
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 1. Senat -

1 KO 372/06

Verwaltungsgericht Gera

- 4. Kammer -

4 K 1071/02 GE

Im Namen des Volkes Urteil

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Herrn _____ G _____,

M _____, _____ W _____

Kläger und Berufungskläger

Bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Müller-Wrede u. a.,

Leibnizstr. 53, 10629 Berlin

gegen

den Landkreis Greiz,

vertreten durch die Landrätin,

Dr.-Rathenau-Platz 11, 07973 Greiz

Beklagter und Berufungsbeklagter

beigeladen:

Die Gemeinde Teichwolframsdorf,

vertreten durch den Bürgermeister,

Steinberg 1, 07989 Teichwolframsdorf

Bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Dr. jur. Schenderlein u. a.,

Käthe-Kollwitz-Str. 5, 04109 Leipzig

wegen

Bauplanungs-, Bauordnungs- und Städtebau-
förderungsrecht,

hier: Berufung

hat der 1. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Schwan und die Richter am Oberverwaltungsgericht Schneider und Prof. Dr. Ruffert aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 14. Oktober 2009 **für Recht erkannt:**

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Gera vom 28. April 2005
- 4 K 1071/02 Ge - wird abgeändert.

Der Bescheid des Beklagten vom 3. Juli 2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 8. August 2002 wird aufgehoben und der Beklagte verpflichtet, dem Kläger den beantragten Vorbescheid zur Errichtung von zwei Windkraftanlagen vom Typ NEG Micon NM 1500 C/64 auf dem Grundstück der Gemarkung K_____, Flur 9, Flurstück a mit der Auflage zu erteilen, dass der Betrieb der Anlage in den Monaten April bis Oktober zu Nachtzeiten einzustellen ist, wenn die Windgeschwindigkeit unter dem Wert von 6 m/s liegt.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu 1/5, der Beklagte zu 4/5 zu tragen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Das Urteil ist hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung nach Maßgabe der Kostenfestsetzung abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten um einen Bauvorbescheid für eine Windenergieanlage des Klägers.

I.

1. Am 27. März 2001 beantragte der Kläger die Erteilung eines Bauvorbescheides zur Errichtung von zwei Windkraftanlagen in der Gemarkung K_____, Flur 9, Flurstück Nr. a. Die Nabenhöhe der beiden Anlagen soll 68 m, die Gesamtbauwerkshöhe 99,9 m betragen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Behördenakten aus dem Antragsverfahren Bezug genommen.

Das Vorhaben befand sich seinerzeit im Anwendungsbereich des Regionalen Raumordnungsplans Ostthüringen. Innerhalb dieses Plans liegt es im Vorbehaltsgebiet zur Nutzung der Windenergie W 45 (Ziff. 10.2.4.8, S. 180 des Plans). Der erkennende Senat hat mit Urteil vom 19. März 2008 (1 KO 304/06) die Abwägungsfehlerhaftigkeit und Unwirksamkeit der Ausweisung von Vorranggebieten für die Nutzung der Windenergie im Raumordnungsplan inzident festgestellt. Gegenwärtig befindet sich ein überarbeiteter Entwurf für die Änderung des Regionalplans im Änderungsverfahren. Für die Abschnitte 3.2.1 Energieversorgung und 3.2.2 Vorranggebiete Windenergie in Verbindung mit Kapitel 4 Freiraumstruktur einschließlich Raumnutzungskarte beschloss die Planungsversammlung der Regionalen Planungsgemeinschaft Ostthüringen am 15. Mai 2009 die Freigabe zur Öffentlichen Auslegung und Anhörung gemäß § 10 Abs. 6 ThürLPlIG. Nach dieser Änderung soll im betreffenden Bereich kein Vorranggebiet für die Windenergienutzung ausgewiesen werden, und nach dem in Aufstellung befindlichen Ziel 3-20 des Regionalplans sollen außerhalb der Vorranggebiete Windkraftanlagen ausgeschlossen sein. Die Auslegung und Anhörung erfolgte für die beiden fraglichen Abschnitte vom 15. Juni 2009 bis 15. Juli 2009; Auslegung und Anhörung im Übrigen waren bereits vorher erfolgt. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt werden Auslegung und Anhörung für die abschließende Abwägung ausgewertet.

2. Nachdem die Beigeladene ihr gemeindliches Einvernehmen auch unter Berücksichtigung von Einwendungen interessierter Bürger versagt hatte, lehnte der Be-

klagte mit Bescheid vom 3. Juli 2001, dem Kläger am 7. Juli 2001 zugestellt, den beantragten Bauvorbescheid ab. Dabei verwies er auf das fehlende gemeindliche Einvernehmen sowie auf eine Verunstaltung des Landschaftsbildes.

Den Verpflichtungswiderspruch des Klägers vom 17. Juli 2001 wies das Thüringer Landesverwaltungsamt mit Widerspruchsbescheid vom 8. August 2002, dem Kläger am 10. August 2002 zugestellt, zurück. Dabei verwies es allein auf das fehlende gemeindliche Einvernehmen, woran sie gebunden sei, obwohl es Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit der Verweigerung gebe. Andere öffentlich-rechtliche Bestimmungen prüfte das Landesverwaltungsamt nicht.

3. Hiergegen hat der Kläger am 5. September 2002 Klage erhoben und zur Begründung auf die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich hingewiesen. Die geplanten Anlagen befänden sich in einer Eignungsfläche für die Windenergienutzung, und es sei keine erhebliche Beeinträchtigung für Fledermäuse zu erwarten. Das zum Beweis herangezogene Sachverständigengutachten deute lediglich auf eine Vorsichtsmaßnahme aufgrund von Vermutungen und Rückschlüssen hin. Der Habitatverlust belaufe sich auf eine Fläche von höchstens 2 ha. Beeinträchtigungen des Vogelzuges seien ausweislich des vorgelegten Gutachtens vorhanden, aber kompensierbar.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten unter Aufhebung seines Bescheides vom 3. Juli 2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 8. August 2002 zu verpflichten, den beantragten Bauvorbescheid zu erteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat ausgeführt, trotz der Einstufung des fraglichen Areals als Vorbehaltsgebiet W 45 „K_____/Hochbehälter“ müssten Windenergieanlagen lediglich in der Abwägung vorrangig berücksichtigt werden, seien jedoch nicht zwingend zulässig. Hier würde das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigt. Vor allem sei der Standort ausweislich des im Gutachten nachgewiesenen Artenspektrums an Fledermäusen

abzulehnen. Der Beklagte verweist insoweit auf den Schutz einzelner Arten nach der FFH-Richtlinie.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und schriftsätzlich vorgetragen, das Einvernehmen sei rechtmäßig versagt worden. Das Vorhaben widerspreche den Darstellungen im Flächennutzungsplan, der sich in Aufstellung befinde, rufe schädliche Umwelteinwirkungen hervor (Geräuschpegel, Diskoeffekt, Schattenwurf), beeinträchtige Natur und Landschaft und verunstalte das Orts- und Landschaftsbild.

Am 25. Juli 2003 hat das Verwaltungsgericht das Ruhen des Verfahrens angeordnet, um außergerichtliche Vergleichsverhandlungen zu ermöglichen. Das Ruhen des Verfahrens endete am 19. Januar 2004.

Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Augenscheinseinnahme in der mündlichen Verhandlung am 13. Mai 2002 sowie durch Einholung des Gutachtens eines Sachverständigen über den Vogelzug und die mögliche Gefährdung von Fledermäusen.

Mit Urteil vom 28. April 2005 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Dem Vorhaben stünden öffentliche Belange i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB in Form von Belangen des Natur-/Artenschutzes entgegen. Ausweislich des Sachverständigengutachtens seien 14 von 18 in Thüringen heimischen Fledermausarten Bestandteil der Fauna des fraglichen Gebietes. Darunter seien nach deutschem Naturschutzrecht sowie der FFH-Richtlinie besonders geschützte Fledermausarten. Insbesondere die als besonders bedroht anzusehende Mopsfledermaus sei dort vorhanden. Nachvollziehbar habe der Gutachter aus seiner Untersuchung in den Monaten der Winterruhe auf das Vorhandensein von Sommerquartieren geschlossen. Die Jagdgebiete für die Fledermäuse würden um mindestens 0,78 ha je Anlage verringert. In der Abwägung könnte der Errichtung der beiden Windkraftanlagen nur dann der Vorrang eingeräumt werden, wenn jegliche Beeinträchtigung der Fledermausarten und insbesondere der besonders geschützten bzw. vom Aussterben bedrohten Arten ausgeschlossen wäre. Angesichts der wissenschaftlichen Unsicherheiten über Tode von Fledermäusen an Windkraftanlagen sei bereits eine mögliche Gefährdung ausreichend, um den Belangen des Artenschutzes Vorrang zu vermitteln. Das Verwaltungsgericht ließ weitere Naturschutzbelange,

namentlich die mögliche Beeinträchtigung von Schwarzstörchen, offen, ebenso mögliche Lärmemissionen.

II.

Mit Beschluss vom 11. Mai 2006 hat der Senat die Berufung des Klägers auf der Grundlage von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zugelassen.

Der Kläger hat seine Berufung innerhalb eines Monats nach Zustellung des Zulassungsbeschlusses begründet und ausgeführt, dass eine Beeinträchtigung von Fledermausvorkommen dem Vorhaben nicht entgegenstehe. In der Abwägung müsse sich die Privilegierung von Windkraftanlagen durchsetzen. Unvermeidbaren Gefährdungen von Fledermäusen sei nicht durch die Versagung des Vorbescheides, sondern durch Beauftragung (z. B. Abschaltmaßnahmen) zu begegnen. Dies ergebe sich auch aus dem im Berufungsverfahren eingeholten Sachverständigengutachten. Auch seien in der Raumplanung Naturschutzbelange berücksichtigt und könnten nun dem Vorhaben, das sich in einem Vorbehaltsgebiet befinde, nicht entgegengehalten werden. Für den Schwarzstorch stelle die Anlage keine Gefahr dar.

Er beantragt,

1. unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Bescheid des Beklagten vom 3. Juli 2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 8. August 2002 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, dem Kläger den beantragten Vorbescheid zur Errichtung von zwei Windkraftanlagen vom Typ NEG Micon NM 1500 C/64 auf dem Grundstück der Gemarkung K_____, Flur 9, Flurstück a zu erteilen,
2. hilfsweise die Verwaltungsvorgänge zu dem in Aufstellung/Fortschreibung befindlichen Regionalplan Ostthüringen bei der zuständigen Regionalen Planungsstelle Ostthüringen beim Thüringer Landesverwaltungsamt – Referat 300, Puschkinplatz 7, 07545 Gera zur Akteneinsicht und Prüfung insbesondere der Frage beizuziehen, ob der in Aufstellung befindliche Regionalplan

Ostthüringen „Verlautbarungsreife“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes hat (vgl. Hinweis des Gerichts zum Urteil v. 3. Sept. 2009 – 4 C 5/04, BVerwGE 122, 346 ff.),

3. höchst hilfsweise festzustellen, dass der in Ziffer I. genannte Bescheid des Beklagten vom 3. Juli 2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 2002 rechtswidrig war und der Kläger jedenfalls bis zum Erreichen der sog. Verlautbarungsreife des Regionalplans Ostthüringen einen Rechtsanspruch auf den beantragten Vorbescheid zur Errichtung von zwei Windkraftanlagen vom Typ NEG Micon NM 1500 C/64 auf dem Grundstück der Gemarkung K_____, Flur 9, Flurstück a hatte.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er führt aus, die Anlage führe ausweislich des Sachverständigengutachtens zu Verstößen gegen Artenschutzbestimmungen. Dies gelte sowohl für die besonders geschützte Art Schwarzstorch als auch mit Blick auf das Tötungsrisiko für besonders geschützte Fledermausarten. Eine Genehmigung unter Auflagen sei nicht möglich, weil der Standort mit Blick auf die Vielfalt des Aufkommens an Fledermäusen deutschlandweit einmalig sei.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag. Sie führt aus, das klägerische Vorhaben setze sich in der Abwägung nicht gegen die zwingenden Artenschutzbelange durch, wie sie aus dem Sachverständigengutachten erkennbar seien. Diese Belange seien auch noch nicht bei der Aufstellung des Regionalplans verarbeitet.

Der Senat hat aufgrund Beschlusses vom 11. Januar 2008 durch Sachverständigengutachten über die Frage Beweis erhoben, ob und wenn ja, welche anlage- und betriebsbedingten Auswirkungen die geplante Errichtung von zwei Windkraftanlagen auf dem Grundstück der Gemarkung K_____, Flur 9, Flurstück a, auf Fledermäuse und den Schwarzstorch hat.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte (fünf Bände) Bezug genommen sowie auf die Beiakten 1-7 zum Aktenzeichen 1 ZKO 859/05 und die Beiakten 1 und 8 zu diesem Verfahren, insbesondere auf das Sachverständigengutachten vom 27. Februar 2009.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Gera ist insoweit abzuändern, als es die vollständige Versagung des beantragten Vorbescheids bestätigt, anstatt den Beklagten zu verpflichten, den Vorbescheid versehen mit Nebenbestimmungen zu erteilen. Darüber hinausgehend ist die Berufung unbegründet.

I.

Die Berufung ist teilweise begründet, weil die vollständige Versagung des beantragten Vorbescheids rechtswidrig, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO), so dass das Verwaltungsgericht der Klage teilweise hätte stattgeben müssen.

1. Die vollständige Ablehnung des beantragten Vorbescheides ist rechtswidrig. Dem Vorhaben des Klägers stehen öffentliche Belange nur teilweise entgegen.

a) Belange des Naturschutzes i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 1. Alt. BauGB stehen dem klägerischen Vorhaben nur insoweit entgegen, als bei uneingeschränktem Betrieb der Windkraftanlage, für die der Bauvorbescheid beantragt wird, ein signifikantes Kollisionsrisiko für Fledermäuse, namentlich für die Arten Zwergfledermaus, Rauhaufledermaus und Großer Abendsegler entstünde.

Der Artenschutz kann als Belang des Naturschutzes - auch außerhalb von ausgewiesenen oder faktischen Schutzgebieten - grundsätzlich als öffentlicher Belang einem nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierten Vorhaben entgegenstehen, wenn in der gebotenen „nachvollziehenden“ Abwägung das Interesse an der Realisierung des privilegierten Vorhabens gegenüber dem Artenschutzinteresse zurücktritt, wobei

es auf die Schutzwürdigkeit der betroffenen Art und des betroffenen Lebensraums sowie auf Intensität und Auswirkungen des Eingriffs ankommt (vgl. Senatsurteil vom 29.5.2007, 1 KO 1054/03, ThürVBl. 2008, 18, Rn. 49 ff. - Rotmilan). Im vorliegenden Fall überwiegen die dem Vorhaben entgegenstehenden Interessen des Artenschutzes das private Interesse des Klägers an der Realisierung seiner Vorhaben und das damit einhergehende öffentliche Interesse an der Förderung erneuerbarer Energien nur insoweit, als ein signifikant erhöhtes Kollisionsrisiko nicht durch Schutzmaßnahmen beim Anlagenbetrieb beseitigt werden kann. In dieser Sachverhaltskonstellation sieht sich der Senat nicht dazu aufgerufen, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen (s. das zitierte Senatsurteil vom 29.5.2007, a. a. O.), nach der Belange des Artenschutzes im Rahmen von § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 1. Alt. BauGB geprüft werden können (vgl. insoweit auch ThürOVG, Beschluss vom 29.1.2009, 1 EO 346/08, DVBl. 2009, 522 (LS), Ziff. 67 in juris), zumal die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 13.12.2001, 4 C 3/01, NVwZ 2002, 1112), die im Grundsatz eine unabhängige Prüfung der bauplanungsrechtlichen und naturschutzrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen für Vorhaben im Außenbereich fordert, nur auf die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung und die damit einhergehende Abwägung, nicht jedoch auf die strikten Verbotstatbestände des Artenschutzes bezogen ist.

aa) Nach der artenschutzrechtlichen Bestimmung des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es u. a. verboten, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu verletzen oder zu töten. Sämtliche Fledermausarten, darunter die genannten Arten Zwergfledermaus, Flughautfledermaus und Großer Abendsegler, sind als heimische Säugetierarten gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 10 lit. c BNatSchG, § 1, S. 1 BArtSchV mit Anlage 1 zur BArtSchV besonders geschützt.

Der Tötungsverbotstatbestand des § 42 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BNatSchG, der auf die Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. EG Nr. L 206/7) zurückgeht, ist individuen-, nicht populationsbezogen (BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, 9 A 14/07, BVerwGE 131, 274, Rn. 91). Nach der auf die Richtlinienbestimmung bezogene Rechtsprechung des EuGH ist er auch dann als erfüllt anzusehen, wenn sich die Tötung als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns darstellt (ausdrücklich EuGH, Urt. v.

18.5.2006, Rs. C-221/04, Slg. 2006, I-4515, Rn. 71 [Kommission/Spanien], aufbauend auf EuGH, Urt. v. 20.1.2002, Rs. C-103/00, Slg. 2002, I-1163, Rn. 19 ff. [Kommission/Griechenland – „Caretta“]; wohl auch EuGH, Urt. v. 20.10.2005, Rs. C-6/04, Slg. 2005, I-9017, Rn. 113 [Kommission/Vereinigtes Königreich]; s. die Analyse in BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1075/04, BVerwGE 125, 116, Rn. 559 f. – Schönefeld, sowie BVerwG, Urt. v. 21.6.2006, 9 A 28.05, BVerwGE 126, 166; *Niederstadt/Krüsemann*, Die europarechtlichen Regelungen zum Artenschutz im Licht des „Guidance documents“ der Europäischen Kommission, ZUR 2007, 347 [348]). Absicht ist nicht im Sinne des strafrechtlichen „dolus directus“ zu verstehen, sondern auch dann gegeben, wenn die Tötung von Exemplaren besonders geschützter Arten billigend in Kauf genommen wird (BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, a. a. O., Rn. 91).

Dennoch führt die Akzeptanz des Risikos jeder unvermeidlichen Einzelkollision nicht zum Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 42 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BNatSchG, denn sonst könnten nahezu alle Vorhaben nur noch im Wege naturschutzrechtlicher Befreiungs- und Ausnahmetatbestände zugelassen werden, die sich dann zu Vorschriften für den Regelfall entwickeln würden. Diese Steuerungsfunktion ist ihnen wegen ihrer strengen Voraussetzungen nach der Gesetzessystematik nicht zugeacht. Nach diesen Überlegungen, die das Bundesverwaltungsgericht bereits für die Planfeststellung von Fernstraßen (BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, a. a. O., Rn. 91; BVerwG, Urt. v. 12.3.2008, 9 A 3/06, BVerwGE 130, 299, Rn. 219) angestrengt hat und die sich nach Auffassung des Senats auch auf bauplanungsrechtliche Vorbescheide übertragen lassen, ist der Tötungstatbestand des § 42 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BNatSchG sachgerecht so auszulegen, dass er nur als erfüllt anzusehen ist, wenn sich das Kollisionsrisiko für die betroffenen Tierarten durch das betreffende Vorhaben in signifikanter Weise erhöht. Dabei sind nach der zitierten Rechtsprechung Maßnahmen zur Kollisionsvermeidung oder Kollisionsminimierung in die Betrachtung einzubeziehen. Gegen das Tötungsverbot wird dann nicht verstoßen, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung unter Berücksichtigung der Vermeidungsmaßnahmen kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht, wenn seine Auswirkungen mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich verbleiben, der Risiken aufgrund des Naturgeschehens entspricht (s. erneut BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, 9 A 14/07, BVerwGE 131, 274, Rn. 91).

bb) Diese vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Interpretation ist gemeinschaftsrechtskonform. Sie steht einer vollständigen Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 92/43/EWG nicht entgegen (*Gatz*, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 [744]). Erhöht sich das Risiko tödlicher Kollisionen nicht signifikant im Sinne der erörterten Vergleichsmaßstäbe, kann nicht davon gesprochen werden, dass ein Verstoß gegen Artenschutzbestimmungen bewusst in Kauf genommen wird (siehe den - nicht rechtsverbindlichen - Leitfaden der Europäischen Kommission zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichen Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, endgültige Fassung, Februar 2007, Ziff. 29 ff.). Die gemeinschaftsrechtliche Betrachtung muss bei der Abwägung berücksichtigen, dass der Ausbau von Anlagen zur Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu den prioritären Zielen des gemeinschaftlichen Umweltenergierechts zählt (siehe jetzt die rechtsverbindliche Zielvorgabe in Art. 3 Abs. 1 mit Anhang I, Teil A der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. EU 2009, Nr. L 140/16). Die Errichtung von Windenergieanlagen liegt nicht nur im privaten Interesse, sondern kann im Einzelfall auch im öffentlichen Interesse liegen.

cc) Das Kollisionsrisiko für die besonders geschützten Fledermausarten erhöht sich nur dann signifikant und eindeutig für die Arten Zwergfledermaus, Rauhauffledermaus und Großer Abendsegler, wenn die streitgegenständlichen Windenergieanlagen in den Monaten April bis Oktober zu Nachtzeiten bei Windgeschwindigkeiten unter 6 m/s liegt betrieben werden. Eine signifikante Erhöhung des tödlichen Kollisionsrisikos zu anderen Betriebszeiten und entsprechend höheren Windgeschwindigkeiten ist nicht zu besorgen. Dies ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus dem im Berufungsverfahren eingeholten, nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Gutachten des Sachverständigen Dr. B_____.

Der Sachverständige hat für die Arten Zwergfledermaus, Rauhauffledermaus und Großer Abendsegler wegen ihres dichten Vorkommens im betreffenden Gebiet ein erhöhtes Kollisionsrisiko festgestellt (S. 40 des Gutachtens, auch zum folgenden). Für andere Arten (*Myotis* und *Plecotus*) bestehe „vermutlich kein oder allenfalls ein

geringes Kollisionsrisiko“. Das Kollisionsrisiko für die Mopsfledermaus sei schwierig zu beurteilen. Für den Kleinabendsegler, die Breitflügelfledermaus und die Zweifarbfledermaus bestehe ein Kollisionsrisiko, das allerdings nicht als erhöht angesehen wurde. Kleinabendsegler, Zweifarbfledermaus und Breitflügelfledermaus ließen sich durch ihre Rufe schwer voneinander unterscheiden, so dass das Aktivitätsmuster dieser Arten nicht genau ermittelt werden könne. Zur Überzeugung des Senats hat der Sachverständige jedenfalls festgestellt, dass sich das Kollisionsrisiko unter die Grenze der Signifikanz verringern lässt, wenn die Anlage in den Zeiten der Aktivität der betroffenen Fledermausarten (nachts in den genannten Monaten) nur bei einer Windgeschwindigkeit über 6 m/s betrieben wird. Eine solche Kollisionsminderungsmaßnahme gelte naturschutzfachlich als erprobt (S. 43 und 46 des Gutachtens).

dd) Der Senat hält eine über die im Tenor ausgesprochene hinausgehende Beauftragung des Klägers im Rahmen der Vorbescheidserteilung nicht für möglich. Die Aufnahme des vom Sachverständigen vorgeschlagenen Risikomanagements in den Bauvorbescheid verstieße gegen den grundsätzlichen Anspruch auf Verwirklichung des geplanten Vorhabens - vorbehaltlich der positiven Beurteilung im Baugenehmigungsverfahren - aus Art. 14 Abs. 1 GG. Anordnungen zur Messung von schädlichen Emissionen einer Anlage sind nach den §§ 26 ff. BImSchG im Immissionsschutzrecht zwar möglich. Nach der Übergangsvorschrift des § 67 Abs. 9 S. 3 BImSchG, die nach der Rechtsprechung des Senats nicht nur für Baugenehmigungsverfahren, sondern auch für Verfahren auf Erteilung eines Bauvorbescheides gilt (Senatsurteil vom 29.5.2007, 1 KO 1054/03, ThürVBl. 2008, 18, Rn. 36 ff. - Rotmilan), bedarf es vorliegend aber nicht der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, so dass keine Beauftragung nach immissionsschutzrechtlichen Vorschriften erfolgen kann. Unberührt bleibt die Befugnis der zuständigen Behörde, gegenüber dem Betreiber der errichteten Windenergieanlage als nicht genehmigungsbedürftiger Anlage (§§ 22 ff. BImSchG) Anordnungen nach den §§ 26 ff. BImSchG zu treffen.

b) Als weiterer Belang im Sinne des Naturschutzes i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 1. Alt. BauGB steht dem Vorhaben des Klägers kein signifikantes Kollisionsrisiko für Schwarzstörche entgegen. Zwar steht der Schwarzstorch (*ciconia nigra*) unter besonderem Schutz gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 9 und Nr. 10 lit. b bb BNatSchG i. V. m.

Art. 1 Abs. 1 mit Anhang I, Ziff. 12 der Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EG 1979 Nr. L 103/1. Dementsprechend kommt auch das absolute Tötungsverbot aus § 42 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. BNatSchG zur Anwendung. Hinzu tritt das Störungsverbot aus § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG.

In der Abwägung gegen das private und öffentliche Interesse am Betrieb der Windenergieanlage vermag sich das Artenschutzinteresse jedoch nicht durchzusetzen. Dies liegt nicht allein daran, dass die Einstufung der Art Schwarzstorch als gefährdet mittlerweile aufgegeben worden ist. Vor allem steht zur Überzeugung des Senats nach dem im Berufungsverfahren eingeholten Gutachten des Sachverständigen Dr. B_____ fest, dass das Kollisionsrisiko für die vorhandene Schwarzstorchpopulation als nicht signifikant im Sinne des oben dargestellten Maßstabs (a) aa) anzusehen und dass eine erhebliche Störung der Art in ihrem Lebensraum nicht zu besorgen ist. Die Feststellungen und Schlußfolgerungen des Sachverständigen werden auch nicht durch das in der mündlichen Verhandlung durch den Beklagten vorgelegte Material erschüttert. Es ergeben sich daraus keine Widersprüche zu den Ergebnissen des Gutachtens. Dabei kann dahinstehen, ob das Kartenmaterial wegen des fehlenden Maßstabs den an die Substantiierung des Vortrags zu stellenden Anforderungen genügt. Der Sachverständige führt nämlich aus (S. 17 ff.), „dass die Altvögel des Brutpaares im Greiz-Werdauer-Wald die Standorte der geplanten WEA gelegentlich überfliegen oder zumindest streifen“. Bestimmte Nahrungshabitate könnten nicht mehr erreicht werden, wenngleich andere Nahrungshabitate zur Verfügung stünden. Eine direkte anlagen- oder betriebsbedingte Beeinträchtigung des Brutplatzes könne mit hoher Wahrscheinlichkeit aber ausgeschlossen werden. Es sei nicht mit einem Aufgeben des Brutplatzes aufgrund der Errichtung der Windenergieanlage zu rechnen. Das Kollisionsrisiko auf den täglichen Nahrungsflügen könne insgesamt als relativ gering eingestuft werden, auch bei Schlechtwetterlagen und für Jungstörche bei Verlassen des Nestes (S. 19). Obwohl die Anlage in den Ausschlussbereichen nach den - unverbindlichen - Empfehlungen der Länder-Arbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG-VSW, 2007) liegt, seien negative Auswirkungen der Anlage auf den Lebensraum des Schwarzstorches insgesamt unwahrscheinlich. Dem ist der Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten.

c) Auch ein signifikantes Kollisionsrisiko für Rotmilane kann dem Vorhaben des Klägers nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 1. Alt. BauGB nicht entgegengehalten werden. Diese Greifvogelart steht unter strengem Schutz (vgl. die Ausführungen in ThürOVG, 29.5.2007, 1 KO 1054/03, ThürVBl. 2008, 18, Rn. 51 – Rotmilan). Der Senat lehnt sich in seiner Rechtsprechung an ein Schutzkonzept an, dass von einem Tabu-Bereich von 1.000 m um die Brutstätte und von einem Prüfbereich von 6.000 m ausgeht (ThürOVG, a. a. O., Rn. 53 a. E.). Nach den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten beträgt die Entfernung der im Jahr 2009 festgestellten Brutplätze des Rotmilans zum Anlagenstandort ca. 1.500 m. Damit liegt die geplante Anlage jedenfalls nicht im Tabu-Bereich. Wegen der potentiellen Weite des Prüfbereichs - zu der der Senat im zitierten Urteil nicht Stellung nehmen musste - bedarf es jedenfalls greifbarer Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer besonderen Prüfung. Solche sind hier vom Beklagten und der Beigeladenen weder vorgetragen worden noch sind sie nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung erkennbar. Die bloße Behauptung einer Tötungsgefahr und die Vorlage maßstäblich nicht bezeichneten Kartenmaterials reichen hierfür nicht aus. Insgesamt bestehen nach Auffassung des Senats keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein signifikantes Kollisionsrisiko von Rotmilanen mit der geplanten Anlage. Auf die diesbezügliche Verspätungsrüge des Klägers kommt es daher nicht mehr an.

d) Dem Vorhaben des Klägers steht auch kein künftiges Planungsziel des in Aufstellung befindlichen neuen Regionalplans als unbenannter öffentlicher Belang i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB entgegen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 27.01.2005 - 4 C 5.04 -, BVerwGE 122, 364 = BRS 69 Nr. 107 = NVwZ 2005, 578), der sich der Senat anschließt (Urteil vom 19.3.2008, 1 KO 304/06, ThürVBl 2008, 178, Ziff. 98) kann ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung dann als unbenannter öffentlicher Belang einem Vorhaben entgegengehalten werden, wenn es hinreichend konkretisiert ist (aa) und wenn überdies zu erwarten ist, dass es sich zu einer verbindlichen, den Wirksamkeitsanforderungen genügenden Zielfestlegung im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG verfestigt (bb; vgl. Leitsatz 2 der zitierten Entscheidung des BVerwG).

aa) Das zunächst erforderliche Mindestmaß an inhaltlicher Konkretisierung ist erfüllt. Das Bundesverwaltungsgericht beschreibt dieses Erfordernis folgendermaßen (BVerwGE a. a. O., Rn. 28):

„Dabei kommen aus dem Kreis etwaiger in Aufstellung befindlicher Ziele nur solche als Zulassungshindernis in Betracht, die geeignet sind, ohne weiteren planerischen Zwischenschritt unmittelbar auf die Zulassungsentscheidung durchzuschlagen. Das zukünftige Ziel muss bereits so eindeutig bezeichnet sein, dass es möglich ist, das Bauvorhaben, das den Gegenstand eines bauordnungsrechtlichen Zulassungsverfahrens bildet, an ihm zu messen und zu beurteilen, ob es mit ihm vereinbar wäre. Die insoweit erforderliche Detailschärfe weist es erst auf, wenn es zeichnerisch oder verbal so fest umrissen ist, dass es anderen Behörden und der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden kann.“

Dies ist hier der Fall. Nach dem Entwurf für eine Änderung des Regionalplans Ostthüringen soll im betreffenden Gebiet kein Vorranggebiet für die Windenergienutzung ausgewiesen werden. Überdies sollen Windkraftanlagen gemäß dem in Aufstellung befindlichen Ziel 3-20 des Regionalplans Ostthüringen außerhalb der Vorranggebiete ausgeschlossen sein. Damit steht hinreichend konkretisiert fest, dass im Gebiet der geplanten Windenergieanlage nach den planerischen Vorstellungen der zuständigen Regionalen Planungsgemeinschaft Ostthüringen Windenergieanlagen nicht zulässig sein sollen. Über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hätte dies unmittelbare Auswirkungen auf das konkrete Zulassungsverfahren.

bb) Jedoch rechtfertigt der insoweit konkretisierte Entwurf nach den in der zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts formulierten Anforderungen nicht „die hinreichend sichere Erwartung ..., dass er über das Entwurfsstadium hinaus zu einer verbindlichen Vorgabe im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG erstarken wird.“ (BVerwG, a. a. O., Rn. 29). Aufgrund der Gewährleistung in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG können einem Vorhaben nur solche Zielvorstellungen des Planungsträgers entgegengehalten werden, deren künftige Wirksamkeit sicher prognostiziert werden kann. Dies gilt, so das Bundesverwaltungsgericht, gerade bei Plänen, die - wie vorliegend - über die Rechtswirkungen von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Nutzungsvorrang an einer Stelle mit Ausschlusswirkung für die gleiche Nutzung an anderer Stelle miteinander kombinieren.

Gemessen an diesem Maßstab kann die geplante Zielfestlegung dem klägerischen Vorhaben nicht entgegengehalten werden. Der Abwägungsvorgang ist noch nicht abgeschlossen, so dass nicht hinreichend sicher ist, ob das Ziel 3-20 des in der Abwägung befindlichen Regionalplans Ostthüringen und die entsprechende Unter-

lassung der Ausweisung eines Vorranggebiets für die Windenergieerzeugung in eine verbindliche Vorgabe erwächst. Zwar muss nach der zitierten Rechtsprechung (a. a. O., Rn. 30) noch nicht die abschließende Abwägungsentscheidung gefallen sein, so dass die Zielfestlegung nur noch von Genehmigung und Bekanntmachung abhängt, sofern bereits absehbar ist, „dass die Windkraftanlage auf einem Grundstück errichtet werden soll, das in einem Raum liegt, der für eine Windenergienutzung von vornherein tabu ist oder aus sonstigen Gründen erkennbar nicht in Betracht kommt, ...“. Eine solche eindeutige Einschätzung kann jedoch nach dem gegenwärtigen Stand des Planungsverfahrens nicht erfolgen. Insbesondere sind die planerischen Gründe dafür noch nicht erkennbar, warum ein Gebiet, das bislang als Vorbehaltsgebiet zur Nutzung der Windenergie ausgewiesen war, nunmehr von vornherein für die Windenergienutzung ungeeignet sein soll. Es ist nicht möglich, beim gegenwärtigen Stand der Planung Merkmale auszumachen, die das konkrete Gebiet – in den Worten des Bundesverwaltungsgerichts „als Ausschlusszone prädestinieren“. Schließlich muss ein in Aufstellung befindliches Ziel in einem Regionalplan den formellen und materiellen Anforderungen nicht weniger genügen als ein im bereits abgeschlossenen Verfahren verabschiedetes Ziel. Der Senat hat den bisherigen Regionalplan Ostthüringen hinsichtlich der Vorranggebiete für Windkraftanlagen für rechtswidrig gehalten (ThürOVG, Urteil vom 19.3.2008, 1 KO 304/06, ThürVBI 2008, 178), weil es hinsichtlich der wechselbezüglichen Festlegung von Vorrang- und Ausschlussgebieten (vgl. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) an einem planerischen Gesamtkonzept fehlte. Ob nun ein tragfähiges Gesamtkonzept vorliegt, ist beim gegenwärtigen Planungsstand nicht erkennbar.

e) An ursprünglich vom Beklagten geltend gemachten, weiteren bauplanungsrechtlichen Einwänden hält er - wie sich in der mündlichen Verhandlung ergeben hat - nicht weiter fest. Sie sind für den Senat darüber hinaus nicht feststellbar.

2. Durch die rechtswidrige Ablehnung verletzt der Beklagte den Kläger in seiner Baufreiheit. Die Sache ist überdies spruchreif, weil die Erteilung eines Bauvorbescheides nicht im Ermessen der Baugenehmigungsbehörde liegt. Wegen des überwiegenden Erfolges des Hauptantrages erübrigt sich ein Eingehen auf die Hilfsanträge.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1 und 2, 155 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Senat bewertet den Teil der Berufung mit dem der Kläger unterliegt, weil auch im Berufungsverfahren ein Vorbescheid ohne Auflagen begehrt worden ist, mit 1/5.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils hinsichtlich der Kosten beruht auf den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Revisionszulassungsgründe i. S. d. § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht vor.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung angefochten werden. Die Beschwerde ist beim

Thüringer Oberverwaltungsgericht

Kaufstraße 2 - 4

99423 Weimar

durch einen Rechtsanwalt oder eine andere nach näherer Maßgabe des § 67 Abs. 2 und Abs. 4 Verwaltungsgerichtsordnung zur Vertretung befugte Person einzulegen. Die Beschwerde muss die Entscheidung bezeichnen, die angefochten werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Thüringer Oberverwaltungsgericht einzureichen. In der Begründung muss entweder

- die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt werden

oder

- die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet werden, wenn geltend gemacht wird, von ihr werde in der in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidung abgewichen und die Entscheidung beruhe auf dieser Abweichung, oder
- ein Verfahrensmangel bezeichnet werden, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

B e s c h l u s s

Der Streitwert wird auch für das Berufungsverfahren auf
200.000 € festgesetzt.

Dr. Schwan

Schneider

Prof. Dr. Ruffert