

Abschrift

OBERVERWALTUNGSGERICHT

DES LANDES SACHSEN-ANHALT



2 L 110/15
2 A 381/12 MD

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

des **Naturschutzbundes Deutschland (NABU)**,
Landesverband Sachsen-Anhalt e.V.,
Schleinufer 18a, 39104 Magdeburg,

**Klägers und
Antragsgegners,**

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt Ulrich Werner,
Heinrich-Roller-Straße 19, 10405 Berlin,

g e g e n

das **Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt**,
vertreten durch den Präsidenten,
Ernst-Kamieth-Straße 2, 06112 Halle (Saale),

Beklagten,

Antragstellerin,

w e g e n

Anfechtung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung
- hier: Antrag auf Zulassung der Berufung -

hat das Obergerverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt - 2. Senat - am 24. Januar 2018 beschlossen:

Der Antrag der Beigeladenen auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Magdeburg vom 9. Juni 2015 – 2 A 381/12 MD – wird abgelehnt.

Die Beigeladene trägt die Kosten des Antragsverfahrens.

Der Streitwert für das Rechtsmittelverfahren wird auf 15.000,00 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Der Kläger wendet sich gegen eine der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen in einem Windpark nördlich der Ortslage Wegenstedt. Den Genehmigungsbescheid des Beklagten vom 12.11.2012 hat das Verwaltungsgericht mit dem angegriffenen Urteil aufgehoben und zur Begründung u.a. ausgeführt:

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung verstoße im Hinblick auf den Rotmilan gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Dazu genüge es, dass diese Vogelart durch den Betrieb der Anlagen einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt werde. Es sei – wovon auch der Beklagte ausgehe – naturschutzfachlich vertretbar, von einem solchen erhöhten Risiko auszugehen, wenn der Abstand der Windenergieanlagen zu einem festgestellten Brutplatz weniger als 1.000 m betrage.

Die Windkraftanlagen Nr. 1 bis 4 befänden sich nach der Bekundung des glaubwürdigen Zeugen Damm in weniger als 1.000 m Entfernung zu zwei Rotmilanbrutplätzen östlich und westlich der Vorhabenstandorte. Der Zeuge habe bekundet, dass im Jahre 2012 zwei Brutpaare des Rotmilans in einem Abstand von 700 m zur WKA Nr. 4 in einem Horst östlich des geplanten Vorhabens und in einem Abstand von 800 m zur WKA Nr. 1 in einem Horst westlich des Vorhabens erfolgreich gebrütet hätten. Im Ausschlussbereich von 1.000 m zu diesen Horsten befänden sich auch die Anlagen Nr. 2 und 3. Diese Tatsache habe der Beklagte bis zum Genehmigungszeitpunkt nicht berücksichtigt und sei in den im Verwaltungsverfahren vorgelegten Gutachten der Beigeladenen unberücksichtigt geblieben. Insoweit stehe dem Beklagten auch keine gerichtlich nur begrenzt überprüfbare behördliche Einschätzungsprärogative zu, da diese eine den wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechende Sachverhaltsermittlung voraussetze. Daran fehle es hier, weil auch der Beklagte vor Erlass der Genehmigung – ggf. unter Heranziehung der Beigeladenen – das Vorhandensein der beiden Brutplätze des Rotmilans hätte feststellen können und müssen. Die Ermittlungstiefe reiche nicht aus. Nach den eigenen Maßstäben des Beklagten sei wegen des artspezifischen Charakteristikums wechselnder Horstnutzung bei der Erfassung des Rotmilans als Brutvogel die Betrachtung von drei Brutperioden geboten, um die aus artenschutzrechtlichen Grün-

den besonders interessierende Frage zu untersuchen, welche Horste in künftigen Jahren vom Rotmilan genutzt werden und an welchem Ort künftig vielleicht Rotmilanhorste völlig neu gebaut und genutzt werden. Die Ergebnisse der Erfassung der Jahre 2004 und 2005 seien im Hinblick auf den maßgeblichen Genehmigungszeitpunkt im November 2012 veraltet. Die Untersuchungen aus dem Jahr 2009 beruhten auf sechs Begehungen zwischen dem 19. April und dem 12. August. Die Anzahl sei aber nach dem NLT-Papier, Anm. 52, nicht ausreichend, da hiernach zehn Bestandserfassungen verteilt auf die gesamte Brutzeit von Ende März bis Mitte Juli notwendig seien. Auch hätten sich aufgrund der Ergebnisse der von der Beigeladenen vorgelegten Gutachten weitere Ermittlungen aufgedrängt, weil diese Gutachten davon ausgegangen seien, dass der Rotmilan im Vorhabengebiet regelmäßig anzutreffen sei und dieses Gebiet als Nahrungshabitat nutze. Aus dem Gutachten von Schmal und Ratzbor vom 07.05.2015 lasse sich nichts Gegenteiliges herleiten. Unabhängig davon seien nach Genehmigungserteilung eingeflossene oder beigebrachte naturschutzfachliche Erkenntnisse unbeachtlich, weil sie die naturschutzfachliche Bewertung des Beklagten im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative nicht mehr beeinflussten.

Auch im Hinblick auf die WKA Nr. 5, die mehr als 1.000 m entfernt von den bereits im Jahr 2012 festgestellten Brutplätzen des Rotmilans entfernt liege, sei von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko auszugehen, weil zuverlässige Erkenntnisse darüber vorlägen, dass sich in einer größeren Entfernung als 1.000 m vom Horst ein oder mehrere für den Rotmilan attraktive, nicht nur kurzzeitig bzw. zeitweise zur Verfügung stehende Nahrungshabitate befänden und die Windenergieanlage dort oder innerhalb eines Flugkorridors dorthin liege. Nach der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung des Gutachters Peter Stelzer vom 10.10.2011 sei der Rotmilan im Laufe der Erfassung immer wieder über den Flächen im Untersuchungsgebiet zu sehen gewesen. Bei der Kartierung am 20.06.2011 seien über dem gesamten Untersuchungsgebiet mindestens vier Individuen festgestellt worden, zwei davon zeitgleich auf der Eingriffsfläche. Eine Brut in den umliegenden Gehölzbeständen sei nicht gänzlich auszuschließen; im näheren Umfeld des Untersuchungsgebiets sei mit großer Wahrscheinlichkeit mit Brutvorkommen des Rotmilans zu rechnen. Nach dem avifaunistischen Gutachten "Rast- und Zugvögel, Ergänzungsbericht 2009" seien jagende Rotmilane im gesamten Untersuchungsgebiet beobachtet worden. Auch der Zeuge Damm habe bekundet, dass er über der Vorhabenfläche bis zu drei gleichzeitig fliegende Rotmilane beobachtet habe. Die weiteren drei Zeugen Westphal, Schliephacke und Loskam hätten Flugbewegungen mehrerer Rotmilane über dem Vorhabengebiet beobachtet. Berücksichtige man zusätzlich, dass sich nach der Auskunft des Landesamtes für Umweltschutz Sachsen-Anhalt vom 01.06.2015 ein weiterer Brutplatz des Rotmilans im Jahre 2012 südlich der Vorhabenfläche in nach Angaben des Klägers ca. 1.000 m Entfernung von der Vorhabenfläche befunden habe, spreche dies dafür, dass es sich bei der Fläche der geplanten Windfarm um ein wichtiges Nahrungshabitat des Rotmilans handele; dabei sei die große Zahl von Wechselhorsten rund um die Fläche zu berücksichtigen.

Auch in Bezug auf die Wiesenweihe verstoße die Genehmigung gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Nach der Beweisaufnahme stehe fest, dass sich im Jahr 2010 östlich der Kreisstraße K 1136 und südlich der Vorhabenfläche und damit innerhalb des im NLT-Papier empfohlenen Mindestabstandes von 1.000 m ein Brutplatz der Wiesenweihe befunden habe und es sich beim Gebiet der geplanten Windfarm um ein wichtiges Nahrungshabitat dieser Vogelart handele. Dieses Ergebnis werde bestätigt durch das Gutachten der Ökotop GbR vom 28.04.2013.

Der angefochtenen Genehmigung stünden auch Belange des Naturschutzes unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Europäischen Vogelschutzgebietes "Drömling" entgegen. Es sei nicht auszuschließen, dass das Vorhaben der Beigeladenen zu nachteiligen Auswirkungen auf das Zug- und Rastvogelgeschehen im "Drömling", insbesondere zu einer Entwertung dieses Gebiets als Rast- und Überwinterungsgebiet für die nordischen Gänsearten Bläss-, Saat- und Graugans sowie für den Kranich führe.

II.

A. Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

1. Die geltend gemachten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) liegen nicht vor. Solche Zweifel bestehen nur dann, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt worden sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.07.2013 – 1 BvR 3057/11 –, NJW 2013, 3506, RdNr. 36 in juris, m.w.N.). Ist das angegriffene Urteil auf voneinander unabhängige und damit den Urteilsausspruch selbständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, so setzt der Erfolg des Zulassungsantrages voraus, dass sämtliche Begründungsteile je für sich die Zulassung rechtfertigen; liegt für den anderen Begründungsteil kein Zulassungsgrund vor, muss die Zulassung daran scheitern, dass die angegriffene Begründung hinweggedacht werden kann, ohne dass sich am Ausgang des Rechtsmittelverfahrens etwas ändert (vgl. zur Zulassung der Revision: BVerwG, Beschl. v. 07.06.2000 – 9 B 262/00 –, juris). Der Vortrag der Beigeladenen rechtfertigt hiernach nicht die Zulassung der Berufung.

1.1. Ohne Erfolg rügt die Beigeladene, das Verwaltungsgericht habe sich nicht mit der Begründung begnügen dürfen, dass der Genehmigungsbescheid den Kläger in seinen Rechten verletze und aus welchen Gründen die Genehmigung rechtswidrig sei, sondern hätte auf die Verletzung eines Verfahrensfehlers nach § 4 Abs. 1 Satz 1 des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) abstellen und im Anschluss daran eine nachvollziehbare Begründungskette hin zu § 44 BNatSchG aufbauen müssen. Zwar befasst sich das angegriffene Urteil nicht mit der Klagebefugnis des Klägers, einer anerkannten

Naturschutzvereinigung nach § 3 UmwRG, sowie mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Vereinigung die Aufhebung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung verlangen kann. Dies stellt aber die Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nicht in Frage.

a) Die Klagebefugnis des Klägers ergab sich ohne weiteres aus § 2 Abs. 1 UmwRG in der im Zeitpunkt der Klageerhebung und des Ergehens der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung geltenden Fassung vom 08.04.2013 (UmwRG a.F.). Danach kann eine nach § 3 anerkannte inländische oder ausländische Vereinigung, ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen, Rechtsbehelfe nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung gegen eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 oder deren Unterlassen einlegen, wenn die Vereinigung

1. geltend macht, dass eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 oder deren Unterlassen Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen und für die Entscheidung von Bedeutung sein können, widerspricht,
2. geltend macht, in ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich der Förderung der Ziele des Umweltschutzes durch die Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 oder deren Unterlassen berührt zu sein, und
3. zur Beteiligung in einem Verfahren nach § 1 Abs. 1 Satz 1 berechtigt war und sie sich hierbei in der Sache gemäß den geltenden Rechtsvorschriften geäußert hat oder ihr entgegen den geltenden Rechtsvorschriften keine Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist.

aa) Bei der angefochtenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung handelt es sich um eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) UmwRG a.F., nämlich um eine Zulassungsentscheidung im Sinne von § 2 Abs. 3 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) in der hier maßgeblichen Fassung vom 24.02.2010 über die Zulässigkeit von Vorhaben, für die nach dem UVPG eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bestehen kann. Diese Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn ein Vorhaben zur Entscheidung ansteht, bei dem nach der Anlage 1 zum UVPG eine Vorprüfung zur Feststellung der UVP-Pflicht im Sinn von § 3c UVPG (a.F.) stattzufinden hat; in solchen Fällen „kann“ – abhängig vom Ergebnis dieser Vorprüfung – im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehen (vgl. BayVGh, Beschl. v. 27.11.2017 – 22 CS 17.1574 –, juris, RdNr. 30, m.w.N.). So lag es bei dem hier in Rede stehenden Vorhaben. Nach Nr. 1.6.3 der Anlage 1 zu § 3 UVPG in der im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung geltenden Fassung vom 17.08.2012 war bei Vorhaben über die Errichtung von 3 bis 6 Windkraftanlagen gemäß § 3c Satz 2 UVPG (a.F.) eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalles durchzuführen, wenn trotz der geringen Größe oder Leistung des Vorhabens nur aufgrund besonderer örtlicher Gegebenheiten gemäß den in der Anlage 2 Nr. 2 aufgeführten Schutzkriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen zu erwarten sind.

bb) Der Kläger hat auch geltend gemacht, dass die Genehmigung Rechtsvorschriften widerspricht, die dem Umweltschutz dienen und für die Entscheidung von Bedeutung sein können. Unter solche dem Umweltschutz dienende Rechtsvorschriften fallen die von ihm in Bezug genommenen naturschutzrechtlichen, insbesondere artenschutzrechtlichen Bestimmungen, deren Verletzung er rügt. Er hat auch geltend gemacht, dass die Förderung des Umweltschutzes zu seinen satzungsmäßigen Aufgaben gehört.

cc) Der Kläger war auch gemäß § 10 Abs. 3 BImSchG i.V.m. der 9. BImSchV zur Beteiligung am immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren berechtigt (vgl. OVG NW, Urtr. v. 01.12.2011 – 8 D 58/08.AK –, NuR 2012, 342 [344], RdNr. 124 in juris). Er hat sich auch in der Sache gemäß den geltenden Rechtsvorschriften geäußert, indem er ausweislich der Zusammenfassung der Stellungnahmen und Einwendungen zum Genehmigungsverfahren (Bl. 12 ff. [45 ff.] der Beilakte E) bereits mit Schreiben vom 21.12.2007 und damit innerhalb der Frist des § 10 Abs. 3 Satz 4 BImSchG von zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist (hier 21.12.2007) naturschutzrechtliche Einwendungen erhoben hat. Unabhängig davon war diese – in der Neufassung des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG vom 23.08.2017 nicht mehr enthaltene – Präklusionsregelung nach der Rechtsprechung des EuGH (Urtr. v. 15.10.2015 – C-137/14 –, juris, RdNr. 75 ff.) unionsrechtswidrig und damit unanwendbar.

b) Maßstab für die Begründetheit einer Verbandsklage auf der Grundlage des UmwRG ist § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 UmwRG a.F. (nunmehr § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 UmwRG). Danach sind Rechtsbehelfe nach Absatz 1 begründet, soweit die Entscheidung nach Abs. 1 Satz 1 oder deren Unterlassen gegen Rechtsvorschriften verstößt, die dem Umweltschutz dienen und für die Entscheidung von Bedeutung sind, und der Verstoß Belange des Umweltschutzes berührt, die zu den Zielen gehören, die die Vereinigung nach ihrer Satzung fördert. Nach Satz 2 muss bei Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 zudem eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehen. Die Begründetheit einer Verbandsklage setzt mithin – anders als die Beigeladene möglicherweise meint – nicht voraus, dass (auch) ein Verfahrensfehler nach § 4 UmwRG vorliegt. Vielmehr kann nach Maßgabe der Bestimmungen des § 4 UmwRG eine Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens – unabhängig von der materiellen Rechtmäßigkeit der behördlichen Zulassungsentscheidung – allein wegen eines Verfahrensfehlers verlangt werden.

aa) Dass die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 UmwRG a.F. vorliegen, hat das Verwaltungsgericht im Ergebnis bejaht, indem es u.a. einen Verstoß gegen § 6 Abs. 1 BImSchG und § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG festgestellt hat. Diese Vorschriften dienen dem Umweltschutz und sind für die Entscheidung von Bedeutung gewesen. Der Verstoß berührt auch Belange des Umweltschutzes, die zu den Zielen gehören, die der Kläger nach seiner Satzung fördert.

bb) Auch die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 Satz 2 UmwRG a.F. liegen vor. Eine UVP-Pflicht besteht, wenn das Vorhaben zwingend UVP-pflichtig ist oder diese Pflicht aufgrund einer Vorprüfung im Einzelfall zu bejahen ist (Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 1, § 2 UmwRG, RdNr. 81, m.w.N.). Letzteres ist hier der Fall. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung (vgl. Anlage 2 des Genehmigungsbescheides) wurde hier durchgeführt.

1.2. Die Beigeladene wendet ein, das Verwaltungsgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG hinsichtlich des Rotmilans verletzt sei.

a) Sie rügt, mit der Annahme, der Beklagte sei verpflichtet gewesen zu überprüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen ausreichen, um die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu prüfen, verkenne das Verwaltungsgericht die an die Genehmigungsbehörde zu stellenden Anforderungen hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsaufklärung sowie den tatsächlichen Umfang der durchgeführten Untersuchungen. Wie sich aus der Umweltverträglichkeitsstudie des Gutachters Stelzer ergebe, seien nicht nur Kartierungen der Rast- und Zugvögel in den Jahren 2004, 2005 und 2009, sondern eine ergänzende Kartierung der Brutvögel im Jahr 2011 nach den – wissenschaftlich vertretbaren – "Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands" (Südbeck et al. 2005) erfolgt. Zudem seien die "Haldenslebener Vogelkunde-Information", alle weiteren verfügbaren Daten und Unterlagen hinsichtlich der Brut- und Rastvögelsammlung im Bereich des südlichen Drömlings für den Zeitraum 1998 bis 2010 sowie die Datensammlung der Gemeinde Calvörde ausgewertet worden. Dabei hätten sich keine Hinweise auf einen bebrüteten Rotmilanhorst ergeben. Soweit das Verwaltungsgericht annehme, die Untersuchungen aus den Jahren 2004 und 2005 seien veraltet und die Untersuchungen aus dem Jahr 2009 hätten lediglich auf sechs Begehungen beruht, lasse es die im Jahr 2011 durchgeführte Untersuchung außer Betracht. Mit diesen Einwänden vermag die Beigeladene nicht durchzudringen.

Zwar erstreckt sich die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Behörde auch auf die Bestandserfassung; das Gericht bleibt aber verpflichtet zu überprüfen, 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 prüfen (BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – BVerwG 7 C 40.11 –, juris, RdNr. 20).

Art und Umfang, Methodik und Untersuchungstiefe der erforderlichen fachgutachtlichen Untersuchungen zur Ermittlung der artenschutzrechtlichen Betroffenheiten lassen sich mangels normativer Festlegung nur allgemein umschreiben und hängen maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Sie werden sich regelmä-

ßig aus zwei wesentlichen Quellen speisen: der Bestandserfassung vor Ort sowie der Auswertung bereits vorhandener Erkenntnisse und Fachliteratur, die sich wechselseitig ergänzen können. Zum einen wird in der Regel eine Bestandsaufnahme vor Ort durch Begehung des Untersuchungsraums mit dabei vorzunehmender Erfassung des Arteninventars erforderlich sein. Auf eine solche Erkundung vor Ort wird allenfalls in Ausnahmefällen verzichtet werden können. Wie viele Begehungen zur Erfassung welcher Tierarten zu welchen Jahres- und Tageszeiten erforderlich sind und nach welchen Methoden die Erfassung stattzufinden hat, lässt sich nicht für alle Fälle abstrakt bestimmen, sondern hängt von vielen Faktoren ab, z.B. von der Größe des Untersuchungsraums, von der (zu vermutenden) Breite des Artenspektrums sowie davon, ob zu dem Gebiet bereits hinreichend aktuelle und aussagekräftige Ergebnisse aus früheren Untersuchungen vorliegen. Zum anderen wird die Behörde regelmäßig gehalten sein, bereits vorhandene Erkenntnisse und Literatur zum Plangebiet und den dort nachgewiesenen oder möglicherweise vorkommenden Arten, zu ihren artspezifischen Verhaltensweisen und den für sie typischen Habitatstrukturen auszuwerten. Solche Erkenntnisse können sich – stets unter Berücksichtigung ihrer Validität und der Art ihres Zustandekommens – ergeben aus vorhandenen Katastern, Registern und Datenbanken öffentlicher Stellen, in denen über größere Zeiträume hinweg Erkenntnisse zusammengetragen werden, aus Abfragen bei den Fachbehörden und bei Stellen des ehrenamtlichen Naturschutzes, durch Auswertung von gutachtlichen Stellungnahmen aus Anlass anderer Planvorhaben oder aus Forschungsprojekten, schließlich aus der naturschutzfachlichen Literatur im Allgemeinen. Erst durch eine aus beiden Quellen (Bestandserfassung vor Ort; Auswertung vorhandener Erkenntnisse und Literatur) gewonnene und sich wechselseitig ergänzende Gesamtschau wird sich die Behörde regelmäßig die erforderliche hinreichende Erkenntnisgrundlage verschaffen können. Dabei ist hinsichtlich der Bestandsaufnahme vor Ort zu berücksichtigen, dass es sich um eine Erhebung zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem aufgrund vielfältiger Einflüsse ständigem Wechsel unterliegenden Naturraum handelt. Bestandsaufnahmen vor Ort, so umfassend sie auch angelegt sein mögen, stellen daher letztlich nur eine Momentaufnahme und aktuelle Abschätzung der Situation von Fauna und Flora im Plangebiet dar. Sie werden den "wahren" Bestand nie vollständig abbilden können. Deshalb sind Erkenntnisse aus langjährigen Beobachtungen und aus früheren Untersuchungen oder aus der allgemeinen ökologischen Literatur eine nicht gering zu schätzende Erkenntnisquelle, die verbleibende Unsicherheiten, Erkenntnislücken oder ein Manko im Rahmen der Bestandsaufnahme vor Ort ausgleichen kann (zum Ganzen: BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – BVerwG 9 A 14.07 –, juris, RdNr. 59 ff., m.w.N.). Die Behörde muss prüfen, ob ältere Erkenntnisse im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung noch belastbar und aussagekräftig sind; ob und in welchem Umfang neu kartiert werden muss, hängt von den Ergebnissen dieser Überprüfung ab (BVerwG, Urt. v. 29.06.2017 – BVerwG 3 A 1.16 –, juris, RdNr. 124, m.w.N.).

Gemessen daran ist die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass es in Bezug auf die Brutvogelerfassung des Rotmilans an der erforderlichen Ermittlungstiefe fehle, nicht zu beanstanden.

Es hat sich zur Begründung insbesondere darauf gestützt, dass nach den eigenen Maßstäben des Beklagten wegen des artspezifischen Charakteristikums wechselnder Horstnutzung die Betrachtung von drei Brutperioden geboten sei. Der Beklagte hat auf diese Betrachtung in seinem Schriftsatz vom 12.06.2013 (Bl. 232 GA) unter Bezugnahme auf "Südbeck et. al, 2005, Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands" hingewiesen. Es erfolgte aber nach den bereits etliche Jahre zurückliegenden Erfassungen aus den Jahren 2004 und 2005, bei der ein Brutpaar des Rotmilans mit Bruterfolg festgestellt wurde (vgl. avifaunistisches Gutachten vom 19.01.2007 Bl. 321 der Beiakte G), nach dem Ergänzungsbericht vom 10.10.2011 (Bl. 106 ff. der Beiakte C) lediglich eine weitere Brutvogelerfassung im Jahr 2011. Der von der Klägerin genannte Ergänzungsbericht 2009 (Bl. 124 der Beiakte C) betraf nur die Rast- und Zugvögel. Soweit das Verwaltungsgericht (S. 21, erster Absatz) unter Bezugnahme auf ein avifaunistisches Gutachten sowie den Ergänzungsbericht 2009 ausgeführt hat, die Untersuchungen aus dem Jahre 2009 beruhten auf Begehungen zwischen dem 19.04.2009 und dem 12.08.2009, beruht dies offenbar auf einem redaktionellen Versehen, das die Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Bewertung nicht in Frage stellt. Nach der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung vom 10.10.2011 (Bl. 144 [162]) der Beiakte C und dem Ergänzungsbericht vom 10.10.2011 (S. 2/3) erfolgten die sechs Begehungen zur Erfassung der Brutvögel zwischen dem 19.04.2011 und dem 12.08.2011. Auch nach der Zusammenstellung über die faunistischen Untersuchungen vom 10.10.2011 (Bl. 97 ff. der Beiakte C) gab es im Jahr 2009 keine Brutvogelerfassung.

Ferner hat das Verwaltungsgericht die aus seiner Sicht fehlende Ermittlungstiefe auch darauf gestützt, dass nach dem "NLT-Papier 2011" die sechs Begehungen nicht ausreichten, weil danach zehn auf die gesamte Brutzeit von Ende März bis Mitte Juli verteilte Bestandserfassungen notwendig seien. Soweit die Beigeladene darauf verweist, es bleibe dem Beklagten überlassen, ob er seiner Entscheidung ein Gutachten zugrunde lege, das nach den "Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands" erstellt worden sei oder ob er sich an den Hinweisen des Niedersächsischen Landkreistages orientiere, ist nicht näher dargelegt, welche (geringeren) Anforderungen diese Methodenstandards (Südbeck et al. 2005) an die Erfassung brütender Rotmilane stellt und dass diese hier auch eingehalten wurden.

Schließlich hat das Verwaltungsgericht weitere Ermittlungen in Bezug auf Brutplätze des Rotmilans auch deshalb für notwendig gehalten, weil bereits im Rahmen der avifaunistischen Untersuchung und Kartierung ein Rotmilanhorst in ca. 950 m Entfernung zu der nächstgelegenen Windkraftanlage festgestellt worden sei und alle von der Beigeladenen vorgelegten Gutachten davon ausgegangen seien, dass der Rotmilan im

Vorhabensgebiet regelmäßig anzutreffen sei und dieses Gebiet als Nahrungshabitat nutze. Ob es sich dabei um regelmäßig aufgesuchte Nahrungshabitate (Hotspots) handele, könne nur mit Hilfe von Flugbeobachtungen beantwortet werden.

b) Ohne Erfolg beanstandet die Beigeladene, das Verwaltungsgericht habe den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Genehmigungsbescheides in Bezug auf Tatsachenfeststellungen verkannt, soweit es das Gutachten der Sachverständigen Schal und Ratzbor vom 07.05.2015 sowie die Ergänzungskartierungen des Gutachters Stelzer aus dem Jahr 2013, nach denen keine bebrüteten Rotmilanhorste hätten festgestellt werden können, für unbeachtlich gehalten habe.

Der Beigeladenen ist zwar darin beizupflichten, dass bei einer Anfechtungsklage gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nachträgliche Änderungen zu Gunsten des Bauherrn bzw. Anlagenbetreibers zu berücksichtigen sind (vgl. Urte. d. Senats v. 06.07.2016 – 2 L 84/14 –, juris RdNr. 120, m.w.N.; OVG NW, Beschl. v. 19.10.2017 – 8 B 1113/17 –, juris, RdNr. 8). Das Verwaltungsgericht hat jedoch darauf abgestellt, dass die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative allein dem Beklagten zustehe (S. 22 UA, erster Absatz) und – wie der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 07.05.2015 angegeben habe – nach Erteilung des Genehmigungsbescheides im November 2012 eingeflossene oder beigebrachte naturschutzfachliche Feststellungen seine naturschutzfachliche Bewertung im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative nicht mehr beeinflussten (S. 24 UA, erster Absatz).

Unabhängig davon wäre die Betrachtung der Brutvögel lediglich in einem weiteren Jahr (2013) und damit – ausgehend von der vom Verwaltungsgericht wiedergegebenen Einschätzung des Beklagten, dass wegen des artspezifischen Charakteristikums wechselnder Horstnutzung die Betrachtung von drei Brutperioden geboten sei – die vom Verwaltungsgericht vermisste Ermittlungstiefe nicht erreicht, um zuverlässig feststellen zu können, dass sich im Bereich von 1.000 m um die streitigen Anlagenstandorte kein Rotmilanhorst befindet, insbesondere auch weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zwei Rotmilanhorste im Jahr 2012 festgestellt worden waren. Hinzu kommt, dass die gutachterliche Stellungnahme des Gutachters Stelzer vom 09.09.2013 nicht erkennen lässt, wie die von ihm im Jahr 2013 nochmals vorgenommene Bestandserfassung (Begehungszahl und Zeiträume) konkret erfolgte.

Das Gutachten von Schmal und Ratzbor vom 07.05.2015 hat das Verwaltungsgericht unabhängig vom Zeitpunkt der Erstellung auch deshalb für unbeachtlich gehalten, weil sich daraus nicht herleiten lasse, dass das Vorhaben das Risiko der Verletzung oder Tötung von Rotmilanen nicht in signifikanter Weise erhöhe. Die darin gemachten Angaben zu Aufenthaltswahrscheinlichkeiten von Rotmilanen innerhalb des 1.000-m-Bereiches um vier Windkraftanlagen seien nicht nachvollziehbar, und nach der Rechtsprechung des Senats komme es im Übrigen nicht auf die von den Gutachtern geforderte Einzelfallbetrachtung an, vielmehr erhöhe eine Windenergieanlage in weniger als

1.000 m Entfernung zu einem Rotmilanbrutplatz das Verletzungs- und Tötungsrisiko signifikant. Diese Erwägungen greift die Beigeladenen nicht substantiiert an.

c) Die Beigeladene trägt weiter vor, aus der Rechtsprechung des Senats ergebe sich nicht schlechthin, dass es einer Genehmigungsbehörde beim Vorliegen eines irgendwie gearteten Verdachts hinsichtlich eines bebrüteten Rotmilanhorstes verwehrt wäre, eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erteilen. Das Verwaltungsgericht deute die der Behörde zustehende naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative falsch.

aa) Sie macht geltend, aus der Rechtsprechung des Senats folge nicht, dass das signifikant erhöhte Tötungsrisiko bereits dann bestehe, wenn sich ein bebrüteter Rotmilanhorst in einem Abstand von 1.000 m Entfernung zu einer Windenergieanlage befinde. Es dürfte einer Genehmigungsbehörde freistehen, einem nach wissenschaftlichen Standards erstellten Gutachten zu folgen. Darüber hinaus führten die aktuellen Abstandsempfehlungen des Landes Brandenburg Rotmilanbrutplätze überhaupt nicht mehr auf. Damit vermag die Beigeladene nicht durchzudringen.

Nach der von der Beigeladenen zitierten Rechtsprechung des Senats (vgl. Urte. v. 19.01.2012 – 2 L124/09 –, juris, RdNr. 94) lässt sich naturschutzfachlich vertreten, dass für den Rotmilan von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko durch den Betrieb von Windkraftanlagen grundsätzlich dann ausgegangen werden kann, wenn der Abstand der Windenergieanlage weniger als 1.000 m beträgt, es sei denn es liegen zuverlässige Erkenntnisse darüber vor, dass sich in einer größeren Entfernung als 1.000 m ein oder mehrere für den Rotmilan attraktive, nicht nur kurzzeitig bzw. zeitweise zur Verfügung stehende Nahrungshabitate befinden und die Windenergieanlagen dort oder innerhalb eines Flugkorridors dorthin liegen. Davon ist – wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat – auch der Beklagte ausgegangen.

Es liegen auch keine neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse vor, die einen solchen Mindestabstand als nunmehr unvertretbar erscheinen lassen. Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, es entspreche dem allgemeinen Stand der Wissenschaft, wegen des signifikant erhöhten Tötungsrisikos für Rotmilane einen Mindestabstand von Windenergieanlagen zu Brutplätzen von 1.500 m zu fordern (vgl. NdsOVG, Urte. v. 10.01.2017 – 4 LC 198/15 –, juris, RdNr. 145, m.w.N.).

Wie der Senat in seinem Urteil vom 20.01.2016 (2 L 153/13 –, juris, RdNr. 68, m.w.N.) entschieden hat, wird die von ihm vertretene oder eine ähnliche Einschätzung auch durch neuere Untersuchungen gestützt. Insbesondere in der Studie "Greifvögel und Windkraftanlagen: Problemanalyse und Lösungsvorschläge", Schlussbericht für das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Juni 2013) von Hötter, Hermann/Krone, Oliver/Nehls, Georg werde auf der Grundlage umfangreicher Untersuchungen die Auffassung vertreten, dass sich durch einen ausreichend hohen

Abstand zwischen Windkraftanlagen und Rotmilanhorst das Kollisionsrisiko vermindern lasse, wobei die Wahrscheinlichkeit für Rotmilane, mit den Rotoren der Windkraftanlagen zu kollidieren, umso geringer sei, je größer der Abstand zwischen Windkraftanlage und Rotmilanhorst sei. Ab einem Abstand von 1.250 m lasse sich das Kollisionsrisiko deutlich reduzieren (Hötker, Hermann/Krone, Oliver/Nehls, Georg, Greifvögel und Windkraftanlagen, a.a.O., S. 93, S. 311 f., S. 332 f.). Darüber hinaus lägen nach Informationen der Süddeutschen Zeitung (vgl. SZ vom 05./06.01.2016, S. 3) erste Ergebnisse einer neuen, im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit erstellten Studie der BioConsult SH GmbH & Co. KG "PROGRESS – Ermittlung der Kollisionsraten von Greifvögeln und Schaffung planungsbezogener Grundlagen für die Prognose und Bewertung des Kollisionsrisikos durch Windenergieanlagen" vor, die offenbar ebenfalls erhebliche Risiken für Greifvögel, insbesondere den Rotmilan, durch Windkraftanlagen sehe. Der Abschlussbericht zu dieser Studie liegt mittlerweile vor (vgl. <http://bioconsult-sh.de/site/assets/files/1561/1561-1.pdf>). In Bezug auf den Rotmilan ergeben sich daraus keine neuen Erkenntnisse, die einen Mindestabstand von 1.000 m in Frage stellen. In der Studie (vgl. S. 255) werden als für den Rotmilan, der in Relation zur Bestandsgröße eine gegenüber Kollisionen an Windenergieanlagen empfindliche Vogelart in Deutschland sei, als vorrangige Vermeidungsmaßnahmen ausreichende Abstände zu Brutplätzen genannt, wobei auf die Empfehlung von Hötker et al. (2013) von 1.000 bis 1.250 m verwiesen wird. Weiter wird ausgeführt (S. 267 f.), die Ergebnisse deuteten bei vorsichtiger Interpretation der geringen Datenlage in Übereinstimmung mit der Untersuchung von Bellebaum et al. (2013) darauf hin, dass der derzeitige Ausbau der Windenergienutzung keinen generellen Bestandsrückgang durch Kollisionen bewirke. Für den weiteren Ausbau bestehe jedoch eine hohe Notwendigkeit, die artenschutzrechtlichen Belange für die Art zu berücksichtigen. Dazu sei anzumerken, dass der neue Vorschlag der Landesarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015), der als Planungsgrundlage angewendet werden könne, einen Abstand von 1.500 m zu Brutplätzen einzuhalten, deutlich über aktuelle wissenschaftliche Empfehlungen (Hötker et al. 2013) hinausgehe. Gegenüber dem derzeit in vielen Fällen angewendeten Wert von 1.000 m würde diese Regelung eine Verdoppelung der um Brutplätze freizuhaltenden Fläche bedeuten. Bei Anwendung eines Radius von 1.500 m würde damit eine weitreichende Vorsorge getroffen und es wäre zu erwarten, dass der weitere Ausbau der Windenergienutzung mit geringeren Auswirkungen auf den Rotmilan erfolgen würde. Eine Fortführung der bisherigen Planungspraxis auf der Basis artenschutzrechtlicher Prüfungen (s.a. Kap. 8) sei damit möglich, wobei eine Überprüfung der Wirksamkeit von Abstandsregelungen angeraten werde.

Zwar hat der Senat in seinem Urteil vom 20.01.2016 (a.a.O., RdNr. 68) weiter ausgeführt, es liege auch eine Studie mit dem Titel "Windenergie und Rotmilan: Ein Scheinproblem" der KohleNusbaumer SA, Lausanne, vom 15.01.2016 vor, in der u.a. die Auffassung vertreten werde, Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und Rotmilanhorsten hätten weder einen nennenswerten Einfluss auf die Bestände noch seien

sie wegen der hohen Fluktuation von Brutplätzen sinnvoll. Daher bedürfe es der erneuten von der Genehmigungsbehörde zu leistenden naturschutzfachlichen Prüfung der Frage, ob die grundsätzliche Annahme eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für den Rotmilan – insbesondere bei Berücksichtigung der oben genannten Studie vom 15.01.2016 – bei einem Abstand des Rotmilanhorstes zu einer Windenergieanlagen von weniger als 1.000 m noch gerechtfertigt sei. Nach den Ergebnissen im o.g. Abschlussbericht der BioConsult SH GmbH & Co. KG ist aber die Einschätzung, dass ein Mindestabstand zu Rotmilanhorsten von 1.000 einzuhalten sei, um ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko auszuschließen, weiterhin naturschutzfachlich vertretbar.

Vor diesem Hintergrund kann die Beigeladene auch nicht mit dem Vortrag in ihren ergänzenden Schriftsätzen durchdringen, aufgrund aktueller wissenschaftlicher Erkenntnisse werde in Frage gestellt, ob beim Rotmilan überhaupt von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgegangen und das geforderte Abstandgebot noch aufrechterhalten werden könne.

bb) Die Beigeladene wendet weiter ein, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts führe die Aussage des Zeugen Damm über die Beobachtung von zwei Brutpaaren in Abständen von 700 und 800 m zu Windkraftanlagen nicht dazu, dass der Beklagte nicht alle relevanten Tatsachen berücksichtigt habe. Das angefochtene Urteil gebe nicht an, wann der Zeuge die beiden Brutpaare gesehen haben wolle und treffe keine Aussage über die Glaubwürdigkeit des Zeugen. Weitergehende Erörterungen seien insbesondere deshalb erforderlich gewesen, weil sie, die Beigeladene, das Gutachten vom 10.10.2011 bereits im Jahr 2011 eingereicht und daher im Jahr 2012 keine weiteren Beobachtungen mehr durchgeführt habe, was üblich sei und der Notwendigkeit eines gewissen behördlichen Prüfungszeitraums entspringe, in dem vollständig abgeschlossene Unterlagen vorliegen müssten. Es hätte dem Kläger zu jeder Zeit freigestanden, sich mit den von ihm geltend gemachten Beobachtungen an den Beklagten zu wenden, so dass eine kurzfristige Verifizierung hätte erfolgen können. Es bleibe unklar, ob die Brutplätze bereits vor Genehmigungserteilung bebrütet worden seien und ob eine entsprechende Anzeige an den Beklagten erfolgt sein solle. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass sich auch bei einer erneuten Kartierung im Jahr 2013 kein bebrüteter Rotmilanhorst mehr habe feststellen lassen. Diese Einwände verfangen nicht.

aaa) Ohne Erfolg greift die Beigeladene die Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichts an.

Die Gründe, aus denen heraus bei einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ernstliche Zweifel an der Richtigkeit einer Entscheidung bestehen, können sich zwar auch aus einer unzureichenden Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts ergeben. Als Teil der freien Beweiswürdigung obliegt die Bewertung der erhobenen Beweise allerdings originär dem Verwaltungsgericht. Gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1

VwGO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung (vgl. Beschl. d. Senats v. 15.09.2017 – 2 L 23/16 –, juris, RdNr. 8). Der insoweit eröffnete Wertungsrahmen des entscheidenden Gerichtes findet seine Grenze lediglich in der Forderung, dass die aus den Entscheidungsgründen erkennbare Argumentation rational, d. h. willkürfrei sowie ohne gedankliche Brüche und Widersprüche begründet sein muss und nicht gegen Denkgesetze (Logik), Naturgesetze oder zwingende Erfahrungssätze verstoßen darf. Die bloße Möglichkeit einer anderen Beurteilung der Glaubwürdigkeit und damit des Ergebnisses der Überzeugungsbildung reicht dagegen zur Begründung ernstlicher Zweifel nicht aus (vgl. OVG NW, Beschl. v. 26.07.2017 – 12 A 1407/15 –, juris, RdNr. 7, m.w.N.).

Derartige Mängel in der verwaltungsgerichtlichen Überzeugungsbildung, die eine unvertretbare Beweiswürdigung aufzeigen, werden mit der Zulassungsbegründung nicht dargetan und sind auch nicht ersichtlich. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen hat der Zeuge Damm bei seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung Angaben dazu gemacht, wann er die beiden Brutpaare gesehen hat, nämlich im Februar, Mai und Juni 2012. Dass er keine taggenauen Angaben gemacht hat, hat nicht zur Folge, dass das Verwaltungsgericht seine Aussage nicht hätte verwerten dürfen. Es ist auch nicht erkennbar, weshalb das Verwaltungsgericht an der Glaubwürdigkeit des Zeugen, der als Mitarbeiter der Naturparkverwaltung Drömling und als ehrenamtlicher Naturschutzbeauftragter des Landkreises Börde tätig ist und seine Erkenntnisse nach seiner Aussage im Rahmen der landesweiten Rotmilankartierung 2012 gewonnen hatte, hätte Zweifel haben müssen. Der Umstand, dass der von der Beigeladenen beauftragte Gutachter Stelzer im Jahr 2013 keine Rotmilanhorste an den beiden fraglichen Stellen (mehr) festgestellt hat, vermag die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage schon deshalb nicht in Frage zu stellen, weil eine wechselnde Horstnutzung durch den Rotmilan jedenfalls nicht untypisch ist.

bbb) Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht seine Entscheidung, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung in Bezug auf die Anlagen Nr. 1 bis 4 wegen eines gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoßenden signifikant erhöhten Tötungsrisikos für den Rotmilan aufzuheben sei, nicht allein darauf gestützt, dass sich nach der Aussage des Zeugen Damm im Jahr 2012 in 700 bzw. 800 m zu diesen Anlagen zwei Rotmilanhorste befunden hätten (S. 19 f. UA), sondern auch darauf, dass es der naturschutzfachlichen Einschätzung des Beklagten an der erforderlichen Ermittlungstiefe fehle, weil die für die Bestandserfassung vorgenommene Betrachtung nicht über drei Brutperioden erfolgt sei, die Ergebnisse der Erfassung aus den Jahren 2004 und 2005 veraltet seien, die bei der letzten Erfassung durchgeführte Zahl der Begehungen nicht ausgereicht habe und sich auf Grund der Ergebnisse der von der Beigeladenen vorgelegten Gutachten weitere Ermittlungen, etwa durch Einholung einer Auskunft des Landesamtes für Naturschutz, aufgedrängt hätten (S. 20 f. UA). An der Bewertung der Vorinstanz, dass die erforderliche Ermittlungstiefe fehle, welche die Beigeladene – wie oben dargelegt – nicht mit Erfolg angegriffen hat, würde sich auch dann nichts ändern,

wenn die Aussage des Zeugen Damm über das Vorhandensein von zwei Rotmilanhorsten im Jahr 2012 unberücksichtigt bliebe und man die Ausführungen in der fachtechnischen Stellungnahme des Gutachters Stelzer vom 30.04.2013 zu den beiden Horststandorten einbezieht. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob der Kläger die Möglichkeit hatte, die Ergebnisse der vom Zeugen Damm im Jahr 2012 vorgenommenen Kartierung dem Beklagten mitzuteilen. Fehlt die erforderliche Ermittlungstiefe, schlagen auch die von der Beigeladenen angeführten Praktikabilitätsgesichtspunkte nicht durch.

d) Die Beigeladene rügt ferner die Auffassung des Verwaltungsgerichts, auch die – mehr als 1.000 m von Rotmilanhorsten entfernt liegende – Windkraftanlage Nr. 5 sei nicht genehmigungsfähig. Diese Annahme stehe nicht in Einklang mit der nur der beschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegenden naturschutzfachlichen Einschätzung des Beklagten, dass kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Rotmilane bestehe. Der Beklagte habe sich auf den Ergänzungsbericht des Gutachters Stelzer berufen, wonach das Vorhaben lediglich zu einer geringfügigen Beeinträchtigung potenzieller Nahrungshabitate für Rotmilane führe. Auch die zeitweise Beobachtung einzelner jagender Rotmilane über dem Planungsgebiet könne der Einschätzung des Beklagten nicht die naturschutzfachliche Vertretbarkeit nehmen. Der Umstand, dass an dem am stärksten von Rotmilanen frequentierten Bereich lediglich vier Individuen gesichtet worden seien, spreche nicht für eine derart außergewöhnlich starke Nutzung als Jagdhabitat, dass die fachgutachterliche Einschätzung als wissenschaftlich nicht mehr vertretbar gewertet werden könne. Darüber hinaus hänge die Attraktivität einer Fläche als Jagdhabitat stark von der saisonalen Bewirtschaftung ab, so dass sich eine sichere Zukunftsprognose aus einzelnen Spitzenbeobachtungen nicht ableiten lasse. Auch diese Argumente greifen nicht.

Der Beklagte hat seine im angefochtenen Bescheid zum Ausdruck gebrachte naturschutzfachliche Einschätzung, dass der Rotmilan den Bereich der Windfarm nur in sehr geringem Maße als Nahrungshabitat nutze, die Hauptnahrungsgebiete sich vielmehr in südlicher Richtung im Bereich der Speetzeniederung befänden, auf das avifaunistische Gutachten vom 19.01.2007 (Bl. 308 ff. der Beilakte G) gestützt, die auf eigenen Erfassungen des Gutachters von Januar bis Dezember 2004 sowie auf Ergebnissen der "Haldenslebener Vogelkunde-Informationen" der OAG Haldensleben e.V. aus den Jahren 1998 bis 2004 beruhen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Ergänzungsberichte des Gutachters in diese Einschätzung Eingang gefunden haben. Nach dem Ergänzungsbericht 2009 "Rast- und Zugvögel" (vgl. Seite 8) wurden jagende Rotmilane im gesamten Untersuchungsgebiet beobachtet. Genutzt worden sei der gesamte Raum einschließlich des Kernuntersuchungsgebiets und der geplanten Windparkfläche. Es wurden Rotmilane sowohl im Jagdflug über den Acker- und Grünlandflächen als auch sitzend in Bäumen und auf Feldern beobachtet. Es hätten keine Aktivitätsschwerpunkte festgestellt werden können. Nach dem Ergänzungsbericht vom 10.10.2011 "Brutvögel" (S. 6) war der Rotmilan im Laufe der Erfassungen über den Flächen im Untersuchungsge-

biet zu sehen, am häufigsten bei der Kartierung am 20.06.2011, wo mindestens vier Individuen festgestellt worden seien. Entsprechende Flugbewegungen des Rotmilans wurden von den vier in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen bestätigt. Vor diesem Hintergrund begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, wenn das Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis gekommen ist, es gebe hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Vorhabenfläche selber und die Umgebung des geplanten Windparks – anders als ggf. noch in der Zeit von 1998 bis 2004, auf die der Beklagte abgestellt hat – ein attraktives Nahrungshabitat für den Rotmilan ist.

e) Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Beigeladenen, die naturschutzfachliche Vertretbarkeit der Einschätzung des Beklagten, dass kein erheblich gesteigertes Kollisionsrisiko bestehe, könne nicht durch die Aussagen der vernommenen Zeugen erschüttert werden, insbesondere weil diesen Aussagen weder eine Kartierung zugrunde liege, die Beobachtungen nicht an bestimmte Zeitpunkte geknüpft seien und offen bleibe, welche fachliche Qualifikation die Zeugen besaßen, um beurteilen zu können, dass es sich bei den beobachteten Vögeln tatsächlich um Rotmilane gehandelt habe. Der Beigeladenen dürfte zwar darin zu folgen sein, dass allein Aussagen von Zeugen über Vogelbeobachtungen in der Regel nicht geeignet sind, eine wissenschaftlichen Maßstäben genügende naturschutzfachliche Einschätzung der Behörde in Frage zu stellen, insbesondere auch weil diese nur Momentaufnahmen darstellen. Eine solche Einschätzung liegt aber nach der nicht mit Erfolg angegriffenen Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht vor, vielmehr weise die der Genehmigung zu Grunde liegende Einschätzung des Beklagten nicht die in der Rechtsprechung geforderte Ermittlungstiefe auf.

1.3. Da die Auffassung des Verwaltungsgerichts, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung verstoße hinsichtlich des Rotmilans gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, das angegriffene Urteil selbständig trägt, kann offen bleiben, ob das Verwaltungsgericht auch zutreffend davon ausgegangen ist, dass auch in Bezug auf die Wiesenweihe ein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG vorliegt.

1.4. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob dem Verwaltungsgericht darin zu folgen ist, dass dem Vorhaben der Beigeladenen auch Belange des Naturschutzes unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Europäischen Vogelschutzgebietes "Drömling" entgegenstehen. Der Senat weist allerdings darauf hin, dass nach seiner Rechtsprechung (Urt. v. 20.01.2016, a.a.O.) die Vogelschutzrichtlinie (VRL) zwar auf das faktische Vogelschutzgebiet "Drömling" Anwendung findet (RdNr. 50 f.) und auch Projekte, die außerhalb eines solchen Schutzgebiets realisiert werden sollen, Anlass für eine Verträglichkeitsprüfung nach Art. 4 Abs. 4 VRL geben können (RdNr. 52). Für einen anderen Windpark, der ca. 8 km westlich des streitigen Windparks errichtet werden soll, hat er jedoch eine Verträglichkeit mit dem faktischen Vogelschutzgebiet "Drömling" bejaht (RdNr. 54 ff.).

2. Die Berufung ist auch nicht wegen besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zuzulassen.

Besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache bestehen dann, wenn die Rechtssache wegen einer erheblich über dem Durchschnitt liegenden Komplexität des Verfahrens oder aufgrund der zugrunde liegenden Rechtsmaterie in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht größere, also das normale Maß nicht unerheblich überschreitende Schwierigkeiten verursacht, mithin signifikant vom Spektrum der in verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu entscheidenden Streitsachen abweicht. Im Hinblick auf die Darlegungsanforderungen des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO ist es erforderlich, im Einzelnen darzulegen, hinsichtlich welcher Fragen und aus welchen Gründen die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist (Beschl. d. Senats v. 15.09.2017 – 2 L 23/16 –, juris, RdNr. 26, m.w.N.). Ob eine Sache in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht schwierig ist, wird sich häufig schon aus dem Begründungsaufwand des erstinstanzlichen Urteils ergeben; der Antragsteller genügt seiner Darlegungslast dann regelmäßig mit erläuternden Hinweisen auf die einschlägigen Passagen des Urteils (vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 –, RdNr. 17).

2.1. Die Beigeladene sieht besondere tatsächliche Schwierigkeiten wegen der aus ihrer Sicht bestehenden Komplexität der notwendigen Tatsachenfeststellungen zur Frage der Verletzung des Tötungsverbots, wofür der Begründungsumfang des angefochtenen Urteils ein Indiz sei. Zudem sei dem angegriffenen Bescheid ein über zehn Jahre andauerndes Genehmigungsverfahren vorausgegangen, mit dessen Erkenntnissen sich das Verwaltungsgericht auseinandergesetzt habe. Dieser Bewertung vermag der Senat nicht zu folgen.

Das Verwaltungsgericht hat hier in Anwendung bereits vorliegender Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, des Senats und anderer Obergerichte zum Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos in Bezug auf die Rotmilane entscheidend darauf abgestellt, dass der naturschutzfachlichen Einschätzung des Beklagten – insbesondere ausgehend von Empfehlungen des NLT-Papiers sowie der in den vorliegenden Gutachten beschriebenen Beobachtungen – die erforderliche Ermittlungstiefe fehle bzw. die ihr zugrunde liegenden Annahmen durch neuere Erkenntnisse über die Nutzung der Vorhabenfläche als Nahrungshabitat für den Rotmilan überholt seien. Der hierfür auf ca. acht Seiten geleistete Begründungsaufwand ist – insbesondere verglichen mit anderen Verfahren auf dem Gebiet des Immissionsschutzrechts – nicht besonders hoch.

2.2. Auch die von der Beigeladenen geltend gemachten besonderen rechtlichen Schwierigkeiten hinsichtlich der Anwendbarkeit der Europäischen Vogelschutzrichtlinie und der Auslegung von Art. 4 der Richtlinie rechtfertigen nicht die Zulassung der Beru-

fung. Zum einen kommt es – wie dargelegt – auf diese Frage nicht entscheidungserheblich an; zum anderen hat sich der Senat mit diesen Fragen bereits in seinem Urteil vom 20.01.2016 (a.a.O., RdNr. 50 ff.) eingehend befasst.

3. Eine Zulassung der Berufung kommt auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) in Betracht.

Dieser Zulassungsgrund verlangt, dass eine konkrete, aber generalisierbare, aus Anlass dieses Verfahrens zu beantwortende, in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausreichende Rechts- oder Tatsachenfrage aufgeworfen wird, die um der Einheitlichkeit der Rechtsprechung willen der Klärung bedarf und noch nicht (hinreichend) geklärt worden ist. Die Frage muss für eine Vielzahl, jedenfalls Mehrzahl von Verfahren bedeutsam sein; jedoch reicht allein der Umstand nicht aus, dass der Ausgang des Rechtsstreits auch für andere Personen von Interesse sein könnte oder sich vergleichbare Fragen in einer unbestimmten Vielzahl ähnlicher Verfahren stellen (vgl. Beschl. d. Senats v. 13.08.2008 – 2 L 12/08 –, juris RdNr. 11). Die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung erfordert, dass der Rechtsmittelführer konkret auf die Rechts- oder Tatsachenfrage, ihre Klärungsbedürftigkeit und Klärungsfähigkeit sowie ihre über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung eingeht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.06.2006 – BVerwG 5 B 99.05 –, juris RdNr. 3). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

3.1. Die Beigeladene möchte geklärt wissen, ob bei der Drittanfechtung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Verhältnis zu einem Dritten – analog zur Baugenehmigung – nach Genehmigungserteilung ergangene Rechtsänderungen und Tatsachenfeststellungen zugunsten des Genehmigungsinhabers zu berücksichtigen sind oder schlicht auf den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung abzustellen ist.

Diese Frage ist weder klärungsbedürftig noch entscheidungserheblich. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits entschieden, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht rechtswidrig wird, wenn sich die Rechts- oder Sachlage nach Erteilung ändert (BVerwG, Ur. v. 11.01.1991 – BVerwG 7 B 102.90 – juris, RdNr. 3). Dem entsprechend nimmt auch der Senat in ständiger Rechtsprechung (vgl. Ur. v. 06.07.2016, a.a.O. RdNr. 120, m.w.N.) an, dass bei einer Anfechtungsklage eines Dritten gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nachträgliche Änderungen zu Gunsten des Bauherrn bzw. Anlagenbetreibers zu berücksichtigen sind. Zudem kommt es auf die von der Beigeladenen aufgeworfene Frage hier nicht an. Das Verwaltungsgericht hat – wie oben dargelegt – darauf abgestellt, dass die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative allein dem Beklagten zustehe und – wie der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 07.05.2015 angegeben habe – nach Erteilung des Genehmigungsbescheides im November 2012 eingeflossene oder beigebrachte naturschutzfachliche Feststellungen seine naturschutzfachliche Bewertung im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative nicht mehr beeinflussten (S. 24 UA, erster Absatz).

3.2. Auch die Frage, wann es sich bei einem Schutzgebiet um ein (faktisches) Vogelschutzgebiet handelt, dessen Prüfpflichten sich nach Art. 4 Abs. 4 VRL richten, und wann ein Wechsel des Schutzregimes hin zu Art. 7 FFH-Richtlinie zu erfolgen hat, ist aus den oben bereits dargelegten Gründen nicht entscheidungserheblich, weil das Verwaltungsgericht seine Entscheidung auf weitere tragende Erwägungen (Verletzung des Tötungsverbots in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) gestützt hat.

4. Die Berufung ist nicht wegen der geltend gemachten Divergenz (§ 124 Abs. Nr. 4 VwGO) zuzulassen.

Eine Abweichung im Sinne der Vorschriften über die Zulassung von Rechtsmitteln liegt vor, wenn das vorinstanzliche Gericht in Anwendung derselben Vorschrift mit einem seine Entscheidung tragenden (abstrakten) Rechts- oder ggf. Tatsachensatz von einem in der Rechtsprechung des im Instanzenzug übergeordneten Gerichts aufgestellten ebensolchen Satz abgewichen ist; die Beschwerdebegründung muss darlegen, dass und inwiefern dies der Fall ist (vgl. BVerwG, Beschl. 08.07.2011 – BVerwG 5 B 22.11 –, ZOV 2011, 219). Dieser Zulassungsgrund ist nur dann hinreichend bezeichnet, wenn der Rechtsmittelführer einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts oder eines anderen der in § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO genannten Gerichte aufgestellten ebensolchen (abstrakten) Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widersprochen hat. Die nach Auffassung des Rechtsmittelführers divergierenden Rechtssätze müssen einander gegenübergestellt und die entscheidungstragende Abweichung muss darauf bezogen konkret herausgearbeitet werden. Das Aufzeigen einer fehlerhaften oder unterbliebenen Anwendung von Rechtssätzen, die das Bundesverwaltungsgericht oder eines der anderen Divergenzgerichte aufgestellt haben, genügt den Zulässigkeitsanforderungen einer Divergenzrüge hingegen nicht (vgl. zur Revisionszulassung: BVerwG, Beschl. v. 26.07.2016 – BVerwG 10 B 15.15 –, juris, RdNr. 5, m.w.N.).

Diesen Anforderungen wird die Begründung des Zulassungsantrages nicht gerecht. Die Beigeladene macht geltend, das Verwaltungsgericht sei von dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 09.07.2008 (BVerwG 9 A 14.07) abgewichen, weil es die vom Bundesverwaltungsgericht der Genehmigungsbehörde eingeräumte Einschätzungsprärogative nicht beachtet und dem Beklagten mit der Begründung abgesprochen habe, er habe Erkenntnisse nicht berücksichtigt, die angeblich nach Einreichen der Planungsunterlagen entstanden und ihm nicht einmal bekannt gewesen seien. Die Beigeladene benennt weder einen bestimmten Rechtssatz, den das Bundesverwaltungsgericht im zitierten Urteil aufgestellt hat, noch einen Rechtssatz, mit dem das Verwaltungsgericht davon abgewichen sein soll, sondern rügt in der Sache die unrichtige Anwendung der vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Grundsätze zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative.

5. Schließlich ist die Berufung auch nicht nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO wegen eines Verfahrensfehlers zuzulassen.

Die Beigeladene bemängelt, das Verwaltungsgericht habe ohne nähere Würdigung die Aussage des Zeugen Damm zu Grunde gelegt, nach der sich entgegen den gutachterlichen Beobachtungen aus den Jahren 2011 und 2013 zwei bebrütete Rotmilanhorste im Untersuchungsgebiet befunden hätten.

Wie oben bereits dargelegt, entscheidet das Gericht gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts ist deshalb vom Rechtsmittelgericht bei der Geltendmachung eines Verfahrensmangels nicht daraufhin zu überprüfen, ob sie überzeugend ist, ob festgestellte Einzelumstände mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die abschließende Würdigung des Sachverhalts eingegangen sind und ob solche Einzelumstände ausreichen, die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung zu tragen; deshalb ist die Einhaltung der sich aus § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO ergebenden Verpflichtungen des Tatrichters nicht schon dann in Frage gestellt, wenn ein Beteiligter aus dem vorliegenden Tatsachenmaterial andere Schlüsse ziehen will als das Tatsachengericht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 12.12.2017 – BVerwG 6 B 30.17 –, juris, RdNr. 5, m.w.N.). Ein Verfahrensfehler in Form der Verletzung des § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO, den die Beigeladene offenbar geltend machen will, kann ausnahmsweise dann vorliegen, wenn die Beweiswürdigung gesetzliche Beweisregeln außer Acht lässt, objektiv willkürlich ist, gegen die Denkgesetze verstößt oder einen allgemeinen Erfahrungssatz missachtet bzw. irrtümlich annimmt. Ein Verfahrensmangel bei der Beweiswürdigung liegt jedoch nur dann vor, wenn der gerügte Fehler sich hinreichend eindeutig von der materiell-rechtlichen Subsumtion, d.h. der korrekten Anwendung des sachlichen Rechts abgrenzen lässt und der Tatrichter den ihm bei der Tatsachenfeststellung durch den Grundsatz freier Beweiswürdigung gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffneten Wertungsrahmen verlassen hat (BVerwG, Beschl. v. 12.12.2017, a.a.O., RdNr. 6). Fehler dieser Art hat die Beigeladene in der Begründung des Zulassungsantrages nicht aufgezeigt.

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

C. Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 47, 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 34.4 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.

D. Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 66 Abs. 3 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 5 GKG).

Geiger

Dr. Druschel

Paschke