Anlage 2

BAUMANN RECHTSANWÄLTE
KANZLEI FÜR VERWALTUNGSRECHT

BAUMANN RECHTSANWÄLTE - Partnerschaftsgesellschaft mbB
Annastraße 28 ▪ 97072 Würzburg

Landratsamt Schwäbisch Hall
Münzstraße 1
74523 Schwäbisch Hall

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Datum
33.2-106.11/Al	2G/15-AS/jb	31. März 2015

Jessica Bihler, Telefon 0931 46 0 46-48
bihler@baumann-rechtsanwaelte.de

Widerspruch der Gemeinde Michelbach/Bilz gegen die Genehmigung für den Windpark Kohlenstraße

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir unter Vorlage der Vollmacht **(Anlage 1)** an, dass wir die Gemeinde Michelbach/Bilz, vertreten durch den Bürgermeister Werner Dörr, Hirschfelder Straße 13, 74544 Michelbach/Bilz, anwaltlich vertreten.

Für unsere Mandantin begründen wir den mit Schreiben vom 16.01.2015 eingelegten Widerspruch gegen den Bescheid vom 23.12.2014, Az. 33.2-106.11/Al, mit welchem die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und den Betrieb von 7 Windkraftanlagen erteilt, das gemeindliche Einvernehmen der Widerspruchsführerin ersetzt sowie der Zurückstellungsantrag der Widerspruchsführerin abgelehnt wurde.

I. Sachverhalt

Die Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH hat am 15.04.2015 beim Landratsamt Schwäbisch Hall ein Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 4 BImSchG für die Errichtung und den Betrieb von 7 Windkraftanlagen des Typs Vestas V126 auf den Grundstücken Fl.Nr. 770/1, Gemarkung Michelbach, Fl.Nrn. 1560, 1566 und 1569 der Gemarkung Eutendorf und Fl.Nr. 732 Gemarkung Oberfischach beantragt.

BAUMANN RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Partnerschaftsregister Nr. PR 90,
AG Würzburg

▪ HAUPTSITZ WÜRZBURG

Wolfgang Baumann*
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Franziska Heß*
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Simone Lesch
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Anja Schilling
Rechtsanwältin

Rick Schulze, LL.M.oec.
Rechtsanwalt

Dr. jur. Guido Kolbeck
Rechtsanwalt

Thomas Jäger
Rechtsanwalt

In Kooperation:
Prof. Dr. jur. Alexander Brigola
Prof. Dr. jur. Christian Heitsch

Annastraße 28 ▪ 97072 Würzburg
Telefon 0931 46 0 46-0
Telefax 0931 46 0 46-70
info@baumann-rechtsanwaelte.de

▪ ZWEIGSTELLE LEIPZIG

Wolfgang Baumann*
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Franziska Heß*
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Harkortstraße 7 ▪ 04107 Leipzig
Telefon 0341 14 96 97-60
Telefax 0341 14 96 97-58
leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de

* Partner i. S. d. PartGG

Bankverbindung:
Sparkasse Mainfranken
IBAN DE55 7905 0000 0047 7862 98
BIC BYLADEM1SWU

Bürozeiten:
Mo. bis Fr. 8.00 - 17.00 Uhr
und nach Vereinbarung

www.baumann-rechtsanwaelte.de

Mitglied im
AnwaltsCooperation.Netzwerk

ANCONET
Duisburg, Nürnberg, Schwerin, Würzburg

Mitglied bei
MAINADVO

Die Widerspruchsführerin hat das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 BauGB versagt.

Mit Schreiben vom 12.06.2014 beantragte die Widerspruchsführerin, die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens gemäß § 15 Abs. 3 BauGB auszusetzen.

Nach Durchführung des förmlichen Verfahrens mit Öffentlichkeitsbeteiligung wurde die immissionsschutzrechtliche Genehmigung mit Bescheid vom 23.12.2014 erteilt. Mit diesem Bescheid wurde außerdem das Einvernehmen der Widerspruchsführerin ersetzt und der Zurückstellungsantrag der Widerspruchsführerin nach § 15 Abs. 3 BauGB abgelehnt.

II. Rechtliche Würdigung

Der Bescheid vom 23.12.2014 ist rechtswidrig und daher insgesamt aufzuheben.

1. Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens

Die Widerspruchsführerin hat die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens versagt. Im Bescheid vom 23.12.2014 hat das Landratsamt das Einvernehmen der Gemeinde ersetzt.

Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch das Landratsamt ist rechtswidrig.

Das gemeindliche Einvernehmen darf nur dann ersetzt werden, wenn die Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde rechtswidrig war. Eine rechtswidrige Versagung des Einvernehmens liegt wiederum nur dann vor, wenn sich die Gemeinde entweder gar nicht auf bauplanungsrechtlich entgegenstehende Gründe nach §§ 31, 33-35 BauGB stützt oder das Vorliegen solcher bauplanungsrechtlichen Gründe irrtümlich annimmt.

Die einschlägigen bauplanungsrechtlichen Vorschriften sind auf ein Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen. Mit § 36 BauGB wäre es nicht vereinbar, die jeweilige bauplanungsrechtliche Vorschrift lediglich im Hinblick auf diejenigen Gründe zu prüfen, auf die die Gemeinde die Versagung ihres Einvernehmens gestützt hat. Eine Gemeinde ist daher nicht mit Gründen, die sie bei ihrer rechtzeitigen Verweigerung des Einvernehmens nicht angeführt hat, in einem späteren Rechtsbehelfsverfahren präkludiert (BVerwG, Urteil vom 20.05.2010, Az. 4 C 7/09; OVG Weimar, Beschluss vom 29.01.2009, Az. 1 EO 346/08).

Liegt ein Versagungsgrund im Sinne des § 36 BauGB vor, erweist sich die Ersetzung des Einvernehmens als rechtswidrig. In diesem Fall ist die Widerspruchsbehörde zur Aufhebung der erlassenen

Genehmigung verpflichtet (vgl. u.a. BVerwG, Urteil vom 01.07.2010, Az. 4 C 4/08).

Im vorliegenden Fall war die Gemeinde aus bauplanungsrechtlichen Gründen berechtigt, das Einvernehmen zu verweigern.

Maßgeblich kommt es hierbei darauf an, ob die Voraussetzungen des § 35 BauGB vorliegen. Bei dem genehmigten Vorhaben handelt es sich um ein privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Solche Vorhaben sind im Außenbereich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist. In § 35 Abs. 3 BauGB sind beispielhaft öffentliche Belange aufgezählt, welche dem Vorhaben entgegenstehen könnten.

a) § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB

Der derzeit gültige **Flächennutzungsplan** der VVG Schwäbisch Hall (7. Fortschreibung) enthält für den Bereich der 4 geplanten Windenergieanlagen in der Gemarkung Michelbach die Darstellung **„Waldflächen (Forstwirtschaft)“**.

Das Landratsamt vertritt ausweislich der Begründung des Genehmigungsbescheides die Auffassung, dass diese Festsetzung dem privilegierten Vorhaben gemäß § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB nicht entgegengehalten werden könne. Mit dieser Festlegung sei keine entgegenstehende standortbezogene Aussage verbunden.

Diese Aussage ist in ihrer Pauschalität so nicht zutreffend. Zum einen betrifft die hierzu ergangene Rechtsprechung lediglich die Darstellung von Flächen für Landwirtschaft. Zum anderen kann der Ausweisung von Flächen für Landwirtschaft oder für Wald aber auch die Funktion zukommen, dass diese Bereiche von jeglicher Bebauung freizuhalten sind. Maßgeblich ist hierbei der Wille der planenden Gemeinde (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 35 BauGB, Rn. 80).

Im **Regionalplan** ist im maßgeblichen Bereich als **Ziel der Raumordnung** die Ausweisung eines **Vorranggebiets für Forstwirtschaft** vorgesehen. Gemäß § 1 Abs. 4 BauGB sind die **Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen**. Es ist daher davon auszugehen, dass die Ausweisung von Waldflächen (Forstwirtschaft) im maßgeblichen Bereich zur Sicherung des im Regionalplan festgesetzten Vorranggebietes für Forstwirtschaft erfolgt ist. Folglich ist mit der Darstellung im Flächennutzungsplan eine **eindeutige Standortzuweisung** verbunden. Die Ausweisung hat nicht nur eine allgemeine Auffangfunktion, sondern enthält eine **standortbezogene Aussage** -

nämlich die Sicherung der Waldflächen im festgelegten Gebiet -, **die grundsätzlich dem Vorhaben entgegengehalten werden kann**.

Im vorliegenden Fall ist auch tatsächlich davon auszugehen, dass die entsprechende Darstellung im Flächennutzungsplan dem Vorhaben widerspricht, da Waldflächen hierdurch in Anspruch genommen werden.

b) § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB

Des Weiteren widerspricht das Vorhaben **Belangen des Naturschutzes**, insbesondere des besonderen Artenschutzes. Außerdem wird die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert durch das Vorhaben beeinträchtigt und das Orts- und **Landschaftsbild verunstaltet**.

aa) Artenschutz

In diesem Zusammenhang übermitteln wir die gutachterliche Stellungnahme des Herrn Dr. Matthias Schreiber, Schreiber Umweltplanung, „Anmerkungen zu naturschutzfachlichen Fragen bei der Errichtung von Windkraftanlagen im nördlichen Bereich der Limpurger Berge" vom 29.03.2015 **(Anlage 2)**. Den Inhalt dieser gutachterlichen Stellungnahme machen wir in vollem Umfang zum Gegenstand unseres Vortrags.

Hieraus ergibt sich, dass die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung an erheblichen Defiziten leidet. Zum einen fand eine nicht hinreichende Ermittlung und Bestandserfassung betroffener Arten statt, so dass die vorliegende spezielle artenschutzrechtliche Prüfung unvollständig ist und als Grundlage für die Genehmigung nicht geeignet ist.

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass im Hinblick auf den Mäusebussard und den Wespenbussard - trotz offensichtlicher Betroffenheit - keine artenschutzrechtliche Prüfung erfolgt ist.

Hinsichtlich der betroffenen Fledermausarten kommt der vom Widerspruchsführer beauftragte Gutachter zu dem Ergebnis, dass die der Behörde bzw. dem Vorhabenträger vorliegenden Daten ausreichend gewesen wären, um die Auflagen zum Schutz der Fledermäuse bereits endgültig festzulegen. In fahrlässiger Art und Weise wurden die vorhandenen Wetterdaten unberücksichtigt gelassen. Aufgrund der enormen Betroffenheit ist bereits jetzt - ohne Durchführung eines weiteren Gondelmonitorings - davon auszugehen, dass die jetzigen Auflagen bzw. angeordneten Abschaltzeiten nicht ausreichend sind, um das signifikant erhöhte Tötungsrisiko zu vermeiden. In dieser Hinsicht wird gemäß § 29 VwVfG zur weiteren Sachaufklärung **beantragt**, in die Detaildaten der Untersuchungen hinsichtlich der Fledermäuse und die Winddaten und sonstigen vorhandenen Wetterdaten des Windmastes **Akteneinsicht** durch Übermittlung der Unterlagen in unsere Kanzleiräume zu

gewähren.

Im Übrigen sei zum Artenschutz Folgendes ausgeführt:

(1) Fledermäuse

Gemäß der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung (saP) vom 06.07.2014 wurden im Untersuchungsgebiet insgesamt 926 Fledermäuse von mindestens 13 Arten nachgewiesen. Nach Einschätzung des Gutachters ist die **Dichte der Fledermausnachweise als überdurchschnittlich einzuschätzen**. Des Weiteren wurden in 100 m Höhe am Standort insgesamt **2415 Fledermausnachweise** geführt. Nach Einschätzung des Gutachters ziehen durch das Untersuchungsgebiet im Frühjahr, Sommer und Herbst Fledermäuse in großer Anzahl hindurch.

Alle im Untersuchungsgebiet gefundenen Fledermausarten sind in Anhang IV der FFH-Richtlinie aufgezählt.

Der Gutachter führt in der saP aus, dass zum jetzigen Zeitpunkt noch keine quantifizierbaren Aussagen zu den Auswirkungen der Windenergieanlagen auf die vorhandenen Fledermausarten gemacht werden können. **Im Planungsgebiet kommen schlagopfergefährdete Fledermausmausarten in bedeutender Anzahl vor. Deshalb müsse davon ausgegangen werden, dass eine unbekannte aber erhebliche Anzahl an Individuen dieser Art durch die Windenergieanlagen zu Schaden komme. Es müsse mit signifikanten Beeinträchtigungen der lokalen Population gerechnet werden.** Diese Aussage gelte für die gesamte Vegetationsperiode, nicht nur für die Zugzeiten, da auch während der Wochenstubenzeit sehr viel Flugaktivität schlagopferrelevanter Arten zu verzeichnen gewesen sei.

Im saP Gutachten sind zum Schutz der Fledermäuse Abschaltzeiten von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang bei bestimmten Wetterparametern in der Zeit vom 1. April bis 30. Oktober vorgesehen. Die Abschaltzeiten sollen mit einem Gondelmonitorring der Fledermausaktivitäten in mehreren der Anlagen über einen Zeitraum von 2 Jahren verbunden werden.

Das Gutachten enthält keine Aussage dazu, inwiefern durch den vorgeschlagenen Abschaltalgorithmus eine Tötung von Fledermausarten vermieden werden kann. Insbesondere erfolgten auch keine Untersuchungen dazu, welche Flugbewegungen der Fledermäuse vor Ort bei der genannten Wetterlage (Windgeschwindigkeiten über 6,0

m/s (22 km/h)) vorhanden sind.

Im Übrigen lässt die saP unerwähnt, dass die für Windenergieanlagen an Offenlandstandorten entwickelten Abschaltalgorithmen auf Windenergieanlagen im Wald nicht direkt übertragbar sind. Die Auswirkungen von Windenergieanlagen im Wald auf Fledermäuse sind bislang nur sehr lückenhaft erforscht (Hinweise zur Untersuchung von Fledermausarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen, Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg, 01.04.2014, S. 14).

Des Weiteren ist der saP nicht zu entnehmen, dass eine fachgerechte Baumhöhlenkartierung stattgefunden hat. Nach den Hinweisen zur Untersuchung von Fledermausarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen der Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg ist eine Baumhöhlenkartierung erforderlich, wenn im Untersuchungsraum mit dem Vorkommen windkraftempfindlicher Federfledermausarten zu rechnen ist, die durch den vorhabenbedingten Verlust der Fortpflanzungs- und Ruhestätten beeinträchtigt werden können und für diese Arten Quartierpotenzial besteht. Diese Voraussetzungen sind vorliegend zweifelsfrei gegeben, so dass die entsprechende Kartierung hätte vorgenommen werden müssen.

Der Untersuchungsraum muss alle durch das Vorhaben unmittelbar betroffenen Flächen zuzüglich eines Pufferbereichs von 75 m umfassen. Die Baumhöhlenkartierungen sind in der unbelaubten Zeit von November bis März durchzuführen. Innerhalb des Untersuchungsraumes sind alle geeigneten Bäume auf potentielle Höhlen- und Spaltenquartiere hin zu untersuchen.

Zudem hat eine **Einschätzung der Quartiereignung für Fledermäuse** (Eignung als Sommer-/Winterquartier, für Einzeltiere, Wochenstuben etc.) stattzufinden. Die Ergebnisse der Untersuchung sind tabellarisch aufzulisten mit folgenden Daten: Baumart, Exposition, Höhe und Art der Höhle, Eignungseinschätzung, UTM-Koordinaten, Erfassungsdatum, Kartierung, Anmerkungen, Projekt. Außerdem sind die Kartierungsergebnisse in einer Karte darzustellen (vgl. Hinweise zur Untersuchung vom Fledermausarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen, Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg, 01.04.2014, S. 23).

Laut vorliegender saP wurde **lediglich die Rodungsfläche (ohne Pufferzone) im Frühjahr vor dem Laubaustrieb abgegangen** und die Bäume nach Höhlen, die für Vögel und Fledermäuse geeignet sind, abgesucht. Bäume mit Höhlen, die von der Rodung betroffen sind, wurden, wenn möglich, mittels Seil- und Sicherungstechnik bestiegen und die Höhle mit einem Endoskop ausgeleuchtet oder es wurden Ausflugbeobachtungen durchgeführt. **Eine Kartierung, in welcher die im Rodungsbereich vorhandenen Bäume hinsichtlich ihrer Quartiereignung festgehalten und bewertet wurden, hat ganz offensichtlich nicht stattgefunden, zumindest enthält die saP hierzu keinerlei Aussage**. Zu bemerken ist, dass die Begehungen im Jahr 2012 bzw. 2013 stattgefunden haben. Folglich kann es sein, das sich mittlerweile Fledermäuse in geeigneten Baumhöhlen innerhalb der Rodungsfläche ein Quartier gesucht haben.

Folglich leidet die saP insofern an einem **schwerwiegenden Mangel**, als lediglich die Feststellung enthalten ist, dass keine Fledermausquartiere im Rodungsbereich nachgewiesen wurden. **Zu potentiellen Baumquartieren enthält die saP hingegen keine Aussage**. Insofern muss davon ausgegangen werden, dass durch das Vorhaben infolge der Rodung von Bäumen Fledermausquartiere zerstört werden und somit ein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG gegeben ist. **Ausgleichs- bzw. Vermeidungsmaßnahmen sind in dieser Hinsicht nicht vorgesehen.**

(2) Gelbbauchunke

Der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung ist zu entnehmen, dass **im gesamten Waldgebiet der Limpurger Berge in geeigneten Laichgewässern Gelbbauchunken vorkommen**. An einigen geplanten Anlagenstandorten wurden geeignete Laichgewässer gefunden bzw. konnten dort Gelbbauchunken nachgewiesen werden.

Der Gutachter führt in der saP aus, dass Gelbbauchunken in Bodenverstecken überwintern und während ihrer Aktivitätszeit von Mitte April bis Ende September eng an Kleingewässer gebunden seien. Aufgrund der Zerstörung geeigneter Laichgewässer durch das Vorhaben gehen Fortpflanzungs- und Ruhestätten der Gelbbauchunken verloren, so dass von einem Verstoß gegen das Zerstörungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG auszugehen sei. Aufgrund der geringen Zahl an geeigneten Laichtümpeln sei der Verlust einzelner Tümpel für die Tiere problematisch. Ein Ausweichen auf benachbarte Tümpel sei auf-

grund des geringen Aktionsradius der Art nicht oder nur in beschränktem Umfang möglich.

Als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme müsse daher vor dem Eingriff ein Ersatzkleingewässer innerhalb des Aktionsradius der Gelbbauchunke angelegt werden. Dieses müsse spätestens mit Beginn der Aktionszeit Mitte April den Gelbbauchunken als Fortpflanzungs- und Ruhestätten zur Verfügung stehen. Der Aktionsradius betrage 400-700 m bei adulten Tieren. Zur sicheren Erreichbarkeit für die Tiere werde jedoch empfohlen, die Tümpel außerhalb des Eingriffsbereichs in unmittelbarer Nachbarschaft zu den entfallenden Tümpeln im Lichtraumprofil der Wegtrassen anzulegen. Erfolge der Eingriff an den WEA-Standorten während der Überwinterungszeit seien die Ersatzkleingewässer spätestens bis Mitte April herzustellen. Bei einem Eingriff während der Aktivitätszeit zwischen Mitte April und Ende September müssen die Ersatzkleingewässer vor dem Eingriff angelegt werden und den Tieren mit Beginn des Eingriffs zur Verfügung stehen.

Der Gutachter kommt außerdem zu dem Ergebnis, dass bei der Zerstörung der Aufenthaltsgewässer der Gelbbauchunke während der Aktivitätszeit davon auszugehen ist, dass einzelne Tiere getötet werden und somit gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoßen werde. Zur Vermeidung müssen vor dem Eingriff adulte Tiere, Jungtiere, Laich und Kaulquappen aus den betroffenen Kleingewässern abgesammelt und in geeignete Ersatzgewässer umgesiedelt werden. Die Umsiedlung der Tiere sei eine artenschutzrechtlich notwendige Vermeidungsmaßnahme.

Des Weiteren könne nach Einschätzung des Gutachters das Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG durch die genannten Ausgleichs- und Vermeidungsmaßnahmen vermieden werden.

Im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung ließ der Gutachter Folgendes unberücksichtigt:

Gelbbauchunken sind **überwiegend nachtaktiv**. Tagsüber **verstecken sie sich zumeist an Land** in Spalten oder unter Steinen. Ab August werden Landlebensräume zur Überwinterung aufgesucht. Die **Überwinterung findet meist in Verstecken in einem Umkreis von wenigen 100 m um die Gewässer statt,** da die erwachsenen Tiere **sehr ortstreu** sind (vgl. u.a. Arteninformation über die Gelbbauchunke des Bayerischen Landesamtes für Umwelt, S. 14).

Insofern dürften die vorgeschlagenen Ausgleichs- bzw. Vermeidungsmaßnahmen kaum wirksam sein. Zwar können geeignete Laichgewässer nach vorhandenen Gelbbauchunken bzw. Kaulquappen abgesucht werden. Wie erwähnt, verstecken sich die Tiere jedoch zumeist tagsüber an Land in Ritzen und unter Steinen, so dass es **nahezu unmöglich ist, die Tötung von Gelbbauchunken infolge des Eingriffs zu vermeiden**. Gelbbauchunken können sich in den winzigsten Ritzen verstecken, weswegen es nicht möglich ist, das gesamte Eingriffsgebiet vor dem Eingriff auf vorhandene Gelbbauchunken zu untersuchen und diese umzusiedeln.

Außerdem ist eine solche Vermeidungsmaßnahme auch nicht vorgesehen.

Nach dem Gutachten müssen Ersatzkleingewässer erst im April hergestellt werden, wenn der Eingriff während der Überwinterungszeit erfolgt. Da die Tiere jedoch ihr Überwinterungsquartier im näheren Umfeld der Laichgewässer suchen, ist davon auszugehen, dass durch den Eingriff die Gelbbauchunken in ihrem Überwinterungsquartier getötet und außerdem Ruhestätten vernichtet werden. Hierfür sind notwendige Ausgleichsmaßnahmen nicht vorgesehen.

Der Gutachter sieht Umsiedlungen als artenschutzrechtlich notwendige Vermeidungsmaßnahmen an. Hierfür ist die Erteilung einer Ausnahme nach Paragraph 45 Abs. 7 Bienert gehe erforderlich. Ob die Voraussetzungen für eine solche Ausnahme vorliegen, wurde nicht geprüft. Hierbei hätte auch eine alternativen Prüfung durchgeführt werden müssen. Prüffähige Unterlagen waren in den Antragsunterlagen jedenfalls nicht enthalten. Somit wurde die Genehmigung auf eine Vermeidungsmaßnahme gestützt, deren Voraussetzungen jedoch überhaupt nicht überprüft worden.

Soweit durch Rodungsmaßnahmen bereits Fakten geschaffen wurden, ist die Betroffenheit dennoch durch Zugrundelegung von Worst-Case-Annahmen abzuschätzen und das Vorliegen von Ausnahmegründen zu prüfen. Außerdem sind zumindest artspezifische Kompensationsmaßnahmen festzulegen. Durch das Schaffen von Fakten kann in jedem Fall nicht die Rechtmäßigkeit des Genehmigungsbescheides herbeigeführt werden.

(3) Festzustellen ist daher, dass die **durchgeführte saP unvollständig ist und zum Teil an erheblichen Fehlern leidet**. Eine vollständige und aussagekräftige Bewertung im Hinblick auf den speziellen Artenschutz hat nicht stattgefunden. Durch die vorgesehenen Ausgleichs- und Vermeidungsmaßnahmen wird zumindest hinsichtlich der Arten Gelbbauchunke und Fledermaus nicht sichergestellt, dass diese getötet werden bzw. deren Fortpflanzung und Ruhestätten zerstört werden. Bezüglich der Fledermäuse hat der Gutachter sogar ein **signifikant erhöhtes Tötungsrisiko** festgestellt.

Nach dem Wortlaut des § 44 Abs. 5 BNatSchG greift das Tötungsverbot bei zulässigen Eingriffen in Natur und Landschaft zwar dann nicht, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 14.06.2011, Az. 9 A 12.10) ist der **Ausschluss des Tötungsverbots** in diesem Zusammenhang jedoch **europarechtswidrig**, weil Art. 12 Abs. 1 Buchstabe a. der FFH-Richtlinie keine dieser Vorschrift entsprechende Begrenzung des Tötungsverbots vorsieht. Anders als das deutsche Recht schränkt die europarechtliche Norm zwar das Tötungsverbot auf **absichtliche** Tötungen ein. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt absichtliches Handeln jedoch dann vor, wenn die Tötung gewollt oder zumindest in Kauf genommen wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist von einer solchen **Inkaufnahme dann auszugehen, wenn ein durch das Vorhaben signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bekannt ist und dieses zur Verwirklichung des Vorhabens in Kauf genommen wird.**

Somit muss man vorliegend in jedem Fall zu dem Ergebnis kommen, dass ein **Verstoß gegen das Tötungsverbot** des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorliegt, da keinesfalls gesichert werden kann, dass die Fledermäuse durch die Windenergieanlagen nicht erschlagen werden. **Das signifikant erhöhte Tötungsrisiko wird beim Betrieb der Windkraftanlagen in Kauf genommen.**

Geht man mit dem Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Ausschluss des Tötungsverbots gemäß § 44 Abs. 5 BNatSchG europarechtswidrig ist, müsste diese Vorschrift dahingehend ausgelegt werden, dass auch im Falle von möglichen Ausgleichsmaßnahmen im Sinne des § 44 Abs. 5 BNatSchG eine Tötung der geschützten Arten ausgeschlossen sein muss. Kann dies – wie im vorliegenden Fall – nicht sichergestellt werden, ist § 44 Abs. 5 BNatSchG nicht anwendbar.

Das geplante Vorhaben widerspricht folglich artenschutzrechtlichen Belangen.

bb) Natürliche Eigenart der Landschaft, Erholungswert, Landschaftsbild

Die 7 Standorte der geplanten Windkraftanlagen befinden sich innerhalb einer **großen zusammenhängenden Waldfläche** im ansonsten **waldärmsten Gebiet des Landes Baden-Württemberg** auf dem Höhenzug der Limpurger Berge. Die Standorte sind gelegen zwischen dem Kocher- und dem Fischachtal.

Die Anlagenstandorte sind **eingekesselt von Landschaftsschutzgebieten**. Das Landschaftsschutzgebiet „Westabhang der Limburger Berge" liegt nordwestlich des Plangebiets, das Landschaftsschutzgebiet „Kochertal mit angrenzenden Höhenzügen" südwestlich und das Landschaftsschutzgebiet „Fischachtal mit Nebentälern und angrenzenden Gebieten zwischen Herlebach und Kottspiel" liegt westlich der Anlagenstandorte. Die Unterschutzstellungen verfolgen das Ziel, die reich gegliederten Naturräume zu erhalten und für Erholungszwecke und Naturerlebnisse zugänglich zu machen. **Innerhalb dieser Landschaftsschutzgebiete wären die geplanten Windenergieanlagen weiträumig sichtbar.**

Das Landschaftsbild, in dem Gebiet, in dem die Anlagen errichtet werden sollen, ist **kaum vorbelastet** und aufgrund seiner Höhenlage vom Talraum aus **gut einsehbar**.

Im Windenergieerlass Baden-Württemberg vom 09.05.2012 wird zur Beeinträchtigung des Landschaftsbildes im Rahmen von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren Folgendes ausgeführt:

> *„Da die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes somit in aller Regel nicht vermieden und in angemessener Frist ausgeglichen oder ersetzt werden kann, bedarf es im Rahmen der Eingriffsregelung einer Abwägung der Belange des Naturschutzes*

und der Landschaftspflege mit den Belangen, die für das Vorhaben sprechen (§ 15 Abs. 5 BNatSchG). Bei der Abwägung hat die Zulassungsbehörde die im Einzelfall betroffenen Belange zu ermitteln, sachgerecht zu gewichten und eine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechende Entscheidung über die Bevorzugung eines Belangs und damit notwendigerweise mit der Zurückstellung anderer Belange zu treffen (BVerwG, Urteil vom 27.09.1990 - 4 C 44/87). Bei den naturschutzfachlichen Belangen ist nicht allgemein auf das Integritätsinteresse von Natur und Landschaft abzustellen, sondern allein auf das verbleibende Kompensationsdefizit (BVerwG, Urteil vom 17.01.2007- 9 C 1/06), zumeist also lediglich auf die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes.

Im Rahmen der Abwägung werden die Belange des Landschaftsbildes insbesondere geprägt von den Wirkungen der konkreten Windenergieanlage oder dem Windpark auf das Landschaftsbild. Insoweit wird auf die zur Frage der erheblichen Beeinträchtigung genannten Gesichtspunkte verwiesen.

[...].

Die zu ermittelnden Belange sind im Einzelfall zu gewichten und die widerstreitenden Gesichtspunkte sind in jedem Einzelfall abzuwägen. Wenn Windenergieanlagen zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Landschaftsbildes von herausragender Vielfalt, Eigenart und Schönheit führen, überwiegen die Aspekte des Landschaftsschutzes in der Regel die mit der Errichtung von Windenergieanlagen verfolgten Belange. [...].

Sofern die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege (hier des Landschaftsbildes) den für das Vorhaben sprechenden Belange im Range vorgehen, darf der Eingriff nicht zugelassen werden (§ 15 Abs. 5 BNatSchG)."

Unter diesen Gesichtspunkten erweist sich die **Beurteilung im landschaftspflegerischen Begleitplan** vom 11.07.2014 als **fehlerhaft**. Der Gutachter kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem Landschaftsbild nicht *„um ein Landschaftsbild von herausragender Vielfalt, Eigenart und Schönheit, wie dies beispielsweise bei einigen Kulissen der Alpen oder kulturhistorischen Orten wie Schloss Neuschwanstein oder Nationalparks ohne Vorbelastungen der Fall wäre"* handelt. Mit dieser Be-

gründung wird das Vorliegen eines gewichtigen Belanges abgelehnt. Das Landratsamt hat sich dieser Einschätzung angeschlossen.

Eine echte Abwägungsentscheidung hat nicht stattgefunden. Es ist gerade nicht so, dass lediglich solche Landschaftsbilder der Errichtung von Windenergieanlagen entgegenstehen, welche von herausragender Vielfalt Eigenart und Schönheit sind. Vielmehr geht es allgemein darum, die Belange, welche für die Erhaltung des bestehenden Landschaftsbildes sprechen mit den Belangen der Windenergienutzung abzuwägen. Auf dieser Grundlage ist dann eine Entscheidung im Einzelfall zu treffen. Bei der Abwägungsentscheidung hätte sicherlich auch berücksichtigt werden müssen, dass auf der Ebene der Regionalplanung der Anlagenstandort nicht als besonders geeignet für die Nutzung von Windenergie angesehen wurde. Außerdem hätte berücksichtigt werden müssen, dass die Ziele der Raumordnung durch die Ausweisung eines Vorranggebiets für Forstwirtschaft der Abholzung von Wald für die Errichtung von Windenergieanlagen entgegenstehen. Schließlich hätte auch Berücksichtigung finden müssen, dass die Anlagenstandorte in einer Region liegen, die zu den waldärmsten Gebieten im Baden-Württemberg gehört. Insofern kommt der Erhaltung der Waldflächen ein besonderes Gewicht zu.

Eine ordnungsgemäße Abwägungsentscheidung hätte mit sehr großer Wahrscheinlichkeit zu dem Ergebnis geführt, dass das Landschaftsbild durch das Vorhaben in erheblichem Maße beeinträchtigt wird und dieser öffentliche Belang daher dem Vorhaben entgegensteht.

c) § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB

Nach dieser Vorschrift dürfen raumbedeutsame Vorhaben den **Zielen der Raumordnung** nicht widersprechen. Öffentliche Belange stehen raumbedeutsamen Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2-6 BauGB in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

Maßgeblich ist der Regionalplan 2020 der Region Heilbronn-Franken. In diesem Regionalplan ist für den Standort der geplanten Windkraftanlagen ein **Vorranggebiet für die Forstwirtschaft** und ein **Vorbehaltsgebiet für Erholung** ausgewiesen. Ausweislich des Textes des Regionalplans handelt es sich hierbei um Ziele der Raumordnung.

Des Weiteren trifft der Regionalplan im Hinblick auf regionalbedeutsame Windkraftanlagen die Festlegung, dass raumbedeutsame regional bedeutsame Windkraftanlagen nur in den in der Raumnutzungskarte gebietsscharf festgelegten Vorranggebieten zulässig sind. In den Vorranggebieten für regionalbedeutsame Windkraftanlagen sind alle Vorhaben und Maßnahmen ausgeschlossen, die der Nutzung der Windenergie entgegenstehen. Des Weiteren ist festgelegt, dass außerhalb der festgelegten Vorranggebiete die Errichtung und der Betrieb regionalbedeutsamer Windkraftanlagen ausgeschlossen ist. Auch hierbei handelt es sich um Ziele der Raumordnung. Diese Festsetzungen sind jedoch mit dem Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes vom 22.05.2012 mit Wirkung zum 01.01.2013 aufgehoben worden.

Der Regionalverband Heilbronn-Franken hat durch Satzungsbeschluss am 25.07.2014 die Teilfortschreibung Windenergie des Regionalplans Heilbronn-Franken 2020 aufgestellt. Hierbei wurden Vorranggebiete für Windenergie festgelegt. Die Teilfortschreibung liegt nun dem Ministerium für Verkehr und Infrastruktur Baden-Württemberg zur Genehmigung vor. Die Standorte, in denen die geplanten Windkraftanlagen errichtet werden sollen, sind von dieser Änderung jedoch nicht betroffen, so dass diese Teilfortschreibung keine Auswirkung auf das hiesige Verfahren hat.

Ziele der Raumordnung können als öffentlicher Belang die Zulässigkeit eines Vorhabens dann hindern, wenn sie für die Beurteilung eines Einzelvorhabens sachlich und räumlich hinreichend konkret sind. Die Ziele der Raumordnung können für nachfolgende Planungen Konkretisierungsspielräume offen lassen. Es darf aber das Ziel als solches nicht zur Disposition im weiteren Verfahren stehen.

aa) Im derzeit geltenden Raumordnungsplan ist als Ziel der Raumordnung ein **Vorranggebiet für Forstwirtschaft** ausgewiesen.

Vorranggebiete (VRG) werden für bestimmte, raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen festgelegt; in diesen Gebieten sind andere raumbedeutsame Nutzungen ausgeschlossen, soweit sie mit den vorrangigen Funktionen oder Nutzungen oder Zielen der Raumordnung nicht vereinbar sind.

Es kommt daher im vorliegenden Fall darauf an, ob die geplanten Windkraftanlagen mit der Ausweisung dieses Vorranggebietes vereinbar sind.

Als Ziel der Raumordnung wurde im Regionalplan festgelegt, dass die **Vorranggebiete für Forstwirtschaft** vorrangig für die waldbauliche Nutzung und die Erfüllung standortgebundener wichtiger ökologischer und gesellschaftlicher Funktionen **in ihrem Bestand zu sichern und zu erhalten** sind.

In der Begründung des Regionalplans wurde zu diesem Ziel unter anderem Folgendes angegeben:

> *„Zusammen mit der Region Donau-Iller weist die Region Heilbronn-Franken den* ***geringsten Waldanteil aller Regionen in Baden-Württemberg*** *auf. Verbunden sind damit zum einen eine relativ* ***hohe Bedeutung des Waldes*** *als ausgleichende extensive Nutzung im Naturhaushalt und für die Erholung und zum anderen* ***erschwerte Bewirtschaftungsbedingungen*** *der teilweise geringen Größe von Waldflächen.*
>
> *Eine klare räumliche Zuordnung von Funktionen, wie sie die Waldfunktionskartierung übernimmt und ein gesellschaftlicher Ausgleich für die erbrachten Leistungen sind neben der weiteren Sicherung und Verbesserung der Bewirtschaftungsbedingungen Voraussetzung für eine funktionsfähige Forstwirtschaft. Diese Leistungsfähigkeit muss von den anderen Raumnutzungen in möglichst großem Umfang unterstützt werden.* ***Von besonderer Bedeutung ist die Vermeidung der unmittelbaren***
>
> ***Inanspruchnahme von Wäldern und der Waldrandbereiche****. [...].*
>
> *[...].*
>
> *Als Vorranggebiet für Forstwirtschaft werden nach Abwägung mit anderen schutzbedürftigen Freiraumfunktionen* ***Waldflächen regionalplanerisch gesichert, die für die forstwirtschaftliche Produktion, den Naturhaushalt, Naturschutz und Landschaftspflege und die Erholung von besonderer Bedeutung sind****. Als Vorranggebieten wurden im einzelnen die gesetzlichen Bodenschutzwälder, die Klima-, Erholungs-, Sichtschutz- und Immissionsschutzwälder der Waldfunktionskartierung sowie die im Landschaftsplan 1988 nachrichtlich dargestellten Vorrangflächen für die Holzproduktion dargestellt. Darüber hinaus wurden solche Waldflächen einbezogen, die aufgrund der Dichte der Waldbiotope, ihrer Lage in den Korridoren des überregionalen Waldverbundes zwischen Albtrauf und Odenwald, ihrer Steilhanglage oder ihrer Lage in großen unzerschnittenen Räumen eine besondere Bedeutung für die Erhaltung der biologischen Vielfalt aufweisen und die aufgrund der Lage in rechtskräftigen oder geplanten Wasserschutzgebieten oder der Lage in*

einem erholungsbedeutsamen Gebiet (siehe Plansatz 3.2.6.1.) besondere Ausgleichsfunktionen übernehmen. [...].

Mit der Ausweisung der Vorranggebiete wird den Zielen des Landesentwicklungsplans (Plansatz 5.3.2., 5.3.5.) zur Schonung forstwirtschaftlich wertvoller Böden und zum Schutz der Wälder mit besonderen Schutz- und Erholungsfunktionen Rechnung getragen. *[...].*" (Hervorhebungen durch Verfasserin)

Im Landesentwicklungsplan 2002 sind folgende Ziele enthalten:

Plansatz 5.3.2.:

„Die für eine land- und forstwirtschaftliche Nutzung gut geeigneten Böden und Standorte, die eine ökonomisch und ökologisch effiziente Produktion ermöglichen, sollen als zentrale Produktionsgrundlage geschont werden; sie dürfen nur in unabweisbar notwendigem Umfang für andere Nutzungen

vorgesehen werden. Die Bodengüte ist dauerhaft zu bewahren."

Plansatz 5.3.5.:

„Eingriffe in den Bestand des Walds in Verdichtungsräumen und in Wälder mit besonderen Schutz- und Erholungsfunktionen sind auf das Unvermeidbare zu beschränken. Solche Waldverluste sollen möglichst in der Nähe der Eingriffe in Abstimmung mit den Belangen des Naturschutzes und der Landwirtschaft durch Aufforstung von geeigneten Flächen ausgeglichen werden."

Auch bei den **Zielen des Landesentwicklungsplans** handelt es sich um **Ziele der Raumordnung** im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB.

Aus den vorgenannten Ausführungen ergibt sich, dass **in den Vorranggebieten für die Forstwirtschaft eine Inanspruchnahme von Wald unbedingt zu vermeiden ist. Da zur Errichtung der Windkraftanlagen Waldflächen beseitigt werden müssen, steht diese Nutzung dem Ziel der Raumordnung unabweisbar entgegen.**

Der Stellungnahme der höheren Forstbehörde des Regierungspräsidiums Tübingen vom 31.07.2014 war folgende forstfachliche Bewertung zu entnehmen:

> *„Der Planungsausgleich ist Teil eines großräumigen Waldzuges, der vom Süden kommend in die landwirtschaftlich geprägte Schwäbisch-Haller Bucht hineinreicht.*
> *Die Waldausstattung im Umfeld der Planung reicht von 32 % im Landkreis Schwäbisch-Hall über 34-35 % in Obersontheim und Michelbach bis 52 % in Gaildorf. Die Region gehört mit nur 29 % zu den waldärmsten Bereichen Baden-Württembergs (38 % Waldanteil)."*

Insgesamt kommt die Höhere Forstbehörde zum Ergebnis, dass der Waldinanspruchnahme zur Überwindung des derzeit entgegenstehenden Ziels aus Plansatz 5.3.2. des LEP **unter der Bedingung** zugestimmt werden könne, dass die **moderne Turmdrehkrantechnik** zum Einsatz komme.

Laut der Stellungnahme der Unteren Forstbehörde des Landratsamts vom 05.06.2014 könne mit dem Einsatz der Turmdrehkrantechnik die Waldinanspruchnahme um ca. 50 % reduziert werden. Nach Aussagen der Unteren Forstbehörde gebe es inzwischen mehrere Hersteller dieser Turmdrehkrantechnik.

In der E-Mail des Herrn Schappert vom Regierungspräsidium Tübingen/Höhere Forstbehörde vom 08.10.2014 an das Landratsamt wurde nochmals mitgeteilt, dass die **Forderung nach dem Einsatz einer modernen Krantechnik bestehen bleibt, da andernfalls ein Konflikt mit raumordnerischen Zielen bestehe.**

Aus der Stellungnahme der Höheren Raumordnungsbehörde des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 15.08.2014 geht hervor, dass ein Zielkonflikt zum Vorranggebiete für Forstwirtschaft und zu Plansatz 5.3.2 Abs. 1 des L EP dann nicht festgestellt werden kann, wenn die zuständige Forstbehörde gegebenenfalls bei Einhaltung bestimmter Bedingungen keine Bedenken gegen das Vorhaben hat.

Mit E-Mail vom 11.12.2014 hat der Vorhabenträger dem Landratsamt dann ein Schreiben des Herstellers der geplanten Windkraftanlagen vorgelegt, wonach dieser zum gegenwärtigen Zeitpunkt **keine Errichtung mit dem Einsatz der Turmdrehkrantechnik** anbiete.

Mit Bescheid vom 23.12.2014 wurde dann die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt.

Dies bedeutet, dass **sowohl die höhere Forstbehörde, als auch die höhere Raumordnungsbehörde einen Konflikt mit den Zielen der Regionalplanung und der Landesentwicklungsplanung gesehen hat, da durch das Vorhaben Waldflächen in Anspruch genommen werden, die durch den Einsatz der Turmdrehkrantechnik vermeidbar wären.** Dies widerspricht zweifellos dem Ziel in Plansatz 5.3.2. des LEP, welcher durch die Festlegung des Vorrangsgebiets für Forstwirtschaft im Regionalplan gesichert wurde. Dass der Hersteller Vestas die Errichtung der Windkraftanlagen mittels Turmdrehkrantechnik nicht anbietet, ist kein Grund, welcher dem Ziel des Landesentwicklungsplans entgegengehalten werden könnte, da zwischenzeitlich mehrere Hersteller diese Turmdrehkrantechnik anbieten. **Da die Bedingung der Forstbehörde zum Einsatz der Turmdrehkrantechnik nicht erfüllt wurde, ist mit der höheren Raumordnungsbehörde von einem Zielkonflikt auszugehen.**

Abgesehen davon steht die Errichtung der Windkraftanlagen in den Vorranggebieten für Forstwirtschaft den Zielen der Raumordnung per se entgegen.

Der Begründung des Regionalplans ist zu entnehmen, dass die Festlegung der Vorranggebieten für Forstwirtschaft insbesondere deswegen erfolgt ist, um eine weitere Reduzierung der Waldflächen insbesondere in den waldarmen Gebieten zu verhindern. Die geplanten Standorte befinden sich in einer Region, die zu den waldärmsten Bereichen des Landes Baden-Württemberg gehören. Insofern kommt der Erhaltung zusammenhängender Waldgebiete zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Waldes eine besondere Bedeutung zu.

Diese Flächen eignen sich daher von vornherein nicht für die Errichtung von Windenergieanlagen, da mit der Errichtung zwangsläufig eine Zerstörung von Waldflächen verbunden ist (vgl. VG Dessau, Urteil vom 09. August 2006 – 1 A 300/04; vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15/01).

In der Teilfortschreibung Windenergie des Regionalplans ist eine Regelung für eine ausnahmsweise Zulassung von Windenergieanlagen in Vorranggebieten für Forstwirtschaft vorgesehen. Diese Ausnahmeregelung ist derzeit noch nicht anwendbar, da diese Teilfortschreibung Windenergie noch nicht in Kraft getreten ist. Aus der Tatsache, dass eine Ausnahmeregelung in den Regionalplan aufgenommen werden soll, lässt sich jedoch entnehmen, dass auch der Planungsträger davon ausgeht,

dass die Errichtung von Windenergieanlagen dem raumordnerischen Ziel der Ausweisung eines Vorranggebiets für Forstwirtschaft entgegensteht. Andernfalls hätte für die Regelung einer Ausnahme kein Bedürfnis bestanden.

bb) Dem Vorhaben steht darüber hinaus die Festsetzung des Gebietes als **Vorbehaltsgebiet für die Erholung** entgegen.

Gemäß Plansatz 3.2.6.1. Abs. 4 ist im Regionalplan das Ziel enthalten, dass in Vorbehaltsgebieten für Erholung die natürlichen und kulturellen Erholungsvoraussetzungen in ihrem räumlichen Zusammenhang erhalten werden sollen. Den Belangen der landschaftlichen Erholungseignung ist bei der Abwägung mit konkurrierenden, raumbedeutsamen Maßnahmen ein besonderes Gewicht beizumessen. Vielfalt, Eigenart und Schönheit von Natur und Landschaft und der räumliche Zusammenhang der Erholungsräume sollen erhalten und regional bedeutsamen Kulturdenkmälern ein entsprechendes Umfeld bewahrt werden.

Aus der Begründung des Regionalplans ergibt sich, dass als Vorbehaltsgebiete für Erholung Landschaftsräume festgelegt wurden, die sich aufgrund ihrer landschaftlichen Schönheit, der Ausgewogenheit der Kulturlandschaft und der geringen Umweltbelastung sowie der natürlichen und nutzungsbedingten Voraussetzungen, der Nähe zu Nachfrageschwerpunkten und der Lage in einem zusammenhängenden Freiraumnetz im besonderen Maße für extensive landschaftsgebundene Erholungstätigkeiten, wie etwa Radwandern und Wandern eignen. Maßnahmen, die geeignet sind, die Eigenart und die Erholungsqualität in diesen Räumen zu beeinträchtigen, sollen unterlassen oder wenn unvermeidbar auf ausgewählte Teilräume beschränkt werden.

Auch diesem Ziel steht das geplante Vorhaben zweifelsfrei entgegen:

- Allein aufgrund der Tatsache, dass die geplanten 7 Windkraftanlagen in dem bisher unbelasteten Waldgebiet weithin sichtbar sind, wird die Eigenart und Schönheit der Erholungslandschaft in erheblichem Maß und nicht ausgleichbar beeinträchtigt.

- Hinzu kommt die weiträumige Verlärmung des Waldes rund um die Anlagenstandorte. In dieser Hinsicht hat eine Untersuchung nicht stattgefunden. Aufgrund der Ausweisung des Vorranggebietes hätte der Erholungsnutzung ein besonderes Gewicht im Rahmen der Abwägung eingeräumt werden müssen. Dies ist ausweislich des erteilten Genehmigungsbescheides nicht erfolgt. Es ist davon

auszugehen, dass auch dieses Ziel der Raumordnung dem Vorhaben entgegensteht.

2. Ablehnung des Zurückstellungsgesuchs nach § 15 Abs. 3 BauGB

a) Zwischen den Gemeinden Michelbach an der Bils, Michelfeld und Rosengarten sowie der Stadt Schwäbisch Hall wurde eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung über die Erfüllung der Aufgaben eines Gemeindeverwaltungsverbandes (vereinbarte Verwaltungsgemeinschaft) abgeschlossen. Diese Vereinbarung ist am 01.01.1975 in Kraft getreten und gilt derzeit in der Fassung vom 28.09.1977.

Das Landratsamt vertritt die Auffassung, dass die Widerspruchsführerin keine Antragsbefugnis im Hinblick auf die Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB besitzt, da die Aufgabe der vorbereitenden Bauleitplanung auf die Stadt Schwäbisch Hall gemäß vorstehender Vereinbarung übertragen wurde.

Der **Zurückstellungsanspruch ist ein subjektiv-öffentliches Recht der Gemeinde**, welches Ausfluss der **kommunalen Planungshoheit** ist. Ursprünglich war dieses Sicherungsinstrument nur für die Bebauungsplanung vorgesehen.

§ 15 Abs. 3 BauGB, welcher eine Sicherung von Flächennutzungsplänen mit Konzentrations- und Ausschlussflächen vorsieht, wurde eingeführt durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) vom 24.06.2004.

Ausweislich des Wortlautes des § 15 Abs. 3 BauGB kann eine solche Zurückstellung von den Gemeinden beansprucht werden.

Aufgrund von § 203 Abs. 2 BauGB können durch Landesgesetz Aufgaben der Gemeinde an Verwaltungsgemeinschaften und ähnliche Zusammenschlüsse von Gemeinden übertragen werden.

Eine solche gesetzliche Aufgabenzuweisung enthält § 61 Abs. 4 GemO BW. Hiernach erfüllt der Gemeindeverwaltungsverband anstelle seiner Mitgliedsgemeinden in eigener Zuständigkeit folgende Aufgaben (Erfüllungsaufgaben):

1) vorbereitende Bauleitplanung und

2) die Aufgaben des Trägers der Straßenbaulast für die Gemeindeverbindungsstraßen.

Zu beantworten ist zunächst die Frage, wie § 61 Abs. 4 Nr. 1 GemO BW auszulegen ist und ob die Übertragung der vorbereitenden Bauleitplanung auch eine Übertragung des Rechtes aus § 15 Abs. 3 BauGB enthält. Hierbei ist zunächst festzustellen, dass eine ausdrückliche Zuweisung des Rechts nach § 15 Abs. 3 BauGB im Gesetz nicht erfolgt ist.

Folgt man der **Systematik des Baugesetzbuches**, ist von einer Übertragung des § 15 Abs. 3 BauGB nicht auszugehen. Das BauGB regelt im Ersten Kapitel das Allgemeine Städtebaurecht. Im Ersten Teil des BauGB sind die Vorschriften zur Bauleitplanung und im Zweiten Abschnitt des Ersten Teils die speziellen Vorschriften zur vorbereitenden Bauleitplanung (Flächennutzungsplan) geregelt. Hingegen finden sich im Zweiten Teil des Ersten Kapitels die Vorschriften zur Sicherung der Bauleitplanung. Gemäß der Gesetzessystematik des BauGB enthält daher die Übertragung der Aufgabe zur vorbereitenden Bauleitplanung nur die Rechte und Pflichten betreffend die vorbereitende Bauleitplanung, die im Ersten Teil, insbesondere im Zweiten Abschnitt geregelt sind. **Eine Übertragung der Sicherungsinstrumente, welche im Zweiten Teil geregelt sind, ist hiermit nicht verbunden.**

Auch nach der **Gesetzeshistorie** liegt diese Auslegung nahe. Die Vorgängerregelung des heutigen § 203 Abs. 2 BauGB war in § 147 Abs. 2 BBauG enthalten. Diese Regelung wurde mit dem Änderungsgesetz zum Bundesbaugesetz vom 18.08.1976 eingefügt. Die Regelung in § 61 GemO BW war ursprünglich in §§ 72 a bis c GemO enthalten. **Zur damaligen Zeit waren Sicherungsinstrumente im BauGB lediglich im Hinblick auf die Bebauungsplanung vorgesehen**. Erstmals durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau 2004 wurde ein Sicherungsinstrument bezüglich der vorbereitenden Bauleitplanung im Gesetz geregelt. Deswegen war es bis 2004 überhaupt nicht erforderlich, eine Übertragung von Sicherungsinstrumenten durch gesetzliche Regelung in der Gemeindeordnung vorzusehen. Die Notwendigkeit ergab sich erst ab dem Jahr 2004. **Eine Anpassung der gesetzlichen Regelung ist jedoch bislang nicht erfolgt.**

Gemäß § 61 Abs. 5 GemO BW können die Mitgliedsgemeinden weitere Aufgaben als Erledigungs- und Erfüllungsaufgaben auf den Gemeindeverwaltungsverband übertragen. Hierzu bedarf es der **Änderung der Verbandssatzung**.

Gemäß § 1 Abs. 1 der Vereinbarung zwischen den Mitgliedsgemeinden und der Stadt Schwäbisch Hall erfüllt die Stadt Schwäbisch Hall für die Gemeinden die Aufgaben eines Gemeindeverwaltungsverbandes. Gemäß § 1 Abs. 4 erfüllt die Stadt Schwäbisch Hall anstelle der Gemeinden in eigener Zuständigkeit als Erfüllungsaufgabe die vorbereitende Bauleitplanung.

Eine Übertragung des Rechtes auf Sicherung der Bauleitplanung ist in der Vereinbarung nicht enthalten. Eine Auslegung dahingehend, dass mit der Übertragung der vorbereitenden Bauleitplanung auch eine Übertragung der Sicherungsinstrument erfolgen sollte, ist fernliegend, da die entsprechende öffentlich-rechtliche Vereinbarung **zuletzt am 28.09.1977 geändert** wurde. **Zur damaligen Zeit war im BauGB kein Sicherungsinstrument für die vorbereitende Bau-**

leitplanung enthalten, welches hätte auf die Stadt Schwäbisch Hall übertragen werden können.

Gemäß der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird durch die Übertragung der vorbereitenden Bauleitplanung auf einen Gemeindeverwaltungsverband gemäß § 203 Abs. 2 BauGB das Beteiligungsrecht der Gemeinde aus § 36 BauGB nicht berührt (BVerwG, Urteil vom 10. August 1988 – 4 C 20/84). Anerkannt ist weiterhin, dass Zweck des Einvernehmenserfordernisses der Schutz der Planungshoheit der Gemeinde ist. In Fällen, in denen ein Vorhaben dem planerischen Vorstellungen der Gemeinde nicht entspricht, soll diese von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen können zur Sicherung einer entgegenstehenden, aber noch nicht in Kraft getretenen Planung die Mittel der Veränderungssperre oder der Zurückstellung vom Baugesuchen zu ergreifen (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 36 BauGB, Rn. 9 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Es besteht kein Grund, der Gemeinde eine solche Sicherungsmöglichkeit abzusprechen, wenn die Aufgabe der vorbereitenden Bauleitplanung auf einen Gemeindeverwaltungsverband übertragen wurde. Ohnehin ist eine solche Übertragung nur dann rechtmäßig, wenn der jeweiligen Gemeinde ausreichend Mitwirkungsmöglichkeiten verbleiben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 09.12.1987, Az. BvL 16/84). **Insofern wird die Planungshoheit im Hinblick auf die Flächennutzungsplanung nicht vollständig und ohne jegliche Einflussnahmemöglichkeit abgegeben**. Es muss sichergestellt werden, dass den Belangen der jeweiligen Mitgliedsgemeinde ausreichend Rechnung getragen wird. **Durch die Möglichkeit der Beantragung einer Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB kann sichergestellt werden, dass das Selbstverwaltungsrecht der Mitgliedsgemeinde während des Planaufstellungsverfahrens gewahrt bleibt und nicht durch die Genehmigung von Bauvorhaben Tatsachen geschaffen werden, die eine Berücksichtigung der gemeindlichen Belange im Flächennutzungsplan im Nachhinein unmöglich machen**.

Folglich würde in die **gemeindliche Planungshoheit in nicht unerheblichen Umfang eingegriffen**, wenn der Gemeinde das Recht auf Sicherung der Bauleitplanung entzogen werden würde.

In jedem Fall ist ein solcher Eingriff in die **durch die Verfassung geschützte Rechtsposition der Gemeinde** auch nicht ohne eine Ermächtigungsgrundlage in Form eines Parlamentsgesetzes zulässig. Eine solche **Ermächtigungsgrundlage existiert nicht**. Die Auffassung des Landratsamtes Schwäbisch Hall scheitert am Vorbehalt des Gesetztes.

Aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 GG und wegen der bundesgesetzlichen Vorgabe in § 203 Abs. 2 BauGB, dass ein Landesgesetz zur Aufgabenübertragung erforderlich ist, sowie der Tatsache, dass das Landesgesetz in § 61 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GemO keine ausdrückliche Regelung zur Übertragung der Sicherung der Bauleitplanung enthält, spricht alles dafür, dass das Recht zur Stellung des Antrags auf Zurückstellung bei der betroffenen Gemeinde liegt, zumal die Entscheidung über die Antragstellung auf Zurückstellung jeweils eine Einzelfallentscheidung der Gemeinde ist. **Es ist daher von einer rechtswidrigen Vorgehensweise des Landratsamts Schwäbisch Hall auszugehen.**

b) Das Landratsamt hätte auf den Antrag der Widerspruchsführerin hin das **Verfahren aussetzen** müssen.

Die Ablehnung des Zurückstellungsgesuchs ist rechtswidrig, wenn durch das Vorhaben die Durchführung der Planung des Flächennutzungsplans unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde.

Hierbei handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Anwendung uneingeschränkt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen (allgemeine Meinung, siehe Stock in Ernst/Zinkhahn/Bielenberg, BauGB Kommentar, § 15 Rn. 28). Dabei sind keine übertriebenen Anforderungen an den Nachweis des Sicherungserfordernisses zu stellen (siehe ebenda Rn. 29). Die Beantwortung der Frage, ob die materiellen Voraussetzungen für eine Zurückstellung gegeben sind, hängt von der Planungskonzeption und dem Stand der Planungsarbeiten im Zeitpunkt des Zurückstellungsgesuchs ab. Das beantragte Vorhaben ist zu der Planungskonzeption und dem Planungsstand in Beziehung zu setzen.

Derzeit stellt die Verwaltungsgemeinschaft Schwäbisch Hall in eigener Zuständigkeit nach § 61 Abs. 4 Nr. 1 GemO BW für die Mitgliedsgemeinden (u.a. Gemeinde Michelbach/Bilz) einen Flächennutzungsplan auf, der Konzentrationszonen für Windenergie ausweisen soll. Zwar liegen die 4 WEA auf dem Gemeindegebiet der Gemeinde Michelbach/Bilz nach dem Stand der bisherigen Planungen in der vorgesehenen Konzentrationszone, dennoch wird durch die Genehmigung des Vorhabens die Durchführung der Planung wesentlich erschwert oder gar unmöglich gemacht.

Das VG Minden führt in seinem Beschluss vom 23. Mai 2014 – 11 L 183/14 –, Folgendes aus:

> *„Die von der Antragstellerin zur Genehmigung gestellten Windkraftanlagen liegen innerhalb einer der ausweislich des Aufstellungsbeschlusses in Rede stehenden Potenzialflächen, nämlich innerhalb der westlich M. gelegenen Vorrangzone Nr. 3. Im Unterschied zu den von der*

beschließenden Kammer bereits entschiedenen Verfahren 11 L 180/14 und 11 L 181/14 befindet sich das Vorhabengebiet jedoch nicht innerhalb einer bereits bestehenden Vorrangzone, im bestehenden Flächennutzungsplan sind die Vorhabenstandorte vielmehr als Außenbereich - Fläche für die Landwirtschaft - ausgewiesen.

Ungeachtet der ***Lage der geplanten Anlagen innerhalb einer Potenzialfläche dürfte die erforderliche Schutzzielgefährdung gegeben sein, weil die Planung zum einen nicht abgeschlossen ist und zum anderen mit Blick auf die eingegangenen Einwendungen und Anregungen im Rahmen der frühzeitigen Beteiligung der Bürger und Träger öffentlicher Belange mit einer Reduzierung der Größe (auch) der seitens der Beigeladenen in den Blick genommenen Vorrangzone Nr. 3 zu rechnen ist.***

Im Hinblick darauf, eine möglichst frühzeitige Sicherung zu ermöglichen, sind an den Gefährdungsnachweis keine besonders hohen Anforderungen zu stellen.

Vgl. erneut OVG NRW, Beschluss vom 26.02.2014 - 10 B 139/14 -, juris Rn. 10.

Je weiter die Planung aber fortgeschritten ist und sich konkretisiert hat, desto klarer ergibt sich, ob ein Vorhaben ihre Durchführung im Sinne des § 15 Abs. 3 BauGB gefährdet oder nicht gefährdet. Dass im Rahmen einer laufenden Planung noch nicht sicher ist, ob und wo Vorrangflächen schließlich tatsächlich ausgewiesen werden, wird ein Sicherungserfordernis in der Regel dann ohne Weiteres begründen können, wenn bislang nur die Ausweisung von Konzentrationszonen (irgendwo) im gesamten Gemeindegebiet beschlossen worden ist. Sind - wie hier - auf der Grundlage umfangreicher fachlicher Untersuchungen bereits Potenzialflächen ermittelt und im Aufstellungsbeschluss bekannt gemacht worden, ist eine Gefährdung der Planung durch ein mit ihr - derzeit - in Einklang stehendes Vorhaben näher begründungsfähig und -bedürftig. Während man dann bei einem Vorhaben, das außerhalb einer in Rede stehenden Konzentrationszone verwirklicht werden soll, regelmäßig von einer Gefährdung der Planung ausgehen können wird,

vgl. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Auflage 2013, Rn. 465,

kann diese Annahme im Falle eines innerhalb einer geplanten Vorrangzone gelegenen Vorhabens weitere Fest-

stellungen erfordern." (Hervorhebungen durch Verfasserin)

Der derzeitige Entwurf des Flächennutzungsplans sieht schwerpunktmäßig eine Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergie auf dem Gemeindegebiet der Widerspruchsführerin vor. In der **Sitzung am 04.06.2014 hat der Gemeinderat der Gemeinde Michelbach beschlossen, die vorgesehenen Flächen in dieser Form nicht zu akzeptieren**. Im Rahmen der ihr eingeräumten Mitwirkungs- und Einspruchsrechte wird die Widerspruchsführerin daher die geplante Konzentrationsflächen in diesem Umfang auf ihrem Gemeindegebiet nicht hinnehmen. Des Weiteren sind **zahlreiche Einwendungen** gegen die Ausweisung der Konzentrationszone auf dem Gemeindegebiet der Widerspruchsführerin eingegangen. Schließlich ist fraglich, ob die Ausweisung der Konzentrationszone mit dem Zielen der Raumordnung und mit naturschutzfachlichen Belangen vereinbar ist. Das ganz offensichtlich vorhandene Tötungsrisiko für die Fledermäuse, den Mäusebussard und eventuell den Wespenbussard führt zu dem Ergebnis, dass aus artenschutzrechtlichen Gründen die Anlage zulässigerweise zur Nachtzeit wegen der Flugaktivitäten der Fledermäuse überhaupt nicht betrieben werden darf. Hinzukommt, dass während der Brutzeit des Mäusebussards und eventuell des Wespenbussards einige der Anlagen tagsüber nur die Hälfte eines Jahres betrieben werden darf. Ob unter diesen Voraussetzungen die Anlage noch wirtschaftlich betrieben werden kann, ist äußerst fraglich. Zur wirtschaftlichen Betreibung der Anlage müsste der Vorhabenträger die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG beantragen. Ob die hierfür erforderlichen Bedingungen erfüllt sind, ist derzeit mangels nötiger Untersuchungen nicht geklärt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Voraussetzung hierfür nicht gegeben sind. Zum einen muss hierfür eine - gerichtlich voll überprüfbare - Alternativenprüfung durchgeführt werden. Zum anderen ist Voraussetzung, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtert. Hier kommt jedoch bereits der Gutachter in der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung zu dem Ergebnis, dass für die Fledermäuse mit einer signifikanten Beeinträchtigung der lokalen Population gerechnet werden muss. **Nach Einschätzung des vom Vorhabenträger beauftragten Gutachters kann daher der günstige Erhaltungszustand der Population nicht aufrechterhalten werden, wenn die geplanten Windkrafträder errichtet werden würden.** Die im Rahmen des § 45 Abs. 7 BNatSchG vorzunehmende Abwägungsentscheidung müsste damit zwingend zu dem Ergebnis führen, dass eine Ausnahme nicht erteilt werden kann. **Der Artenschutz steht der Ausweisung einer Konzentrationszone an den geplanten Standorten daher entgegen.** Es ist infolgedessen davon auszugehen, dass im Rahmen der Bauleitplanung in dieser Hinsicht noch eine Veränderung der Konzentrationszonen vorgenommen werden muss. Jede andere Entscheidung wäre **abwägungsfehlerhaft**.

Insgesamt stehen daher eine ganze Reihe von Belangen der Ausweisung der Konzentrationszone in der jetzigen Form entgegen, so dass es sehr wahrscheinlich ist, dass im Rahmen einer ordnungsgemäßen Abwägungsentscheidung erhebliche Veränderungen der Planung vorgenommen werden müssen.

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Konzentrationszone, so wie sie jetzt auf dem Gemeindegebiet der Widerspruchsführerin im Entwurf der Flächennutzungsplanung vorgesehen ist, in Kraft treten wird. **Durch die erteilte Genehmigung wird die Durchführung der Planung daher erheblich erschwert, wenn nicht sogar in Teilen unmöglich gemacht.**

Die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 BauGB sind gegeben. Dem Antrag der Widerspruchsführerin hätte stattgegeben werden müssen.

3. Umweltverträglichkeitsprüfung

Vom Landratsamt wurde gemäß § 3 c UVPG in Verbindung mit Ziffer 1.6.2 Anlage 1 zum UVPG eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls durchgeführt. Hierbei kam das Landratsamt fehlerhaft zum Ergebnis, dass keine UVP durchzuführen sei.

Die durchgeführte **UVP-Vorprüfung leidet an erheblichen Mängeln.** Es ist davon auszugehen, dass das Landratsamt bei Durchführung einer ordnungsgemäßen Vorprüfung zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.

Gemäß § 3 c UVPG ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung dann durchzuführen, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären. Bei der Prüfung ist zu berücksichtigen, inwieweit Umweltauswirkungen durch Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen des Vorhabenträgers offensichtlich ausgeschlossen werden. Anschließend ist zu prüfen, ob die nicht vermeidbaren Umweltauswirkungen erheblich sind.

Hierbei handelt es sich um eine normative Frage, die anhand rechtlicher Bewertungsmaßstäbe zu entscheiden ist. Es ist zu prüfen, ob das Vorhaben Umweltfolgen hat, die aus rechtlicher Sicht nicht ohne weiteres hingenommen werden können. Hierbei ist das Erheblichkeitsurteil festzumachen an den Kriterien, die in Anlage 2 zum UVPG genannt sind (z.B. Ausmaß, Schwere und Komplexität, Wahrscheinlichkeit, Dauer, Häufigkeit und Reversibilität der Umweltauswirkungen) (Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 3 c UVPG, Rn. 25). Gemäß § 3 c S. 6 UVPG sind die Durchführung und das Ergebnis der Vorprüfung zu dokumentieren.

a) Im vorliegenden Fall wurde bereits gegen die Dokumentationspflicht verstoßen.

In den Akteneinsichtsunterlagen war ein Aktenvermerk des Landratsamts vom 19.12.2014 zu finden, in welchem das Vorhaben beschrieben wurde, die Rechtsgrundlagen für die Zuordnung des Vorhabens zur Anlage 1 des UVPG genannt worden sind, die nachteiligen Umweltauswirkungen im Hinblick auf den Boden, die Landschaft/das Landschaftsbild/die Erholung, betroffene Schutzgebiete und den Artenschutz benannt wurden und eine abschließende Gesamteinschätzung enthalten ist.

Die Darstellung der nachteiligen Umweltauswirkungen erfolgte insgesamt auf einer halben Seite, wobei von einer Darstellung bzw. Beschreibung gar nicht die Rede sein kann. Die betroffenen Umweltmedien werden nur stichwortartig benannt. Insbesondere im Hinblick auf den Artenschutz fehlt es an einer Beschreibung der nachteiligen Umweltauswirkungen.

Darüber hinaus kann dem Aktenvermerk gar nicht entnommen werden, welche Daten und Informationsgrundlagen der Vorprüfung zu Grunde liegen. Dies wäre aber rechtlich erforderlich gewesen:

Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 10.06.2004, Rs.C/02) muss die Entscheidung der zuständigen Behörde **alle Angaben enthalten, die erforderlich sind, um kontrollieren zu können, dass diese auf eine angemessene, den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen entsprechende Vorprüfung gestützt wurde**. Folglich dient die Pflicht zur Dokumentation der Durchführung und des Ergebnisses der Vorprüfung im Wesentlichen dazu, **in nachvollziehbarer Weise** festzuhalten, aufgrund welcher Erwägungen die zuständige Behörde zu dem von ihr gefundenen Ergebnis gelangt ist. Die Dokumentation soll die Kontrolle ermöglichen, ob die getroffene Entscheidung sich hinreichend an den dafür maßgeblichen Kriterien orientiert hat.

Hierbei reicht es aus, wenn die Dokumentation sich an den Hinweisen in dem vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit erstellten „Leitfaden zur Vorprüfung des Einzelfalls im Rahmen der Feststellung der UVP-Pflicht von Projekten" orientiert (OVG NRW, Urteil vom 03.12.2008, Az. 8 D 21/07.AK). **Diesen Anforderungen genügt die Dokumentation des Landratsamts in dem Aktenvermerk vom 19.12.2014 gerade nicht**. Anhand dieses Aktenvermerkes ist es nicht möglich zu überprüfen, aufgrund welcher Erwägungen das Landratsamt zu dem gefundenen Ergebnis gelangt ist. Der Aktenvermerk entspricht zudem nicht den Hinweisen zur Dokumentationspflicht in dem „Leitfaden zur Vorprüfung des Einzelfalls im Rahmen der Feststellung der UVP-Pflicht von Projekten".

b) Schließlich ist der Aktenvermerk vom 19.12.2014 in sich widersprüchlich.

Zu den Umweltmedien Landschaft/Landschaftsbild/Erholung auf Seite 2 des Aktenvermerkes heißt es: *„Die WEA mit einer Gesamthöhe von 200 m sind weithin sichtbar und stellen eine erhebliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes dar. Ein monetärer Ausgleich wird notwendig."*

Im vorletzten Absatz des Aktenvermerkes heißt es: *„Die genannten möglichen Auswirkungen auf die Schutzgüter sind mit Ausnahme des Schutzguts Landschaft aufgrund des Ausmaßes, der Schwere und Komplexität, der Dauer und Häufigkeit als nicht hoch anzusehen."*

Im letzten Absatz wird dann folgende Schlussfolgerung gezogen: *„In Anbetracht der obigen Ausführungen wird als Ergebnis der überschlägigen Prüfung der Planunterlagen festgestellt, dass die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung nicht erforderlich ist, weil erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären, nicht zu erwarten sind."*

Somit wird zum einen festgestellt, dass das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigt wird, dennoch aber durch das Vorhaben keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen zu erwarten seien. Diese **Schlussfolgerung ist nicht nachvollziehbar** und wird durch die vorangegangenen Ausführungen in dem Aktenvermerk auch nicht getragen. Zwar sind Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen im Rahmen der Vorprüfung zu berücksichtigen, hierunter fällt jedoch mit Sicherheit nicht ein monetärer Ausgleich von Eingriffen, da durch einen solchen die konkreten Umweltauswirkungen weder vermindert, noch vermieden werden können.

c) Zum **Artenschutz** enthält der Aktenvermerk zur UVP-Vorprüfung die pauschale Behauptung, dass sich hinsichtlich keiner planungsrelevanten Arten ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko feststellen lasse.

Wie bereits oben festgestellt, ist diese Aussage jedoch bei weitem nicht zutreffend. Tatsächlich enthält die saP bezüglich der Fledermäuse folgende Aussage:

> *„Im Planungsgebiet kommen die schlagopfergefährdeten Fledermausarten in bedeutender Anzahl vor, es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass eine unbekannte aber erhebliche Anzahl an Individuen dieser Arten durch die Windenergieanlagen zu Schaden kommt. Mit signifikanten Beeinträchtigungen der lokalen Population muss gerechnet werden."*

Zwar wird in der saP zum Schutz der Fledermausarten ein Abschaltalgorithmus mit Gondelmonitorring vorgesehen. An keiner Stelle wird in dem Gutachten jedoch die Aussage getroffen, dass und inwieweit hierdurch das Tötungsrisiko vermieden werden kann. Unerwähnt bleibt, dass der Abschaltalgorithmus für Offenlandstandorte entwickelt wurde und auf Standorte im Wald so nicht übertragbar ist.

Des Weiteren wird im Hinblick auf die Mangelhaftigkeit der saP auf die gutachterliche Stellungnahme des Herrn Dr. Matthias Schreiber, Schreiber Umweltplanung, „Anmerkungen zu naturschutzfachlichen Fragen bei der Errichtung von Windkraftanlagen im nördlichen Bereich der Limpurger Berge" vom 29.03.2015 und auf unsere Ausführungen unter Ziffer II. 1. Buchstabe b) aa) verwiesen. Alles hätte in der UVP-Vorprüfung berücksichtigt werden müssen.

In diesem Zusammenhang ist hinzuweisen auf § 3 c Satz 3 UVPG, wonach im Rahmen der Vorprüfung zu berücksichtigen ist, inwieweit Umweltauswirkungen durch die vom Träger des Vorhabens vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen **offensichtlich ausgeschlossen** werden. „Offensichtlichkeit" in diesem Sinne ist nur dann gegeben, wenn kein Zweifel an der Wirksamkeit der Maßnahmen besteht. Es gilt das Prinzip: „Im Zweifel pro UVP" (Landmann/Rohmer, § 3 c UVPG, Rn. 20).

Insbesondere im Hinblick auf das signifikante Tötungsrisiko der Fledermäuse und des Mäusebussards und im Hinblick auf die Zweifel an der Wirksamkeit der vorgesehenen Vermeidungsmaßnahmen hätte zwingend eine UVP durchgeführt werden müssen.

d) Der Standort Gaildorf 1 und Bereiche des auszubauenden Weges liegen im Bereich des nach § 2 DSchG geschützten, flächenhaften **Bodendenkmals „abgegangene Siedlung Hundshof".**

Aus den E-Mails von Frau Dr. Susanne Arnold des Regierungspräsidiums Stuttgart, Referat 86 - Denkmalpflege vom 19.08.2014 geht hervor, dass man in dem Waldgebiet keine Ausgrabung machen könne. Der Bewuchs sei so dicht, dass zwischen den einzelnen Wurzelbereichen keine Flächen für eine wissenschaftliche Grabung vorhanden seien. Durch das Herausziehen der Bäume würden archäologische Schichten zerstört. Wenn man sich daher für den Standort entscheide, müsse man sich zwangsläufig gegen die archäologischen Bedenken entscheiden. **Die archäologischen Funde und Befunde sein dann unwiederbringlich weg. Es sei mit einem unbeobachteten Totalverlust des archäologischen Denkmals an dieser Stelle zu rechnen.**

Gemäß 2.3.11 der Anlage 2 zum UVPG (Kriterien für die Vorprüfung des Einzelfalls im Rahmen einer Umweltverträglichkeitsprüfung) sind bei der Vorprüfung die in amtlichen Listen oder Karten verzeichneten Denkmäler, Denkmalensembles, Bodendenkmäler oder Gebiete, die

von der durch die Länder bestimmten Denkmalschutzbehörde als archäologisch bedeutende Landschaften eingestuft worden sind, zu berücksichtigen.

Zweifellos hätte im Rahmen der UVP-Vorprüfung daher die unwiederbringliche Zerstörung des Bodendenkmals „abgegangene Siedlung Hundshof" Berücksichtigung finden müssen. In dem Aktenvermerk wird diese Tatsache mit keinem Wort erwähnt.

e) In nordwestlicher und südwestlicher Richtung zu den Anlagestandorten befinden sich die **FFH-Gebiete** Schwäbisch Haller Bucht", „Kochertal Abtsgmünd - Gaildorf und Rottal" und „Oberes Bühlertal". **Der geringste Abstand zum FFH-Gebiet beträgt 270 m**. Die Anlagenstandorte sind eingekesselt von Landschaftsschutzgebieten. Das **Landschaftsschutzgebiet** „Westabhang der Limburger Berge" liegt nordwestlich des Plangebiets, das Landschaftsschutzgebiet „Kochertal mit angrenzenden Höhenzügen" südwestlich und das Landschaftsschutzgebiet „Fischachtal mit Nebentälern und angrenzenden Gebieten zwischen Herlebach und Kottspiel" liegt westlich der Anlagenstandorte. Die Unterschutzstellungen verfolgen das Ziel, die reich gegliederten Naturräume zu erhalten und für Erholungszwecke und Naturerlebnisse zugänglich zu machen.

Der Aktenvermerk zur UVP-Vorprüfung enthält bezüglich der Schutzgebiete die Behauptung, dass sich hinsichtlich der Landschaftsschutzgebiete keine nachteiligen Umweltauswirkungen ergeben und im Vorhabenbereich keine Natura 2000-Gebiete ausgewiesen seien. Das ist falsch:

Eine **Untersuchung** dahingehend, welche **Auswirkungen die weithin sichtbaren Windkraftanlagen auf die Erholungseignung der Landschaftsschutzgebiete** haben, **fehlt**. Ebenso hat keine Untersuchung dahingehend stattgefunden, ob durch die Windkraftanlagen **Lärmauswirkungen in den lediglich 270 m entfernten FFH-Gebiet** vorhanden sind. Der Schallprognose vom November 2014 lässt sich jedenfalls entnehmen, dass in einem Abstand von 500 m um die jeweiligen Standorte der Windenergieanlagen der Lärmpegel 45 dB(A) beträgt. In einem Abstand von 250 m beträgt der Lärmpegel 50 dB(A).

Auch wurde nicht geprüft, inwiefern in dem ausgewiesenen Vorbehaltsgebiet für Erholung an den Standorten eine **Lärmbeeinträchtigung** durch die Windkraftanlagen gegeben ist.

f) **Folglich genügt die durchgeführte Vorprüfung des Einzelfalls nicht den gesetzlichen Anforderungen. Gegen die Dokumentationspflicht wurde verstoßen. Zudem ist die UVP-Vorprüfung unvollständig. Die Durchführung einer ordnungsgemäßen und vollständigen Umweltverträglichkeitsvorprüfung hätte mit Sicherheit zu dem Ergebnis geführt, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung aufgrund der erheblichen Umweltauswirkungen durchzuführen ist.**

g) Die Widerspruchsführerin ist gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 UmwRG berechtigt, die fehlerhafte UVP-Vorprüfung und die Nichtdurchführung der Umweltverträglichkeitsprüfung zu rügen. Die Regelung in § 4 Abs. 1 S. 4 UmwRG erlaubt den Beteiligten, die Aufhebung einer Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens zu verlangen, wenn eine durchgeführte Vorprüfung des Einzelfalls über die UVP-Pflichtigkeit nicht dem Maßstab von § 3 a S. 4 UVPG genügt.

Unproblematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Widerspruchsführerin keine Einwendungen gegen das Vorhaben vorgebracht hat (vgl. Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 05.01.2015, Az. 7 B 4.14). Hierauf kommt es ohnehin nicht an, da die Gemeinde die fehlerhafte UVP- Vorprüfung bzw. die Nichtdurchführung der Umweltverträglichkeitsprüfung auch als Begründung für die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens geltend machen durfte. Die Vorschriften zum UVPG sind ein unbenannter öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB.

III. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Widerspruch gegen den Bescheid vom 23.12.2014 begründet ist. Der Bescheid ist rechtswidrig und daher aufzuheben. Die Widerspruchsführerin kann sich auf diese Rechtswidrigkeit berufen, da sie in eigenen Rechten betroffen ist.

1. Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch das Landratsamt ist rechtswidrig. Die Gemeinde durfte das Einvernehmen aus bauplanungsrechtlichen Gründen verweigern.

   Dem Vorhaben steht zum einen der öffentliche Belang aus § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB entgegen, da im geltenden Flächennutzungsplan eine Ausweisung der betroffenen Flächen als „Waldflächen (Forstwirtschaft)" erfolgt ist. Diese Ausweisung dient der Sicherung der Ziele der Raumordnung im Regionalplan und im Landesentwicklungsplan, in welchem die Vorhabenstandorte mit einem Vorranggebiet für Forstwirtschaft überplant sind. Folglich enthält der Flächennutzungsplan eine standortbezogene Aussage, die dem Vorhaben entgegensteht.

Des Weiteren stehen dem Vorhaben öffentliche Belange aus § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB entgegen. Artenschutzrechtliche Vorschriften werden durch das Vorhaben verletzt. Im Hinblick auf die Fledermäuse und die Gelbbauchunken wird das Tötungsverbot und das Störungsverbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG verletzt. Vorgesehene Ausgleichs- und Vermeidungsmaßnahmen sind unzureichend bzw. ungeeignet. Bezüglich der Fledermäuse stellt auch der Gutachter in der saP ein signifikantes Tötungsrisiko fest. Darüber hinaus wird das Landschaftsbild durch das Vorhaben erheblich beeinträchtigt. In dieser Hinsicht hat eine echte Abwägung nicht stattgefunden.

Schließlich stehen dem Vorhaben gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB Ziele der Raumordnung entgegen. Sowohl im Regionalplan als auch im Landesentwicklungsplan sind als Ziele der Raumordnung an den Vorhabenstandorten ein Vorranggebieten für Forstwirtschaft und ein Vorbehaltsgebiet für Erholung festgelegt. Die Zerstörung von Waldflächen steht diesen Zielen entgegen. In jedem Fall ist ein Zielkonflikt auch deshalb gegeben, weil bei der Errichtung der Windenergieanlagen ein Einsatz der modernen Turmdrehkrantechnik nicht vorgesehen ist. Hierdurch hätte die Inanspruchnahme von Flächen um 50 % reduziert werden können. Die Inanspruchnahme von Wald wäre daher zum Teil vermeidbar gewesen.

2. In dem Bescheid vom 23.12.2014 wurde zu Unrecht der Zurückstellungsantrag der Widerspruchsführerin zurückgewiesen.

Die Widerspruchsführerin ist in dieser Hinsicht antragsbefugt, da das Recht aus § 15 Abs. 3 BauGB nicht auf den Gemeindeverwaltungsverband übertragen wurde. Vielmehr ist dieses Recht bei der Widerspruchsführerin verblieben.

Auf den Antrag der Widerspruchsführer hin hin hätte das Verfahren ausgesetzt werden müssen, da die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 BauGB vorliegen. Zum einen liegt eine hinreichend konkrete Planung vor. Aufgrund des Widerstandes der Widerspruchsführerin und der zahlreichen Einwendungen gegen die vorgesehenen Konzentrationszonen ist davon auszugehen, dass die auf dem Gemeindegebiet der Widerspruchsführerin gelegenen Flächen im Laufe des Verfahrens noch erheblich reduziert werden. Durch die erteilte Genehmigung wird die Durchführung dieser Planung allerdings erheblich erschwert, wenn nicht sogar zum Teil unmöglich gemacht. Aus diesen Gründen hätte dem Zurückstellungsantrag der Widerspruchsführerin stattgegeben werden müssen.

3. Schließlich erweist sich der Bescheid vom 23.12.2014 auch deswegen als rechtswidrig, weil eine ordnungsgemäße Umweltverträglichkeitsvorprüfung nicht durchgeführt wurde.

   Die Durchführung einer ordnungsgemäßen UVP-Vorprüfung hätte mit Sicherheit zu dem Ergebnis geführt, dass zwingend eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.

Der angegriffene Bescheid ist aufzuheben.

Anja Schilling
Rechtsanwältin

Anlagen
Vollmacht, **Anlage 1;**
Gutachterliche Stellungnahme des Herrn Dr. Matthias Schreiber, Schreiber Umweltplanung, „Anmerkungen zu naturschutzfachlichen Fragen bei der Errichtung von Windkraftanlagen im nördlichen Bereich der Limpurger Berge" vom 29.03.2015, **Anlage 2**