

13. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde

BauGB § 35 Abs. 3 S. 3; BNatSchG § 44 Abs. 1 Nr. 1; § 45 Abs. 7

1. In materieller Hinsicht muss eine regionalplanerische Festsetzung von Konzentrationsflächen für Windkraftanlagen der Nutzung der Windenergie in substantieller Weise Raum verschaffen, auf einem schlüssigen Gesamtkonzept beruhen und auch im Übrigen abwägungsfehlerfrei sein.

2. Bei der Frage, ob Windenergieanlagen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren einer (besonders) geschützten Art verursachen, steht der Genehmigungsbehörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu; die gerichtliche Prüfung ist insoweit grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt.

3. Eine solche Rücknahme der Kontrolldichte setzt allerdings voraus, dass vonseiten der Behörde eine den wissenschaftlichen Maßstäben und den vorhandenen Erkenntnissen entsprechende Sachverhaltsermittlung vorgenommen worden ist (vgl. Nds. OVG, Beschl. v. 18.04.2011 - 12 ME 274/10 -, NuR 2011, 431).

4. Das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (§ 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a. F.) kann auch dann verletzt sein, wenn sich durch die Tötung einzelner Exemplare der Erhaltungszustand der lokalen Population der betroffenen Art nicht verschlechtert.

(Amtliche Leitsätze)

OVG Magdeburg, U. v. 26.10.2011 - 2 L 6/09 -; vorgehend VG Halle, U. v. 25.11.2008 - 2 A 4/07HAL - (Revision zugelassen)

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten um die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von 17, hilfsweise 10 Windkraftanlagen. Die Klägerin beantragte am 27.10.2005 (Unterschriftsdatum: 30.08.2005) beim Beklagten die Genehmigung von 17 Windenergieanlagen des Typs Enercon E-70 E 4 mit einer Nennleistung von je 2.000 KW, einer Nabenhöhe von 113,5 m, einer Gesamthöhe von 149 m und einem Rotordurchmesser von 71 m. Die dafür vorgesehene Fläche befindet sich etwa 1,6 bis 2,8 km nordwestlich der geschlossenen Ortslage der Beigeladenen zu 1 auf deren Gemeindegebiet. Nach Ankündigung des Beklagten, den Genehmigungsantrag aus artenschutzrechtlichen Gründen abzulehnen, bat die Klägerin mit Schriftsatz vom 24.10.2006 darum, zunächst 10 Windenergieanlagen zu genehmigen, die jeweils Abstände von mehr als 1.000 m zu einem kartierten Schwarzmilanhorst einhielten.

Mit Bescheid vom 07.12.2006 lehnte der Beklagte den Genehmigungsantrag (insgesamt) ab und führte zur Begründung aus: Dem öffentlichen Belang des Artenschutzes sei gegenüber dem privaten Interesse der Klägerin der Vorrang einzuräumen. Das Vorhaben sei mit dem Schutz des Rot- und Schwarzmilans sowie von Fledermäusen nicht vereinbar.

Zur Begründung ihrer am 04.01.2007 erhobenen Klage hat die Klägerin u. a. vorgetragen: [Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]

Mit dem angefochtenen Urteil vom 25.11.2008 hat das Verwaltungsgericht den Beklagten verpflichtet, der Klägerin die beantragte Genehmigung zur Errichtung von 17 Windenergieanlagen zu erteilen und zur Begründung ausgeführt: [Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]

Aus den Gründen:

1. Die zulässige Berufung des Beklagten ist begründet.

1. Die Verpflichtungsklage ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die begehrte immissionsschutzrechtliche Genehmigung (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO), weil ihrem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG), und zwar auch dann, wenn es auf die im ersten Hilfsantrag bezeichneten 10 Anlagen beschränkt wird. Das Vorhaben ist insgesamt bauplanungsrechtlich unzulässig.

Die von der Klägerin geplanten 17 Windenergieanlagen, die im Außenbereich errichtet werden sollen und deren Zulässigkeit deshalb nach § 35 BauGB zu beurteilen ist, sind bauplanungsrechtlich unzulässig.

1.1. Die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit des raumbedeutsamen Vorhabens folgt mittlerweile bereits daraus, dass es den Zielen der Raumordnung widerspricht (§ 35 Abs. 3 Sätze 2 und 3 BauGB). Für Vorhaben dieser Art ist mittlerweile als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3, Halbsatz 2 BauGB erfolgt.

Die Beigeladene zu 2 hat am 27.05.2010 und 26.10.2010 den REP Halle beschlossen, der mit Verfügungen vom 20.07.2010, 04.10.2010 und 18.11.2010 des Ministeriums für Landesentwicklung und Verkehr des Landes Sachsen-Anhalt als oberster Landesplanungsbehörde gemäß § 7 Abs. 6 Sätze 2 und 3 LPIG LSA genehmigt wurde und nach der gemäß §§ 11 Abs. 1 ROG, 7 Abs. 7 LPIG LSA vorgeschriebenen Bekanntmachung/Veröffentlichung in den Amtsblättern der kreisfreien Stadt Halle (Saale) und der betroffenen Landkreise mit der letzten Bekanntmachung im Amtsblatt des Landkreises Saalekreis am 21.12.2010 in Kraft getreten ist. Das Vorhaben der Klägerin liegt außerhalb der 28 Vorranggebiete für die Nutzung der Windenergie mit der Wirkung von Eignungsgebieten und der 6 Eignungsgebiete für die Nutzung der Windenergie, welche die Beigeladene zu 2 gemäß § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 und 3 i. V m. Satz 2 ROG in diesem Plan festgesetzt hat. Er liegt insbesondere außerhalb des Vorranggebiets III (G), das sich nordöstlich der Ortslage der Beigeladenen zu 1 und ca. 3 km östlich des von der Klägerin für ihr Vorhaben gewählten Gebiets befindet, und auf dem bereits ein großer Windpark errichtet ist. Der Regionalplan lässt (derzeit) auch keine wirksamkeitshindernden formellen oder materiellen Mängel erkennen.

In materieller Hinsicht muss eine regionalplanerische Festsetzung von Konzentrationsflächen für Windkraftanlagen der Nutzung der Windenergie in substantieller W Raum verschaffen, auf einem schlüssigen Gesamtkonzept beruhen und auch im Übrigen abwägungsfehlerfrei sein (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 4.02 -, BVerwGE 118, 33; Urt. d. Senats v. 14.05.2009 - 2 L 255/06 -, Juris).

1.1.1. Der REP Halle verschafft der Nutzung der Windenergie in substanzieller W Raum. Diese Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urt. v. 14.05.2009, a.a.O.) dann erfüllt, wenn bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung die ausgewiesenen Konzentrationsflächen nach ihrer Zahl und Größe einen beachtlichen Teil der potenziell für die Windkraftnutzung in Betracht kommenden Fläche ausmachen und mit hinreichender Sicherheit zur Errichtung von Windkraftanlagen führen, die nach ihrer Anzahl und Energiemenge auch mit Blick auf den Bundesdurchschnitt geeignet sind, einen gewichtigen und den allgemein anerkannten energiepolitischen Zielsetzungen nicht offensichtlich widersprechenden Beitrag zur Erhöhung des Anteils regenerativer Energien an der Gesamtenergieerzeugung zu leisten. Diesen Anforderungen genügt der REP Halle.

Nach der von der Beigeladenen zu 2 erstellten Flächenbilanz (vgl. S. 103 f. der Planbegründung [Beiakte VV]) hat die gesamte Planungsregion eine Fläche von 371.200 ha, von denen 330.958 ha als Ausschlussflächen eingestuft wurden. Von den verbliebenen 232 Restflächen mit einer Größe von zusammen 40.242 ha wurden 87 Potenzialflächen mit einer Gesamtgröße von 15.705 ha ermittelt. Als Vorranggebiete für die Nutzung der Windenergie wurde eine Fläche von insgesamt 3.658 ha ausgewiesen, was einen Anteil von ca. 1 % an der Gesamtfläche der Planregion ausmacht. Als Eignungsgebiete für die Nutzung der Windenergie wurde eine Fläche von 70 ha ausgewiesen, was einen Flächenanteil von etwa 0,02 % entspricht. In der Planungsregion ergibt sich - bei Zugrundelegung eines Flächenbedarfs von 10 ha je WEA - eine Anzahl von 372 WEA mit einer Gesamtleistung von 1.860 MW. Die Beigeladene zu 2 ging auf der Grundlage der Angaben des Deutschen Windenergie-Instituts (DEWI) mit Stand vom 30.06.2009 davon aus, dass auf Bundesebene 20.674 Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von 24.694 MW vorhanden waren. Davon befanden sich in Sachsen-Anhalt 2.143 Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von 3.153 MW. Bezogen auf den jeweiligen Flächenanteil

der Planungsregion errechnete die Beigeladenen zu 2 im Verhältnis zum gesamten Bundesgebiet den Faktor 2,2 und im Verhältnis zum gesamten Land Sachsen-Anhalt einen Faktor von 2,9 für die 2-MW-Klasse und von 4,4 für die 3-MW-Klasse.

1.1.2. Die Planung der Beigeladenen zu 2 lässt auch ein schlüssiges Gesamtkonzept erkennen. Sie hat eine „Konzeption zur Ermittlung von Gebieten zur Nutzung der Windenergie“ in ihrer Planungsregion aufgestellt (vgl. Beiakte W, S. 128), in der ihre Vorgehensweise zur Ermittlung dieser Gebiete, die Anwendung von Ausschlusskriterien sowie von Windpotenzialdaten und eines Kriteriums zur Mindestgröße (Stufe 1), eine Einzelfallprüfung (Stufe 2) und die Ausweisung der geeigneten Fläche als Vorrang- oder als Eignungsgebiet (Stufe 3) dargestellt sind.

1.1.3. Die Entscheidung der Beigeladenen zu 2 das Vorranggebiet für die Nutzung der Windenergie VRG 111 (G) kleiner auszuweisen als es der erste Planentwurf noch vorsah mit der Folge, dass der hier streitige Vorhabenstandort nicht (mehr) in einer Konzentrationszone für die Nutzung der Windenergie liegt, lässt keinen Abwägungsmangel erkennen.

a) Dabei ist zunächst in Rechnung zu stellen, dass es einer Planung immanent ist, dass der vom Planungsträger letztlich beschlossene Plan anders aussehen kann als ein Entwurf.

b) Die Abwägungsentscheidung, den Vorhabenstandort nicht als Konzentrationszone für die Nutzung der Windenergie auszuweisen, beruht entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht auf einer naturschutzfachlich fehlerhaften Sachverhaltsermittlung.

Die Beigeladene zu 2 hat sich insoweit maßgeblich auf das Gutachten zu ausgewählten Avifauna- und Fledermausvorkommen in der Planungsregion Halle des Planungsbüros Dr. W gestützt, Der Gutachter hat darin u. a. für den Rotmilan allgemein Abstandskriterien zu Windenergieanlagen auf der Ebene der Raumordnung dargestellt (vgl. S. 33). Unter Bezugnahme auf die Abstandsempfehlung der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW) von 2007 hat er einen Tabubereich von 1.000 m um langjährig genutzte Horststandorte definiert und die Reduzierung des Abstands nur in Ausnahmefällen, etwa bei Repowering und nachweislich geringer Gefährdung der Rotmilane als möglich eingeschätzt. Er hat weiter einen Prüfbereich von 4.000 m (Empfehlung der Oberen Naturschutzbehörde beim Beklagten) bzw. 6.000 m (Empfehlung der LAG VSW 2007) angenommen, wobei sichergestellt sein müsse, dass pro Brutpaar im Horst-Umfeld mindestens 80 bis 125 ha geeignete oder auswertbare und von Windparks unbeeinträchtigte Nahrungshabitate zur Verfügung stehen, und dass in nachgewiesenen bedeutenden/existenziellen Nahrungshabitaten im Prüfbereich sowie in nachgewiesenen stark genutzten, traditionellen Flugrouten zwischen Horststandort und existenziellen Nahrungshabitaten keine Windenergieanlagen errichtet werden. Der Gutachter hat weiter dargelegt, dass die Einstufung von Nahrungshabitaten in Bedeutungsstufen im Rahmen der Raumordnung nur pauschalen Orientierungswert besitzen könne. In Rahmen der Genehmigungsplanung seien brutpaarbezogene Kartierungen der Habitatqualität/Habitatnutzung zu empfehlen im Abgleich mit landesweiten Daten und/oder Monitoring-Ergebnissen, um langfristige Aussagen treffen zu können. Zum Schwarzmilan hat der Gutachter ausgeführt, dass dieser aus nicht geklärten Gründen scheinbar weniger von Kollisionen betroffen sei als der Rotmilan, obwohl ihm ein ausgeprägtes Meideverhalten nicht nachzuweisen sei. Da die Art in Sachsen-Anhalt nicht gefährdet sei, sei nur eine untergeordnete Relevanz gegeben, so dass ein Abstand von 1.000 m gerechtfertigt erscheine und ein höherer Prüfbereich nicht erforderlich sei, zumal der Schwarzmilan als der „fleißigere Baumeister“ von den beiden Milanarten gelte und relativ schnell neue Horststandorte erschließe. Bezogen auf den in Rede stehenden Bereich „G West“ hat der Gutachter aufgrund der Tatsache, dass mehrere dauerhaft genutzte Horste von störungssensiblen Großvogelarten bekannt seien, die Empfehlung ausgesprochen (vgl. S. 77), einen Abstand von den relevanten Strukturen einzuhalten und den Biotopkomplex „Wüstung L“ nicht mit Windenergieanlagen zu umstellen (Freihal-

ten eines Flugkorridors). In der zusammenfassenden Empfehlung (S. 80) heißt es weiter, für das Prüfgebiet G West bestünden „einschränkende Argumente“ u. a. dergestalt, dass Abstände zu Niststätten von Rot- und Schwarzmilan im Bereich Wüstung L, dem geplanten NSG „Rote Welle“ und darüber hinaus (außerhalb des 1.000 m Radius) eingehalten werden und dass ein breiter Flugkorridor zwischen den beiden Prüfgebieten („G/Ihlewitz“ und „G West“) wegen des Vogelzugs allgemein und für Abendsegler-Arten — speziell für den Kleinen Abendsegler — zwischen W und Wüstung L und in Fortführung in Richtung P freigehalten werden solle, in der Abbildung 15 (S. 81) hat der Gutachter — rot umrandet — den Bereich des Prüfgebiets „G West“ dargestellt, in dem — bei Zugrundlegung eines Radius von 1.000 m um bekannte Horststandorte — aus naturschutzfachlicher Sicht eine Nutzung der Windenergie möglich ist.

Die vom Gutachter Dr. W zugrunde gelegten Bestanderfassungen sowie die herangezogenen Abstandskriterien sind naturschutzfachlich nicht zu beanstanden (siehe hierzu die unter Ziffer 2.1 folgenden Ausführungen). Die Beigeladene zu 2 hat die darauf beruhenden Empfehlungen bei ihrer Abwägungsentscheidung über die potenziellen Windeignungsgebiete im Bereich G zugrunde gelegt, um den Konflikt in Bezug auf die Avifauna zu reduzieren (vgl. Nr. 210 der Tabelle Einzelfallprüfung und Abwägung der Restflächen aus der Stufe 1, S. 6820 der Verwaltungsvorgänge der Beigeladenen zu 2, Hauptakte Band X). Dabei ist es nicht zu beanstanden, dass sie darauf verzichtet hat, in dem vom Gutachter im Rahmen der Regionalplanung für möglich erachteten Grenzen, d. h. unter Beachtung der Tabubereiche von 1.000 m um vorhandene Horste, eine verkleinerte Fläche des Gebiets „G West“ als Konzentrationszone für Windenergieanlagen auszuweisen. Der Planungsträger darf grundsätzlich auch größere Schutzabstände bzw. Pufferzonen um bestimmte Tabubereiche festlegen, solange im Plangebiet der Nutzung der Windenergie in substanzieller W Raum verschafft wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 — 4 CN 2.07 —, NVwZ 2008, 559). Dies ist — wie bereits ausgeführt — bei der Regionalplanung der Beigeladenen zu 2 der Fall.

c) Unabhängig von den artenschutzrechtlichen Gesichtspunkten hat die Beigeladene zu 2 weiter berücksichtigt, dass sich Teile der Restfläche im Nordwesten in einer Entfernung von weniger als 5.000 m zum Eignungsgebiet für die Nutzung der Windenergie „Drohndorf Freckleben-Mehringen“ befindet, das im Regionalen Entwicklungsplan für die benachbarte Planungsregion Harz ausgewiesen wurde (vgl. nochmals Nr. 210 der Tabelle Einzelfallprüfung und Abwägung der Restflächen aus der Stufe 1, S. 6820). Nach dem Abstandskriterium A 14 der „Konzeption zur Ermittlung von Gebieten zur Nutzung der Windenergie“ sollen die Abstände von Eignungs-/Vorranggebieten für die Nutzung der Windenergie untereinander mindestens 5.000 m betragen, um die Dominanz der Anlagen auf ein landschaftlich verträgliches Maß zu verringern. Dies begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. Zwar hat der Senat die Anwendung eines solchen Abstandskriteriums für unzulässig gehalten, wenn dies in der W geschieht, dass innerhalb eines bestimmten Radius um bestehende Windparks die Ausweisung eines anderen Vorrang- bzw. Eignungsgebiets für die Nutzung von Windenergie von vorn herein ausgeschlossen sein soll, weil es dann an der erforderlichen Abwägungsoffenheit fehlt (vgl. Urt. d. Senats v. 23.07.2009 — 2 L 302/06 —, ZNER 2009, 312, RdNr. 47 f. in Juris; vgl. auch BVerwG, Besen!. v. 23.07.2008 4 B 20.08 —, ZfBR 2008, 808; Beseht, v. 21.07.2010 — 4 B 73.09 Juris). Das in Rede stehende Abstandskriterium hat die Beigeladene zu 2 hier aber nicht als (absoluten) Ausschlussgrund definiert, wie dies etwa bei Wohnbebauung oder sonstigen Tabuflächen möglich ist; sie hat das Kriterium vielmehr auf der Stufe 2 (Einzelfallprüfung und Abwägung der verbleibenden Flächen > 5 ha) in ihre Planung einfließen lassen. Bei der Abwägung, ob der Ostteil oder der Westteil des Gebiets 210 (G) als Konzentrationszone ausgewiesen werden soll, hat die Beigeladene zu 2 maßgeblich darauf abgestellt, dass die Fläche im Westteil im Gegensatz zur Fläche im Ostteil keinen Bestand aufweist, son-

dem lediglich ein Antrag gestellt sei, und dass bei Ausweisung des Ostteils ein mögliches Repowering am gleichen Standort erfolgen und dem Interesse der Anlagenbetreiber nachgekommen werden könne. Zudem sei ein großer Teil der Fläche im Ostteil bereits planerisch durch Bauleitpläne gesichert (vgl. die Dokumentation der Abwägungen potenziell geeigneter Flächen untereinander, S. 7010 der Verwaltungsvorgänge der Beigeladenen zu 2, Hauptakte Band X). Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden.

1.1.4. Der Senat sieht aus Anlass des vorliegenden Verfahrens auch keinen Anlass, in eine weitergehende Prüfung der Rechtswirksamkeit des REP Halle einzutreten. Es ist nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte und folgt auch nicht aus der Sachaufklärungspflicht nach § 86 Abs. 1 VwGO, bei Plänen gleichsam ungefragt auf Fehlersuche zu gehen (vgl. BVerwG, Urt. v. 07.09.1979 – 4 C 7.77 –, DVBl 1980, 230; Urt. v. 03.12.1998 – 4 CN 3.97 –, BVerwGE 108, 71, RdNr. 21 in Juris; Beschl. v. 04.10.2006 – 4 BN 26.06 –, NVwZ 2007, 223).

1.2. Ist durch den REP Halle eine Ausweisung von Konzentrationsflächen an anderer Stelle erfolgt, sind die beantragten Windkraftanlagen auch nicht ausnahmsweise aufgrund der Besonderheiten vor Ort planungsrechtlich zulässig. Zwar lässt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB derartige Ausnahmen zu, weil danach einem Vorhaben im Falle der Ausweisung von Konzentrationsflächen an anderer Stelle öffentliche Belange nur „in der Regel“ entgegenstehen. Eine Abweichung von dieser Regel ist aber im vorliegenden Fall nicht geboten.

Die Vorschrift ermöglicht die Feindifferenzierung, für die das Abwägungsmodell auf der Stufe der Raumplanung naturgemäß keinen Raum lässt; sie verlangt, dass unter Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten das private Interesse an der Errichtung einer Windkraftanlage den öffentlichen Belangen der Nutzungskonzentration an anderer Stelle gegenübergestellt wird. Während der Gesetzgeber mit dem Tatbestandsmerkmal „entgegenstehen“ die besondere Bedeutung der Privilegierung hervorhebt, die tendenziell zu Gunsten des Vorhabens zu Buche schlägt, bringt er mit der Regel-Ausnahme-Formel in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zum Ausdruck, dass außerhalb der Konzentrationsflächen dem Freihalteinteresse grundsätzlich der Vorrang gebührt. Diese Wertung darf nicht im Zulassungsverfahren konterkariert werden. Eine Abweichung im Einzelfall ist zwar möglich, sie steht aber unter dem Vorbehalt, dass die Konzeption, die der Planung zugrunde liegt, als solche nicht in Frage gestellt wird. Das mit der Ausweisung an anderer Stelle verfolgte Steuerungsziel darf nicht unterlaufen werden. Was die vom planerisch erfassten Regelfall abweichende Sonderkonstellation ausmacht, lässt sich nicht in eine allgemeine Formel kleiden. Die Atypik kann sich etwa daraus ergeben, dass die Windkraftanlage wegen ihrer Größe oder wegen ihrer Funktion z. B. als einem anderen privilegierten Vorhaben zugeordnete Nebenanlage besondere Merkmale aufweist, die sie aus dem Kreis der Anlagen herausheben, deren Zulassung der Planungsträger hat steuern wollen. Auch Bestandsschutzgesichtspunkte können von Bedeutung sein. Ist in der Nähe des vorgesehen Standorts bereits eine in zulässiger W errichtete Windenergieanlage vorhanden, so kann dies bei der Interessenbewertung ebenfalls zum Vorteil des Bauantragstellers ausschlagen. Ferner können es die kleinräumlichen Verhältnisse rechtfertigen, von der auf den gesamten Planungsraum bezogenen Beurteilung des Planungsträgers abzuweichen. Ist aufgrund topographischer oder sonstiger Besonderheiten eine Beeinträchtigung der als stömpfindlich und schutzwürdig eingestuften Funktionen des betreffenden Landschaftsraums nicht zu besorgen, so widerspricht es der Zielrichtung des Planvorbehalts ebenfalls nicht, das Vorhaben zuzulassen (vgl. zum Ganzen: BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 [302 f.]). Solche besonderen Umstände sind hier nicht erkennbar.

2. Die Klage hat auch mit den weiteren Hilfsanträgen keinen Erfolg, mit denen die Klägerin die Feststellung begehrt, dass der Ablehnungsbescheid des Beklagten vom 07.12.2006 insgesamt oder

zumindest hinsichtlich 10 der beantragten Windenergieanlagen rechtswidrig gewesen ist.

2.1. Der Antrag ist zwar nach dem auf Verpflichtungsklagen entsprechend anwendbaren § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO statthaft und auch sonst zulässig. Insbesondere hat die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass die Ablehnung der von ihr beantragten Genehmigung rechtswidrig gewesen ist. Ein solches Feststellungsinteresse besteht insbesondere dann, wenn der Betroffene wegen eines erledigten Verwaltungsakts im Hinblick auf dessen – behauptete – Rechtswidrigkeit Ansprüche auf Schadensersatz oder Entschädigung geltend machen will und die Verfolgung solcher Ersatzansprüche nicht offensichtlich aussichtslos ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.10.1987 – 4 C 35.85 –, NVwZ 1988, 1120). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Klägerin hat dargelegt, dass sie beabsichtige, gegen den Beklagten vor den Zivilgerichten Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Sie habe bereits notarielle Verträge über den Kauf von Grundstücken im Vorhabengebiet abgeschlossen, die durch Auffassungsvormerkungen abgesichert seien. Es erscheint nicht offensichtlich aussichtslos, dass die Klägerin hieraus Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche ableiten kann.

2.2. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist jedoch nicht begründet. Der Beklagte hat die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu Recht versagt. Insoweit ist der Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses maßgeblich (vgl. BVerwG, Beschl. v. 07.05.1996 – 4 B 55.96 –, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 286), hier also das Inkrafttreten des REP Halle am 21.12.2010, der aus den oben dargelegten Gründen die Erteilung der begehrten Genehmigung ausschließt. Aber auch vor Inkrafttreten des Regionalplans hatte die Klägerin keinen Anspruch auf Genehmigung ihres Vorhabens. Es war deshalb bauplanungsrechtlich unzulässig, weil ihm der öffentliche Belang des Naturschutzes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) entgegenstand. Das Vorhaben war mit dem gebotenen Schutz jedenfalls des Rotmilans im Einwirkungsbereich der geplanten Windkraftanlagen nicht zu vereinbaren.

Bei der Anwendung des § 35 Abs. 1 BauGB – insbesondere zur Beurteilung naturschutzfachlicher Belange – bedarf es einer nachvollziehenden Abwägung. Dort sind die öffentlichen Belange je nach ihrem Gewicht und dem Grad ihrer nachteiligen Betroffenheit einerseits und das Kraft der gesetzlichen Privilegierung gesteigert durchsetzungsfähige private Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens andererseits einander gegenüberzustellen, und es ist eine zweiseitige Interessenbewertung vorzunehmen (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.01.2005 – 4 C 5.04 BVerwGE 122, 364 [366], m. w. Nachw.). Der Gesetzgeber hat die in § 35 Abs. 1 BauGB aufgezählten Vorhaben zwar in planähnlicher W dem Außenbereich zugewiesen und ihnen damit im Vergleich zu sonstigen Vorhaben ein gesteigertes Durchsetzungsvermögen gegenüber den berührten öffentlichen Belangen zuerkannt. Mit der Privilegierung hat er aber noch keine Entscheidung über den konkreten Standort des jeweiligen Vorhabens getroffen. Dies überlässt er vielmehr einer im bauaufsichtlichen oder immissionsschutzrechtlichen Verfahren erfolgenden Prüfung anhand des Maßstabs, ob der Zulassung des Vorhabens öffentliche Belange entgegenstehen (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.01.1984 – 4 C 43.81 –, BVerwGE 68, 311 [315]).

Bei der hiernach vorzunehmende Prüfung und Abwägung gelangte der Beklagte zu Recht zu dem Ergebnis, dass dem öffentlichen Belang des Arten-, insbesondere des Vogelschutzes als Unterfall des Naturschutzes Vorrang vor dem Vorhaben der Klägerin einzuräumen war.

2.2.1. Wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. Urt. v. 16.08.2007 – 2 L 610/04 –, Juris, m. w. Nachw.) kommt es in diesem Zusammenhang nicht allein darauf an, ob der Bereich, in dem Windenergieanlagen errichtet werden sollen, einem Europäischen Vogelschutzgebiet im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 7 BNatSchG oder einem sog. faktischen Europäischen Vogelschutzgebiet angehört. An dem Belang des Schutzes einer bestimmten Vogelart kann die Errichtung eines bevorzugt im Außenbereich zulässigen Bauvorha-

bens auch außerhalb solcher Gebiete scheitern. Die den Vogel- und Artenschutz betreffenden rechtlichen Regelungen in ihrer Gesamtheit schließen die Annahme einer derart beschränkten Wirkkraft des auf Vogelarten bezogenen Artenschutzes aus.

2.2.2. Im Rahmen der nach § 35 Abs. 1 und 3 BauGB gebotenen Abwägung ist das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (§ 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a. F.) von maßgeblicher Bedeutung. Danach ist es verboten, 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. Der Rotmilan (*Milvus milvus*) gehört zu der danach geschützten Gruppe (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 13 a) und 14 a) BNatSchG i. V. m. dem Anhang A der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 09.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels (ABl. L 61 vom 03.03.1997, S. 1, ABl. L 100 vom 17.04.1997, S. 72, ABl. L 298 vom 01.11.1997, S. 70, ABl. L 113 vom 27.04.2006, S. 26), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 709/2010 der Kommission vom 22.07.2010 (ABl. L 212 vom 12.08.2010).

Der Tötungstatbestand ist nach der Rechtsprechung des EuGH auch dann erfüllt, wenn sich die Tötung als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns erweist (EuGH, Urt. v. 20.10.2005 Rs. C-6/04 Sig. 2005, 1-9017). Dass einzelne Exemplare besonders geschützter Arten durch Kollisionen mit Windkraftanlagen bzw. deren Rotorblättern zu Schaden kommen können, ist allerdings bei lebensnaher Betrachtung nie völlig auszuschließen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 — 9 A 14.07 —, BVerwGE 131, 274 [301 f.], RdNr. 91) ist der artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungstatbestand (§ 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a. F., § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) dann nicht erfüllt, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit dem Vorhaben im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden. Der Verbotstatbestand ist zwar individuenbezogen; dass einzelne Exemplare etwa durch Kollisionen zu Schaden kommen, reicht aber nicht aus. Soll das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis werden, ist vielmehr zu fordern, dass sich das Risiko des Erfolgs eintritts in signifikanter W erhöht, wobei Maßnahmen, mittels derer solche Kollisionen vermieden oder dieses Risiko zumindest minimiert werden soll, einzubeziehen sind. Gemeint ist eine „deutliche“ Steigerung des Tötungsrisikos. Dafür genügt es nicht, dass im Eingriffsbereich überhaupt Tiere der (besonders) geschützten Art angetroffen worden sind; erforderlich sind vielmehr Anhaltspunkte dafür, dass sich das Risiko eines Vogelschlages durch das Vorhaben deutlich und damit signifikant erhöht (BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 — 4 C 12.07 —, NuR 2009, 789 [797], RdNr. 42).

Da zur fachgerechten Beurteilung dieser Frage ornithologische Kriterien maßgeblich sind, die zu treffende Entscheidung prognostische Elemente enthält und überdies naturschutzfachlich allgemein anerkannte standardisierte Maßstäbe und rechenhaft handhabbare Verfahren fehlen, muss der zuständigen Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuerkannt werden (vgl. zum Planfeststellungsverfahren BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 — 9 A 5.08 BVerwGE 136, 291 [318], RdNr. 113). Die gerichtliche Prüfung ist insoweit grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 — 9 A 3.06 NuR 2008, 633). In den die Verkehrsinfrastruktur betreffenden Planfeststellungsverfahren hat das Bundesverwaltungsgericht dies mit folgenden Erwägungen begründet (vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, a.a.O., S. 295 ff., RdNr. 64 ff.):

„Die artenschutzrechtliche Prüfung hat – bei der Erfassung wie bei der Bewertung möglicher Betroffenheiten – nach ausschließlich wissenschaftlichen Kriterien zu erfolgen. Dabei erfordern die insoweit maßgeblichen rechtlichen Fragestellungen, z. B. ob eine „erhebliche Störung“ einer Art vorliegt und ob ihre Population in einem „günstigen Erhaltungszustand“ verweilt, ökologische Bewertungen und Einschätzungen, für die nähere normkonkretisierende Maßstäbe fehlen. Anders als in anderen Bereichen des Umweltrechts, wie etwa dem Bundes-Immissionsschutzgesetz mit inzwischen 36 Durchführungsverordnungen und weiteren Verwaltungsvorschriften (TA Luft, TA Lärm), in denen solche Maßstabsetzung in hohem Maße erfolgt ist, hat der Normgeber im Bereich des Artenschutzes bislang weder selbst noch durch Einschaltung und Beauftragung fachkundiger Gremien insoweit auch nur annähernd hinreichende Vorgaben für den Rechtsanwender aufgestellt. Dieser ist daher auf – außerrechtliche – Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen. Deren Erkenntnisstand ist aber in weiten Bereichen der Ökologie ebenfalls noch nicht so weit entwickelt, dass sie dem Rechtsanwender verlässliche Antworten liefern können (vgl. hierzu Vallendar, UPR 2008, 1 ff.). Vielfach handelt es sich um Erkenntnisse von Fachgutachtern aus Anlass anderer Projekte, die jeweils als Beleg für die eigene Einschätzung zitiert werden. Hinzu treten einzelne breiter angelegte Forschungsprojekte. Standardisierungsversuche, wie z. B. die des Bundesamtes für Naturschutz (BfN) zu den Fachkonventionen bei der FFH-Verträglichkeitsprüfung (Lambrecht/Trautner, Juni 2007), die die Billigung staatlicher Fachgremien (z. B. der LANA) gefunden haben, sind noch selten. Bei zahlreichen Fragestellungen steht – jeweils vertretbar – naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten.

Dieser Befund hat Bedeutung für alle Ebenen der naturschutzfachlichen Prüfung, die (zumindest auch) Wertungen einschließen, also sowohl bei der ökologischen Bestandsaufnahme als auch bei deren Bewertung, namentlich bei der Quantifizierung möglicher Betroffenheiten und bei der Beurteilung ihrer populationsbezogenen Wirkungen. Es liegt auf der Hand, dass das Ergebnis der als gesetzliches Erfordernis unverzichtbaren Bewertung unterschiedlich ausfallen kann, je nachdem welches methodische Vorgehen und welche Kriterien und Maßstäbe angewandt werden (vgl. bereits das Urteil des Senats vom 9. Juni 2004, S. 51 f.). Wenn und solange die ökologische Wissenschaft sich insoweit nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist, fehlt es den Gerichten an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, eine naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständig beratenen Planfeststellungsbehörde als „falsch“ und „nicht rechtens“ zu beanstanden. Deren Annahmen sind daher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Sie sind vom Gericht hinzunehmen, sofern sie im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden. Insoweit steht der Planfeststellungsbehörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits für verschiedene vergleichbare Fragestellungen anerkannt ist. Von daher ist eine naturschutzfachliche Meinung einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie umfangreichere oder aufwändigere Ermittlungen oder „strengere“ Anforderungen für richtig hält. Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird. Die artenschutzrechtlichen Vorschriften verlangen vom Vorhabenträger bzw. von der Planfeststellungsbehörde nicht, bei wissenschaftlichen Unsicherheiten oder Meinungsverschiedenheiten Forschungsaufträge zu vergeben oder Untersuchungen anzustellen, deren Aufwand und wissenschaftlicher Anspruch letztlich auf solche hinauslaufen. Nehmen sie insoweit einen nach aktuellem Erkenntnisstand fachwissenschaftlich

vertretbaren Standpunkt ein, so ist dagegen rechtlich nichts zu erinnern.

Dies bedeutet nicht, dass der Verwaltung insoweit Freiräume ohne gerichtliche Kontrolle zugebilligt würden. Auch die Überprüfung behördlicher Einschätzungsprärogativen ist wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz, nämlich bezogen auf die Einhaltung der (oben dargestellten) rechtlichen Grenzen des behördlichen Einschätzungsspielraums, und genügt damit den verfassungsrechtlichen Erfordernissen. Der Prüfungsmaßstab bei der gerichtlichen Kontrolle behördlicher Einschätzungsprärogativen trägt lediglich in Ansatz und Umfang den Sachgegebenheiten Rechnung, die sich aus der jeweiligen materiellen (nationalen wie gemeinschaftsrechtlichen) Rechtslage ergeben.“

Diese vom Bundesverwaltungsgericht zum Planfeststellungsverfahren entwickelten Grundsätze gelten auch für das immissionschutzrechtliche Genehmigungsverfahren, wobei eine solche Rücknahme der Kontrolldichte allerdings voraussetzt, dass vonseiten der Behörde eine den wissenschaftlichen Maßstäben und den vorhandenen Erkenntnissen entsprechende Sachverhaltsermittlung vorgenommen wurde (NdsOVG, Besetz, v. 18.04.2011 — 12 ME 274/10 —, NuR 2011, 431). Der Befund, dass bei zahlreichen Fragestellungen — jeweils vertretbar — naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung steht, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten, gilt in Genehmigungsverfahren gleichermaßen. Gerade die Bewertung, wann ein — bestehendes — Tötungs- oder Verletzungsrisiko „signifikant“ erhöht ist, lässt sich nicht im strengen Sinne „beweisen“, sondern unterliegt einer wertenden Betrachtung (vgl. OVG RP, lin. v. 28.10.2009 — 1 A 10200/09 —, NuR 2010, 348 [350, 351], RdNr. 42, 52 in Juris).

Ausgehend von diesen Grundsätzen war die Einschätzung des Beklagten, dass dem Vorhaben der Klägerin artenschutzrechtliche Gründe deshalb entgegenstehen, weil durch die Windenergieanlagen bei der Greifvogelart Rotmilan das Tötungs- und Verletzungsrisiko signifikant erhöht wird, nach den bis zum Inkrafttreten des REP Ralle vorliegenden gutachtlichen Stellungnahmen rechtlich nicht zu beanstanden.

Nach dem avifaunistischen Gutachten der Planungsgemeinschaft M wurde in den Jahren 2004/2005 im Gehölz am L-Teich in ca. 520 m Entfernung zur nächstgelegenen geplanten Windenergieanlage ein Brutplatz des Rotmilans festgestellt. Ein weiterer Brutplatz befand sich im östlich an das Untersuchungsgebiet angrenzenden „Hangwald“, wo ein Rotmilanpaar mit Revier anzeigendem Verhalten beobachtet wurde, ohne dass allerdings ein Horst entdeckt wurde. Im Frühjahr 2006 kartierte die Ö. GbR alle Horste, die für den Rotmilan als Brutplatz in Frage kamen. Nach deren „Einschätzung der Situation des Rotmilans im Bereich des Eignungsgebiets G-West“ vom 20.06.2006 (Beiakte 0, Bl. 31 ff.) wurden folgende Reviere nachgewiesen: Das — bereits genannte — Revier am L-Teich (R 1) war (nunmehr) von einem Schwarzmilan besetzt. Ein weiteres Rotmilan-Revier (R 2) befand sich ca. 1.700 m nördlich des Brutplatzes 1 und ca. 1.650 m von der „Eingriffsfläche“ entfernt in einer Pappelreihe. Ein dritter Brutplatz des Rotmilans (R 3) befand sich in dem Wäldchen (verwilderte Parkanlage) nordwestlich von G auf einem Ahorn in einem Abstand von ca. 1.800 m zur nächstgelegenen geplanten Windenergieanlage. Ein vierter Brutplatz des Rotmilans (R 4) befand sich am Rand eines Wäldchens bei W auf einem Ahorn in etwa 1.650 m Abstand zum äußeren Rand der „Eingriffsfläche“. Schließlich konnte ein Horst (R 5) im Bereich der „Roten Welle“ in einem Abstand von ca. 1.400 m zum Rand der „Eingriffsfläche“ gefunden werden, der in der Vergangenheit vom Rotmilan zur Brut genutzt wurde. In der Zeit vom 27.04. bis 16.07.2007 führte die Planungsgemeinschaft M Horstkontrollen durch. Nach ihrem avifaunistischen Gutachten vom 28.07.2008 konnten in dieser Zeit insgesamt 7 Horste festgestellt werden, von denen 4 von Rotmilanen und 2 von Schwarzmilanen genutzt wurden. Im Horst an der „Roten Welle“ konnte allerdings kein Rotmilan-Revier festgestellt werden.

Daneben wurden weitere 17 Horste gefunden, die jedoch nicht als Reviere von Rot- oder Schwarzmilanen dienten.

Diese Feststellungen greift auch das von der Klägerin im Befundungsverfahren vorgelegte naturschutzfachliche Kurzgutachten R vom 16.07.2010 auf, welches bestätigt, dass der Einwirkungsbereich des Vorhabens außergewöhnlich gut untersucht sei. Die Gutachter sind der Auffassung, dass der dem geplanten Windpark am nächsten gelegene Horst am L-Teich eher den Habitatsanforderungen des Schwarzmilans entspreche, der gegenüber dem Rotmilan eine stärkere Verdrängungskraft ausweist, so dass grundsätzlich davon auszugehen sei, dass dieser Horst dauerhaft vom Schwarzmilan genutzt werde. Allein die Möglichkeit, dass der Horst von dem dort siedelnden Schwarzmilan(-paar) aufgegeben und wieder von einem Rotmilan(-paar) besetzt wird, dürfte nicht genügen, um von einem Rotmilanrevier ausgehen zu können (vgl. OVG RP, Ur. v. 28.10.2009, a.a.O., S. 349, RdNr. 39 in Juris).

Die von der Klägerin mit Schriftsatz vom 19.10.2011 vorgelegte „Nacherfassung Greifvogelhorste“ und „Nachkartierung bekannter Herbststandorte“ der Planungsgesellschaft Myotis vom 27.06.2011, nach der im Frühjahr 2011 früher durch Rotmilane besetzte Horste im weiteren Umkreis unbesetzt waren, ist für den Erfolg der Fortsetzungsfeststellungsklage ohne Bedeutung, weil — wie bereits erörtert — insoweit auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Inkrafttretens des REP Halle abzustellen ist.

Für die Frage eines signifikant erhöhten Kollisionsrisikos ist der Abstand des Vorhabens zu Horsten des Rotmilans von maßgeblicher Bedeutung. Wichtig ist dabei die in Fachkreisen gewonnene Erkenntnis, dass der Rotmilan artspezifisch zu den Arten gehört, die häufiger als Schlagopfer von Windenergieanlagen auftreten, und dass die bisher gefundenen Zahlen der von Windkraftanlagen getöteten Rotmilane relativ höher ist als die Opferzahlen anderer Greifvögel (vgl. Ur. d. Senats v. 16.08.2007 — 2 L 610/04 — Juris; vgl. auch BT-Drs. 15/5188, S. 5, zu den Erhebungen im Erfassungszeitraum 1989 bis November 2004). Dies deckt sich mit den Daten aus der Zentralen Fundkartei der Staatlichen Vogelschutzwarte im Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz Brandenburg, zusammengestellt von D, mit Stand vom 19.01.2011 (Dürr-Liste) — Vogelverluste an Windenergieanlagen in Deutschland. Danach liegt der Rotmilan mit 146 getöteten Tieren hinter dem Mäusebussard mit 165 getöteten Tieren bundesweit an zweiter Stelle, in Sachsen-Anhalt mit 44 Opfern sogar an erster Stelle der von Schlagopfern betroffenen Vogelarten. Auch in dem offenbar am besten untersuchten Bundesland Brandenburg liegt der Rotmilan mit 49 Schlagopfern an zweiter Stelle hinter dem Mäusebussard mit 87 getöteten Tieren. Auch die Gutachter Schmal und Ratzbor betrachten in ihrem von der Klägerin vorgelegten Kurzgutachten die Abstände der Windenergieanlagen zu den Horsten als wichtige Faktoren für die Beurteilung eines erhöhten Tötungsrisikos, auch wenn aus ihrer Sicht auch andere, aber kaum erfassbare oder stark wechselnde Einflussfaktoren eine Rolle spielen können (vgl. S. 29 des Gutachtens, Bl. 197 GA). Dem entsprechend wurden in Fachkreisen artspezifische Abstände entwickelt. So hat die Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG-VSW) Abstandsempfehlungen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten erarbeitet. Die erstmals am 12.10.2006 aus artenschutzrechtlicher Sicht definierten und auf der Frühjahrstagung 2007 überarbeiteten Abstandsregelungen zu avifaunistisch bedeutsamen Gebieten sowie Brutplätzen besonders störepfindlicher oder durch Windenergieanlagen besonders gefährdeter Vogelarten sehen u. a. vor, dass der Abstand zwischen Brutplätzen des Rotmilans mindestens 1.000 m betragen sollte (Ausschlussbereich); daneben ist ein sog. „Prüfbereich“ von 6.000 m angegeben, der den Radius um jede einzelne Windenergieanlage beschreibt, innerhalb dessen zu prüfen ist, ob bei entsprechendem Lebensraumtyp Nahrungshabitate der betreffenden Art vorhanden sind. Weiter heißt es darin, dass bei verbreitet siedelnden Arten wie beispielsweise Weißstorch oder Rotmilan Flächen innerhalb des Prüfbereichs (außerhalb aufgeführter Schutzgebiete)

besonders dann als kritisch für die Errichtung von Windenergieanlagen einzuschätzen seien, wenn sie von mehreren Vögeln nicht nur gelegentlich, sondern überwiegend aufgesucht werden (Fruchtfolge und Anbaukulturen beachten) oder wenn sie von mehreren Individuen verschiedener Paare als Nahrungshabitat beansprucht werden. Auch der Niedersächsische Landkreistag hat im Januar 2011 in seinen Hinweisen zur Berücksichtigung des Naturschutzes und der Landschaftspflege sowie zur Durchführung der Umweltprüfung und Umweltverträglichkeitsprüfung bei Standortplanung und Zulassung von Windenergieanlagen – 3. Auflage – (NLT-Papier) artspezifische Abstandsempfehlungen herausgegeben, die für Rotmilane die Einhaltung eines Abstands von mindestens 1.000 m zum Brutplatz und das Freihalten der Nahrungshabitate bis 6.000 m zum Brutplatz sowie der Flugwege dorthin vorsehen.

Ebenso ist die Ö GbR in ihrem Gutachten davon ausgegangen, dass zwar eine Tabuzone mit einem Radius von 1.000 m um Windenergieanlagen einzuhalten sei, weil dieser Bereich in jedem Fall überflogen werde. Im Übrigen würden aber pauschale Abstände den wirklichen Gegebenheiten nie voll gerecht, vielmehr seien Einzelfallprüfungen unter Einbeziehung gebietsspezifischer Merkmale und Strukturen fachlich sinnvoller. Aktionsradien von Vogelarten seien nicht exakt kreisförmig um die Horste angelegt, vielmehr gebe es immer Bereiche, die überdurchschnittlich genutzt würden, während andere Bereiche eine unterdurchschnittliche Nutzung erfahren. Milane entfernten sich bei der Nahrungssuche bis zu 15 km von ihrem Horst. Die meisten Aktivitäten fänden in einem Abstand bis zu 4 km statt. Die Ö GbR und das Michael-Otto-Institut im NABU sind in ihrem von der Klägerin im Berufungsverfahren vorgelegten Bericht (Rotmilan und Windkraftanlagen – Aktuelle Ergebnisse zur Konfliktminimierung in 5 Untersuchungsgebieten) zu dem Ergebnis gelangt (vgl. BI. 243 GA), dass große individuelle Unterschiede in der Raumnutzung und außerdem eine Abhängigkeit von Nahrungsbasis (Mäusejahr oder nicht), Nahrungsverfügbarkeit (Strukturreichtum, angebaute Feldfrüchte) und Brutverlauf bestünden. Der Horstbereich sei meist bis Oktober das bzw. ein Aktivitätszentrum gewesen. Der home range (Aktionsraum) sei nicht vorhersehbar, er könne zu großen Anteilen Windparkflächen umfassen, vor allem wenn der Brutplatz nicht weit entfernt sei. Als „Vorschläge zur Problemminimierung“ werden genannt:

keine Ernte oder Mahd in Windparks vor Mitte Juli

Die Mastfuß-Umgebung sollte so unattraktiv wie möglich für Kleinsäuger und Greifvögel sein.

Die Mastfuß-Umgebung sollte so klein wie möglich sein.

Keine Mahd (bzw. Umbruch) der Mastfußbrache.

5. Einhaltung eines Abstands von 1.000 m zwischen Horst und WKA reduziert das Kollisionsrisiko.

Aus all diesen Erkenntnismitteln kann – naturschutzfachlich vertretbar – abgeleitet werden, dass für den Rotmilan von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko durch den Betrieb von Windkraftanlagen grundsätzlich dann ausgegangen werden kann, wenn der Abstand der Windenergieanlage weniger als 1.000 m beträgt, es sei denn es liegen zuverlässige Erkenntnisse darüber vor, dass sich in einer größeren Entfernung als 1.000 m ein oder mehrere für den Rotmilan attraktive, nicht nur kurzzeitig bzw. zeitweise zur Verfügung stehende Nahrungshabitate befinden und die Windenergieanlagen dort oder innerhalb eines Flugkorridors dorthin liegen. Wegen der potenziellen Weite des Prüfbereichs bedarf es jedenfalls greifbarer Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer besonderen Prüfung außerhalb des „Tabubereichs“ von 1.000 m (vgl. ThürOVG, Urt. v. 14.10.2009 – 1 KO 372/06 NuR 2010, 368 [371f]). Andernfalls ließe sich, da die Nahrungssituation für den Rotmilan sich innerhalb der Jahreszeiten und von Jahr zu Jahr je nach der Bewirtschaftung der Flächen – sehr unterschiedlich darstellen kann, die Gefährdung dieser Vogelart kaum zuverlässig eingrenzen. Soweit man generell größere Abstände fordern würde, wäre zudem fraglich, ob der im Außenbereich privilegierten Nutzung der Windenergie überhaupt noch substantziell Raum verschafft werden könnte.

Im konkreten Fall lagen allerdings hinreichende Erkenntnisse darüber vor, dass die Rotmilane, die in Abständen von ca. 1.350 m (Rote Welle), ca. 1.420 m (L-Siedlung/Baumreihe), ca. 1.740 m (Ger Park) und ca. 1.750 m (W/Wald) zur nächstgelegenen geplanten Windenergieanlage Brutstätten bzw. Horste hatten, das Gebiet des geplanten Windparks durchqueren mussten, um ein für sie attraktives Nahrungshabitat zu erreichen. Dazu genügt zwar nicht die vom Beklagten in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Feststellung, dass sämtliche Offenlandbereiche prinzipiell als Nahrungshabitate im näheren oder weiteren Umfeld des Vorhabenstandortes in Betracht kommen. Nach den Feststellungen im Gutachten der Ö GbR hatten aber die Greifvogel-Planbeobachtungen gezeigt, dass Rotmilane das Gebiet intensiv durchflogen bzw. als Nahrungshabitat nutzen. Jede Stunde seien im Mittel zwischen 1,5 und 5 Flüge von Rotmilanen durch das Eingriffsgebiet beobachtet worden. Innerhalb des engeren, etwa 30 km² umfassenden Untersuchungsgebiets soll der von der Klägerin geplante Windpark errichtet werden. Damit konnte sich der Beklagte bezüglich des von ihm angenommenen signifikant erhöhten Tötungsrisikos für Rotmilane auf naturschutzfachliche Erkenntnisse stützen, ohne die Grenzen der ihm zuzubilligenden Einschätzungsprärogative zu überschreiten. Dies gilt umso mehr, als die Abstände zwischen den Horsten und den nächst gelegenen geplanten Anlagen nicht sehr weit außerhalb der „Tabuzone“ von 1.000 m lagen. Ob diese Einschätzung auch heute noch Bestand haben könnte, nachdem das Planungsbüro Myotis in der „Nacherfassung Greifvogelhorste“ und „Nachkartierung bekannter Horststandorte“ vom 27.06.2011 im Frühjahr 2011 nur noch einen Rotmilanhorst nordwestlich von G (ca. 1.900 bis 1.950 m südöstlich des geplanten Windparks), mehr als ein brütendes Rotmilanbrutpaar im Gebiet W (ca. 1.400 bis 2.500 m südwestlich des geplanten Windparks) sowie den Rotmilanhorst bei Piesdorf (ca. 4.000 m nordöstlich des geplanten Windparks) feststellen konnte, erscheint zweifelhaft, kann aber im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage letztlich offen bleiben.

Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, dass sich das Kollisionsrisiko durch bestimmte Maßnahmen vermeiden oder spürbar verringern lasse. Zwar mag es zutreffen, dass durch eine entsprechende Oberflächengestaltung Rotmilane von der Nahrungssuche in Windparks abgehalten und unter Berücksichtigung ihrer Nahrungsanforderungen auf andere Flächen für die überwiegende Zeit ihrer Jagd gelockt werden können. Soweit das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt hat, bei der Bewertung des Tötungsrisikos einzelner Arten seien Vermeidungsmaßnahmen zu berücksichtigen, betraf dies allerdings solche Maßnahmen, die dem Bauherrn in dem das Vorhaben zulassenden Verwaltungsakt vorgeschrieben werden können, wie etwa die Schaffung von Überflughilfen und Leitstrukturen für Fledermäuse bei Straßenbauvorhaben (vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, a.a.O., RdNr. 91; Urt. v. 13.03.2008 – 9 VR 9.07 – Buchholz 451.91 Europ UmweltR Nr. 33, RdNr. 31, 35 in Juris). Auch bei der Errichtung von Windenergieanlagen kommen Vermeidungsmaßnahmen in Betracht. So kann etwa das Kollisionsrisiko für Fledermäuse durch die Verpflichtung des Anlagenbetreibers zum Abschalten während kritischer Zeiten vermieden oder zumindest deutlich reduziert werden (vgl. hierzu ThürOVG, Urt. v. 14.10.2009, a.a.O.), wie dies auch der Beklagte in anderen Fällen praktiziert hat. Auf die Gestaltung der Oberfläche der Offenlandbereiche, die dem Rotmilan als Nahrungshabitat dienen, können der Anlagenbetreiber und die Immissionsschutzbehörde in der Genehmigung – wenn überhaupt – jedoch nur in begrenztem Umfang Einfluss nehmen. Der Anlagenbetreiber könnte zwar mit dem bzw. den Eigentümern der gepachteten Flächen vereinbaren, dass diese nur in einer bestimmten, für den Rotmilan unattraktiven W bewirtschaftet werden. Eine solche Art der Bewirtschaftung könnte möglicherweise auch in einer Nebenbestimmung zur Genehmigung angeordnet werden. Für die Flächen außerhalb des Windparks, die vom Rotmilan überflogen werden, wird dies hingegen in aller Regel nicht in Betracht kommen.

Die naturschutzrechtliche Vertretbarkeit der Einschätzung des Beklagten bezüglich des signifikant erhöhten Tötungsrisikos wird nicht durch die Prognose der Gutachter Schmal und Ratzbor in Frage gestellt, wonach (nur) etwa alle zwei bis drei Jahre ein Rotmilan im geplanten Windpark mit einer Windenergieanlage kollidiere (vgl. S. 35 des Gutachtens, BI. 203 GA). Sie legen dabei eine Eintrittswahrscheinlichkeit von 1:35 zugrunde, die die Ö GbR im Bereich eines Vorranggebiets „Lohberg westlich von Vecha“ (Wartburgkreis/Westthüringen) ermittelt haben, stufen aber wegen der Beschaffenheit der umgebenden Landschaft einerseits und der Anlagenzahl und der kompakten Anlagenausrichtung andererseits die Kollisionswahrscheinlichkeit insgesamt als geringer ein. Diese Wahrscheinlichkeitsberechnungen treffen indes keine Aussage darüber, inwieweit durch die Windenergieanlagen das Tötungsrisiko gegenüber dem im Naturraum ohnehin gegebenen Verlustrisiko signifikant erhöht wird, insoweit könnte die ermittelte Kollisionswahrscheinlichkeit die naturschutzfachliche Einschätzung des Beklagten allenfalls dann in Zweifel ziehen, wenn vergleichbare Zahlen zu dem sonst im Naturraum ohne die Anlagen bestehenden Tötungsrisiko für Rotmilane vorlägen. Dies ist aber nicht der Fall. Darüber hinaus können Wahrscheinlichkeitsberechnungen nur dann belastbare Aussagen zum Kollisionsrisiko treffen, wenn sie die örtlichen Gegebenheiten, insbesondere die lokalen Nahrungshabitats angemessen und in nachvollziehbarer Weise berücksichtigen. Die Prognose der Gutachter Schmal/Ratzbor lässt indes nicht erkennen, inwieweit die von der Ö GbR in ihrem Gutachten vom 20.06.2006 beschriebenen intensiven Flugbewegungen des Rotmilans im Untersuchungsgebiet Eingang gefunden haben.

Es kommt auch nicht darauf an, ob das Kollisionsrisiko für Rotmilane bei Windenergieanlagen geringer ist als bei Hochspannungsleitungen, Sendemasten und beleuchteten Gebäuden (so auch ThürOVG, Ud. v. 29.05.2007 - 1 KO 1054/03 -, NuR 2007, 757). Zwar ist – wie bereits ausgeführt – ein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste dann zu verneinen, wenn es unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der im Naturraum immer gegeben ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden. Diese Gefahrenschwelle wird hier aber überschritten. Nach den Darstellungen von Schmal und Ratzbor in ihrem Kurzgutachten vom 16.07.2010 waren zwar in den Jahren 1991 bis 2000 bundesweit nur 1,8 % der verendeten Rotmilane Opfer von Windenergieanlagen. Im Land Brandenburg lag die Quote hingegen bis zum Jahr 2007 bereits bei 22 % und war damit die Haupttodesursache. In Sachsen-Anhalt herrscht eine vergleichbare Dichte an Tieren und Windenergieanlagen. Im Übrigen kann für die Beurteilung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos durch konkrete Anlagen an einem bestimmten Standort nicht allein auf den Bundes- oder Landesdurchschnitt abgestellt werden; vielmehr sind immer auch die örtlichen Verhältnisse im Bereich der geplanten Windenergieanlagen in den Blick zu nehmen.

Ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bzw. des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a. F. scheidet schließlich nicht deshalb aus, weil der Verlust an Einzel Exemplaren möglicherweise durch eine „Populationsreserve“ wieder ausgeglichen werden kann. Im Unterschied zum Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG und des § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG a. F. ist die Populationsrelevanz bzw. Populationswirksamkeit beim Tötungs- und Verletzungsverbot nicht Tatbestandsmerkmal. Dies bedeutet, dass Letzteres auch dann verletzt sein kann, wenn sich durch die Tötung einzelner Exemplare der Erhaltungszustand der lokalen Population der betroffenen Art nicht verschlechtert. Im Übrigen ist die Annahme, dass Einzelverluste an Rotmilanen populationsrelevant sind, fachlich vertretbar. Aufgrund der niedrigen Reproduktionsrate (mit einer Geschlechtsreife erst nach drei oder vier Jahren) kommt jedem Verlust, sei es in der Brutzeit oder in der Zugzeit, eine so verstandene Relevanz zu (BVerwG, Beschl. v. 26.02.2008 – 7 B 67.07 –, E3auR 2008, 1128).

2.2.3. Der öffentliche Belang des Artenschutzes verliert auch nicht dadurch an Gewicht, weil vom Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (§ 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a. F.) gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG (§ 43 Abs. 8 BNatSchG a. F.) im Einzelfall Ausnahmen zugelassen und gemäß § 67 BNatSchG (§ 62 BNatSchG a. F.) Befreiungen gewährt werden können. Zwar dürfte nicht nur im Planfeststellungsverfahren (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 09.07.2008, a.a.O. S. 307 ff. RdNr. 112 ff.) und im Bauabwägungsverfahren (vgl. hierzu BVerwG, Beschl. v. 25.08.1997 – 4 NB 12.97 –, DÖV 1998, 71, RdNr. 14 bei Juris), sondern auch im Rahmen der Abwägung der öffentlichen Belange nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB eine objektive Ausnahmezulassungs- und Befreiungslage zu berücksichtigen sein. Insoweit dürfte kein Unterschied bestehen zu den Verböten einer Natur- oder Landschaftsschutzverordnung. Diesbezüglich ist anerkannt, dass das Entgegenstehen von Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB davon abhängt, ob ein Widerspruch zu einer gültigen Natur- oder Landschaftsschutzverordnung durch Ausnahmegenehmigung oder Befreiung behoben werden kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 02.02.2000 – 4 B 104.99 –, ZfBR 2000, 428; Urt. v. 19.04.1985 – 4 C 25.84 –, NVwZ 1986, 203). Dass hier eine Ausnahme oder Befreiung vom Tötungs- und Verletzungsverbot erteilt werden könnte, ist aber nicht ersichtlich.

a) Gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG (bzw. § 43 Abs. 8 BNatSchG a. F.) können die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden von den Verböten des § 44 (bzw. § 42) im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen

zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden,

zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt, für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung oder diesen Zwecken dienende Maßnahmen der Aufzucht oder künstlichen Vermehrung,

im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder

aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EVG und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 92/43/EWG sind zu beachten. Die Landesregierungen können Ausnahmen auch allgemein durch Rechtsverordnung zulassen. Sie können die Ermächtigung nach Satz 4 durch Rechtsverordnung auf andere Landesbehörden übertragen. Es liegen schon keine Ausnahmegründe im Sinne des § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG vor, insbesondere sind für die Errichtung von Windenergieanlagen gerade am beantragten Standort keine zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne von § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG ersichtlich. Im Übrigen wäre auch nicht erkennbar, weshalb keine zumutbaren Alternativen gegeben sein sollen. Weitere Ausnahmemöglichkeiten nach § 45 BNatSchG sind ebenfalls nicht ersichtlich.

b) Gemäß § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG (bzw. § 62 Satz 1 BNatSchG a. F.) kann von den Verböten des § 44 (bzw. 42) auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde. Diese Regelung soll sicherstellen, dass im Einzelfall das Interesse an einer Durchsetzung des gesetzlichen Verbots (im Falle einer unzumutbaren, d. h. nicht mehr in den Bereich der Sozialbindung des Eigentums fallenden Belastung unter Zahlung des erforderlichen Ausgleichs) mit dem Interesse an der Ermöglichung bzw. Fortdauer der Nutzung abgewogen werden kann (vgl. BT-Drucks. 16/5100, S. 13). Von einer unzumutbaren Belastung kann nur bei

einer erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des betroffenen Bürgers, insbesondere bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum gesprochen werden; betriebswirtschaftliche Erwägungen, betriebliche Erschwernisse oder entgangene Gewinnmöglichkeiten genügen nicht (vgl. Meßerschmidt, BNatSchG § 62 RdNr. 6, m. w. Nachw.). Insoweit kann es nicht als unzumutbare Belastung angesehen werden, wenn ein Windenergieanlagenbetreiber an einem bestimmten Ort sein Vorhaben zur Errichtung weiterer Windenergieanlagen nicht verwirklichen kann.

14. Immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid für Windkraftanlagen im Bebauungsplangebiet; Frage mangelnder Abwägung; Spruchreife bei fehlender UVP

BauGB § 1 Abs. 7, 35 Abs. 3 S. 3, UVPG § 3c; BauO LSA § 6 Abs. 7

1. Nach § 1 Abs. 7 BauGB sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Eine sachliche nicht gerechtfertigte Beschränkung des Abwägungsvorganges kann aus von der Gemeinde selbst geschaffenen Bindungen des Gemeinderates bei der Entscheidung über den Bebauungsplan folgen.

2. Ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach Einschätzung der zuständigen Behörde erforderlich, aber noch nicht durchgeführt, ist das Gericht ausnahmsweise von der bei Verpflichtungsklagen gem. § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO bestehenden Pflicht, die Sache spruchreif zu machen hinsichtlich der für die Umweltverträglichkeitsprüfung maßgeblichen Belange entbunden.

(amtliche Leitsätze)

OVG Magdeburg, U. v. 01.12.2011 - 2 L 171/09 -; vorgehend VG Magdeburg, U. v. 31.08.2009 - 1 A 550/07MD -

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt die Erteilung eines Vorbescheids über die bauplanrechtliche Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebs dreier Windkraftanlagen (WKA) in der Gemarkung S..

[2] Sie plant die Errichtung einer Anlage vom Typ ENERCON E-82 mit einer Leistung von 2 MW, einer Nabenhöhe von 98,3 m und einer Gesamthöhe von 139,3 m sowie zweier Anlagen vom Typ ENERCON E-70, E 4 mit einer Leistung von je 2 MW und einer Nabenhöhe von 98,2 m und einer Gesamthöhe von 133,7 m. Der vorgesehene Standort der WKA S 1 befindet sich auf der Flur A, Flurstück 21/4, ca. 750 m westlich von der Verbindungsstraße zwischen S-Stadt und T-Stadt. Die WKA S 2 ist auf der Flur B, Flurstück 5/6, ca. 400 m westlich von der Verbindungsstraße zwischen S-Stadt und T-Stadt geplant. Der vorgesehene Standort der WKA S 3 befindet sich auf der Flur C, Flurstück 203/11, ca. 150 m östlich der Verbindungsstraße zwischen S-Stadt und T-Stadt.

[3] Die vorgesehenen Standorte aller drei WKA befinden sich im Geltungsbereich des Bebauungsplans „W-Feld B-Busch“ der Gemeinde S., deren Rechtsnachfolgerin die Beigeladene ist.

[4] Dem Bebauungsplan „W-Feld B-Busch“ war ein vorhabenbezogener Plan vorausgegangen, nach dem der Vorhabenträger „Windkonzept (...) regenerative Energien“ im März 1998 den Antrag gestellt hatte, im Plangebiet acht WKA errichten und betreiben zu dürfen. Den Entwurf für den Vorhaben- und Erschließungsplan über das Bauvorhaben der acht WKA und die erforderlichen Erschließungsmaßnahmen hatte der Vorhabenträger ausgearbeitet. Nachdem die Beklagte rechtliche Bedenken an der Zulässigkeit des Planverfahrens geltend gemacht hatte, wechselte die Beigeladene mit Beschluss vom 29.05.2001 in das Bebauungsplanverfahren. Ausweislich des Beschlussprotokolls der Gemeinderatssitzung sollte der Bebauungsplan im Wesentlichen identische Festsetzungen wie der in Aufstellung befindliche Vorhaben- und Erschließungsplan (VEP) enthalten.

[5] Bereits am 21.05.2011 hatte die Gemeinde S. mit der Firma „Windkonzept E. GmbH und Co.KG“ als nunmehrige Vorhabenträgerin einen „Städtebaulichen-, Erschließungs- und Durchführungsvertrag“ geschlossen, in dem die Gemeinde S. der Vorhabenträgerin die Planung gem. § 11 BauGB, die Erschließung sowie die Durchführung des Vorhabens übertrug und sich verpflichtete, den begonnenen VEP in Form eines Bebauungsplanes fortzuführen und dabei die Vorgaben des Vorhabenträgers bezüglich der Festsetzungen und Abwägungen, „soweit rechtlich zulässig“, zu übernehmen. Im Gegenzug wurden ihr 2 % der jährlichen Einspeisevergütung (ab dem 10. Betriebsjahr 3 %) zugesichert.

[6] Der Bebauungsplan wurde in der Folgezeit ausgelegt. Am 17.12.2001 fasste der Gemeinderat der Gemeinde S. einen Beschluss über die (verneinte) Erforderlichkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung und zur Abwägung der öffentlichen und privaten Belange.

[7] Nach nochmaliger Änderung des Bebauungsplans in einigen Punkten und erneuter Auslegung fasste die Gemeinde S. am 27.06.2002 einen weiteren Abwägungsbeschluss und beschloss am gleichen Tag den Bebauungsplan in der Fassung vom 11.02.2002 als Satzung. Diese wurde am 06.11.2002 im Amtsblatt des Altmarkkreises S. veröffentlicht. Der Bebauungsplan setzt acht Baufenster für WKA fest, die sich allesamt im nördlichen Bereich des Plangebiets befinden. Im südlichen Bereich des Plangebiets, in dem auch die Klägerin die Errichtung ihrer WKA vorgesehen hat, befinden sich keine Baufenster für WKA.

[8] Die Vorhaben befinden sich innerhalb eines im Regionalen Entwicklungsprogramm des Regierungsbezirkes Magdeburg (REP Magdeburg) und im nachfolgenden Regionalen Entwicklungsplan Altmark (REP Altmark) ausgewiesenen Eignungsgebietes. Der REP Altmark wurde durch rechtskräftiges Urteil des Senates vom 29.11.2007 (2 L 220/05) für unwirksam erklärt. Die Planung befindet sich derzeit in einem ergänzenden Verfahren nach § 9 Abs. 3 LPIG LSA. Der Plan ist noch nicht in Kraft getreten. Die 39. Regionalversammlung fasste am 25.03.2009 u. a. den Beschluss, das Vorranggebiet VII S. zur Nutzung der Windenergie mit der Wirkung als Eignungsgebiet auszuweisen. Die Gebietsausdehnungen und ihre Begrenzungen sind identisch mit dem Bebauungsplan „W-Feld B-Busch“.

[9] Am 09.06.2006 beantragte die Klägerin einen Vorbescheid nach § 9 BImSchG.

[10] Den Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 14.02.2008 ab, da das Vorhaben zum einen nicht den Festlegungen des Bebauungsplanes „W-Feld B-Busch“ der Gemeinde S. entspreche und zum anderen die verkehrsrechtliche Erschließung nicht gesichert sei. Im Rahmen der durchgeführten UVP-Einzelpflicht sei festgestellt worden, dass aus naturschutzfachlicher Sicht die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung und FFH-Prüfung erforderlich sei. Die zu erwartenden Beeinträchtigungen durch die zusätzlichen drei WKA würden als erheblich und nachteilig bewertet. Da zum Zeitpunkt der Feststellung der UVP-Pflicht bereits planungsrechtliche Versagungsgründe vorgelegen hätten, werde jedoch gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 der 9. BImSchV auf eine Nachforderung zur Durchführung einer ergänzenden Umweltverträglichkeitsprüfung und einer FFH-Verträglichkeitsprüfung für die drei WKA verzichtet.

[11] Die Klägerin hatte bereits am 27.12.2007 Klage erhoben und zur Begründung vorgetragen: Ihr Vorhaben sei gem. § 35 Abs. 1 Nr. BauGB privilegiert zulässig. Öffentliche Belange stünden dem Vorhaben nicht entgegen. Die Standorte aller drei WKA befänden sich in einem Eignungsgebiet des in Kraft gesetzten REP Altmark. Dieses Eignungsgebiet solle auch nach der jetzt im Verfahren befindlichen Planung der Regionalen Planungsgemeinschaft Altmark (RPG Altmark) erhalten bleiben. Der Bebauungsplan „W-Feld B-Busch“ könne dem Vorhaben nicht entgegenstehen, da dieser gegen § 1 Abs. 3 BauGB verstoße und grob abwägungsfehlerhaft sei. Die Planung sei nicht durch die Gemeinde S., sondern von dem Vorhabenträger ausschließlich in seinem Sinne ohne Berücksichtigung der Interessen der Grundstückseigentümer in der südlichen Hälfte ausgearbeitet worden. Eine Planung durch die Gemeinde S. unter städtebaulichen Gesichtspunkten unter gleicher Berücksichtigung aller Eigentümerinteressen sei nicht erfolgt.

[12] Die Klägerin hat beantragt,

[13] den Bescheid des Beklagten vom 14. Februar 2008 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, einen Vorbescheid gem. § 9 Bundesimmissionsschutzgesetz bezogen auf die bauplanrechtliche Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebes von drei Windkraftanlagen auf dem Flurstück 21/4 der Flur A, auf dem Flurstück 5/6 der Flur B sowie auf dem Flurstück 203/11 der Flur C jeweils der Gemarkung S. gem. ihrem Antrag vom 6. Juni 2006 zu erteilen.

[14] hilfsweise,

[15] im Hinblick auf den WKA-Standort 2 unter Ausklammerung der Frage der Erschließung (siehe Niedersächsisches OVG, 12 LC 72/07 und 12 LC 18/07),

[16] äußerst hilfsweise,