
Datum: 10.03.2010
Gericht: Verwaltungsgericht Minden
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 K 53/09
ECLI: ECLI:DE:VGMI:2010:0310.11K53.09.00

Tenor:

Der Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 8.12.2008 in Gestalt des Bescheides vom 18.1.2010 verpflichtet, der Klägerin eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zwei Windkraftanlagen in E. , Gemarkung E1. , Flur 2 für den Typ Repower MM92, Nennleistung je 2.000 kW mit einer Gesamthöhe von 146,3 m (wie am 17.12.2007 beantragt) zu erteilen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

1

Die Beteiligten streiten um die Genehmigung für die Errichtung von zwei Windkraftanlagen (WEA) in E. auf den Grundstücken Gemarkung E1. , Flur 2, Flurstücke 5 und 29. Beide Standorte liegen im räumlichen Geltungsbereich des im Jahre 2004 in Kraft getretenen Bebauungsplans der Stadt E. 03-07 "Windpark E. -N. ", der an den hier geplanten Standorten die Errichtung von zwei Windkraftanlagen mit einer maximalen Höhe von 150 m über vorhandenem Gelände und einem maximalen Schallleistungspegel von maximal 103 db (A) zulässt. Der am 18.12.2006 in Kraft getretene Landschaftsplan "E. Nr. 9" weist die Standorte als Bestandteil des Landschaftsschutzgebietes "T. M1. C. " aus.

2

Der im Rahmen der Bebauungsplanaufstellung im Auftrage der Stadt E. erstellte landschaftspflegerische Begleitplan der Planungsgruppe Grün vom 24.02.2004 enthält zu möglichen avifaunistischen Auswirkungen der Planung aufgrund dreier stichprobenhafter Begehungen im Zeitraum von Juni bis August 2003 folgende Aussagen zum Vogelbestand im Plangebiet: Im Rahmen der Flächennutzungsplanänderung seien keine Hinweise auf eine Empfindlichkeit des Standortes bezüglich der Avifauna eingebracht worden. Aufgrund der Ortsbegehung sei festgestellt worden, dass im bzw. über dem Plangebiet Mäusebussard, Roter Milan und Turmfalke jagen würden. Das Vorhandensein weiterer Greifvogelarten wie z.B. Wespenbussard und Baumfalke sei nicht auszuschließen. Eine Brut des Roten Milans und weiterer Greifvögel im 200 m entfernten N. sei nicht auszuschließen. Nach Anliegerangaben befinde sich nördlich des Hofes S. und somit etwa 500 m nördlich des Plangebietes ein brütender Roter Milan. Das Plangebiet selbst werde regelmäßig als Jagdhabitat durch den Roten Milan genutzt. Die wissenschaftlichen Erkenntnisse zum Verhalten von Greifvögeln in Windparks seien zum Teil widersprüchlich. Die Mehrzahl der Veröffentlichungen berichte jedoch von keinen oder nur geringen Auswirkungen. Für die potenziell betroffenen Arten sei somit von einer geringen Empfindlichkeit gegenüber Windkraftanlagen auszugehen. Zwar werde in letzter Zeit vermehrt davon berichtet, dass der Rote Milan regelmäßig zu nachgewiesenen Schlagopfern gehöre. Die Tatsache eines potenziellen Schlagrisikos könne jedoch im Sinne der Eingriffsregelung kaum eine erhebliche Beeinträchtigung darstellen, wenn keine Brut im Nahbereich einer Windkraftanlage vorhanden sei. Es handele sich um potenzielle Beeinträchtigungen, die nahezu an jedem Ackerstandort in Deutschland gegeben seien. Kompensieren lasse sich diese potenzielle Beeinträchtigung nicht. Sie könne aber nicht zu einer Unzulässigkeit des Vorhabens führen, da dann Windkraftanlagen an fast jedem Ackerstandort in Deutschland nicht mehr zulässig wären. Im Ergebnis weise ein Großteil der Brutvogelarten nur eine geringe Empfindlichkeit gegenüber Windenergieanlagen aus. Zur Kompensation der Eingriffe in das Landschaftsbild empfahl der landschaftspflegerische Begleitplan die Anlage von Gehölzpflanzungen in der Nähe der Standorte (im Plan als Maßnahme Nr. 1 bis 6 bezeichnet).

Am 17.12.2007 beantragte die Klägerin die Genehmigung für die Errichtung von zwei Windkraftanlagen des Typs Repower MM92 mit einer Leistung von 2.000 kW, einer Nabenhöhe von 100 m und einem Rotordurchmesser von 92,5 m auf den vorbenannten Grundstücken.

4

Die untere Landschaftsbehörde führte in ihrer Stellungnahme vom 3.6.2008 aus, dass das Vorhaben im Landschaftsschutzgebiet liege und eine Ausnahme vom allgemeinen Bauverbot nicht erteilt werden könne, da das Vorkommen planungsrelevanter Tierarten und mögliche Auswirkungen auf diese Arten bisher überhaupt nicht bzw. nur unzureichend dargelegt worden seien. Die im Rahmen des landschaftspflegerischen Begleitplanes hierzu getroffenen Aussagen seien unzureichend bzw. unzutreffend.

5

Mit Schreiben vom 1.9.2008 bat der Beklagte das Landesamt für Natur-, Umwelt- und Verbraucherschutz in NRW (LANUV) um Stellungnahme dazu, ob und inwieweit zusätzliche Untersuchungen zum Vorkommen geschützter und planungsrelevanter Tierarten sowie zu den Auswirkungen des Vorhabens auf diese erforderlich seien.

6

Im Schreiben vom 9.9.2008 teilte das LANUV mit, dass eine Auseinandersetzung mit den artenschutzrechtlichen Bestimmungen den vorgelegten Planunterlagen nicht zu entnehmen sei und nachgeholt werden müsse. Dabei sei für jede planungsrelevante Art einzeln zu ermitteln, inwieweit die ökologische Funktion der Fortpflanzungs- und Ruhestätten in ihrem räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt bleibe und erhebliche Störungen auf den

7

Erhaltungszustand der lokalen Population auszuschließen seien. Andernfalls müsste ein Ausnahmeverfahren nach § 43 Abs. 8 BNatSchG durchgeführt werden. Die pauschalen und vagen Aussagen des landschaftpflegerischen Begleitplanes reichten für eine angemessene Beurteilung des Vorhabens nicht aus, da sie veraltet und nur aufgrund stichprobenhafter Begehungen erstellt worden seien.

Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin vertraten im Schriftsatz vom 25.9.2008 die Auffassung, dass die naturschutzfachlichen Fragen abschließend im Verfahren betreffend Aufstellung des Bebauungsplanes für das Vorhabengebiet bewertet worden seien und für die jetzt erhobene Forderung nach zusätzlichen artenschutzrechtlichen Untersuchungen keine Rechtsgrundlage bestehe. Man behalte sich bei Nichterteilung der Genehmigung eine Untätigkeitsklage bzw. die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen vor. 8

Nachdem der Beklagte mit Schreiben vom 11.11.2008 die Klägerin ergebnislos aufgefordert hatte, die vom LANUV empfohlenen zusätzlichen artenschutzrechtlichen Untersuchungen durchzuführen und entsprechende gutachtliche Stellungnahmen vorzulegen, lehnte der Beklagte den Genehmigungsantrag mit Bescheid vom 8.12.2008 ab. Zur Begründung führte er aus, dass der Genehmigungsantrag nach § 20 Abs. 2 der 9. BImSchV abzulehnen gewesen sei, da dem Antrag die für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen Unterlagen nicht beigelegt worden seien. Mit Verfügbarkeit eines von einem Sachverständigen erstellten avifaunistischen Gutachtens mit prüf- und beurteilungsfähigen Informationen, Daten und Aussagen zum Vorkommen geschützter Arten im und am Plangebiet und den zu erwartenden Auswirkungen auf die lokalen Populationen und deren Erhaltung könne die noch ausstehende artenschutzrechtliche Prüfung und Bewertung des Vorhabens nachgeholt und möglicherweise eine positive Genehmigungsentscheidung herbeigeführt werden. 9

Die Klägerin hat daraufhin am 6.1.2009 Klage erhoben. 10

Anlässlich einer Besprechung am 9.2.2009 zwischen den Beteiligten wurde vereinbart, dass die Klägerin eine Raumnutzungskartierung hinsichtlich der planungsrelevanten Vogelarten ab März und hinsichtlich der Fledermäuse ab Mitte April durchführt und die Ergebnisse Mitte Mai besprochen werden. Die enveco GmbH führte daraufhin zunächst in der Zeit zwischen dem 19.3. und dem 27.4. eine avifaunistische Nachkartierung durch. Nachdem der Beklagte in einem Schreiben vom 3.6.2009 in Absprache mit dem LANUV die vorgelegten Raumnutzungskartierungen noch für unzureichend erachtet hatte, wurden diese durch die enveco GmbH bis Juli 2009 fortgeführt. Das im August 2009 erstellte Gutachten der enveco GmbH kommt zu folgendem Ergebnis: In einer Entfernung von 530 m bzw. 800 m zu den geplanten WEA nördlich des Gutes S. befindet sich ein von einem Rotmilanpaar besetzter Horst. Im Bereich des N1. befänden sich drei weitere - allerdings nichtbrütende - Rotmilane. Der von einem Schwarzmilan noch im Jahre 2007 südlich des P. besetzte Horst sei unbesetzt. Die wesentlichen Nahrungshabitate beider Milanarten befänden sich am südlichen Siedlungsrand von X. , an den Stillgewässern des Gutes S. und entlang des P. . Die landwirtschaftlichen Flächen erlangten erst mit der Mahd der Grünlandflächen bzw. mit der Getreideernte als Nahrungshabitat eine höhere Bedeutung. Auch die Flächen um die geplanten Standorte der WEA würden vom Milan unterdurchschnittlich frequentiert und meist im Streckenflug überflogen. Bis zur Erntezeit besäßen diese Ackerflächen keine erkennbare Bedeutung als Nahrungslebensraum. Dies ändere sich erst mit der Ernte der Gerstenfelder Ende Juli. Bis zum erneuten Umbruch der Stoppelfelder besäßen diese Ackerflächen dann befristete Bedeutung als Nahrungshabitat. Für keine der beobachteten Arten sei ein erhöhtes Lebensrisiko bei der Errichtung der geplanten Windkraftanlagen zu erwarten. Bei Rotmilanen 11

und Schwarzmilanen sei die Empfindlichkeit gering bis allenfalls mittel einzustufen, eine Meidung der Nahrungshabitate im Umfeld der Anlagen sei deshalb nicht zu erwarten. Rotmilane und - mit geringerem Anteil - auch Schwarzmilane seien allerdings im Vergleich zu anderen Arten einem erhöhten Kollisionsrisiko ausgesetzt. Von den seit 1989 registrierten 116 (Rotmilan) bzw. 15 (Schwarzmilan) Totfunden entfielen zwei auf NRW.

Das LANUV führte in seiner Stellungnahme vom 25.9.2009 aus: Die Erfassung der Raumnutzung von Rot- und Schwarzmilan in Bezug auf das konkrete Vorhaben sei in den vorgelegten Unterlagen vorbildlich dargestellt. Mit den vertieften Ergebnissen der Raumnutzungsanalyse sei eine Beurteilung der artenschutzrechtlichen Fragestellungen möglich. Für den Rotmilan sei unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles von einer signifikanten Erhöhung des Kollisionsrisikos auszugehen. Es bestehe für den Rotmilan während der gesamten Brutzeit von Ende März bis Mitte August, für den Schwarzmilan zumindest während der Nacherntezeit von Mitte Juli bis Mitte August. Als Vermeidungsmaßnahmen würden sich Abschaltszenarien während der entsprechenden Zeiträume anbieten. Ob es gelingen könne, durch eine gezielte Steuerung der Landnutzung im Umfeld der Anlagen eine Meidung der WEA zu erreichen, andererseits konfliktfreie Nahrungsflächen für den Rotmilan abseits der Anlagen zu schaffen, könne nicht beurteilt werden. Das vorgelegte Fledermausgutachten besitze für den Frühsommer eine ausreichende Untersuchungstiefe und belege, dass für diesen Zeitraum den offenen Ackerflächen eine untergeordnete Bedeutung zukomme, weshalb besondere Vermeidungsmaßnahmen nicht notwendig seien. Allerdings seien die Aussagen zum Herbstzug bei den Fledermäusen wenig belastbar. Mit dem Großen Abendsegler und der Rauhaufledermaus seien in diesem Gebiet zwei fernziehende Arten nachgewiesen worden, die zudem artspezifisch ein erhöhtes Kollisionsrisiko gegenüber Windkraftanlagen besäßen. Entgegen den getroffenen Absprachen seien die Fledermausuntersuchungen nicht bis in den Herbst erstreckt worden. Die sich daraus ergebenden Erkenntnislücken gingen zulasten des Vorhabenträgers. 12

In einem Abstimmungsgespräch am 8.10.2009 äußerte der Beklagte in Übereinstimmung mit dem LANUV die Auffassung, dass von artenschutzrechtlich unzulässigen Eingriffen auszugehen sei und weitere Vermeidungs- und Minimierungsmaßnahmen erforderlich seien, die der Vorhabenträger zu benennen habe. 13

In einer ergänzenden Stellungnahme zum Artenschutz vom 23.10.2009 führte der von der Klägerin beauftragte Dipl.-Ing. und Dipl.-Biol. T1. aus, dass er die Bewertung des enveco-Gutachtens teile und zusätzliche Vermeidungs- und Minimierungsmaßnahmen nicht für erforderlich halte. Als Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen schlug er gleichwohl die Anpflanzung von im Juli/August hochwüchsigen Feldfrüchten im Bereich von 100 m um die geplanten WEA's oder die Abschaltung der geplanten Anlagen für eine Zeitraum von vier Wochen nach der Ernte vor, es sei denn, es werde im betreffenden Jahr durch den Vorhabenträger nachgewiesen, dass im Untersuchungsgebiet keine brütenden Rotmilane vorhanden seien. 14

Mit Bescheid vom 18.1.2010 erließ der Beklagte einen als "Nachtrag zum Bescheid vom 8.12.2008" bezeichneten weiteren Bescheid und lehnte den Genehmigungsantrag ab, weil dem Vorhaben öffentliche Belange, hier des Artenschutzes, entgegenstünden. In Ergänzung des Ablehnungsbescheids vom 8.12.2008 führte der Beklagte aus: Durch die Errichtung der hier geplanten WEA entstehe ein signifikant erhöhtes Kollisionsrisiko. Sofern eine lokale Population nur aus wenigen Individuen bestehe, sei diese Population bereits dann gefährdet, wenn der Fortbestand nur weniger Exemplare gefährdet oder eine Art überdurchschnittlich 15

häufig von Kollisionen betroffen sei. Dies sei bei dem Rotmilan der Fall, wenn Windkraftanlagen in seinem bevorzugten Aktionsraum errichtet würden. Aus der Raumnutzungsanalyse ergebe sich, dass der Untersuchungsraum mit etwa 175 Überflügen pro Woche, nach den Ermittlungen der Genehmigungsbehörde sogar mit 350 Überflügen pro Woche überdurchschnittlich oft genutzt werde. Angesichts der im Kreis M2. vorhandenen lokalen Population von nur ca. 40 bis 50 Brutpaaren sei schon der Verlust eines einzelnen Individuums als populationsrelevant anzusehen. Die mit Gutachten vom 23.10.2009 vorgestellten Minimierungs- bzw. Kompensationsmaßnahmen seien aus Sicht der Genehmigungsbehörde ungeeignet, um das Tötungsrisiko zu minimieren. In der Stoppelphase, also nach der Ernte im Juli/August, sei der Bereich der WEA besonders attraktiv für Jung- und Altvögel. Diese Phase dauere in der Regel nicht nur vier Wochen, sondern zehn bis zwölf Wochen. Eine pauschale Abschaltung von nur vier Wochen ab dem 1. Juli entfalte deshalb keine ausreichende Wirkung. Der Anbau von Mais oder anderen Feldfrüchten, die lediglich zu anderen Zeiträumen gesät und geerntet würden, ändere an der generellen Nutzung der Flächen nichts, sondern verschiebe nur die Stoppelphase. Die vorgeschlagenen Kompensationsmaßnahmen seien zur Abwendung artenschutzrechtlicher Verbote ebenfalls nicht geeignet. Die Anlage einer Obstwiese werde die Flächennutzung für den Rotmilan eher noch erschweren. Die Umwandlung von Ackerflächen am P1. in extensiv genutztes Grünland sei als Vermeidungsmaßnahme im Hinblick auf den artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand nicht ausreichend. Die südlich der WEA-Standorte vorhandenen Grünbiotope würden mit 60 bis 70 ha ca. das zehn- bis fünfzehnfache der angebotenen Umwandlungsfläche aufweisen. Eine Ausnahme von den Verboten des § 42 Abs. 1 BNatSchG könne auch nicht erteilt werden, weil die Voraussetzungen nach § 43 Abs. 8 BNatSchG nicht vorlägen. Die durchzuführende Abwägung führe im konkreten Einzelfall dazu, dass dem Artenschutz Vorrang einzuräumen sei. Die besondere Schutzbedürftigkeit des Rotmilans, die vom Gesetzgeber anerkannt sei, führe dazu, dass die öffentlichen Belange des Klimaschutzes am Standort der WEA gegenüber dem Artenschutz zurückzutreten hätten, da regenerative Energien auch an anderen Standorten erzeugt werden könnten.

Die Klägerin hat im Klageverfahren ergänzend vorgetragen, das artenschutz-rechtliche Tötungsverbot des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sei nicht einschlägig. Es setze aktives Tun voraus, welches im Falle passiven Vogelschlages nicht angenommen werden könne. Zumindest könne es nur in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen, wenn die Erfolgswahrscheinlichkeit für einen Vogelschlag signifikant erhöht werde. Hiervon könne nach den von ihr vorgelegten avifaunistischen Gutachten und Stellungnahmen nicht ausgegangen werden. In Fachkreisen werde davon ausgegangen, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit zwischen 1:38 bis 1:100 liege, d.h. nur alle 38 bis 100 Jahre pro WEA unter der Rotmilanpopulation ein Schlagopfer zu verzeichnen sei. Bei Berücksichtigung des Bestandes und der Reproduktionsrate des Rotmilans sei davon auszugehen, dass jährlich 10.000 Rotmilane in Deutschland stürben. Setze man diese Zahl in Relation zu den jährlich zu verzeichnenden Schlagopfern, ergebe sich auch hieraus, dass sich das Tötungsrisiko für Rotmilane durch WEA nicht signifikant erhöhe. Dies gelte für Schwarzmilanpopulationen allgemein schon deshalb, weil es sich um eine weltweit verbreitete Art mit höheren Beständen als beim Rotmilan handele. Für die örtliche Population sei zu berücksichtigen, dass der einzige früher benutzte Horst seit einigen Jahren aufgegeben worden sei und nach den Raumnutzungskartierungen der Bereich um die geplanten WEA auch von Schwarzmilanen gering frequentiert werde.

Die Klägerin beantragt,

16

17

18

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 8.12.2008 in Gestalt des Bescheides vom 18.1.2010 zu verpflichten, ihr eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zwei Windkraftanlagen in E. , Gemarkung E1. , Flur 2 für den Typ Repower MM92, Nennleistung je 2.000 kW mit einer Gesamthöhe von 146,3 m (wie am 17.12.2007 beantragt) zu erteilen.

Der Beklagte beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Er nimmt zur Begründung des Antrags Bezug auf die angefochtenen Bescheide und trägt ergänzend vor: Der Artenschutz sei ein rechtlich selbständiger Belang und im Genehmigungsverfahren unabhängig vom Bebauungsplan zu prüfen. Auch wenn - was hier ohnehin nicht der Fall sei - im Rahmen der Aufstellung des Bebauungsplans eine ausreichende artenschutzrechtliche Prüfung stattgefunden hätte, könnten artenschutzrechtliche Belange einem Vorhaben im Genehmigungsverfahren noch entgegengehalten werden. Die lokale Population im Kreis M2. sei bereits bei Verlust eines Brutpaares (2,0 bis 2.5 % der Population) gefährdet. Dies ergebe sich auch aus dem unzureichenden Erhaltungszustand der Art in der kontinentalen Region NRW. 21

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten. 22

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 23

Die Klage ist zulässig und begründet. 24

Die Klägerin hat einen Anspruch auf die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung zweier Windkraftanlagen auf dem Grundstück Gemarkung Gemarkung E1. , Flur 2, Flurstücke 5 und 29. Die mit dem angefochtenen Bescheid vom 8.12.2008 in Gestalt des Bescheides vom 18.1.2010 erfolgte Ablehnung des Antrages ist deshalb rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). 25

Rechtsgrundlage für die beantragte Genehmigung ist § 6 Abs. 1 BImSchG. Danach ist die beantragte Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 und einer auf Grund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). 26

Der hier allein von der Beklagten geltend gemachte Versagungsgrund des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG greift im Ergebnis nicht durch. Dem Vorhaben stehen weder Vorschriften des Bauplanungsrechtes (I.) noch der Landschaftsplan "E. Nr. 9" entgegen (II). Auch Zugriffsverbote des BNatSchG werden bei Realisierung des Vorhabens nicht verletzt (III). I. Die Standorte der geplanten WEA liegen im räumlichen Geltungsbereich des Bebauungsplans der Stadt E. 03-07 "Windpark E. -N. " und entsprechen dessen Festsetzungen. Sie befinden sich innerhalb des Bereiches, für den im Bebauungsplan ein Baufenster festgesetzt wurde. Soweit der Bebauungsplan Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung enthält - max. Höhe der Anlagen 150 m über Gelände, max. Schallleistungspegel 103,0 db(A) -, werden diese Vorgaben beachtet. Die geplanten WEA weisen jeweils eine Höhe von unter 150 m auf und einen Schallleistungspegel von max. 103 db (A) (vgl. insoweit die dem Antrag beigelegte Schallimmissionsprognose der Windtest 27

II. Die geplanten Standorte liegen darüber hinaus im räumlichen Geltungsbereich des durch den Landschaftsplan "E. Nr. 9" festgesetzten Landschaftsschutzgebietes "T. M1. C. ", der allgemein das Errichten baulicher Anlagen im Geltungsbereich des Landschaftsschutzgebietes untersagt (Seite 75) und von der Erteilung einer Ausnahme/Befreiung abhängig macht. Nach § 16 Abs. 1 Satz 3 LG NRW erstreckt sich der Geltungsbereich eines Landschaftsplanes aber nur auf den baulichen Außenbereich im Sinne des Bauplanungsrechts. Da die Standorte der WEA im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegen, können durch den Landschaftsplan statuierte Bauverbote keine Geltung beanspruchen, sodass es auf das Vorliegen von Ausnahme- und Befreiungstatbeständen nicht ankommt.

28

III. Dem Vorhaben stehen auch weder Belange des Habitatschutzes nach § 34 BNatSchG (1.) noch des Artenschutzes nach § 44 BNatSchG (2.) in der zum 1.3.2010 in Kraft getretenen Fassung vom 29.7.2009 (BGBl I S. 2542) entgegen. Auf die Frage, ob von entgegenstehenden Verboten nach § 45 Abs. 7 BNatSchG eine Ausnahme oder nach § 67 BNatSchG eine Befreiung zu erteilen war, kommt es deshalb nicht an (3.).

29

1. Belange des Habitatschutzes i.S.d. § 34 BNatSchG sind nicht erst bei der Genehmigungserteilung, sondern seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung des Baugesetzbuches an EU-Richtlinien vom 24.6.2004 (BGBl I S. 1359) zum 20.7.2004 schon im Rahmen der Bauleitplanung zu berücksichtigen (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 7 b und § 1 a Abs. 4 BauGB). Insoweit ist bereits im Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplanes zu prüfen, ob Schutz- und Erhaltungsziele eines Gebietes von gemeinschaftlicher Bedeutung (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 BNatSchG i.V.m. der Richtlinie 92/43 EWG vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, sog. Habitat-Richtlinie, im Folgenden: FFH-RL) oder eines Europäischen Vogelschutzgebietes (§ 7 Abs. 1 Nr. 7 BNatSchG i.V.m. der Richtlinie 79/409 EWG, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/102/EG, sog. Vogelschutzrichtlinie, im Folgenden: VS-RL) beeinträchtigt werden könnten. Dementsprechend bestimmt § 34 Abs. 8 BNatSchG (vgl. auch § 37 BNatSchG a.F.), dass eine nach § 34 Abs. 1 BNatSchG i.V.m. § 48d Abs. 1 bis 3 LG NRW durchzuführende Verträglichkeitsprüfung in Genehmigungsverfahren für Vorhaben, die innerhalb des Geltungsbereiches eines qualifizierten Bebauungsplanes liegen, nicht mehr stattfindet. Ob dies nur dann gilt, wenn die Aufstellung des Bebauungsplanes nach dem o.g. Stichtag erfolgte und sämtliche gebietsrelevanten Auswirkungen der Planung im Aufstellungsverfahren geprüft wurden,

30

vgl. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, BNatSchG, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 1. Juli 2009, § 37 BNatSchG a.F., Rdn. 4,

31

kann dahinstehen. Selbst wenn der im Rahmen der Bauleitplanung erstellte landschaftspflegerische Begleitplan vom 24.02.2004 diesen Anforderungen nicht genügt, bedurfte es einer ergänzenden Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG im Genehmigungsverfahren nicht. Eine in Umsetzung des Gebietsschutzes nach Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL nach § 48d Abs. 1 bis 3 LG NRW durchzuführende Verträglichkeitsprüfung ist dann erforderlich, wenn das Vorhaben geeignet ist, die gebietsbezogenen Schutzzwecke und Erhaltungsziele erheblich zu beeinträchtigen (Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, 48d Abs. 3 LG NRW). Für das Erfordernis einer Verträglichkeitsprüfung reicht es aus, dass die Wahrscheinlichkeit oder die Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung besteht. Der notwendige Grad einer Wahrscheinlichkeit besteht, wenn anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Vorhaben das fragliche Gebiet in dieser Weise beeinträchtigt.

32

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 - 9 A 20.05 -, BVerwGE 128, 1 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteile vom 20.10.2005 - C-6/04 -, Slg. 2005, I-9017, und vom 10.10.2006 - C-98/93 -, Slg. 2006, I-53.	33
Nach der Rechtsprechung des OVG NRW,	34
vgl. OVG NRW, Urteile vom 30.07.2009 - 8 A 2358/08 und 8 K 2357/08 -,	35
beeinträchtigen Windenergieanlagen außerhalb von (förmlich festgesetzten oder faktischen) Vogelschutzgebieten oder FFH-Gebieten auf Grund der von ihnen ausgehenden Emissionen Erhaltungsziele und Schutzzwecke dieser Gebiete regelmäßig nicht. Dass im vorliegenden Fall eine hiervon abweichende Beurteilung - etwa aufgrund einer möglichen Verriegelung des Gebietes - gerechtfertigt ist und damit objektive Anhaltspunkte vorliegen, die die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung erfordern, ist für das Gericht weder ersichtlich noch hat der Beklagte hierzu schlüssig vorgetragen. In dem die Genehmigung versagenden Nachtragsbescheid vom 18.1.2010 werden Gebiete im o.g. Sinne nicht einmal erwähnt, geschweige denn negative Auswirkungen auf Schutz- und Erhaltungsziele derartiger Gebiete behauptet. Der angefochtene Bescheid stützt sich als Versagungsgrund ausschließlich auf die artenschutzrechtlichen Verbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG a.F.	36
2. Dem Vorhaben stehen auch nicht die sich aus § 44 Abs. 1 BNatSchG (§ 42 Abs. 1 BNatSchG a.F.) ergebenden Zugriffsverbote entgegen.	37
a.) Zu Recht ist der Beklagte allerdings der Auffassung, dass der Verstoß gegen derartige Zugriffsverbote dem Vorhaben (noch) entgegengehalten werden kann, weil der im Rahmen der Aufstellung des Bebauungsplanes erstellte landschaftspflegerische Begleitplan, der solche Verstöße im Ergebnis verneint, dies nicht ausschließt.	38
Wie oben bereits ausgeführt, beschränkt sich die Prüfung im Baugenehmigungsverfahren nach § 1a Abs. 4 BauGB auf die Vereinbarkeit der Planung mit den Erhaltungs- und Schutzziele der FFH-RL bzw. der VS-RL und der in Vollzug hierzu ergangenen §§ 32 bis 37 BNatSchG, §§ 48a bis 48d LG NRW. Die Frage, ob ein Vorhaben gegen artenschutzrechtliche Zugriffsverbote i.S.d. § 44 BNatSchG verstößt, ist dagegen eine Frage, die sich im Einzelfall erst beim Vollzug der Planung stellt und nicht im Aufstellungsverfahren.	39
Vgl. OVG NRW, Urteile vom 30.1.2009 - 7 D 11/08.NE - und vom 17.4.2009 - 7 D 110/07.NE -; OVG Koblenz, Urteil vom 13.2.2008 - 8 C 10368/07 -, NuR 2008, 410 unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschluss vom 25.8.1997 - 4 BN 4/97 -, BauR 1997, 981; Reidt, Europäischer Habitat- und Artenschutz in der Bauleitplanung, NVwZ 2010, 8.	40
Demzufolge entfaltet der Bebauungsplan für die Frage, ob bei der Realisierung der Planung artenschutzrechtliche Zugriffsverbote nach § 44 BNatSchG verletzt werden, im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren auch keine Bindungswirkung dergestalt, dass solche nicht mehr zu prüfen sind.	41
b.) Bei der Frage, ob einem Vorhaben artenschutzrechtliche Verbote i.S.d. § 44 BNatSchG entgegenstehen, ist zu berücksichtigen, dass Habitatschutz und Artenschutz nicht denselben Prüfmaßstäben unterworfen sind.	42
Vgl. BVerwG, Beschluss vom 23.11.2007 - 9 B 38.07 -, NuR 2008, 176.	43
Im Bereich des Habitatschutzes ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Ungewissheiten darüber, ob ein Projekt Erhaltungs- und Schutzziele eines Gebietes von gemeinschaftlicher	44

Bedeutung oder eines Europäischen Vogelschutzgebietes beeinträchtigt, zu Lasten des Vorhabenträgers gehen. Für den Gang und das Ergebnis der Verträglichkeitsprüfung gilt der Sache nach eine Beweisregel des Inhalts, dass ohne Rückgriff auf Art. 6 Abs. 4 FFH-RL die Behörde ein Vorhaben nur dann zulassen darf, wenn sie zuvor Gewissheit darüber erlangt hat, dass dieses sich nicht nachteilig auf das Gebiet als solches auswirkt. Die zu fordernde Gewissheit liegt nur dann vor, wenn "aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel" daran besteht, dass solche Auswirkungen nicht auftreten werden.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 - 9 A 20.05 -, BVerwGE 128, 1, Rdn. 62; OVG NRW, Urteil vom 11.9.2007 - 8 A 2696/06 -, NuR 2008, 49. 45

Für das vorliegende Genehmigungsverfahren gilt dagegen der Grundsatz des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, wonach die Genehmigung zu erteilen ist, wenn artenschutzrechtliche Verbote nicht entgegenstehen. Für das "Nichtentgegenstehen" ist hierbei der gleiche Prognosemaßstab anzuwenden wie im Fall des "Sicherstellens" i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. 46

Vgl. Jarass, BImSchG, Kommentar, 7. Auflage 2007, § 6 Rdn. 10; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, NatSchG, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 1. Juli 2009, § 6 BImSchG Rdn. 28. . § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erfordert eine günstige Prognose der Genehmigungsbehörde auf der Grundlage der vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen. "Sichergestellt" ist die Erfüllung der in § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG genannten Pflichten bereits dann, wenn sie auf Grund der vorliegenden Unterlagen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. 47

Vgl. Jarass, a.a.O., § 6 Rdn. 8; Dietlein, a.a.O., Rdn. 19; zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab auch OVG NRW, Urteil vom 7.6.1990 - 20 AK 25/87 -, NVwZ 1991, 1200 = juris Rn. 29 ff. und 43. 48

Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des BVerwG bei der Frage, ob artenschutzrechtliche Zugriffstatbestände verletzt sind, oft naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung steht, ohne dass sich bisher eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten. Eine naturschutzfachliche Meinung ist der anderen nicht bereits deshalb überlegen, weil sie aufwändigere oder strengere Ermittlungen für richtig hält. Dies ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung nicht mehr vertretbar erscheint. 49

Vgl. BVerwG, Urteil vom 9.7.2008 - 9 A 14/07 -, NVwZ 2009, 302 -, Rdn. 64 bis 66. 50

c.) Die Prüfung, ob naturschutzfachliche Verbote, insbesondere solche nach § 44 BNatSchG eingreifen, setzt eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Vorhabengebiet vorhandenen Tierarten und Lebensräume voraus. 51

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 - 9 VR 9.07 -, Buchholz 451.91 Europ.UmweltR Nr. 33 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urteile vom 31.1.2002 - 4 A 15.01 -, DVBl 2002, 990, und vom 9.6.2004, - 9 A 11.03 -, BVerwGE 121, 72. 52

Die von der enveco GmbH im Auftrag der Klägerin erstellten avifaunistischen Kartierungen und Bestandsaufnahmen im Zeitraum März bis Juli 2009, 53

vgl. enveco GmbH, Avifaunistische Untersuchungen für zwei geplante Windenergieanlagen bei E. , Endbericht August 2009, BA I,	
enthalten, soweit es die hier interessierenden Vogelarten (Rotmilan und Schwarzmilan) betrifft,	55
die Ergebnisse des vom Vorhabenträger vorgelegten fledermauskundlichen Fachbeitrages werden vom Beklagten nicht mehr beanstandet und der Verstoß gegen Zugriffsverbote i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG wird insoweit auch im Bescheid nicht mehr geltend gemacht,	56
eine den fachlichen Anforderungen entsprechende Raumnutzungsanalyse und lassen eine Beurteilung der artenschutzrechtlichen Fragestellungen zu. Die Stellungnahme des LANUV vom 25.9.2009 bezeichnet die vorgelegten Unterlagen als "vorbildlich". Dem Nachtragsbescheid vom 18.1.2010 lässt sich eine hiervon abweichende Bewertung des Beklagten nicht entnehmen. Streitig ist zwischen den Beteiligten damit nicht mehr die Geeignetheit und Vollständigkeit der vorgelegten artenschutzrechtlichen Raumnutzungsanalyse, sondern die hieraus abzuleitende artenschutzrechtliche Bewertung.	57
d.) Entgegen der Auffassung der Beklagten wird bei Zulassung des Vorhabens weder das Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (aa.) noch des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (bb.) verletzt.	58
aa.) Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (§ 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a.F.) 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. Soweit es die von dem Beklagten in den Blick genommenen Tiere - Rotmilan, Schwarzmilan - betrifft, wird dieses Verbot mit der Zulassung der beantragten Anlagen nicht verletzt.	59
Beim Rot- und Schwarzmilan handelt es sich um "europäische Vogelarten" und damit besonders geschützte Arten i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 13 lit b) bb) BNatSchG. Sie werden im Anhang 1 der VS-RL aufgeführt (milvus milvus bzw. milvus migrans).	60
Ebenso wenig scheidet eine Verletzung des Tötungsverbotes nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, der sich im Wesentlichen am Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 lit a FFH-RL und des Art. 9 VS-RL orientiert, bereits deshalb aus, weil das Tötungsrisiko hier auf der Errichtung von bauplanungsrechtlich zulässigen Anlagen beruht. Die frühere Rechtsprechung des BVerwG, wonach der Begriff des "absichtlichen Tötens" ein zielgerichtetes Handeln verlangt und diese Absicht verneint wurde, wenn sich die Beeinträchtigungen als unausweichliche Konsequenz rechtmäßigen Handelns ergaben,	61
vgl. BVerwG, Urteil vom 11.1.2001 - 4 C 6.00 -, BVerwGE 112, 321, zu § 20 f Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a.F., und Beschluss vom 12.4.2005 - 9 VR 41.04 -, NVwZ 2005, 943,	62
verstieß nach der Rechtsprechung des EuGH gegen Art. 12 Abs. 1 lit a FFH-RL, weil das Tötungsverbot schon dann erfüllt sei, wenn diese Folgen vorhersehbar seien und billigend in Kauf genommen würden.	63
vgl. EuGH, Urteile vom 20.10.2005, - Rs C-6/04 -, Slg 2005, I-9017 ff. und vom 18.5.2006, - Rs C-221/04 -, Slg 2006, I-4515.	64
Nach den Auslegungshinweisen der Europäischen Kommission zur FFH-RL,	65

vgl. Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG dort unter II.3.1., 66

soll der Begriff der "absichtlichen" Handlungen i.S.d. Art. 12 Abs. 1 lit. a FFH-RL dahingehend ausgelegt werden, dass er nur erfüllt ist, wenn dem Betroffenen bewusst ist, welche Folgen sein Handeln höchstwahrscheinlich haben wird und er die Handlung unter grobfahrlässiger Missachtung der bekannten Verbote (bedingter Vorsatz) begeht. Ob die Tötung von Vögeln durch Windkraftanlagen europarechtlich danach einen Verstoß gegen Art. 12 lit. a FFH-RL darstellt, ist zweifelhaft. Die Kommission sieht solche Fälle wohl eher als Fälle unbeabsichtigten Tötens i.S.d. Art. 12 Abs. 4 FFH-RL an, die nicht dem Zugriffstatbestand des Art. 12 Abs. 1 lit a FFH-RL unterfallen. 67

Vgl. Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG dort unter II.3.6, wo die Tötung durch Windturbinen als Fall des Art. 12 Abs. 4 FFH-RL ausdrücklich benannt wird; dem folgend Stellungnahme des Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Verbraucherschutz des Landes Brandenburg vom 28.02.2007 an das Landesumweltamt Brandenburg in BA IV. 68

Das BVerwG verfolgt in seiner neueren Rechtsprechung allerdings einen anderen Ansatz, der sich nicht an subjektiven Merkmalen orientiert. Es hat unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung, 69

vgl. BVerwG, Urteile vom 16.3.2006 - 4 A 1075.04 -, BVerwGE 125, 116, vom 21.06.2006 - 9 A 28.05 -, BVerwGE 126, 166, vom 9.7.2008 - 9 A 14.07 -, a.a.O., und vom 13.5.2009 - 9 A 73.07 -, NuR 2009, 711; zur Vorgeschichte auch Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 1. Auflage 2009, Seite 119 ff.; ders., Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737, 70

im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH und den individuenbezogenen Ansatz des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a.F. im Rahmen der o.g. Entscheidungen zu straßenrechtlichen und luftverkehrsrechtlichen Baumaßnahmen ausgeführt, dass bei der Realisierung derartiger Vorhaben die Tötung von Vögeln oder anderen geschützten Arten bei lebensnaher Betrachtung nicht ausgeschlossen werden könne. Bei sachgerechtem Verständnis des Gesetzes werde der Zugriffstatbestand deshalb erst erfüllt, wenn durch das Vorhaben das Tötungsrisiko für die lokale Population in signifikanter Weise erhöht werde. Hierbei seien Maßnahmen, mittels derer Kollisionen für die betroffenen Tierarten verhindert oder dieses Risiko vermindert werden könnten, zu berücksichtigen. Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko durch ein Straßenbauvorhaben bestehe z. B. dann, wenn es sich erstens um Tiere handele, die aufgrund ihrer Verhaltensweisen gerade im Bereich des Vorhabens ungewöhnlich stark von den Risiken des dadurch verursachten Straßenverkehrs betroffen seien und zweitens diese besonderen Risiken durch die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens einschließlich der geplanten Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen sich nicht beherrschen ließen. 71

Vgl. BVerwG, Urteile vom 13.5.2009 - 9 A 73.07 -, a.a.O., vom 18.3.2009 - 9 A 39.07 -, NVwZ 2010, 44, Rn. 58, vom 9.7.2008 - 9 A 14.07 -, a.a.O., Rn. 90, und vom 13.3.2008 - 9 VR 9.07 -, a.a.O. 72

Diese an objektiven Merkmalen orientierte Einschränkung des Zugriffsverbotes nach § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (a.F.) ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung auch auf die Zulassung von WEA übertragen worden, 73

vgl. OVG NW, Urteil vom 30.7.2009 - 8 A 2357/08 -, Seite 38 ff.; OVG Magdeburg, Urteil vom 23.7.2009 - 2 L 302/06 -, ZNER 2009, 312; OVG Weimar, Urteil vom 14.10.2009 - 1 KO 372/06 -, juris,	
und deshalb im vorliegenden Fall zu berücksichtigen.	75
Bei der damit maßgeblichen Frage, ob eine lokale Population einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt wird, ist auf die Ergebnisse der den konkreten Standort betreffenden naturschutzfachlichen Erhebungen einerseits und das allgemeine Gefährdungspotenzial solcher Anlagen mit Blick auf die spezifischen Arten andererseits abzustellen.	76
Vgl. OVG NW, Urteil vom 30.7.2009 - 8 A 2357/08 -, Seite 38 ff.	77
Gemessen an diesen Voraussetzungen verstößt die Errichtung der geplanten Anlagen nicht gegen das Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, weil sich ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch WEA für die hier streitigen geschützten Arten - Rotmilan und Schwarzmilan - weder allgemein aufgrund artenspezifischer Besonderheiten statistisch belegen lässt (aaa.) noch unter Berücksichtigung der besonderen örtlichen Gegebenheiten aufgrund der vorliegenden naturschutzfachlichen Stellungnahmen angenommen werden kann (bbb.). Auf die vom Dipl.-Ing. und Dipl.-Biol. T1. zusätzlich vorgeschlagenen Ausgleichs- und Minderungsmaßnahmen kam es deshalb nicht ausschlaggebend an (ccc.)	78
aaa.) Die Auswirkungen von WEA auf die Mortalitätsrate der vorgenannten Arten sind noch weitgehend unerforscht. Die vorliegenden naturschutzfachlichen Stellungnahmen lassen nicht den Schluss zu, dass die Mortalitätsrate dieser Arten wesentlich, d.h. im Sinne einer signifikanten Erhöhung, durch die Errichtung von WEA beeinflusst wird.	79
Das 127 Einzelstudien aus 10 Ländern auswertende Gutachten der NABU vom Dezember 2004,	80
Michael-Otto-Institut im NABU, Auswirkungen regenerativer Energiegewinnung auf die biologische Vielfalt am Beispiel der Vögel und der Fledermäuse - Fakten, Wissenslücken, Anforderungen an die Forschung, ornithologische Kriterien zum Ausbau von regenerativen Energiegewinnungsformen, abrufbar unter: http://bergenhusen.nabu.de/	81
kommt zu dem Schluss, dass statistisch signifikante Nachweise von erheblichen negativen Auswirkungen der Windkraftanlagen auf die Bestände von Brutvögeln nicht erbracht werden können, weil Langzeituntersuchungen, die einen Vorher-Nachher-Vergleich ermöglichen, nicht vorliegen (Seite 2). Kollisionsraten seien bisher nur in wenigen Fällen, in Deutschland fast überhaupt nicht, und weder systematisch noch methodisch einwandfrei ermittelt worden. Auffallend sei jedoch die seit Erhebungsbeginn im Jahre 1989 festgestellte hohe Zahl von 41 toten Rotmilanen (Seite 3). Es bestehe deshalb noch ein erheblicher Forschungsbedarf (Seite 4). Die Auswirkungen erhöhter Mortalität auf die Populationsrate wurden bisher nur bei einer Art (Steinadler) wissenschaftlich untersucht und nachgewiesen (Seite 45). Gehe man von der nicht unrealistischen Annahme aus, dass jährlich ca. 100 Rotmilane in Deutschland an WEA verunglücken, erhöhe sich die Mortalitätsrate um 0,3 %. Es sei deshalb nicht damit zu rechnen, dass durch WEA wesentliche Erhöhungen der Mortalitätsraten auftraten (Seite 42).	82
Das unter Auswertung von weiteren 45 Untersuchungen erstellte Gutachten des NABU vom Oktober 2006,	83

Michael-Otto-Institut im NABU, Auswirkungen des "Repowering" von Windkraftanlagen auf Vögel und Fledermäuse, abrufbar unter: http://bergenhusen.nabu.de ,	84
hat insoweit keine Klärung herbeigeführt, sondern - bezogen auf Rotmilan und Seeadler - betont, dass weitere Untersuchungen erforderlich seien (Seite 27). Wesentlich für die Kollisionsraten seien jedoch die Standorte der Anlagen. Standorte an Gewässern und auf kahlen Bergrücken forderten signifikant mehr Opfer unter den Vögeln (Seite 28).	85
Eine vom BMU in Auftrag gegebene und vom Michael-Otto-Institut in fünf Bundesländern - darunter auch NRW - durchgeführte Studie über die Ursachen des Kollisionsrisikos von Greifvögeln mit Windkraftanlagen ist noch nicht abgeschlossen. Das Projekt wurde bis 31.12.2010 verlängert.	86
Vgl. Michael-Otto-Institut im NABU unter http://bergenhusen.nabu.de/ .	87
Vorläufige Ergebnisse dieser Untersuchung wurden im Rahmen eines internationalen Workshops vom 21.10.2008 bis 22.10.2008, an dem ca. 50 Fachleute teilnahmen, vorgestellt.	88
Vgl. Birds of Prey and Wind Farms: Analysis of Problems and Possible Solutions, Documentation of an international workshop in Berlin, 21st and 22nd October 2008, abrufbar unter: http://bergenhusen.nabu.de .	89
Danach blieb die Population von Rot- und Schwarzmilanen (Red and Black Kite) im Untersuchungsgebiet im Zeitraum von 1991 bis 2006 trotz des erheblichen Anstieges von WEA im Wesentlichen konstant. Ein signifikanter Rückgang der Populationen als Folge des Ausbaus der Windenergie ließ sich bisher auch auf Grund dieser Untersuchungen nicht feststellen (Seite 23).	90
Ableiten lässt sich ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko durch WEA für den Rotmilan derzeit allenfalls aus den Erhebungen des Landesumweltamtes Brandenburg,	91
Vogelverluste an Windenergieanlagen in Deutschland - Daten aus der zentralen Fundkartei der Staatlichen Vogelschutzwarte im Landesumweltamt Brandenburg, Stand: 1.10.2009,	92
die seit Beginn der Erhebung (1989) 123 Totfunde, davon 46 bzw. 39 in Brandenburg und Sachsen-Anhalt und 4 bei Rotmilanen in NRW, registriert haben, wobei zu berücksichtigen ist, dass die gemeldeten Totfunde nur einen Bruchteil der tatsächlichen Schlagopfer darstellen und nach naturschutzfachlicher Einschätzung mindestens von einer Dunkelziffer des Faktors 10 auszugehen ist.	93
Vergleicht man bundesweit die durchschnittlichen Totfunde der letzten fünf Jahre (Stand 1.11.2004: 41 - Stand. 1.10.2009: 123) bei Rotmilanen mit der in diesen Jahren durchschnittliche Anlagendichte von 18.500 Anlagen,	94
vgl. Status der Windenergienutzung in Deutschland 2004: 16.543 Anlagen - 1. Halbjahr 2009: 20.674 Anlagen, abrufbar unter: www.dewi.de ,	95
ergibt sich unter Berücksichtigung der o.g. Dunkelziffer eine (jährliche) Kollisionswahrscheinlichkeit bundesweit von 1: 93, d.h. an jeder derzeit im Bundesgebiet vorhandenen WEA kommt (nur) alle 93 Jahre ein Rotmilan als Schlagopfer zu Tode.	96
Berücksichtigt man insoweit nur die gemeldeten Totfunde in NRW der letzten fünf Jahre (Stand 1.11.2004: 1 - Stand 1.10.2009: 4) und setzt diese unter Berücksichtigung der	97

Dunkelziffer in Relation zur durchschnittlichen Anzahl der Anlagen,	
vgl. regionale Verteilung der WEA in Deutschland Stand 2004 in NRW: 2.277 Anlagen - 1. Halbjahr 2009: 2.702 Anlagen unter www.dewi.de ,	98
ergäbe sich gar eine jährliche Kollisionswahrscheinlichkeit von nur 1: 375.	99
Das VG Halle,	100
Urteil vom 25.11.2008 - 2 A 4/07 -, ZNER 2009, 64,	101
geht unter Berücksichtigung der in diesem Verfahren eingeholten fachkundlichen Stellungnahmen zur Dunkelziffer von einer Kollisionswahrscheinlichkeit von 1: 35 aus.	102
Unabhängig davon, welchen statistischen Wert man zu Grunde legt, kann nach Auffassung des Gerichts keiner dieser Werte eine im Sinne der o.g. Rechtsprechung des BVerwG "signifikant" erhöhte Tötungsgefahr begründen. Sie ist - wie oben bereits ausgeführt - im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG nur dann signifikant, wenn sie sich spürbar auf die vorhandene Rotmilanpopulation auswirkt. Ein derartiger Nachweis konnte - wie oben bereits ausgeführt - durch keine der bisher vorliegenden Untersuchungen geführt werden.	103
Die Prozessbevollmächtigten der Kläger haben in ihrem Schriftsatz vom 24.2.2010 (Bl. 103 d.A.) zutreffend darauf hingewiesen, dass naturschutzfachlich abgesicherte Erkenntnisse zu Bestand, Lebensalter und Reproduktionsrate der Rotmilanpopulation diese Einschätzung ebenfalls bestätigen. Bei in etwa gleichbleibenden Beständen ist danach davon auszugehen, dass jährlich über 10.000 Rotmilane in Deutschland sterben oder dauerhaft abwandern. Damit ist der Anteil der jährlich durch WEA getöteten Rotmilane so gering, dass er für die Populationsrate nicht erheblich ins Gewicht fällt.	104
Etwas anderes folgt auch nicht aus der in der mündlichen Verhandlung erfolgten informatorischen Anhörung des Mitarbeiters des LANUV (Dr. L.). Auch Dr. L. hat in der mündlichen Verhandlung keine wissenschaftlichen Untersuchungen benennen können, die eine signifikante Abnahme der Rotmilanpopulation in Deutschland belegen, geschweige denn einen Ursachenzusammenhang zwischen Veränderungen der Population und dem Ausbau der Windenergie. Er begründet die Gefährdung der Rotmilanpopulation im Wesentlichen damit, dass der Erhaltungszustand der Rotmilanpopulation im Sinne der FFH-RL als "ungünstig" einzustufen ist. Die Erhaltung oder Wiederherstellung eines "günstigen Erhaltungszustandes" als Ziel der FFH-RL (vgl. Art. 1 Buchstabe i FFH-RL) wird als Zustand beschrieben, in der ein Lebensraum oder eine Art in qualitativer und quantitativer Hinsicht gut gedeiht. Dies hänge von einer Vielzahl von Faktoren ab, u.a. auch solcher, die durch das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von WEA nicht beeinflusst werden. Auch wenn eine Art nicht vom Aussterben bedroht ist, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass sie sich in einem "günstigen" Erhaltungszustand befindet.	105
Vgl. Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG dort unter I. 1.2.2.	106
Dann kann mit der Einstufung eines Erhaltungszustandes als "ungünstig" i.S.d. Art. 1 Buchstabe i FFH-RL allein aber auch kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG begründet werden.	107
Selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Bundesrepublik Deutschland für den Bestand des Rotmilans eine besondere Verantwortung hat, weil es sich um eine rein	108

europäische Vogelart handelt und 60 % des Bestandes in Deutschland beheimatet sind,	
vgl. OVG NW, Urteil vom 30.7.2009 - 8 A 2357/08 -, Seite 41,	109
kann das Gericht deshalb nach den ihm vorliegenden fachkundlichen Stellungnahmen nicht davon ausgehen, dass durch Schlagopfer an WEA generell eine signifikant erhöhte, populationsrelevante Tötungsgefahr für Rotmilane eintritt. Zur besonderen Verantwortung der Bundesrepublik Deutschland sei im Übrigen angemerkt, dass es sich bei dem Rotmilan um einen Zugvogel handelt und dieser nach Untersuchungen der Hessischen Gesellschaft für Ornithologie und Naturschutz e.V. (HGON),	110
vgl. Gelpke/Stübing, Bestandsentwicklung und Gefährdung des Rotmilans in Hessen - Ein Europäer in Schwierigkeiten, in: Der Falke, Journal für Vogelbeobachter 2/2009,	111
in den Winterquartieren in Spanien einem hohen Verfolgungsdruck ausgesetzt ist. Allein im Zeitraum 1990 bis 2005 sollen dort 14.500 Exemplare getötet worden sein, d.h. 100mal so viele wie in der Bundesrepublik Deutschland im gleichen Zeitraum als Schlagopfer an WEA nachgewiesen wurden.	112
Für den Schwarzmilan gilt im Ergebnis nichts Anderes. Im Gegensatz zum Rotmilan zählt diese Art nicht zu den Vögeln, die besonders häufig Schlagopfer von Windenergieanlagen werden. Bundesweit weist die Statistik des Landesumweltamtes Brandenburg,	113
Vogelverluste an Windenergieanlagen in Deutschland - Daten aus der zentralen Fundkartei der Staatlichen Vogelschutzwarte im Landesumweltamt Brandenburg, Stand: 1.10.2009,	114
(nur) 16 Totfunde seit 1989 aus. Es handelt sich um die weltweit häufigste Greifvogelart, deren Population in Europa auf 130.000 bis 200.000 Exemplare geschätzt wird. Die Bundesrepublik Deutschland und das Land NRW dürfte daher für die Erhaltung dieser Vogelart keine besondere Verantwortung treffen.	115
Vgl. OVG NRW, Urteil vom 30.7.2009 - 8 A 2357/08 -, Seite 47 und 48.	116
In Anbetracht des vorliegenden Zahlenmaterials kann ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko entgegen der Auffassung des Beklagten unter Bezugnahme auf die	117
Empfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarte zu Abstandsregelungen für Windkraft-anlagen, Herbsttagung vom 12.10.2006 auf Helgoland,	118
auch nicht allein aus der Unterschreitung eines Abstandes von 1.000 m zu einer geplanten Windkraftanlage hergeleitet werden. Es handelt sich insoweit lediglich um Empfehlungen für die Bauleitplanung und die Regionalplanung, die eine individuelle Prüfung im Einzelfall, ob ein signifikant erhöhtes Risiko i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorliegt, nicht ersetzen können. Im Übrigen ist nach dem Windkraftanlagenerlass NRW,	119
vgl. Grundsätze für Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen - WKA-Erl .-, Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Bauen und Verkehr, des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie vom 21.10.2005, dort unter Nr. 8.1.4., MBl. Nr. 49 vom 21.10.2005 S. 1288,	120
zu Gebieten, die u.a. dem Schutz bedrohter Vogelarten dienen - ein solches Gebiet steht hier nicht einmal in Rede - lediglich ein Abstand von 500 m einzuhalten. Insoweit ist die	121

Auffassung des Beklagten, die Unterschreitung dieses "Tabubereiches" sei in keinem Fall hinnehmbar (Blatt 6 des angefochtenen Bescheides vom 18.1.2010), nicht begründbar und beruht auf einer Verkennung der Unterschiede zwischen einer - hier zugunsten der WEA erfolgten - planerischen Steuerung und den Prüfungsmaßstäben einer gebundenen Genehmigungsentscheidung.

bbb.) Für das Vorhabengebiet gilt unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse und der durchgeführten naturschutzfachlichen Erhebungen nichts anderes. 122

Die insoweit maßgebliche Frage, ob und inwieweit die vorhandene Rot- und Schwarzmilanpopulation durch die Zulassung der hier streitigen WEA gefährdet ist, setzt zunächst eine Bestimmung und Eingrenzung der "örtlichen" Population voraus. § 7 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG definiert nur den Begriff der "Population" als eine "biologisch oder geografisch abgegrenzte Zahl von Individuen". § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (§ 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG a.F.) verwendet den Begriff der "lokalen Population", definiert ihn aber nicht. Versteht man hierunter eine biologisch oder geografisch abgegrenzte Zahl von Individuen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie derselben Art oder Unterart angehören und innerhalb ihres Verbreitungsgebiets in generativen oder vegetativen Vermehrungsbeziehungen stehen, 123

so BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 - 4 A 1075.04 -, a.a.O. , Rn. 578 ähnlich Gesetzentwurf zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 16.2.2007 - Drucksache 123/07 -, Seite 18: (Teil-) Habitate und Aktivitätsbereiche der Individuen einer Art, die in einem für die Lebens(-raum)ansprüche der Art ausreichenden räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen, 124

erschließt sich für das Gericht nicht, dass die lokale Rot- und Schwarzmilanpopulation durch politische Kreisgrenzen bestimmbar ist und für die Frage einer Gefährdung der "lokalen" Population auf das Vorkommen im Kreis M2. abgestellt werden kann. Sowohl der Beklagte als auch Dr. L. vom LANUV haben in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass es sich hierbei auch nur um ein "Hilfskriterium" handeln kann, dass sich aus dem im Gesetz verwendeten Begriff nicht ableiten lässt. Aufgabe des Beklagten ist aber gerade die Anwendung des Gesetzes. Es spricht angesichts des festzustellenden Flugradius Vieles dafür, dass die Grenzen einer lokalen Population erheblich weiter zu ziehen sind. 125

Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass auf das Vorkommen des Rot- und Schwarzmilans im Kreis M2. als "lokale Population" abgestellt werden kann, kann von einer Gefährdung dieser Population im Falle der Zulassung des geplanten Vorhabens nicht ausgegangen werden. 126

Die vom LANUV für den Rotmilan genannte Bestandszahl von 40 bis 50 Brutpaaren im Kreis M2. beruht auf Veröffentlichungen aus den Jahren 2002 bis 2008 (Stellungnahme vom 25.9.2009, Seite 4, dort Fn. 2), ohne dass Bestandszunahmen oder Bestandsabnahmen verdeutlicht werden. Es ist für die angenommene lokale Population im Kreis M2. weder ersichtlich noch dargelegt worden, dass und wie viele Rotmilane in diesem Zeitraum durch WEA zu Tode gekommen sind. Die Funddatei der Vogelschutzwarte im Landesumweltamt Brandenburg verzeichnet für das Land NRW - wie oben bereits dargelegt - seit 1989 vier tote Rotmilane als nachgewiesene Schlagopfer. Ob und wie viele hiervon auf den Kreis M2. entfallen, ist nicht ersichtlich und weder durch das LANUV noch durch den Beklagten dargelegt worden. Die Vertreter des Beklagten habe in der Klageerwiderung vom 2.3.2010 und in der mündlichen Verhandlung auf Befragen lediglich auf zwei verletzte Rotmilane hingewiesen, die "nahe bei Windrädern" gefunden und in der Adlerwarte C1. abgegeben wurden. Nach einem Vermerk des Beklagten vom 30.11.2009 (BA VI) sind die Tiere in T2. und in B. , also nicht im Kreis M2. gefunden worden. 127

Angesichts der Entwicklung der Windenergie im Kreis M2. - mittlerweile 107 Anlagen (Seite 5 des Bescheides vom 18.1.2010) - ist für das Gericht nicht erklärlich, dass von dem Beklagten und dem LANUV insoweit kein schlüssiges Zahlenmaterial vorgelegt werden kann. Dies lässt nach Auffassung des Gerichts nur den Schluss zu, dass die behaupteten Zusammenhänge zwischen dem Ausbau der Windenergie und einem erhöhten Kollisionsrisiko für Rotmilane bisher auch im Kreis M2. nicht nachweisbar sind. 128

Die vom Beklagten (Blatt 5 des angefochtenen Bescheides) und dem LANUV (Stellungnahme vom 25.9.2009, Seite 4, BA VI) geäußerte Auffassung, bei einer lokalen Population von 40 bis 50 Rotmilanbrutpaaren im Kreis M2. sei bereits durch die Tötung eines Exemplars die örtliche Population gefährdet, lässt nicht erkennen, auf welchen naturschutzfachlichen Erkenntnissen diese Aussagen angesichts einer ohnehin hohen natürlichen Mortalitätsrate beruhen. Auf konkrete Nachfrage, erklärten die Vertreter des Beklagten und Dr. L. in der mündlichen Verhandlung, dass insoweit keinerlei Erkenntnisse zu Rotmilanen vorlägen. Es gebe lediglich eine Untersuchung zu Schmutzgeiern in Spanien. 129

Im Übrigen unterstellt sie mit der Annahme, die örtliche Population werde um 2,5 % gemindert, die Tötung des einzigen im Vorhabengebiet brütenden Rotmilanpaares durch die geplanten WEA als Gewissheit. Davon kann aber gerade im Hinblick auf die hier vorliegenden avifaunistischen Gutachten zu den Nahrungshabitaten und dem Flugverhalten der Rotmilane im Vorhabengebiet nicht ausgegangen werden. Auch der Ablehnungsbescheid geht lediglich von einem Kollisionsrisiko aus. 130

Nach den - insoweit vom Beklagten und dem LANUV (vgl. Stellungnahme vom 25.9.2009, BA VI) nicht in Zweifel gezogenen Feststellungen der enveco GmbH zur Raumnutzungsanalyse der im Untersuchungsgebiet angetroffenen Rotmilan- und Schwarzmilanpopulation - Endbericht vom August 2009, BA I - befinden sich die wesentlichen Nahrungshabitate des dort brütenden Rotmilanpaares nördlich des Horstes - am südlichen Rand des Ortsteils X. - und in unmittelbarer Nähe des Horstes - an den Stillgewässern des Gutes S. und entlang des P. . Die ca. 500 bis 800 m südlich gelegenen landwirtschaftlich genutzten Flächen um die geplanten Windkraftanlagen werden nach den Feststellungen der enveco GmbH dagegen erst nach der Ernte im Juli vermehrt angeflogen und als Nahrungshabitat genutzt. Dies ergibt sich eindeutig aus den von der enveco GmbH durchgeführten Flugbeobachtungen im Zeitraum von März 2009 bis zum 21.07.2009 (BA I, Anlagen Nr. 3 bis 7). 131

Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko kann der Beklagte - insoweit in Übereinstimmung mit dem LANUV (Stellungnahme vom 25.9.2009, Seite 5 BA VI) - auch nicht aus dem Umstand herleiten, dass das Vorhabengebiet von der Rotmilanpopulation auch zur Nutzung der einige Kilometer südlich gelegenen Grünlandbereiche südlich des Kreuzungsbereiches der K 87/K 88 (Ortsteile E1. , C. , L.) überflogen wird. Die vom Beklagten im angefochtenen Bescheid (Blatt 3) unter Auswertung des enveco-Gutachtens angestellte Hochrechnung von 350 Überflügen im Untersuchungszeitraum (März bis Juli 2010) berücksichtigt - wie im Ergänzungsgutachten des Dipl.-Ing. und Dipl.-Biol. T1. vom 23.10.2009 dargelegt worden ist - zum Einen nicht, dass hierbei auch Überflüge einbezogen wurden, die im Abstand von mehr als 100 m zu den geplanten Standorten erfolgten, und zum Anderen, dass es sich zum Teil um streckengerichtete "Überflüge" zu entfernt liegenden Nahrungshabitaten handelt, bei denen schon auf Grund der Flughöhe das Kollisionsrisiko mit den geplanten WEA gering sein dürfte. 132

Selbst wenn man die vom Beklagten benannten Zahlen uneingeschränkt übernimmt, ist davon auszugehen, dass das Vorhabengebiet von einem der beiden adulten, den Horst bewohnenden Rotmilane nur ca. 2,4 mal am Tag überflogen wird. Eine signifikante Erhöhung 133

des Tötungsrisikos i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vermag das Gericht darin nicht zu erkennen. Wie oben bereits ausgeführt, würde dies, um überhaupt populationsrelevant sein zu können, nicht nur die Möglichkeit, sondern die Gewissheit eines Kollisionsrisikos voraussetzen. Eine derartige Gewissheit schließt schon die Tatsache aus, dass in einer Entfernung von 1 bis 2 km nördlich des Horstes seit Jahren weitere Windkraftanlagen vorhanden sind, und diese bisher für die Rotmilanpopulation im Untersuchungsgebiet keine Gefährdung darstellten.

Die vorgenannten Ausführungen gelten nach Auffassung des Gerichts auch für die im Untersuchungsgebiet vorhandene Schwarzmilanpopulation. Auch insoweit haben weder der Beklagte noch das LANUV Erkenntnisse benannt, aus denen sich ergibt, ob und wie viele Schwarzmilane in der Vergangenheit Schlagopfer von WEA geworden sind und inwieweit sich dies auf die Größe der vorhandenen Population ausgewirkt hat. Die Nahrungshabitate der Schwarzmilanpopulation liegen ebenfalls ausweislich der vorliegenden Nutzungsanalyse vorwiegend nicht in den offenen Ackerflächen im Umfeld der geplanten Anlagen, sondern an den Fischteichen des Gutes S. (vgl. Gutachten des Dipl.-Ing. und Dipl.-Biol. T1. , a.a.O., Seite 3 und enveco GmbH, a.a.O., Seite 15 und Anlage Nr. 10).

134

ccc.) Da das Gericht unter Berücksichtigung der ihm vorliegenden allgemeinen Erkenntnisse und der im Untersuchungsgebiet durchgeführten Raumnutzungsanalyse der enveco-GmbH zu der Überzeugung gelangt ist, dass durch die Zulassung des Vorhabens ein (signifikant erhöhtes) Tötungsrisiko i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht entsteht, kam es entscheidungserheblich auf die im Ergänzungsgutachten des Dipl.-Ing. und Dipl.-Biol. T1. vom 23.10.2009 vorgeschlagenen Minderungsmaßnahmen (Abschaltphase im Juli/August, Steuerung der Landnutzung und Beeinflussung der Nahrungshabitate) nicht an. Eine Verpflichtung zur Genehmigungserteilung unter Beifügung derartiger Nebenbestimmungen wäre nur dann zwingend, wenn andernfalls das Tötungsrisiko i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht unter der o.g. Signifikanzschwelle gehalten werden könnte. Dies ist aber - wie oben ausgeführt - nicht der Fall.

135

bb.) Nach den vorliegenden Stellungnahmen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Zulassung des Vorhabens gegen das Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (§ 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG a.F.) verstoßen wird. Danach ist es verboten, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der Europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören. Wie oben bereits aufgeführt, handelt es sich bei Rot- und Schwarzmilan um eine "europäische Vogelart i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 12 BNatSchG und Art. 1 VS-RL.

136

Eine erhebliche Störung liegt nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 2.Hs. BNatSchG aber nur dann vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert. Diese Einschränkung entspricht der gemeinschaftsrechtlichen Regelungsvorgabe (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit b FFH-RL und Art. 5 lit. d VS-RL). Der Begriff der "Störung", der zwar in Art. 12 Abs. 1 lit b FFH-RL - anders als in Art. 6 FFH-RL und Art. 5 lit d VS-RL - nicht durch das Adjektiv "erheblich" eingeschränkt wird, ist gleichwohl einschränkend dahingehend auszulegen, dass "Störungen" nur dann den Tatbestand erfüllen, wenn aufgrund einer artspezifischen Untersuchung im Einzelfall festgestellt werden kann, dass sich hierdurch die Überlebenschancen, der Bruterfolg oder die Reproduktionsfähigkeit der jeweiligen Art bei Zulassung des Vorhabens vermindern.

137

Vgl. BR-Drucksache 123/07, S. 11 unter Bezugnahme auf den Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG dort unter II.3.2.a; Nds. OVG, Urteil vom 12.11.2008 - 12 LC 72/07 - juris Rn. 73;

138

Auch insoweit fehlt es nach den vorliegenden naturschutzfachlichen Stellungnahmen an ausreichenden Anhaltspunkten für eine erhebliche Störung i.S.d. § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG für die lokale Rotmilan- und Schwarzmilanpopulation. Generell ist - wie im angefochtenen Bescheid durch den Beklagten selbst vorgetragen wird (Blatt 3) und auch vom LANUV bestätigt wird (Stellungnahme vom 25.09.2009, Seite 3 und 4) - davon auszugehen, dass Greifvögel, insbesondere auch Rotmilane und Schwarzmilane gegenüber WEA kein oder nur ein geringes Meideverhalten aufweisen, d.h. die Errichtung von WEA sie nicht veranlasst, dort vorhandene Nahrungs- und Brutreviere aufzugeben. Für die hier vorhandene lokale Population ist weder Gegenteiliges von dem Beklagten vorgetragen worden noch ersichtlich. Der einzige im Vorhabengebiet vorhandene Rotmilanhorst wird seit Jahren als Brutstätte genutzt, obwohl - wie der Beklagte im Bescheid ausführt (Blatt 3) - in einer Entfernung von 1 bis 2 km drei Windkraftanlagen bereits vorhanden sind. Der einzige im Vorhabengebiet vorhandene, weiter südlich gelegene Schwarzmilanhorst wird zwar seit 2007 nicht mehr als Brutstätte genutzt, liegt aber von den vorhandenen Anlagen so weit entfernt, dass ein Ursachenzusammenhang zwischen Aufgabe des Horstes und den vorhandenen Anlagen wenig wahrscheinlich ist. Ein solcher wird auch vom Beklagten nicht substantiiert dargelegt. 139

3. Wird durch die Errichtung der geplanten WEA nicht gegen die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG verstoßen, kann dahingestellt bleiben, ob - unterstellt ein Verstoß läge vor - von diesem Verbot nicht nach § 45 Abs. 7 BNatSchG (§ 43 Abs. 8 BNatSchG a.F.) eine Ausnahme oder nach § 67 BNatSchG (§ 62 BNatSchG a.F.) eine Befreiung zu erteilen war. Zumindest lässt der Bescheid des Beklagten vom 18.1.2010 insoweit keine fehlerfreie Ausübung des Ermessens erkennen. Der Beklagte macht geltend, (Blatt 5), dass von den Verboten des § 42 BNatSchG a.F. nur eine Ausnahme erteilt werden könne, wenn "die Durchführung der Vorschrift zu einer unzumutbaren Belastung" führen würde. Eine solche tatbestandliche Voraussetzung enthalten weder § 45 Abs. 7 BNatSchG noch § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F. 140

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1 und 3 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gemäß § 167 VwGO i.V.m. § 709 ZPO. 141