

Link:

<http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/jportal/portal/t/18w9/page/bslaredaprod.psml;jsessionid=A029B95548082458406772A67FCCAAA1.jp95?action=controls.jw.PrintOrSaveDocumentContent&ase=print>

Hessenrecht Landesrechtsprechungsdatenbank Entscheidungen der hessischen Gerichte

Langtext

Gericht: Hessischer Verwaltungsgerichtshof 9. Senat

Entscheidungsdatum: 17.12.2013

Aktenzeichen: 9 A 1540/12.Z

Dokumenttyp: Beschluss

Quelle: juris Logo

Normen: § 35 Abs 3 S 1 Nr 5 BauGB, § 44 Abs 1 Nr 1 BNatSchG, § 6 Abs 1 Nr 2 BImSchG

Immissionsschutzrechtliche Genehmigung von Windenergieanlagen und Artenschutz

Leitsatz

Neben dem Ausschlussbereich von 1.000 m um einen Rotmilanhorst kann auch ein Nahrungshabitat für mehrere Rotmilanpaare im Prüfbereich von 6.000 m um das Vorhaben zu einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko iSd § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und damit zum Ausschluss der Genehmigung für Windenergieanlagen führen.

Verfahrensgang

vorgehend VG Kassel, 8. Mai 2012, Az: 4 K 749/11.KS, Urteil

Tenor

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Kassel vom 8. Mai 2012 wird abgelehnt.

Die Klägerin hat die Kosten des Antragsverfahrens zu tragen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst zu tragen haben.

Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 250.000,-- € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Klägerin begehrt die Genehmigung von inzwischen noch vier Windkraftanlagen westlich von Nentershausen im Ortsteil Dens (Landkreis Hersfeld-Rotenburg). Nachdem ein erstes Genehmigungs- bzw. Klageverfahren infolge Fristablauf für eine zwischenzeitlich erlassene Untersagungsverfügung gescheitert war, nahm die Klägerin ihr Genehmigungsverfahren nach erneuter Klageerhebung am 11. April 2007 unter Vorlage neuer und weiterer Unterlagen wieder auf. Nach Auslegung der Unterlagen und Durchführung des Beteiligungsverfahrens, einer Fristverlängerung wegen des Erfordernisses einer erneuten Untersuchung der avifaunistischen Situation mit Bescheid vom 25. Februar 2009 sowie Durchführung eines Erörterungstermins am 23. März 2009 lehnte der Beklagte den Genehmigungsantrag der Klägerin mit Bescheid vom 30. April 2009 im Wesentlichen wegen entgegenstehender Belange in der Form öffentlich-rechtlicher Vorschriften des Naturschutzes sowie des Denkmalschutzes ab. Er berief sich dazu auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und überwiegende Belange des Vogelschutzes, weil der Betrieb der geplanten Windkraftanlagen mit dem gebotenen Schutz der dort nachgewiesenen Greifvogelart Rotmilan nicht vereinbar sei. Die notwendigen Tabuzonen könnten nicht eingehalten werden, außerdem bestehe ein hohes Risiko für das Zugeschehen der Kraniche sowie weiterer windkraftsensibler Zugvögel. Daneben bestehe in Bezug auf die in unmittelbarer Nähe gelegene Ortschaft Solz als einer der schönsten Gesamtanlagen im Sinne des Hessischen Denkmalschutzes ein hohes denkmalschutzrechtliches Konfliktpotential.

2

Die im Wesentlichen mit einer Entfernung des Vorhabens von über 1.200 m zum nächstgelegenen Rotmilanhorst sowie der beeinträchtigenden Wirkung einer Hochspannungsleitung in Bezug auf die Ortschaft Solz begründete Klage hat das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 8. Mai 2012 zurückgewiesen. Zur Begründung stützt sich das Verwaltungsgericht auf gemäß § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehende öffentliche Belange, insbesondere des Naturschutzrechts, dem als öffentlicher Belang in der Form des Arten-, insbesondere des Vogelschutzes hier Vorrang zukomme. Das Vorhaben gefährde die dort vorkommende Greifvogelart Rotmilan und verletze insoweit das artenschutzrechtliche Tötungsverbot.

3

Dagegen hat die Klägerin unter dem 16. Juli 2012 Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt, den sie mit ihrem Schriftsatz vom 27. August 2012 in jeweils mehreren Punkten mit ernstlichen Zweifeln an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils, grundsätzlicher Bedeutung, rechtlicher und tatsächlicher Schwierigkeiten der Sache sowie verschiedenen Divergenzrügen begründet hat.

4

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

II.

5

Der Antrag ist zulässig (§ 124a Abs. 4 VwGO), aber nicht begründet; ein Grund, der gemäß § 124 Abs. 2 VwGO die Zulassung der Berufung rechtfertigen kann, liegt nicht vor.

6

Der Zulassungsantrag bleibt hinsichtlich der damit gerügten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung erfolglos. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sind anzunehmen, wenn gegen die Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung gewichtige Gesichtspunkte sprechen. Dies ist der Fall, wenn der die Zulassung des Rechtsmittels begehrende Beteiligte einen die angegriffene

Entscheidung tragenden Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Argumenten in Frage stellt und sich dem Verwaltungsgerichtshof die Ergebnisrichtigkeit der angegriffenen Entscheidung - unabhängig von der vom Verwaltungsgericht für sie gegebenen Begründung - nicht aufdrängt (vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 14. Oktober 2005 - 7 UZ 2417/05 - HSGZ 2005, 432; Hess. VGH, Beschluss vom 18. August 2005 - 9 UZ 1170/05 -, NVwZ-RR 2006, 230).

7

Unter Beachtung dieser Grundsätze ist die Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nicht in Frage gestellt. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, durch die Windenergieanlagen werde bei der Greifvogelart Rotmilan das Tötungs- und Verletzungsrisiko aufgrund der Dichte der Besiedelung mit Rotmilan-Brutpaaren in dem als Nahrungshabitat genutzten Vorhabensgebiet signifikant erhöht, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

8

Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Verwaltungsgericht keine rechtsfehlerhafte Vermengung von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB und § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG vorgenommen. Vielmehr ist in ständiger Rechtsprechung geklärt, dass das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG als naturschutzrechtlicher Belang einem immissionsschutzrechtlich zu genehmigenden Vorhaben gemäß §§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB entgegen stehen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 - 4 C 1/12 -, juris, Rn. 6). Im Übrigen würde auch eine unabhängig voneinander durchgeführte Prüfung der Voraussetzungen des § 35 BauGB einerseits und der artenschutzrechtlichen Belange andererseits zu keinem anderen Ergebnis führen. Insbesondere folgt etwas anderes nicht daraus, dass - wie die Klägerin behauptet - die von dem Verwaltungsgericht in dem Zusammenhang angeführten Denkmalschutzbelange in Bezug auf die Ortschaft Solz sowie naturschutzrechtlich das Kollisionsrisiko mit Kranichen dem streitgegenständlichen Vorhaben nicht entgegenstehen. Dies ist hier nicht entscheidungserheblich, weil das Verwaltungsgericht seine Entscheidung tragend allein mit dem Kollisionsrisiko mit Rotmilanen begründet hat.

9

Das Verwaltungsgericht hat auch nicht etwa die Vorschrift des § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG dadurch rechtsfehlerhaft ausgelegt, dass es zugrunde gelegt hat, das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sei individuenbezogen und es komme insoweit nicht allein auf ein aktives Tun an. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist es der ständigen Rechtsprechung zufolge ausreichend, aber auch erforderlich, dass sich eine Tötung von Exemplaren besonders geschützter Arten als

unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandeln darstellt, die auch ein Unterlassen sein kann, sofern das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko verursacht (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 - 9 A 14.07 - , BVerwGE 131, 274 [301 f.], juris Rn. 91; m.w. Nachw.). Die dazu zu treffenden Feststellungen sind auch jedenfalls insoweit individuenbezogen, als es um das Risiko für die einzelnen Individuen geht, nicht um das für die gesamte Art (BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 - 4 C 12/07 -, juris Rn. 42). Die Auslegung durch das Verwaltungsgericht ist mithin rechtlich nicht zu beanstanden. Infolgedessen war das Verwaltungsgericht auch nicht gehalten, erneut - wie von der Klägerin in diesem Zusammenhang gefordert - zu definieren, „wann ausnahmsweise auch die Schaffung allein einer Kollisionswahrscheinlichkeit mit einem ansonsten genehmigungsfähigen Vorhaben zu einem Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG führt“.

10

Auch der von der Klägerin gerügte Verweis des Verwaltungsgerichts auf "Fachkreise" (S. 12 der Urteilsabschrift) stellt sich nicht als rechtsfehlerhaft dar. Das erstinstanzliche Gericht hat insbesondere nicht allein die Empfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten aus dem Jahr 2006 übernommen, sondern vielmehr in nicht zu beanstandender Weise die naturschutzfachliche Einschätzung über den bei Rotmilanvorkommen zu beobachtenden Tabubereich ermittelt und sich dabei unter Auswertung auch davon abweichender Ansichten auf die überwiegend vertretene Ansicht gestützt, der Abstand zwischen Brutplätzen des Rotmilans zu Windenergieanlagen solle mindestens 1.000 m betragen und ein Bereich von 6.000 m sei als Prüfbereich anzusehen, in dem untersucht werden müsse, ob Nahrungshabitate dieser Art vorhanden sind. Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich bei den Verfassern der herangezogenen Stellungnahmen unter anderem um Naturschutzvereinigungen handelt, die sich mit rechtlichen Vorgaben nicht auskennen, denn es kommt allein auf deren fachliche, nicht jedoch auf ihre rechtlichen Bewertungen an. Dass in dem von der Klägerin vorgetragene Windkrafterlass des MUGV Brandenburg vom 1. Januar 2011 - Anlage 1, Tierökologische Abstandskriterien für die Errichtung von Windenergieanlagen in Brandenburg (TAK; Stand: 15. Oktober 2012) der Rotmilan nicht als Windenergieanlagensensibel aufgeführt wird, führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Diese allein für den dortigen Zuständigkeitsbereich getroffenen Regelungen vermögen die für den Standort Dens auf der Grundlage der vorliegenden Gutachten durch das Verwaltungsgericht getroffenen Feststellungen nicht zu erschüttern. Das gilt auch für die von der Klägerin in diesem Zusammenhang angeführte, andere Vorhaben betreffende Rechtsprechung. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Verwaltungsgericht auch nicht die Bauverbotszone von 1.000 m Abstand zu einem Rotmilanhorst erstmals auf 6 km ausgedehnt, sondern - wie oben schon dargestellt wurde - neben dem Abstandskriterium auf das Vorhandensein eines Prüfbereichs von 6.000 m um das jeweilige Vorhaben abgestellt.

11

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung ergeben sich auch nicht daraus, dass - wie die Klägerin meint - Nahrungshabitate nicht von § 44 BNatSchG erfasst werden und deshalb keinen dem Vorhaben entgegenstehenden Belang darstellen können. Das Verwaltungsgericht hat vielmehr zutreffend zugrunde gelegt, dass ein nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG beachtliches Tötungsrisiko kausal dann angenommen werden kann, wenn ein Rotmilanhorst in bis zu 1.000 m Entfernung vorhanden ist oder zuverlässige Erkenntnisse für Nahrungshabitate in weniger als 6.000 m Entfernung bestehen. Dies entspricht entgegen der Ansicht der Klägerin auch der aktuellen Rechtsprechung (bspw. ThürOVG, Urteil vom 14. Oktober 2009 -1 KO 372/06 -, NuR 2010, 368 [371]) und ist schon deshalb nicht zu beanstanden.

12

Erfolglos bleibt auch die Rüge der Klägerin, es fehle an der Betrachtung jeder einzelnen der Windenergieanlagen durch das Verwaltungsgericht, und jedenfalls die 1.800 m entfernten Windenergieanlagen hätten genehmigt werden müssen, wenn eine solche differenzierende Betrachtung vorgenommen worden wäre. Das Verwaltungsgericht hat unter Auseinandersetzung mit den durch den Beklagten getroffenen Feststellungen und den zugrunde liegenden Gutachten ausgeführt, dass sich zwar kein Rotmilanhorst im Tabubereich um die geplanten Windenergieanlagen befindet (S. 13 der Urteilsabschrift), jedoch nach den gutachtlichen Feststellungen sämtliche Anlagen in einem wichtigen Nahrungshabitat des Rotmilans liegen. Es hat dabei zugrunde gelegt, dass das gesamte um die Anlagen zu untersuchende Gebiet im regelmäßigen Aktionsraum mehrerer Rotmilanpaare liegt und sich mehrere, teilweise bis zu sieben Individuen im Brutgebiet aufgehalten haben (Urteilsabschrift S. 14 ff.). Auf der Grundlage dieser Feststellungen war eine Differenzierung zwischen den einzelnen Anlagen vor dem Hintergrund des oben dargestellten Prüfungsmaßstabs unerheblich, ihr Fehlen ist mithin nicht zu beanstanden. Auch daraus, dass es seit 2005 keine Windfarm- oder Windpark-Genehmigungen mehr gibt, folgt entgegen der Ansicht der Klägerin nicht, dass jede einzelne der beantragten Windenergieanlagen isoliert hätte betrachtet werden müssen. Die Übergangsvorschrift des § 67 Abs. 9 BImSchG regelt nur das Verfahren in Bezug auf vor dem 1. Juli 2005 rechtshängig gewordene Genehmigungsverfahren und ist für die nach aktuellem Recht vorzunehmende artenschutzrechtliche Bewertung eines Vorhabens mit mehreren Windkraftanlagen ohne Belang.

13

Auch die von der Klägerin verlangte Definition, welches Maß an Auswirkungen durch Windenergieanlagen auf Rotmilane zulässig ist, sowie die Festlegung einer Signifikanzschwelle sind entbehrlich und vermögen die diesbezüglichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts auch dann nicht ernsthaft in Zweifel zu ziehen, wenn berücksichtigt wird, dass der Rotmilanbestand bei ansteigender Dichte von Windenergieanlagen in Hessen konstant geblieben ist, wie die Klägerin unter Berufung auf ihren sachverständigen Beistand A... (Anlage MWP 21 der Klägerin, Bl. 1135 ff., Bl. 1137 f. der Gerichtsakte) behauptet. Das Verwaltungsgericht hat in nicht zu beanstandender Weise

dazu festgestellt, dass schon infolge der kartierten Flugbewegungen im Bereich des Vorhabens, die zahlreiche Flüge von Rotmilanen über die Standorte der geplanten Windenergieanlagen hinweg aufzeigen, und wegen des fehlenden Meideverhaltens der Spezies angesichts der hier geplanten Höhe der Anlagen das Vogelschlag- und damit das Tötungsrisiko für Rotmilane als signifikant erhöht zu bewerten ist. Daraus, dass trotz erhöhter Anzahl von Windenergieanlagen in ganz Hessen ein stabiler Rotmilanbestand festzustellen ist, kann nicht zugleich gefolgert werden, dass diese Art durch Windenergieanlagen nicht (mehr) beeinträchtigt wird. Es ist schon nicht erkennbar, dass die fraglichen Anlagen sämtlich in Gebieten mit Rotmilanvorkommen errichtet wurden.

14

Das Verwaltungsgericht hat auch nicht den Populationsbezug als einschränkendes Tatbestandsmerkmal verkannt oder fehlerhaft angenommen, Störungen seien tatbestandsmäßig, obwohl sie nicht populationsrelevant sind, weil Vergrämnungsmaßnahmen möglich wären. Vielmehr hat es zu Recht für das Tötungsverbot im Unterschied zum Störungsverbot festgestellt, dass die Populationsrelevanz nicht Tatbestandsmerkmal ist. Außerdem hat das Verwaltungsgericht die von der Klägerin vorgeschlagenen Vergrämnungsmaßnahmen in Erwägung gezogen, deren Umsetzung jedoch auf der Grundlage der vorhandenen Gutachten sowie angesichts der Größe und Beschaffenheit des gesamten Nahrungshabitats westlich von Dens in nicht zu beanstandender Weise als unrealistisch angesehen. Auf eine Populationsrelevanz ist es dabei nicht mehr entscheidungserheblich angekommen. Schließlich zieht die Klägerin dies selbst nicht substantiiert in Zweifel, sondern führt in ihrem Zulassungsantrag aus, dass auch das Verwaltungsgericht Populationserwägungen angestellt habe (Bl. 1096 der Gerichtsakte).

15

Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Verwaltungsgericht auch nicht das allgemeine Gefährdungspotential für den Rotmilan fehlerhaft bewertet, weil es an einer abstrakten oder konkreten Definition der Gefahrenschwelle fehlt. Die Klägerin hat eine dieser Bewertung entgegenstehende, nur geringe Zahl von Kollisionen nicht schon damit substantiiert dargetan, dass für den Rotmilan eine hohe sonstige Mortalitätsrate festzustellen ist. Das Verwaltungsgericht hat vielmehr beanstandungsfrei allein auf die Erhöhung des Tötungsrisikos für die Individuen abgestellt, ohne dabei die „natürliche“ Mortalitätsrate außer Acht zu lassen. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat es festgestellt, dass angesichts ihrer niedrigen Reproduktionsrate auch unter Berücksichtigung der natürlichen Mortalität jedem (weiteren) Verlust von Individuen eine hohe Relevanz zukommt (S. 17 der Urteilsabschrift). Auch dies ist nicht zu beanstanden. Wie oben dargestellt, ergibt sich daraus, dass der Rotmilanbestand in Hessen bei gleichzeitiger Zunahme von Windenergieanlagen stabil geblieben ist, keine andere Bewertung. Diese Feststellungen vermag die Klägerin auch nicht mit ihrem unsubstantiiert gebliebenen Vorbringen, Rotmilane kämen an Windenergieanlagen nur „gelegentlich zu Tode“, zu erschüttern.

Die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung wird auch nicht mit dem Vorbringen der Klägerin, in dem betroffenen Gebiet sei entgegen der Feststellungen des Verwaltungsgerichts nur eine unterdurchschnittliche Brutpaardichte und auch sonst keine besondere Frequentierung durch Rotmilane festzustellen, in Zweifel gezogen. Zunächst werden die vom Verwaltungsgericht in Bezug genommenen gutachtlichen Feststellungen von X..., wonach innerhalb von 6.000 m um das geplante Vorhaben 11 Rotmilanpaare beobachtet worden seien und davon 9 erfolgreich gebrütet hätten, nicht durch die von ihr vorgelegten Äußerungen ihres sachverständigen Beistandes (A... vom 24. Mai 2012, Anlage MWP 19, Bl. 948 der Gerichtsakte) erschüttert. Dieser bestätigt vielmehr selbst - auf der Grundlage der Ausführungen von X... -, faktisch seien 9 Bruten im 6 km-Radius erfolgt (A..., Anlage MWP 19, aaO), bei zwei Brutpaaren sei die Brut erfolglos geblieben. Lediglich die Berechnung von X..., wonach 11 Rotmilanpaare in 100 qkm Umkreis festgestellt worden sein sollen, wird mit der von A... ermittelten Größe des Untersuchungsgebiets von tatsächlich 113 qkm als fehlerhaft gerügt. Selbst wenn sich jedoch daraus ergibt, dass infolgedessen im Vorhabengebiet nur durchschnittlich 7,97 Brutpaare auf 100 qkm feststellbar sind und damit eine geringere, unter der für Nordhessen festgestellten durchschnittlichen Besatzdichte von 8,3 Paaren auf 100 qkm liegende Besatzdichte gegeben ist, erschüttert dies nicht die Feststellung von 9 erfolgreichen Bruten und insgesamt beobachteten 11 Rotmilanpaaren in dem hier maßgeblichen 6 km-Radius. Dass das Verwaltungsgericht sich in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich mit der von der Klägerin vorgelegten Stellungnahme von A... befasst hat, gibt deshalb ebenfalls keinen Anlass zu ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der getroffenen Feststellungen. Das Gericht ist nicht gehalten, sich mit allen, auch aus seiner Sicht unerheblichen Einwänden der Beteiligten in seiner Entscheidung ausdrücklich zu befassen. Auch der angeführte Entwurf eines Windkrafterlasses für das Land Hessen mit der Regelung, erst bei einer 1,5fachen Brutdichte in einer Region sei von einem hohen Konfliktpotential auszugehen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Da der Erlass zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung nicht in Kraft getreten war, kommt ihm schon keinerlei Bindungswirkung zu. Im Übrigen vermag ein Erlass auch nicht die Feststellungen im einzelnen Fall zu entkräften. An diesem Ergebnis ändert auch die Kontrollüberlegung der Klägerin nichts, dass nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts angesichts der erfreulich hohen Brutpaardichte von Rotmilanen die Privilegierung von Windenergieanlagen in Hessen künftig weiträumig leerlaufen würde. Schließlich lässt die von der Klägerin dazu angeführte durchschnittliche Brutpaardichte noch keinen Schluss auf das jeweilige Vorhabensgebiet und die dortige konkrete Dichte des Rotmilanbesatzes zu. Auch das Vorbringen der Klägerin, bei Anlegen der vom Verwaltungsgericht angelegten Maßstäbe hätten andere, gleichwohl genehmigte und errichtete Windkraftanlagen, insbesondere auch in Solz, ebenfalls nicht genehmigt werden dürfen, führt nicht zum Erfolg, da zur Vergleichbarkeit der anderen Vorhaben keine hinreichenden Erkenntnisse vorgetragen wurden oder sonst vorliegen.

Zweifel an der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ergeben sich auch nicht daraus, dass - wie die Klägerin meint - kein Nahrungshabitat des Rotmilans betroffen sein könne, weil es Nahrungshabitate in diesem Sinn nicht gebe. Dass es sich - wie die Klägerin vorbringt - dabei um charakteristische Lebensstätten einer bestimmten Tier- oder Pflanzenart handelt, während Rotmilane typischerweise eine großräumige Suche nach Nahrung durchführten und das Gebiet um die geplanten Windenergieanlagen keinen typischen Bereich für deren Nahrungssuche darstelle, vermag die Feststellungen des Verwaltungsgerichts nicht in Zweifel zu ziehen. Der Begriff „Nahrungshabitat“ umfasst den zur Nahrungssuche dienenden Bereich und ist im Artenschutzrecht auch geläufig (bspw. Hess. VGH, Urteil v. 21.08.2009 - 11 C 318/08.T -, juris Rn. 363), während die Lebensstätte gewöhnlich als Habitat bezeichnet wird. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht sich nicht nur auf gutachtliche Feststellungen gestützt, denen zufolge ein großräumiger Bereich mit den nötigen abgeernteten Flächen vorhanden ist, sondern nachvollziehbar dargestellt, dass diese großflächigen Ackerflächen im Vorhabengebiet infolge der zeitlich unterschiedlich ablaufenden Erntevorgänge hinreichend Nahrung für die auf abgeerntete Flächen angewiesenen Rotmilane bieten und auch aufgesucht werden. Dies vermag die Klägerin nicht schon mit dem Hinweis darauf zu erschüttern, dass ein zuvor in der unmittelbaren Nähe gelegener, von dem Gutachter X... in Bezug genommener Rotmilanhorst mittlerweile als aufgegeben betrachtet wird.

18

Unerheblich ist auch, dass das Oberverwaltungsgericht Magdeburg in seinem vom Verwaltungsgericht zitierten Urteil vom 26. Oktober 2011 (2 L 6/09) einerseits behauptet, die Frage nach einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative offen zu lassen, andererseits eine richterliche Vollkontrolle dann doch zumindest teilweise nicht durchführt. Abgesehen davon, dass diese Bewertung durch ein anderes Oberverwaltungsgericht in dem vorliegenden Verfahren keinerlei bindende Wirkung entfalten kann, gibt dies schon deshalb keinen Anlass zu ernstlichen Zweifeln an der hier zu überprüfenden erstinstanzlichen Entscheidung, weil in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt ist, dass der Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative eingeräumt ist, die zu einer Rücknahme gerichtlicher Kontrollen führt. Das Gericht bleibt infolgedessen nur verpflichtet zu prüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen (BVerwG, Urteil vom 26. Juni 2013 - 4 C 1.12 -, juris, Rn. 15 f.). Die Feststellung des Verwaltungsgerichts, die Behörde habe fachlich vertretbar angenommen, dass Einzelverluste an Rotmilanen populationsrelevant seien, ist vor diesem Hintergrund rechtlich nicht zu beanstanden. Zudem hat das Verwaltungsgericht die Entscheidung tragend auch darauf gestützt, dass die Populationsrelevanz oder -wirksamkeit schon nicht Tatbestandsmerkmal des Tötungs- und Verletzungsverbots sei, und dies hat die Klägerin mit ihrem Zulassungsantrag nicht erfolgreich angegriffen.

19

Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Verwaltungsgericht auch nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verkannt. Das Verwaltungsgericht hat vielmehr zu Recht die von der Klägerin vorgeschlagenen Vermeidungsmaßnahmen wie Tag-Abschaltungen nach Wiesenmähd als nicht ausreichend bewertet und das diesbezügliche Vorbringen sowie den entsprechenden, hilfsweise gestellten Beweisantrag der Klägerin mit der Begründung als unerheblich abgelehnt, dass eine unattraktive Gestaltung allein der Mastfüße angesichts der Größe des von Rotmilanen aufgesuchten Nahrungsraumes nicht ausreicht und die Klägerin nicht dargetan hat, dass sie auf das gesamte infrage kommende Gebiet hinsichtlich Fruchtfolge und Mähzeitpunkten Einfluss ausüben kann. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin sind die weiteren, diesbezüglichen - nur hilfsweise gestellten - Beweisanträge auch nicht unberücksichtigt geblieben, sondern wurden vom Verwaltungsgericht im Einzelnen prozessordnungsgemäß in seinem Urteil beschieden (S. 17 ff. des Urteilsabdrucks; vgl. zur Entscheidung über Hilfsbeweisanträge Kopp, VwGO-Kommentar 2013, § 86 Rn. 19), wie im Einzelnen noch darzustellen ist.

20

Das Verwaltungsgericht hat auch die Möglichkeiten von Ausnahmen oder einer Befreiung rechtsfehlerfrei abgelehnt. Das insoweit nur pauschal vorgetragene Beispiel der „Einkesselung“ eines Rotmilanhorstes in einem anderen, von der Klägerin betriebenen Fall ist schon mangels substantiiertes Darstellung der Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht geeignet, die erstinstanzliche Entscheidung insoweit in Zweifel zu ziehen. Gleiches gilt für das Beispiel im Fall der Gefährdung von Fledermäusen durch ein weiteres Vorhaben.

21

Die Berufung ist auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen, denn diese kommt ihr nach dem klägerischen Vorbringen nicht zu. Grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO hat eine Rechtsstreitigkeit nur dann, wenn sie eine rechtliche oder eine tatsächliche Frage aufwirft, die für die Berufungsinstanz entscheidungserheblich ist und über den Einzelfall hinaus im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung einer Klärung bedarf (Hess. VGH, 21.08.1997 - 12 UZ 2259/97 -, EZAR 277 Nr. 8 = NJW 1998, 472; VGH Baden-Württemberg, 12.05.1997 - A 12 S 580/97 -, NVwZ 1998, 305). Die Rechts- oder Tatsachenfrage muss allgemein klärungsbedürftig sein und nach Zulassung der Berufung anhand des zugrundeliegenden Falls mittels verallgemeinerungsfähiger Aussagen geklärt werden können (Hess. VGH, 30.05.1997 – 12 UZ 4900/96.A, EZAR 633 Nr. 30 = FamRZ 1999, 1267).

22

Die Frage, ob eine Prüfung des § 44 BNatSchG unmittelbar oder über § 35 BauGB zu erfolgen hat, ist - wie schon oben dargestellt wurde - in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dahingehend geklärt, dass ein Versagungsgrund im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG vorliegt, wenn dem Vorhaben Belange des Naturschutzes gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB entgegenstehen, weil dieses gegen das artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstößt (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 - 4 C 1.12 -, juris).

23

Es bedarf auch nicht einer grundsätzlichen Klärung in einem Berufungsverfahren, ob das Tötungsverbot nach § 44 BNatSchG individuenbezogen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass der Tatbestand des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbots gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG dann erfüllt ist, wenn sich durch das Vorhaben das Kollisionsrisiko für die geschützten Tiere signifikant erhöht (Urteil vom 12. März 2008 - BVerwG 9 A 3.06 -, BVerwGE 130, 299 Rn. 219). Die Feststellung, ob diese Tiere aufgrund ihrer Verhaltensweisen gerade im Vorhabensbereich ungewöhnlich stark von diesem Risiko betroffen sind, ist insoweit individuenbezogen, als das Risiko für die einzelnen Individuen zu ermitteln ist, nicht jedoch für die gesamte Art (BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 - 4 C 12.07 -, juris Rn. 42).

24

Die Frage, ob und inwieweit Nahrungshabitate bei der Auslegung des Tötungsverbots des §§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG einzubeziehen sind, stellt eine Frage der Rechtsanwendung im einzelnen Fall dar und ist deshalb einer über diesen einzelnen Fall hinausgehenden, grundsätzlichen Klärung nicht zugänglich. Ebenso verhält es sich mit der von der Klägerin aufgeworfenen Frage, ob jede Windenergieanlage einzeln betrachtet werden muss. Auch dies hängt maßgeblich von den tatsächlichen Umständen des einzelnen Falles in Bezug auf die Gebietsbeschaffenheit im Bereich des Vorhabens, der Lage der einzelnen Anlagen und des Vorkommens der betroffenen Tierarten in diesem Gebiet ab.

25

Ob der Begriff der lokalen Population auch beim Tötungsverbot zu prüfen ist, bedarf schon deshalb nicht der Klärung in einem Berufungsverfahren, weil sich diese Frage hier nicht stellt und damit nicht entscheidungserheblich ist. Denn das Verwaltungsgericht hat seine Entscheidung tragend auch auf den Gesichtspunkt gestützt, dass die Annahme, Einzelverluste an Rotmilanen seien

populationsrelevant, fachlich vertretbar ist, und dies in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 26. Februar 2008 - 7 B 67.07 -, juris Rn. 15) mit der niedrigen Reproduktionsrate dieser Spezies begründet. Damit stellt sich auch insoweit kein über den Einzelfall hinausgehender grundsätzlicher Klärungsbedarf in einem Berufungsverfahren.

26

Auch bei der von der Klägerin aufgeworfenen Frage, ob aus „Empfehlungen der LAG“ Rückschlüsse auf das Gefährdungspotenzial maßgeblich sind und welches Maß an Auswirkungen oder welche Gefährdungswahrscheinlichkeit ein Windanlagen-Projekt auf einen Greifvogel haben darf, stellt eine Einzelfallfrage dar, die nur anhand der jeweiligen tatsächlichen Voraussetzungen, jedoch nicht grundsätzlich und damit über den Einzelfall hinaus klärungsfähig und damit -bedürftig ist.

27

Dagegen ist es als in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt anzusehen, dass bei der Berechnung der Kollisionswahrscheinlichkeit andere Gefahrenquellen nicht gänzlich ausgeklammert werden können, sondern es darauf ankommt, dass das generell aufgrund natürlicher Vorgänge für die Individuen einer Art bestehende Risiko, zu Tode zu kommen, beispielsweise durch natürliche Feinde, signifikant erhöht sein muss (BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 - 4 C 12.07 -, juris Rn. 42). Auch diese Frage bedarf deshalb keiner weiteren grundsätzlichen Klärung mehr.

28

Gleiches gilt für die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob im Rahmen von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen auf die vom Verwaltungsgericht genannten „tierökologischen Abstandskriterien“ und andere Empfehlungen aus „Fachkreisen“ abgestellt werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu entschieden, dass es insoweit auf naturschutzfachliche Ermittlungen ankommt und dazu auch sonstige Erkenntnisse und Literatur auszuwerten sind (BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2009 - 4 C 12.07 -, juris Rn. 44). Auch diese Frage bedarf mithin keiner grundsätzlichen Klärung in einem Berufungsverfahren.

29

Ob bei der Prüfung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG auf die Brutpaardichte abzustellen ist, ist wiederum eine Frage der tatsächlichen Umstände des einzelnen Falles, die deshalb keinen

grundsätzlichen Klärungsbedarf aufwirft. Maßgeblich ist nämlich, ob infolge der Besiedelung mit Rotmilanpaaren festzustellen ist, dass das Vorhaben innerhalb eines naturschutzfachlich anerkannten Prüfbereichs von 6.000 m liegt, und diese Feststellung kann grundsätzlich auch anhand der Brutpaardichte in diesem Raum getroffen werden, wie es hier auch das Verwaltungsgericht unternommen hat.

30

Auch die Frage, ob man bei Greifvögeln von Nahrungshabitaten sprechen kann, wirft den ihr von der Klägerin beigemessenen Klärungsbedarf nicht auf. Diese Frage unterliegt der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Behörde bei der Feststellung, ob die - wie oben dargestellt in der Rechtsprechung als geklärt anzusehenden - tatbestandlichen Voraussetzungen eines erhöhten Tötungsrisikos zu bejahren sind. Auch Greifvögel bejagen nach den insoweit einhelligen naturschutzfachlichen Stellungnahmen bestimmte Reviere, sofern diese eine für sie günstige Nahrungssituation bieten. Ob ein solches Nahrungshabitat vorliegt, ist wiederum eine Frage der tatsächlichen Umstände des einzelnen Falles und insoweit einer grundsätzlichen Klärung nicht zugänglich.

31

Die des weiteren von der Klägerin als rechtsgrundsätzlich aufgeworfene Frage, ob auch in immissionsschutzrechtlichen Verfahren der Naturschutzbehörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative mit eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle zusteht, ist - wie oben dargestellt - als in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt anzusehen, da demnach Belange des Naturschutzes nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB und § 44 BNatSchG einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als öffentlicher Belang entgegenstehen können und die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Planfeststellungsbehörde in Planfeststellungsverfahren aufgestellten Grundsätze auch in Genehmigungsverfahren gelten (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 - 4 C 1.12 -, juris Rn. 14).

32

Ebenso wenig klärungsbedürftig in einem Berufungsverfahren ist die Frage, inwieweit die Kollisionswahrscheinlichkeit durch Nebenbestimmungen unter die Tatbestandsrelevanz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gedrückt werden kann. Auch dies ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung dahingehend als geklärt anzusehen, dass infolge von Nebenbestimmungen und Auflagen erreicht werden kann, dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht (mehr) bejaht werden können. Soweit

sich die Klägerin darauf beruft, dass im vorliegenden Fall eine Reihe weiterer Nebenbestimmungen in Betracht komme, ist nur zu klären, ob diese geeignet sind, die Kollisionswahrscheinlichkeit und damit das Tötungsrisiko in Bezug auf Rotmilane zu mindern oder gar zu beseitigen. Dies ist jedoch allein eine Frage der Rechtsanwendung im Einzelfall, die einer darüber hinausreichenden grundsätzlichen Klärung in einem Berufungsverfahren nicht zugänglich ist.

33

Gleiches gilt für die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob Ausnahmen und Befreiungen einschlägig sein können. Auch diese Frage ist dahingehend als geklärt anzusehen, dass artenschutzrechtliche Verbote zwingendes Recht darstellen, von dem nur, aber auch dann abgewichen werden darf, wenn die Voraussetzungen für eine Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) oder Befreiung (§ 67 BNatSchG) vorliegen. Dies hat das Verwaltungsgericht in seiner Entscheidung auch nicht in Frage gestellt, sondern lediglich festgestellt, dass die Möglichkeit, im Einzelfall Ausnahmen oder Befreiungen zulassen zu können, das Gewicht des öffentlichen Belangs des Artenschutzes nicht vermindert (S. 17 des Urteilsabdrucks). Auch aus diesem Grund stellt sich die von der Klägerin aufgeworfene Frage in einem Berufungsverfahren nicht.

34

Die Rechtssache wirft auch keine besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO auf. Eine solche ist nur dann anzunehmen, wenn sich die Rechtssache signifikant von den verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten im allgemeinen abhebt (VGH Baden-Württemberg, 22.04.1997 - 14 S 913/97), also über das im Verwaltungsprozess übliche Maß deutlich hinausgeht (ähnlich VGH Baden-Württemberg, 11.08.1999 – 6 S 969/99; OVG Hamburg, 26.07.1999 – 3 Bf 92/99, NVwZ-RR 2000, 190 = NordÖR 1999, 444; Hess. VGH, 09.07.1998 – 13 UZ 2397/98 Ls., in DVBl. 1999, 119; OVG Nordrhein-Westfalen, 25.03.1999 – 11 A 266/99, NVwZ 2000, 86). Die als schwierig anzusehende Frage muss entscheidungserheblich sein (Hess.VGH, 30.04.1997 - 7 TZ 1178/97 -).

35

Besondere rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere nicht schon daraus, dass ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung bestehen, was hier - wie oben dargestellt - zudem zu verneinen ist. Auch allein der Umstand, dass auf tatsächliche Aspekte nicht eingegangen wurde und Rechtsfragen nicht oder nur unzutreffend beantwortet wurden, mag möglicherweise zur - hier, wie oben dargestellt, nicht festzustellenden - Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung führen, ohne jedoch zugleich besondere tatsächliche oder

rechtliche Schwierigkeiten aufzuzeigen. Auch die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens allein stellt keinen hinreichenden Anhaltspunkt für besondere rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten dar, da diese auf die unterschiedlichsten Gründe zurückzuführen sein kann. Dies gilt auch für die von der Klägerin - allerdings in anderem Zusammenhang - angeführten „prozessualen Besonderheiten“, auf die sich die Klägerin in ihrem Zulassungsantrag auch nicht weiter gestützt hat.

36

Da die Frage, ob § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG unmittelbar oder über § 35 BauGB zu prüfen ist, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als geklärt anzusehen ist, wie schon mehrfach dargestellt wurde, ergibt sich auch daraus nicht die besondere rechtliche Schwierigkeit der Rechtssache. Gleiches gilt für die wiederholt aufgeführten Fragen nach dem Individuenbezug bei passivem Vogelschlag, der Verwertbarkeit von Empfehlungen von „Fachkreisen“, der Bedeutung der Nahrungshabitate und der Brutpaardichte sowie der Frage, ob Windenergieanlagen einzeln oder in ihrer Gesamtheit zu betrachten sind. Auch die Frage, ob ein Populationsbezug bei der Auslegung des Tötungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu verneinen ist, ist - wie oben ebenfalls schon dargestellt - in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt und damit nicht als rechtlich besonders schwierig zu bewerten.

37

Die Rechtssache wirft aber auch in tatsächlicher Hinsicht keine besonderen Schwierigkeiten auf. Da die insoweit von der Klägerin geforderte Definition der Auswirkungen der Windenergieanlagen auf Rotmilane unter Auswertung verschiedener gutachtlicher Stellungnahmen und Äußerungen anhand in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zwischenzeitlich geklärter Maßstäbe vorzunehmen ist, stellt sich dies ebenfalls nicht als besonders schwierig dar.

38

Das Vorbringen der Klägerin, im Vorhabengebiet gebe es entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts keine überdurchschnittliche Brutpaardichte, stellt im Grunde die Rüge inhaltlicher Zweifel an der erstinstanzlichen Entscheidung dar, vermag aber damit nicht auch besondere tatsächliche Schwierigkeiten aufzuzeigen.

39

Auch die mit dem Zulassungsantrag geltend gemachte Divergenz liegt nicht vor. Die Berufung ist gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO zuzulassen, wenn das verwaltungsgerichtliche Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Die Divergenzrüge kann im Hinblick auf die Funktion des Rechtsmittels der Berufung und die Aufgaben der Berufungsinstanz (vgl. zum Asylverfahren: BVerwG, 31.07.1984 - 9 C 46.84 -, BVerwGE 70, 24 = EZAR 633 Nr. 9; Hess. VGH, 27.12.1982 - X TE 29/82 -, EZAR 633 Nr. 4 = NVwZ 1983, 237) - sowohl rechtliche als auch tatsächliche Fragenbereiche betreffen (vgl. zum Asylverfahren: Hess. VGH, 18.02.1985 - 10 TE 263/83 -). Dabei setzt eine die Berufungszulassung rechtfertigende Divergenz im rechtlichen Bereich voraus, dass das verwaltungsgerichtliche Urteil bei objektiver Betrachtung von einem Rechtssatz abweicht, den z. B. das Bundesverwaltungsgericht aufgestellt hat. Erforderlich ist hierfür nicht, dass die Abweichung bewusst oder gar vorsätzlich erfolgt; es genügt vielmehr ein Abgehen von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der Weise, dass das Verwaltungsgericht dem Urteil erkennbar eine Rechtsauffassung zugrunde legt, die einem vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Rechtssatz widerspricht (Hess. VGH, 10.07.1986 - 10 TE 641/86 -; Hess. VGH, 14.10.1987 - 12 TE 1770/84 -, EZAR 633 Nr. 13). Andererseits kann eine zur Berufungszulassung führende Abweichung dann nicht festgestellt werden, wenn das Verwaltungsgericht gegen vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Grundsätze verstößt, indem es diese stillschweigend übergeht oder sie übersieht (vgl. dazu BVerwG, 23.08.1976 - III B 2.76 -, Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 147), den Sachverhalt nicht in dem erforderlichen Umfang aufklärt, eine rechtlich gebotene Prüfung tatsächlicher Art unterlässt (Hess. VGH, 15.02.1995 - 12 UZ 191/95 -, EZAR 633 Nr. 25 = AuAS 1995, 127) oder den festgestellten Sachverhalt fehlerhaft würdigt (vgl. dazu BVerwG, 17.01.1975 - VI CB 133.74 -, Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 128) und damit Rechtsgrundsätze des Bundesverwaltungsgerichts unzutreffend auslegt oder anwendet; denn nicht jeder Rechtsverstoß in der Form einer unzutreffenden Auslegung oder Anwendung von Rechtsgrundsätzen gefährdet die insoweit maßgebliche Einheit der Rechtsprechung.

40

Entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich eine Divergenz zur „sonstigen Rechtsprechung“ in Bezug auf einen Abstand von Rotmilanhorsten von mehr als 1.000 m weder feststellen, noch wäre diese Rüge erfolgreich. Wie oben dargestellt, kommt es auf eine Abweichung von der Rechtsprechung anderer Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe insoweit nicht entscheidungserheblich an. Eine Divergenz zu der Rechtsprechung des Hess.VGH oder des Bundesverwaltungsgerichts ist nicht feststellbar, vielmehr hat das Verwaltungsgericht die dort aufgestellten Grundsätze zur Feststellung eines Verstoßes gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in einem Einzelfall in nicht zu beanstandender Weise angewendet, wie schon oben ausführlich dargestellt wird.

41

Auch das Abstellen auf „Abstandskriterien der LAG“ ist als Bewertung der von der Fachbehörde vorgenommenen naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative - wie ebenfalls oben dargestellt wird - nicht zu beanstanden und stellt keine Abweichung von der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dar.

42

Die weiteren Ausführungen der Klägerin dazu, auch in Bezug auf den Verzicht auf Populationspunkte, stellen eine Wiederholung der Rügen ernstlicher Zweifel an der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung dar, ohne damit eine Divergenz von den in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten Grundsätzen oder die ihnen beigemessene grundsätzliche Bedeutung aufzuzeigen.

43

Die Rüge eines Verfahrensmangels (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) rechtfertigt nur dann die Zulassung der Berufung, wenn der Verfahrensmangel der Beurteilung durch das Berufungsgericht unterliegt und wenn er vorliegt und das Urteil darauf beruhen kann. Ob sich das Urteil im Ergebnis als richtig erweist, ist unerheblich; es genügt, dass es auf dem Verfahrensmangel beruhen kann (VGH Baden-Württemberg, 27.02.1998 - 7 S 216/98 -, NVwZ 1998, 645).

44

Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang die Ablehnung des von ihr hilfsweise gestellten, auf Einholung eines Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisantrags als fehlerhaft rügt, bleibt ihr Zulassungsantrag jedoch ebenfalls erfolglos.

45

Insbesondere stellt sich die Ablehnung der hilfsweise gestellten Beweisanträge nicht schon deshalb als verfahrensfehlerhaft dar, weil das Verwaltungsgericht diese äußerst knapp begründet hat. Die Ablehnung des hilfsweise gestellten Beweisantrags betreffend das Brutrevier auf der Himmerskuppe als entscheidungsunerheblich mit der Begründung, dass es darauf nicht ankomme, weil es auf alle Rotmilane ankomme, die das Nahrungsgebiet aufsuchen, ist prozessrechtlich auch nicht zu beanstanden. Der von der Klägerin vorgebrachte Widerspruch zum Obersatz der angegriffenen Entscheidung ist schon deshalb nicht feststellbar, da das Verwaltungsgericht entgegen der Ansicht

der Klägerin nicht nur darauf abgestellt hat, dass für die Frage eines signifikant erhöhten Kollisionsrisikos der Abstand des Vorhabens zu Horsten von Rotmilanen von maßgeblicher Bedeutung ist. Vielmehr hat es schon in diesem Zusammenhang weiter ausgeführt, dass nach den erstmals am 12. Oktober 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 der Abstand zwischen Brutplätzen des Rotmilans und Windenergieanlagen mindestens 1.000 m betragen sollte (Ausschlussbereich); daneben aber ein sogenannter „Prüfbereich“ von 6.000 m angegeben werde, der den Radius um jede einzelne Windenergieanlage beschreibt und innerhalb dessen zu prüfen ist, ob bei entsprechendem Lebensraumtyp Nahrungshabitate der betreffenden Art vorhanden sind (Urteilsabdruck S. 11 f.). Dass die Klägerin die Entscheidungserheblichkeit dieser Frage anders beurteilt, führt nicht schon zur verfahrensfehlerhaften Ablehnung eines Beweisantrags. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht diese Ablehnung auf seine ausführliche Bewertung der von dem Beklagten vorgelegten Gutachten gestützt, die von der Klägerin auch weder methodisch noch inhaltlich erfolgreich angegriffen worden sind.

46

Auch den hilfsweise gestellten Beweisantrag hinsichtlich der Frage nach einer Verhinderung oder zumindest Minderung der Auswirkungen der Anlagen auf den Rotmilan durch Einschränkungen des Betriebs wie Abschaltungen o.ä. und / oder sonstige Maßnahmen wie eine Regelung der Fruchtfolge, der Mahd oder der Gestaltung der Mastfüße hat das Verwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der Prozessordnung abgelehnt. Anders, als die Klägerin meint, handelt es sich bei dem insoweit maßgeblichen Nahrungshabitat auch nicht um einen erst in der mündlichen Verhandlung vom Verwaltungsgericht aufgegriffenen Begriff, wie schon der Schriftsatz des Beklagten vom 2. Mai 2012 (Bl. 869 der Gerichtsakte) zeigt. Das Verwaltungsgericht hat sich entgegen der Ansicht der Klägerin mit dieser Frage auch in den Urteilsgründen auseinandergesetzt, wie oben schon dargestellt wurde (vgl. oben S. 7; S. 17 ff. des Urteilsabdrucks).

47

Die Beweiserhebung zur Frage der generellen und konkret auf das Vorhaben in Dens bezogenen Schlagwahrscheinlichkeit hat das Verwaltungsgericht zu Recht mit dem Hinweis darauf, dass es nicht auf die Schlagwahrscheinlichkeit, sondern auf die Frage der Erhöhung des Kollisionsrisikos ankommt, abgelehnt. Auch die zur Begründung der Ablehnung vom Verwaltungsgericht herangezogene Feststellung, dass Rotmilanflüge nahezu ganzjährig stattfinden, findet unter anderem in dem schriftsätzlichen Vorbringen des Beklagten (Schriftsatz vom 2. Mai 2012, Bl. 869 der Gerichtsakte) sowie in den dazu vorgelegten Gutachten eine Stütze. Dass diese gutachtlichen Feststellungen von der Klägerin nicht erfolgreich in Zweifel gezogen wurden, stellt eine Würdigung der vorliegenden Gutachten sowie des Beteiligtenvorbringens durch das Gericht dar und findet sich auch in den

Gerichts- und Behördenakten wieder. Insoweit lässt sich deshalb auch nicht feststellen, dass das Verwaltungsgericht - wie die Klägerin meint - verkannt hat, dass es sich bei dem Rotmilan um einen Zugvogel handelt.

48

Die Ablehnung des Beweisantrages in Bezug auf die Auswirkungen der geplanten Windkraftanlagen auf nicht horstende, sondern nur nahrungssuchende Rotmilane begegnet ebenfalls keinen rechtlichen Bedenken. Das Verwaltungsgericht hat in nicht zu beanstandender Weise befunden, dass sich diese Frage schon anhand der vorhandenen Gutachten beantworten lasse und die Feststellung, dass das Tötungsrisiko für Rotmilane signifikant erhöht werde, weil das Vorhaben in einem Nahrungshabitat liege, entgegen der Ansicht der Klägerin auch ausführlich anhand einer Auseinandersetzung mit den dazu vorliegenden Gutachten begründet (S. 13 bis 17 des Urteilsabdrucks).

49

Auch die Ablehnung des Hilfsbeweisantrags in Bezug auf die Frage, „ob Rotmilane lediglich im Hinblick auf die Nahrungssuche im Bereich des Mastfußes oder auch darüber hinaus kollisionsgefährdet sind“, ist nicht zu beanstanden. Angesichts der dazu in Bezug genommenen Gutachten von X... 2008 und Y... 2012 vermag die Klägerin die damit verbundene Feststellung des Verwaltungsgerichts, diese seien nicht substantiiert in Zweifel gezogen worden, nicht schon allein mit ihrem Hinweis auf die von ihr vorgelegte Stellungnahme von A... (Anlage MWP 19 der Klägerin, Bl. 948 der Gerichtsakte) in Zweifel zu ziehen. Es entspricht den Grundsätzen des Prozessrechts, dass gegenüber verschiedenen vorgelegten Gutachten auch die Substantiierungslast für Angriffe gegen diese Gutachten erhöht sein kann. Infolge dessen muss ein Gegengutachten über die reine Vorlage hinaus auch geeignet sein, die zugrunde gelegte Methodik, die Ergebnisse der Gutachten oder die Voraussetzungen, von denen die Gutachter ausgegangen sind, ernsthaft zu erschüttern (vgl. Kopp, VwGO-Kommentar, § 108 Rn. 10).

50

Gleiches gilt für die unter Hilfsbeweis gestellte Frage der Flughöhe von Rotmilanen. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Verwaltungsgericht sich insoweit in nicht zu beanstandender Weise auf die im Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 4. April 2008 (10 A 15/08 -, juris Rn. 57) wiedergegebene und als einhellig bezeichnete naturschutzfachliche Ansicht gestützt, wonach diese Tiere sich regelmäßig in einer Flughöhe von 40 bis 80 m und damit auch im Bereich der Rotorblätter aufhalten. Dem ist die Klägerin auch mit der von ihr - im Übrigen erst mit dem Zulassungsantrag

vorgelegten - gutachtlichen Stellungnahme von A... (Anlage der Klägerin MWP 21, Bl. 1135 ff. der Gerichtsakte) nicht substantiiert entgegengetreten, in der lediglich pauschal angeführt wird, die Flüge fänden hauptsächlich in einem Bereich unterhalb von 50 m statt (Bl. 1141 der Gerichtsakte).

51

Die Entscheidungen über die Kosten und den Streitwert des Antragsverfahrens beruhen auf §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO und §§ 47 Abs. 1 und 3, 52 Abs. 2 Satz 2 GKG.

52

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Hinweis: Die Entscheidung wurde von den Dokumentationsstellen der hessischen Gerichte ausgewählt und dokumentiert. Darüber hinaus ist eine ergänzende Dokumentation durch die obersten Bundesgerichte erfolgt.

© juris GmbH