Tötungsrisikos steht dem Gericht - entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 - 4 C 1/12 -, juris Rn. 14 ff.) - keine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 des Grundgesetzes - GG) resultiert für die Gerichte die grundsätzliche Pflicht, die behördliche Entscheidung vollständig zu überprüfen. Dies gilt selbst dann, wenn unterhalb der gesetzlichen Vorgaben keine normativen Konkretisierungen für die fachliche Beurteilung solcher gesetzlicher Tatbestandsmerkmale bestehen. In diesem Fall müssen sich Behörde und Gericht zur fachlichen Aufklärung dieser Merkmale unmittelbar der Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis bedienen (BVerfG, a.a.O., Rn. 19). Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen. Es verbleibt dann die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, ob der Behörde bei der Ermittlung und Anwendung der von ihr aus dem Spektrum des Vertretbaren gewählten fachlichen Methode Verfahrensfehler unterlaufen, ob sie anzuwendendes Recht verkennt, von einem im Übrigen unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgeht, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt (BVerfG, a.a.O., Rn. 30).
- ³¹ Ausgehend hiervon erweist sich die Einschätzung des Bezirksamts zur signifikant erhöhten Tötungsgefahr hinsichtlich der relevanten Glasfassadenteile im Ergebnis summarischer Prüfung als rechtsfehlerhaft.
- ³² Zu prüfen ist zunächst, ob es in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die fachliche Beurteilung des Vogelschlagrisikos bei Glasfassaden fehlt (vgl. Eichberger: Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, 1560 ff., insb. 1565 und Dolde: Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative - Normkonkretisierung tut not!, NVwZ 2019, 1567 ff., insb. 1567 f.). Diese Frage lässt sich im Eilrechtsverfahren nicht eindeutig beantworten.
- ³³ Maßgebliche Anhaltspunkte zum Stand der naturschutzfachlichen Diskussion ergeben sich aus dem - auch vom Antragsgegner in Bezug genommenen - Bericht der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten als eines der ältesten Fachgremien, welches von den Fachbehörden der Länder getragen wird, vom 14. Februar 2019 zum Thema "Vermeidung von Vogelverlusten an Glasscheiben. Bewertungsverfahren zur Abschätzung der Gefährdung von Vögeln durch Kollisionen an Glasfassaden" (Bericht). Ziel des Berichts ist es, Schwellenwerte für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko zu ermitteln und - insbesondere für die Planungsphase - ein einfach handhabbares Bewertungsverfahren zum Vogelschlagrisiko an Bauwerken und Gebäudeteilen zu entwickeln (Bericht, S. 3). Die Feststellungen des Berichts deuten vorläufig eher den Prozess zukünftiger Erkenntnisgewinnung an und enthalten nur bedingt gesicherte Erkenntnisse zu den fachwissenschaftlichen Problemen. So werden Signifikanzschwellen unter Bezugnahme auf eine (einzige) amerikanische Studie aus dem Jahr 2014 angesetzt und als Empfehlung für drei grobe Bauwerkskategorien hochgerechnet. Hinsichtlich des entwickelten Bewertungsschemas nebst Checkliste wird zusammenfassend (Bericht, S. 26) festgestellt, "Neuland" betreten zu haben und eingeräumt, dass eine standardisierte Herangehensweise die vielfältigen Wechselwirkungen von Glasflächen, Lichtverhältnissen, Transparenz, Reflektion, Vegetation und Umgebung mit einem Bauwerk selten vollständig abbilden kann und deshalb nicht allen Einzelfällen gerecht wird. Die Ursachen von Vogelschlag seien nämlich "in ihrer Komplexität und Wechselwirkung der Ursachen noch nicht vollständig geklärt" (Bericht, S. 26). Im Zweifelsfall könnten die Bewertungen durch ein Monitoring überprüft werden (Bericht, S. 26). Unter einem Monitoring ist die Suche nach Kollisionsopfern und Anflugspuren zu verstehen, die nach den Ausführungen der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten die "einzige derzeit erprobte Methode zur Untersuchung von Vogelkollisionen an Gebäuden" (Bericht, S. 11) darstellt.
- ³⁴ Es kann im Ergebnis offen bleiben, ob man die von der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten entwickelte standardisierte Herangehensweise bereits als gefestigten Stand der Wissenschaft zum Vogelschlagrisiko ansieht, was zur Folge hat, dass die Einschätzung des Tötungsrisikos der vollen richterlichen Kontrolle unterliegt. Denn auch wenn man dies verneint und sich die gerichtliche Prüfung - der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgend - mithin auf eine Plausibilitätskontrolle beschränkt, ergibt sich im Ergebnis keine andere Einschätzung.
- ³⁵ Legt man zugrunde, dass das von der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten entwickelte Bewertungsschema nebst Checkliste den aktuellen Stand der Wissenschaft darstellt, erweist sich die vom Antragsgegner zugrunde gelegte Einschätzung des Tötungsrisikos nach summarischer Prüfung wegen eines Ermittlungsdefizits als rechtsfehlerhaft. Zur hinreichend verlässlichen Ermittlung des Vogelschlagrisikos wäre es nämlich erforderlich gewesen, ein Monitoring durchzuführen.

- ³⁶ Zur Begründung des von ihm angenommenen Vogelschlagrisikos nimmt das Bezirksamt - ohne Erhebungen zum konkreten Standort durchgeführt zu haben - im Wesentlichen auf die Beschaffenheit der Glasfassade des Cubes, das allgemeine Berliner Vogelauflommen (Witt/Steiof, Rote Liste und Liste der Brutvögel von Berlin, 3. Fassung, 15.11.2013, Berliner ornithologische Berichte 23, 2013, S. 1 ff.; Berliner Beobachtungsbericht für 2017, Berliner ornithologische Berichte 28, 2018, S. 42 ff.) und eine rudimentäre Beschreibung der Umgebungsbebauung und nahegelegener Baumbestände Bezug. Weiter verweist es auf Erhebungen zum Vogelschlag an Gebäuden wie zum Beispiel dem Sony-Center am Potsdamer Platz (2018) und dem Quartier Neues Kranzler-Eck (2018), von denen es annimmt, sie seien mit dem Cube vergleichbar. Schließlich führt es unter Zugrundelegung der von der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten entwickelten Checkliste (vgl. Bericht, S. 27) an, dass bei einer einheitlichen Fassade oder Fassadenabschnitten mit mehr als 75 % Glasfläche das Risiko eines Vogelschlages als sehr hoch einzuschätzen ist. Eine vollständige und nachvollziehbare Prüfung der Fassade des Cubes anhand des Bewertungsschemas (vgl. Bericht, S. 28 - 32) hat es hingegen nicht vorgenommen.
- ³⁷ Im Ausgangspunkt ist die Annahme des Bezirksamts, wonach das Vogelschlagrisiko am Cube aufgrund der nahezu vollständigen Verglasung seiner Fassadenelemente als sehr hoch einzuschätzen ist, ohne weiteres nachvollziehbar und deckt sich mit der entsprechenden Einschätzung der von der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten entwickelten Checkliste, in der zur Eigenschaft "> 75 % Glasfläche und/oder großflächige Scheiben > 6 m²" das Risiko als "sehr hoch - nur mit Schutzmaßnahmen" beschrieben ist (Bericht, S. 27). Dieser Umstand allein vermag die vom Bezirksamt vorgenommene Bewertung des Vogelschlagrisikos jedoch nicht zu tragen. Die Checkliste, die eine "einfache Abschätzung der Risiken" (Bericht, S. 27) ermöglichen soll, ist nämlich in erster Linie zum Einsatz in einer frühen Planungsphase entwickelt worden. Soweit sie auch "zur schnellen Beurteilung bestehender Bauten" (Bericht, S. 27) verwendet wird, ist sie lediglich dazu bestimmt, "eine Basis für eine vertiefende Prüfung" (Bericht, S. 27) zu bieten. Wie bereits erwähnt ist für eine valide Risikoeinschätzung im Rahmen der vertiefenden einzelfallbezogenen Prüfung jedoch neben dem Faktor "Glasflächen" (s. hierzu Bericht, S. 20) eine Vielzahl weiterer Faktoren - wie Lichtverhältnisse, Transparenz, Reflexion, Vegetation und Umgebung - zwingend zu berücksichtigen, die in vielfältigen Wechselwirkungen zueinander stehen und zu Sondersituationen führen können (Bericht, S. 26). Dabei stellt nach dem Bericht bei verbleibenden Zweifeln die Durchführung eines Monitorings das probate Mittel zur weiteren Sachverhaltsaufklärung dar (Bericht, S. 26).
- ³⁸ Das Bezirksamt hat jedoch zur Bewertung des Kollisionsrisikos neben dem Anteil der frei sichtbaren Glasfläche des Cubes kaum weitere einzelfallbezogene Erwägungen angestellt. So findet sich keine Auseinandersetzung mit der im Bewertungsschema als Prüfungspunkt vorgegebenen Fassadengestaltung. Angesichts der außergewöhnlichen Fassadengestaltung des Cubes mit seinen dreidimensional aus der Fassade hervortretenden Bauelementen mit unterschiedlichen Formen und Neigungswinkeln, die zu einer Vielzahl teilweise spiegelverkehrter Reflexionen und Spiegelungen führen, drängt sich eine nähere Erforschung der Frage, inwiefern sich dies auf das Flugverhalten von Vögeln auswirkt, jedoch geradezu auf. Auch hat das Bezirksamt keine hinreichend tiefgehende Erfassung und Bewertung der maßgeblichen Umgebungskriterien (vgl. Bericht, S. 31) vorgenommen. Dabei spricht unter Anwendung der diesbezüglichen Kriterien des Bewertungsbogens vieles dafür, dass im Fall des Cubes eine Sondersituation vorliegt, die ein Monitoring erfordert. So befindet sich der Cube mittig auf dem Washingtonplatz am Hauptbahnhof und ist damit in eine nahezu vollständig versiegelte Umgebung eingebettet, die keine nennenswerte Vegetation aufweist. Im Norden begrenzt der Berliner Hauptbahnhof das Areal und im Westen eine dichte Bebauung mit mehrgeschossigen Gebäuden, die durch eine Gruppe von noch kleinen Zierbäumen unterbrochen wird. Im Süden verläuft in einem Abstand von etwa 60 Metern die Spree. Kleinere Baumgruppen befinden sich südwestlich in einer Entfernung von etwa 150 bis 250 Metern. Der Spreebogenpark im Süden des Cubes, welcher über einen vereinzelt Baumbewuchs verfügt, liegt jenseits der Spree in einem Abstand von mehr als 100 Metern. Mehr als 400 Meter entfernt beginnen südlich des Cubes erste Ausläufer des Tiergartens. In dem Bewertungsschema zur Beurteilung des Kollisionsrisikos wird im Bericht zur kritischen Entfernung von Bäumen und Gehölzen zum Bauwerk eine "pragmatisch[e]" Grenze von 50 Metern angesetzt. Diese Festlegung folge der Einsicht, dass die in nordamerikanischen Quellen genannte Entfernung von circa 100 Meter in Deutschland das Risiko flächendeckend erhöhen würde, "da kaum ein Bauwerk über 100 m von Bäumen oder Gebüsch entfernt steht" (Bericht, S. 28). In der vollständig versiegelten näheren Umgebung des Cubes fehlt es jedoch selbst im Radius von gut 100 Metern an nennenswerten Baumbeständen.

- ³⁹ Auf das Vorliegen eines Aufklärungsdefizits deutet im Übrigen auch die artenschutzrechtliche Einschätzung des Diplomforstingenieurs S... vom 27. Februar 2018 hin, der zwar für Schwachstellen (Westfassade, Eckbereiche) ein potentielles Risiko sieht, dieses jedoch durch ein Monitoring näher aufzuklären empfiehlt. Abgesehen davon hält auch er aufgrund des intensiven urbanen Umfeldes mit erwartungsgemäß quantitativ geringem Aufkommen an Vögeln derzeit ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für nicht nachgewiesen.
- ⁴⁰ Die aufgezeigten Ermittlungsdefizite vermag der Antragsgegner auch nicht durch den von ihm angestellten Vergleich mit Erkenntnissen auszugleichen, die aufgrund eines jeweils bereits durchgeführten Monitorings zu den Standorten Neues Kranzler-Eck und Potsdamer Platz vorliegen. Vielmehr bestätigen die dazu von Seiten des Antragsgegners vorgelegten Monitoringberichte, dass das Vogelschlagrisiko komplexe Ursachen hat und grundsätzlich einzelfallabhängig zu bewerten sein dürfte. Neben diversen Erhebungsunsicherheiten ließ sich beim Neuen Kranzler-Eck als Hauptursache eine nach Westen ausgerichtete freistehende Glaswand ausmachen, an der etwa 90 % aller dokumentierten Anprallspuren festgestellt wurden. Die übrigen, großflächigen Verglasungen an den Fassaden blieben vergleichsweise unauffällig. Aus der Vogelschlagdokumentation zum Sony-Center am Potsdamer Platz ergibt sich die unmittelbare Nähe zum Tiergarten als maßgeblicher Faktor. Einerseits waren insbesondere die zum Tiergarten ausgerichteten Gebäudefassaden von festgestellten Anflügen betroffen, sowie die Einflugschneise aus Richtung Tiergarten. Darüber hinaus scheinen die innerhalb des Gebäudekomplexes festgestellten Anflüge auf Vögel hinzudeuten, die Probleme mit dem gefahrlosen Verlassen der Bebauung haben (vgl. Auswertebereiche der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz, Bl. 259 ff. der Gerichtsakte). Sowohl das Neue Kranzler-Eck als auch das Sony-Center am Potsdamer Platz weisen damit Standortfaktoren auf, die signifikant von jenen des Cubes am Hauptbahnhof abweichen. Abgesehen von dem gemeinsamen Merkmal einer großflächigen Glasfassade lässt sich aus diesen Dokumentationen keine zwingende Vergleichsargumentation ableiten. Unter Außerachtlassung der dargelegten jeweiligen besonderen Standortfaktoren, ließe sich - entsprechend der Argumentation des Bezirksamtes - für nahezu jede großflächige Glasfassade Berlins das Anbringen von Vogelschutzfolien begründen.
- ⁴¹ Auch wenn man zugrunde legt, dass das von der Länderarbeitsgemeinschaft Vogelschutzwarten entwickelte standardisierte Bewertungsverfahren nebst Checkliste keine allgemein anerkannte Methode für die fachliche Beurteilung des Vogelschlagrisikos darstellt, ergibt sich nichts anderes. Denn wie bereits dargelegt ist auch im Rahmen der dann anzustellenden Plausibilitätskontrolle vom Gericht unter anderem zu prüfen, ob die Behörde von einem unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgeht. Das Unterlassen des - wie vorstehend dargelegt - im Fall des Cubes gebotenen Monitorings stellt sich in diesem Fall als umso gravierender dar, als dieses - wie im Bericht ausgeführt - die derzeit einzige erprobte Methode zur Untersuchung von Vogelkollisionen und damit des Tötungsrisikos darstellt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hinsichtlich des Vorliegens eines Ermittlungsdefizits auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.
- ⁴² Sprechen bereits die ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides für ein Überwiegen der privaten Interessen des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs, so wird dieses Abwägungsergebnis - auch wenn man offene Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren unterstellt - selbständig tragend von einer Gewichtung der übrigen Aussetzungs- und Vollziehungsinteressen bestätigt. Kann bislang - wie dargelegt - nicht von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko durch Vogelschlag ausgegangen werden, verliert das öffentliche Vollziehungsinteresse, den Tod einer großen Anzahl von Vögeln während eines jahrelangen Rechtsstreits zu verhindern, erheblich an Gewicht. Hinzukommt, dass - nachdem die Fassade des Cubes mittlerweile weitgehend fertiggestellt ist - ein Monitoring auch kurzfristig Aufschluss über das tatsächliche Vogelschlagrisiko geben könnte. Dies hatte die Antragstellerin bereits im Verwaltungsverfahren, aber auch im Gerichtsverfahren angeboten und in Aussicht gestellt, im Falle entsprechender Vogelschlagzahlen Vermeidungsmaßnahmen zu ergreifen. Ein Monitoring an der Fassade erscheint aufgrund der gut zugänglichen und verhältnismäßig übersichtlichen Fassade des Cubes als unschwer möglich und dürfte über einen Zeitraum von etwa zwei bis drei Monaten, so wie am Potsdamer Platz beziehungsweise dem Neuen Kranzler-Eck, in einem überschaubaren Zeitrahmen zu belastbaren Zahlen führen. Angesichts der Prognoseunsicherheiten steht die aufwendige und kostenintensive Anbringung von Vogelschutzfolien im Vergleich zu den möglichen Maßnahmen zur weiteren Sachverhaltsaufklärung außer Verhältnis. Laut der vorläufigen Kalkulation einer Fachfirma entstünden hierdurch Kosten in Höhe von etwa 1.135.000,- Euro. Im Falle eines Obsiegens in der Hauptsache wäre die Antragstellerin zusätzlich darauf verwiesen, die Folien zu einem bisher noch nicht kalkulierten Preis entfernen zu lassen.

- ⁴³ 2. Der gegen die sofort vollziehbare Zwangsmittelandrohung in Form einer Ersatzvornahme (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO in Verbindung mit § 4 Abs. 1 S. 1 des Berliner Gesetzes zur Ausführung der VwGO) gerichtete Antrag ist zulässig und begründet. Nachdem sich die zugrundeliegende Anordnung, Folien an der Glasfassade anzubringen, - wie bereits ausgeführt - im Ergebnis summarischer Prüfung als rechtswidrig erweist, besteht insoweit, aber auch bezüglich der übrigen bereits gewichteten Aspekte ein überwiegendes Interesse der Antragstellerin an der Aussetzung der Vollziehung der darauf bezogenen Zwangsmittelandrohung.
- ⁴⁴ 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, die Festsetzung des Wertes des Verfahrensgegenstandes beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG, wobei das Gericht für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Hälfte des für das Hauptsacheverfahren anzusetzenden Auffangstreitwertes festgesetzt hat.