

Titel:

Anordnung erweiterter Abschaltzeiten für Windenergieanlage im Eilverfahren - Schutz des Rotmilans

Normenkette:

BNatSchG § 44 Abs. 1 Nr. 1

Leitsätze:

1. Aus den "Abschaltempfehlungen 2017" und weiteren fachlichen Unterlagen kann entnommen werden, dass während der Brutperiode von Greifvögeln das Tötungsrisiko besonders hoch ist. Demgegenüber gibt es in den fachlichen Unterlagen keine Aussage dahingehend, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko sich nur auf die Monate April bis Juli erstrecken würde. (Rn. 37) (redaktioneller Leitsatz)
2. Lässt sich aus dem Akteninhalt, dem Vortrag der Beteiligten und öffentlich zugänglichen Unterlagen kein klares Bild davon gewinnen, ob und ggf. mit welcher fachlich tragfähigen Begründung ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan besteht, sind die Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage offen. Bis dahin bedarf es eines wirksamen Schutzes des Rotmilans. (Rn. 43 – 44) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Erhöhtes Tötungsrisiko für einen im engeren Prüfbereich einer Windenergieanlage brütenden Rotmilan, Fraglichkeit der Annahme, dass dieses Risiko nach Ende der Brutzeit wegfalle, Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, Abschaltzeitraum, Abschalttempfehlungen 2017, Bestimmtheit

Vorinstanz:

VG Würzburg, Beschluss vom 30.10.2019 – W 4 S 19.1006

Fundstellen:

NuR 2020, 281

BeckRS 2020, 1206

LSK 2020, 1206

Tenor

I. Auf die Beschwerde des Antragstellers wird unter Änderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Würzburg vom 30. Oktober 2019 die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die Genehmigung vom 29. Mai 2019 wiederhergestellt, soweit die Genehmigung den Betrieb der Windenergieanlage im Zeitraum 1. August bis 31. Oktober in der Zeit von einer halben Stunde nach Sonnenaufgang bis zu einer halben Stunde nach Sonnenuntergang zulässt.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

II. Unter Änderung des angegriffenen Beschlusses sind die Gerichtskosten des Verfahrens in beiden Instanzen zur Hälfte vom Antragsteller und zu je einem Viertel vom Antragsgegner und der Beigeladenen zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen tragen der Antragsteller und die Beigeladene selbst je zur Hälfte.

III. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 7.500 ? festgesetzt.

Gründe

I.

1

1. Der Antragsteller, eine nach § 3 UmwRG anerkannte Vereinigung, bekämpft die der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Bau und Betrieb einer schon errichteten Windenergieanlage (nachfolgend: WEA).

2

Die WEA ist mit einer Nabenhöhe von 135,40 m und einem Rotorradius von 50,50 m insgesamt 185,90 m hoch. Das Landratsamt Würzburg hatte die WEA bereits mit Bescheid vom 26. September 2013 der jetzigen Beigeladenen genehmigt. Seit dieser Genehmigung, zu der mehrere Änderungsbescheide ergingen, wurden um den Bau und den Betrieb der WEA mehrere Klage- und vorläufige Rechtsschutzverfahren erster und zweiter Instanz mit verschiedenen Drittbetroffenen und wechselnden prozessualen Beteiligtenstellungen geführt; es gab in dieser Zeit mehrere Bauherrenwechsel, die jeweils dem Landratsamt angezeigt wurden.

3

Mit Urteil vom 19. Mai 2015 hob das Verwaltungsgericht Würzburg die Genehmigung vom 26. September 2013 in der Fassung dreier Änderungsbescheide (vom 5.3.2014, vom 31.7.2014 - im vorliegend angegriffenen Beschluss versehentlich: "31. Juni 2014" - und vom 13.10.2014) auf; der Verwaltungsgerichtshof hat den Antrag der damaligen Beigeladenen auf Zulassung der Berufung zurückgewiesen (BayVGh, B.v. 22.10.2015 - 22 ZB 15.1584).

4

Unter dem 6. Dezember 2016 beantragte die Beigeladene erneut die im-missionsschutzrechtliche Genehmigung für Errichtung und Betrieb einer WEA (Enercon E 101, Nennleistung 3 MW, Nabenhöhe 135,40 m, 50,50 m Rotorradius) am selben Standort. Bereits vor Erlass der beabsichtigten Genehmigung hatte die Betreiberin des Gutshofs im April 2018 vorläufigen Rechtsschutz mit dem Ziel beantragt, dem Landratsamt den Erlass der Genehmigung vorläufig zu untersagen; dieser Antrag war erfolglos (vgl. BayVGh, B.v. 15.10.2018 - 22 CE 18.2092).

5

Mit dem Bescheid vom 29. Mai 2019 erteilte das Landratsamt der Beigeladenen die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die schon errichtete WEA mit Nebenbestimmungen, u.a. zur Verhinderung von Verstößen gegen natur- und artenschutzrechtliche Vorschriften. Unter Nr. IX des Bescheids wurde die sofortige Vollziehung angeordnet.

6

Am 24. Juli 2019 erhob der Antragsteller Anfechtungsklage gegen die Genehmigung vom 29. Mai 2019 (W 4 K 19.769) und beantragte zudem, die aufschiebende Wirkung dieser Klage nach § 80a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3, § 80 Abs. 5 VwGO wiederherzustellen.

7

2. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 30. Oktober 2019 (zugestellt am 6.11.2019) abgelehnt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

8

2.1. Die Anfechtungsklage habe mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg. Soweit der Antragsteller die Nichtigkeit der Genehmigung behauptete, wäre seine Klage schon wegen der in § 2 Abs. 4 UmwRG normierten Begrenzung auf die Belange, die zu den Zielen gehören, die der Umweltverband nach seiner Satzung fördere, erfolglos; zudem mache sich die Kammer die diesbezüglichen Ausführungen im Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 7. Oktober 2019 - 22 CS 19.1355 - Rn. 28 f. zu eigen, der dieselbe Genehmigung betroffen habe.

9

2.2. Ohne Erfolg rüge der Antragsteller auch einen Verstoß der angefochtenen Genehmigung gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Mit dieser Problematik habe sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 14. August 2019 - 22 C 19.1526 - befasst, mit dem der Antrag des Antragstellers, der Beigeladenen (mit einem "Hängebeschluss") bis zum Abschluss des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens den Betrieb der streitigen WEA zu untersagen, auch im Beschwerdeverfahren erfolglos geblieben sei. Das Verwaltungsgericht mache sich diese Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs zu Eigen; der Antragsteller habe sie nicht substantiiert in Frage gestellt. Die Genehmigungsbehörde habe bei der Frage, ob das artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungsverbot eingehalten werde, eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, die sich sowohl auf die Erfassung des Bestandes der besonders geschützten Arten und den dabei gebotenen Ermittlungsaufwand als auch auf die Bewertung der Gefahr beziehe, der die Exemplare der geschützten Art bei einer Verwirklichung des streitigen Vorhabens ausgesetzt seien. Die der streitigen Genehmigung zugrunde liegende artenschutzfachliche Bewertung genüge im Rahmen der

Vertretbarkeitskontrolle diesen Anforderungen. Denn die untere und die höhere Naturschutzbehörde gingen davon aus, dass aufgrund der konkreten Umstände eine Abschaltung der Anlage jährlich vom 1. April bis 31. Juli ausreiche, um ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan auszuschließen. Auch die Abweichung vom Regelwerk der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW; "Beschluss 2017-1-1 - Abschaltung von Windenergieanlagen [WEA] zum Schutz von Greifvögeln und Störchen bei bestimmten landwirtschaftlichen Arbeiten") werde naturschutzfachlich vom Antragsgegner ausreichend und plausibel begründet. Er habe im streitigen Bescheid unter Berücksichtigung der Ausführungen der unteren und der höheren Naturschutzbehörde erklärt, dass wegen der Lage der WEA am Rand des landwirtschaftlich sehr vielfältig strukturierten Gutes Terra Nova regelmäßig Anflüge von Rotmilanen im Wesentlichen nur nach Landbewirtschaftungsgängen im Umfeld der WEA (Ernte, Mahd und Pflügen und Mulchen) zu erwarten seien. Nach dem Ende der Brutzeit verliere der Horst seine Bedeutung, so dass ein Abweichen vom genannten Regelwerk der LAG akzeptabel bzw. sinnvoll sei. Der Antragsteller habe diese plausible Begründung nicht substantiiert in Frage gestellt. Auch unter Berücksichtigung des weiteren Vortrags des Antragstellers sei ein Verstoß gegen das in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG normierte Verbot nicht erkennbar.

10

2.3. Soweit der Antragsteller unzulässige akustische und optische Immissionen und Einwirkungen auf Menschen geltend mache, sei fraglich, ob derartige Wirkungen solche Belange berührten, die zu den vom Antragsteller nach seiner Satzung geförderten Zielen gehörten; der Antragsteller habe hierzu nichts ausgeführt. Davon unabhängig führe der diesbezügliche Vortrag voraussichtlich nicht zum Klageerfolg. Denn der durch WEA erzeugte Infraschall (Luftschall unterhalb der Frequenz von 20 Hertz) liege im Allgemeinen unterhalb der Wahrnehmungsschwelle des menschlichen Gehörs und führe nach den bisherigen wissenschaftlichen Erkenntnissen grundsätzlich nicht zu Gesundheitsgefahren. Tieffrequenter Schall (Luftschall unterhalb von 100 Hertz) führe nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft und der einhelligen Rechtsprechung bei einer Entfernung, wie sie vorliegend zwischen der WEA und dem Gutshof bestehe, nicht zu einer rechtlich erheblichen Belastung. Namentlich mit Blick auf die Auswirkungen von Infraschall - als Teilbereich des tieffrequenten Schalls - gehe die obergerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass die Schwelle zu schädlichen Umwelteinwirkungen jedenfalls dann an einem Wohnhaus nicht erreicht werde, wenn der Abstand zwischen WEA und Wohnhaus größer als 500 m (nach anderen Entscheidungen sogar schon bei mehr als 300 m) sei. Sofern sich vor dem Hintergrund der gegenwärtig unternommenen, aber noch nicht abgeschlossenen Forschungen künftig ergeben sollte, dass - vor Ort messtechnisch belegt - von einer genehmigten WEA verursachte relevante Infraschallimmissionen aufträten, so kämen gegebenenfalls nachträgliche Auflagen nach § 17 BImSchG in Betracht.

11

3. Der Antragsteller verfolgt mit seiner am 15. November 2019 eingelegten Beschwerde gegen den Beschluss sein Rechtsschutzziel weiter. Die Beschwerde hat er mit Schriftsatz vom 2. Dezember 2019 begründet und geltend gemacht:

12

3.1. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts könne der Antragsteller im Rahmen des § 2 Abs. 4 UmwRG auch die Nichtigkeit der streitigen Genehmigung geltend machen. Denn Errichtung und Betrieb einer WEA seien ein erheblicher Eingriff in Natur und Landschaft, der gem. §§ 15, 17 BNatSchG durch behördliche Entscheidung legitimiert werden müsse. Fehle eine solche, so sei der Eingriff schon formal ein Verstoß. Im Fall der Nichtigkeit der streitigen Genehmigung fehle zudem die aufgrund der Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG in der Genehmigung mitenthaltene naturschutzrechtliche Eingriffsgenehmigung, so dass ein Verstoß gegen das Bundesnaturschutzgesetz vorliege. Auch der Landschaftsschutz gehöre nach dem ausdrücklichen Satzungszweck zu den Vereinszielen des Antragstellers.

13

Der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs, wonach nach Aufhebung der ursprünglichen Genehmigung der Genehmigungsantrag "wieder offen" sei, widerspreche dem einhelligen Verständnis in Rechtsprechung und Schrifttum zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens; dieses ende mit der Unanfechtbarkeit der im Verfahren getroffenen Sachentscheidung, nach gewichtigen Stimmen im Schrifttum sogar mit dem Erlass des Verwaltungsakts. Vorliegend sei mit dem Gestaltungsurteil des Verwaltungsgerichts der Genehmigungsantrag der Beigeladenen rechtskräftig abgelehnt worden. Jedenfalls im Hinblick auf die

Unanfechtbarkeit der getroffenen Entscheidung komme der formellen Rechtskraft des entsprechenden Urteils daher nach wie vor Bedeutung bei. Wenn aber das Verwaltungsverfahren mit der Unanfechtbarkeit der getroffenen Sachentscheidung, hier der rechtskräftigen Ablehnung der Genehmigung durch das Aufhebungsurteil, seinen Abschluss gefunden habe, könne es logischerweise nicht fortgeführt werden; alle Verfahrenshandlungen nach der rechtskräftigen Aufhebung (Antragsänderungen oder -ergänzungen) wie auch eine Neubescheidung des Antrags seien rechtlich ein Nullum, also nichtig. Zwar könne vorliegend grundsätzlich eine neue positive Sachentscheidung über die Zulassung des streitigen Vorhabens getroffen werden. Aus den vom Antragsteller (bezüglich der Themen "Abschluss des Verwaltungsverfahrens" und "formelle Rechtskraft der Entscheidung des Verwaltungsgerichts") dargelegten Gesichtspunkten wären hierfür aber ein neuer Antrag und ein neues Antragsverfahren nötig gewesen; es reiche nicht aus, dass - wie vorliegend die Beigeladene - der Vorhabensträger an seinem durch die gerichtliche Entscheidung endgültig verbeschiedenen und daher in diesem Sinn erledigten Antrag festhalte. Allein diese dargelegte Rechtsansicht des Antragstellers sei jedenfalls so gut vertretbar, dass eine gegenteilige Rechtsposition nicht ohne eingehende Klärung im Klageverfahren eingenommen werden könne; die Klage habe daher zumindest in jeder Hinsicht offene Erfolgsaussichten.

14

3.2. Zu Unrecht meine das Verwaltungsgericht, die Genehmigung verstoße nicht gegen § 44 BNatSchG. Dies habe der Antragsteller unter Einbeziehung der Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs ausführlich dargelegt. Er habe darauf hingewiesen, dass auch der Antragsgegner unter Würdigung der örtlichen Verhältnisse, insbesondere der Standorte von Rotmilan-Horst und WEA und der Raumnutzung durch die Rotmilane, ein grundsätzlich bestehendes signifikant höheres Tötungsrisiko bejahe und deshalb eine umfassende Tagabschaltung verfüge, mildere Auflagen (nämlich Abschaltungen nur während Mahdzeiten) dagegen zwar geprüft, aber abgelehnt habe. Weil das Gesetz nur solche Auflagen zur Genehmigung erlaube, die für die Genehmigungsfähigkeit erforderlich seien, müsse der Antragsgegner eine umfassende Tagabschaltung für notwendig gehalten haben. Der Antragsteller habe auch ausführlich und im Einzelnen dargelegt, warum die Feststellung des Antragsgegners, nach Abschluss des Brutgeschäfts Mitte Juli entfallende ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, von dessen Einschätzungsprärogative nicht mehr gedeckt sei. Im Hinblick auf die Bemessung bzw. Verkürzung der Abschaltzeiten stelle das Verwaltungsgericht lapidar auf die Aussage des Antragsgegners ab, wonach der Horststandort nach dem Ende der Brutzeit seine Bedeutung verliere und daher ein Abweichen von dem Papier der LAG akzeptabel bzw. sinnvoll sei; das Verwaltungsgericht meine weiter, diese - nach Ansicht der Kammer plausible - Begründung habe der Antragsteller nicht substantiiert in Frage gestellt. Diese Begründung des Verwaltungsgerichts werde aber dem Vortrag des Antragstellers nicht gerecht. Insbesondere fehle es in der streitigen Genehmigung an Begründungen, mit denen der nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs erforderliche fachliche Grund und der gleichwertige Ersatz dargelegt würden, die allein ein Abweichen von den Leitfäden rechtfertigen könnten. Einen solchen Grund und einen gleichwertigen Ersatz gebe es vorliegend auch nicht, so dass es bei den Vorgaben der Leitfäden und Artinformationen, insbesondere den dort vorgegebenen Abschaltzeiträumen, bleiben müsse. Nicht zuletzt hätten die Beobachtungen im Jahr 2019 rückblickend belegt, wie falsch die Annahmen des Antragsgegners zu den angeblich ausreichenden verkürzten Abschaltzeiten gewesen seien; die Rotmilane seien bis in den November hinein in ihrem Revier ansässig gewesen und hätten dies unverändert genutzt.

15

4. Der Antragsgegner hat beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen (Schriftsatz vom 17.12.2019) und hierzu vorzutragen:

16

4.1. Die angefochtene Genehmigung sei nicht nichtig, wie das Verwaltungsgericht im Einklang mit dem Verwaltungsgerichtshof im Verfahren 22 CS 19.1355 (B.v. 7.10.2019 - juris Rn. 28 f., Rn. 25, Rn.29) ausgeführt habe. Zudem sei hier nicht ausschlaggebend, ob ein Verfahren fortgesetzt oder ein neuer Antrag gestellt worden sei, denn es habe einen Antrag der Beigeladenen auf Neugenehmigung (vom 6.12.2016) gegeben, über den das Landratsamt habe entscheiden müssen. Die materielle Rechtskraft der ursprünglichen Genehmigung aufhebenden Urteils des Verwaltungsgerichts habe die Verbescheidung dieses Antrags durch einen neuen Verwaltungsakt, der die beanstandeten Mängel geheilt habe, nicht gehindert (Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 121 Rn. 22). Der Antragsteller führe keinen der in Art. 44 BayVwVfG genannten Nichtigkeitsgründe an. Davon unabhängig habe das Verwaltungsgericht zu Recht

befunden, dass eine etwaige Nichtigkeit der angefochtenen Genehmigung keine der vom Antragsteller nach seiner Satzung (§ 2 der Satzung) geförderten Belange oder Ziele berühre.

17

4.2. Zu Unrecht behaupte der Antragsteller, entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts verstoße die Genehmigung gegen das "Eingriffsverbot des § 44 BNatSchG", womit er wohl das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG meine. Mit der Nebenbestimmung Nr. 6.4 (Abschaltung der WEA vom 1.4. bis zum 31.7. eines jeden Jahres tagsüber von ½ Stunde nach Sonnenaufgang bis ½ Stunde nach Sonnenuntergang) werde ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan ausgeschlossen. Sollte eine mildere Auflage (Abschaltung nur zu Mahdzeiten) ausgereicht haben, so könnte der Antragsteller nicht bemängeln, dass eine unnötig strenge Nebenbestimmung verfügt worden sei; denn darin läge kein Verstoß gegen eine umweltbezogene Vorschrift, auf die sich die Umweltvereinigung stützen könnte.

18

4.3. Für den geltend gemachten Gehörsverstoß sei nichts ersichtlich. Das Verwaltungsgericht habe den Vortrag des Antragstellers zum Tötungsrisiko für Rotmilane und seine Einwände gegen die naturschutzrechtliche Bewertung der Genehmigungsbehörde zur Kenntnis genommen (Beschlussabdruck - BA - S. 3 und 4) und sich hiermit ausführlich und auf den konkreten Einzelfall bezogen auseinandergesetzt (BA S. 10-17 des Beschlusses). Dass das Gericht insoweit eine andere Auffassung als der Antragsteller vertrete, sei kein Gehörsverstoß.

19

4.4. Die Auflage Nr. 6.4 sei in Bezug auf § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG fachgerecht. Sie beruhe auf den Einschätzungen der unteren und der höheren Naturschutzbehörde auf der Basis der im Verfahren vorgelegten speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung (saP), wonach die Flächen um die streitgegenständliche Windkraftanlage nicht besonders attraktiv für Rotmilane seien (Unterlage Nrn.: 16.2. Naturschutzfachliche Angaben zur saP, S. 29-32; 16.3 Avifaunistische Kartierung, Karten 3.2 und 4, vom 5.12.2016). Der Beurteilung im Rahmen der saP habe ein umfangreicher Datensatz aus mehreren Jahren zu Grunde gelegen, der eine valide Einschätzung der Gefährdung erlaubt habe. Die Aktivitätsschwerpunkte der Rotmilane seien außerhalb des Gefahrenbereichs der WEA, die in einer als Nahrungsraum wenig attraktiven, intensiv genutzten und strukturarmen Agrarlandschaft stehe; sie lägen im nahrungsreichen, kleinstrukturierten und grünlandreichen Südwesten, mindestens 1.000 m bis 2.500 m von der WEA entfernt, und nordwestlich der WEA im Umfeld des damaligen Brutplatzes. Wegen der Lage der WEA am Rand des landschaftlich sehr vielfältig strukturierten Gutes Terra Nova seien regelmäßige Anflüge von Rotmilanen im Wesentlichen nur nach Landbewirtschaftungsgängen im Umfeld der WEA (Ernte, Mahd, Pflügen und Mulchen) zu erwarten. Nach dem Ausfliegen der Jungvögel verliere der Horststandort seine Bedeutung. Die Vögel nutzten dann große Räume zur Nahrungssuche ohne eine starke Bindung an den vormaligen Brutplatz. Daher reiche die Abschaltung der WEA bis zum 31. Juli, abweichend vom Papier der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (Beschluss 2017-1-1), naturschutzfachlich aus. Dies wäre anders, wenn - was nicht der Fall sei - der Standort der WEA in einer bekannten Zugroute der Greifvögel oder in der Nähe bekannter nachbrutzeitlicher Sammelplätze läge. Dies habe das Landratsamt im Wesentlichen schon in der Antragsrwiderrung (vom 28.10.2019) vorgetragen; das Verwaltungsgericht habe diesen Vortrag zugrunde gelegt (BA S. 16-17).

20

Das Verwaltungsgericht habe außerdem den vorangegangenen "Hängebeschluss" des Verwaltungsgerichtshofs für seine Begründung herangezogen (BayVGh, B.v. 14.8.2019 - 22 C 19.1526). Der Verwaltungsgerichtshof habe u.a. ausgeführt, dass sich aus dem Hinweis des Antragstellers auf den Aufenthalt von Rotmilanen (mindestens) bis Oktober im Brutgebiet nicht ohne weiteres die Unvertretbarkeit der artenschutzfachlichen Bewertungen des Landratsamts ergebe, und dass die vom Antragsteller zitierten Abschaltzeiten in den Hinweisen der Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg (LUBW) zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen (vom 1.7.2015; dort Nr. 9.17.1, S. 70 f. - nachfolgend: "LUBW-Hinweise 2015") hier schon deshalb nicht als verbindlich herangezogen werden könnten, weil sie nicht entsprechend im für die bayerischen Naturschutzbehörden maßgeblichen BayWEE 2016 inkorporiert seien; Gleiches gelte für die Abschalttempfehlung der Ländergemeinschaft der Vogelschutzwarten (Beschluss 2017-1-1; <http://www.vogelschutzwarten.de/downloads/2017lagvsw1-1.pdf> - nachfolgend: Abschalttempfehlungen 2017), die den "LUBW-Hinweisen 2015" vergleichbar sei. Es bleibe

daher bei dem in Nr. 8.4.1 Buchst. c) aa) BayWEE 2016 beschriebenen Vorgehen. Nach der "Arbeitshilfe Vogelschutz und Windenergienutzung" des LfU (Stand: Februar 2017), S. 22, sei für den Rotmilan von einer Brutzeit bis Juli auszugehen. Gleiches ergebe sich aus den Arteninformationen des LfU zum Rotmilan - nachfolgend: "Arteninformationen Rotmilan" - (<https://www.lfu.bayern.de/natur/sap/arteninformationen/>

21

steckbrief/zeige?stbname=Milvus+milvus). Darauf nehme auch der Bescheid auf S. 95 Bezug. Die artenschutzfachlichen Bewertungen des BayWEE 2016 und die oben genannte Arbeitshilfe seien antizipierte Sachverständigengutachten von hoher Qualität (BayVGH, U.v. 10.7.2019 - 22 B 17.124 - juris Rn. 52).

22

Die Relevanz des vom Antragsteller angeführten Urteils des BayVGH (U.v. 27.5.2016 - 22 BV 15.2003 - juris Rn. 53) sei nicht erkennbar. Dort werde gerade ausgeführt, dass eine einzelfallbezogene Prüfung nötig sei, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher Maßnahmen ein signifikant höheres Tötungsrisiko ausgeschlossen werden könne. Vorliegend sei eine fachlich ausreichende Abschaltung der WEA vorgesehen. In dem weiteren vom Antragsteller angeführten Urteil (U.v. 29.3.2016 - 22 B 14.1875, 22 B 14.1876 - juris) sei es um eine Waldschneise gegangen, innerhalb derer die strittigen WEA hätten errichtet werden sollen und die in ihrer Gesamtheit ein regelmäßig aufgesuchtes Nahrungshabitat gewesen sei (Rn. 53 f.). Dagegen lägen vorliegend die Aktivitätsschwerpunkte der Rotmilane außerhalb des Gefahrenbereichs der WEA. Aufgrund der durchgeführten Einzelfallprüfung (Nr. 8.4.1 Buchst. c) aa) BayWEE 2016) könne mit der Abschaltauflage gerade aufgrund der Umstände des Einzelfalls das Tötungsrisiko vermieden werden.

23

4.5. Sollten sich die der Genehmigung zugrundeliegenden Verhältnisse künftig ändern, so ermögliche Nr. 6.7 der Genehmigung eine Anpassung des Bescheids einschließlich ggf. einer Ausdehnung der beauftragten Abschaltzeiten. Die Beigeladene habe der Nebenbestimmung zugestimmt (Schreiben vom 8.5.2019, Bl. 1073 der Behördenakte, S. 26 der Genehmigung). Für die Rechtmäßigkeit der Genehmigung vom 29. Mai 2019 komme es zudem auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Genehmigungserlasses an.

24

5. Die Beigeladene hat beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen (Schriftsatz vom 9.1.2020), und hierzu im Wesentlichen die gleichen Gründe wie der Antragsgegner vorgetragen.

25

Wegen der weiteren Einzelheiten und des zusätzlichen Vortrags der Beteiligten in weiteren Schriftsätzen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Behördenakten Bezug genommen.

II.

26

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2019 hat teilweise Erfolg; der Beschluss des Verwaltungsgerichts ist dementsprechend zu ändern.

27

Die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage des Antragstellers sind nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand offen. Insbesondere vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht mit der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren erforderlichen Gewissheit zu beurteilen, ob es fachlich vertretbar und daher rechtlich bedenkenfrei ist, die mit der angefochtenen Genehmigung verfügte "Tagabschaltung" der WEA (½ Stunde nach Sonnenaufgang bis ½ Stunde nach Sonnenuntergang) auf die Monate April mit Juli eines jeden Jahres zu beschränken. Dies wird gegebenenfalls im Klageverfahren untersucht werden müssen. Bis zur Klärung dieser Frage ist es erforderlich, auf der Grundlage derjenigen Beschwerdegründe, die der Antragsteller fristgerecht substantiiert vorgetragen hat (§ 146 Abs. 4 VwGO), diejenigen Belange wirksam zu schützen, die geltend zu machen der Antragsteller als anerkannte Umweltvereinigung berechtigt ist (hier die Vermeidung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für den Rotmilan). Hierfür reicht es aus, vorläufig die vom Landratsamt angeordnete Tagabschaltung auf weitere Monate zu erstrecken.

28

1. Ohne Belang ist, ob - was der Antragsteller anzweifelt (Schriftsatz vom 2.12.2019 S. 4) - das Verwaltungsgericht dem Anspruch des Antragstellers auf rechtliches Gehör vollständig entsprochen hat. Denn hierauf kommt es im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht (mehr) an, weil der Antragsteller umfassend vortragen kann und der Verwaltungsgerichtshof eine eigene, vom angegriffenen Beschluss unabhängige Entscheidung trifft (BayVGh, B.v. 7.8.2013 - 22 CS 13.1160 - juris Rn. 26).

29

2. Der Antragsteller macht erneut die Nichtigkeit der streitigen Genehmigung geltend und greift die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs an, mit denen dieser (im Hinblick auf die vom Verwaltungsgericht für die Aufhebung dieser Genehmigung angeführten, in Rechtskraft erwachsenen Gründe) im Beschluss vom 7. Oktober 2019 - 22 CS 19.1418 - juris Rn. 42, 43 angenommen hat, das Landratsamt habe auf entsprechenden Antrag der Beigeladenen das Genehmigungsverfahren fortführen und eine neue Genehmigung unter Behebung bzw. Vermeidung der der ursprünglichen Genehmigung anhaftenden Mängel erteilen dürfen. Die vom Antragsteller hiergegen angeführten Argumente überzeugen indes nicht. Soweit sich der Antragsteller für seine Ansicht, eine Fortführung des ursprünglichen Genehmigungsverfahrens sei nicht möglich, auf verschiedene Fundstellen in Rechtsprechung und Schrifttum beruft, betreffen diese allesamt nicht die vorliegend gegebene Konstellation, dass zwar die Genehmigungsbehörde das administrative Verfahren mit einer stattgebenden Entscheidung, nämlich der Genehmigung, abschließen wollte, diese Genehmigung aber auf die von einem Dritten erhobene Anfechtungsklage hin rechtskräftig aufgehoben wurde und damit - ex tunc - nicht existiert. Der Antragsteller hat auch nichts dazu ausgeführt, welcher der in Art. 44 BayVwVfG genannten Nichtigkeitsgründe gegeben sein soll.

30

3. Unberücksichtigt bleibt vorliegend der Beschwerdevortrag des Antragstellers, wonach die vom Landratsamt mit der Nebenbestimmung - NB - 6.4 der angefochtenen Genehmigung angeordnete Tagabschaltung nicht erst im April beginnen dürfe, sondern schon auf den Monat März hätte erstreckt werden müssen. Die Beschwerdebegründung wird dem Gebot der "Auseinandersetzung" mit der angefochtenen Entscheidung (§ 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO), soweit es um das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG geht (Nr. 3 der Beschwerdeschrift vom 2.12.2019), ohnehin nur knapp gerecht, und dies auch nur deshalb, weil die Gründe im angegriffenen Beschluss ihrerseits dürftig sind (zu den diesbezüglichen Anforderungen an die Beschwerdebegründung vgl. z.B. BayVGh, B.v. 7.10.2019 - 22 CS 19.1355 - juris Rn. 35, B.v. 22.12.2017 - 22 CS 17.1971 - juris Rn. 14, B.v. 10.10.2017 - 22 CS 17.1806 - juris Rn. 15, B.v. 4.7.2016 - 22 CS 16.1078 - juris Rn. 42, B.v. 13.1.2016 - 22 CS 15.2643 - Rn. 7; VGH BW, B.v. 12.4.2002 - 7 S 653/02 - NVwZ 2002, 883; Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 146 Rn. 22 bis 24; Guckelberger in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 146 Rn. 76 m.w.N.).

31

Der Antragsteller trägt in seiner Beschwerdebegründung vom 2. Dezember 2019 (Nr. 3 ab S. 3) vor, er habe ausführlich dargelegt, dass das Landratsamt die "umfassende Tagabschaltung" gerade zur Minderung des von ihm selbst angenommenen grundsätzlichen signifikant höheren Tötungsrisikos verfügt habe, und dass die Annahme des Antragsgegners, dieses Risikos entfalle nach Abschluss der Brut Mitte Juli, nicht von der Einschätzungsprärogative gedeckt sei. Der weitere Beschwerdevortrag in diesem Schriftsatz geht zunächst gleichfalls nur auf die vom Antragsteller kritisierte Begrenzung der Tagabschaltung bis zum Ende der Brutzeit ein und besteht sodann (ab S. 4 unten bis S. 7 oben) aus einem zweieinhalbsseitigen Zitat aus dem erstinstanzlichen Vortrag, der substantiierte Angriffe ebenfalls nur dahingehend enthält, dass die rechtserhebliche Gefährdung des Rotmilans über die Brutperiode hinaus andauere. Nur an zwei Stellen des zitierten erstinstanzlichen Vortrags findet sich ansatzweise eine Formulierung, die (rückschauend) so verstanden werden kann, dass der Antragsteller auch das zu späte Einsetzen der Tagabschaltung (ab April anstatt ab März) beanstandet, nämlich wenn er geltend macht, dass Demonstrationsflüge nicht von einer aktuellen Brut abhängig seien (Schriftsatz vom 2.12.2019 S. 5), und dass "das vom Antragsgegner während der Brutperiode und die Dauer der verfügten vollständigen Tagabschaltung selbst angenommene signifikant erhöhte Tötungsrisiko auch während der übrigen Anwesenheitszeiten des Rotmilans" fortbestehe (Schriftsatz vom 2.12.2019 S. 7). Diesen Ausführungen zum artbedingten Verhalten von Rotmilanen im Allgemeinen fügt der Antragsteller den Vortrag an, dass vorliegend die Rotmilane "bis in den November hinein" in ihrem Revier gewesen seien (Schriftsatz vom 2.12.2019 S. 7). Dies ist - gemessen am Gebot der "Auseinandersetzung" mit der angefochtenen Entscheidung (§ 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO) - zu wenig, um

darzutun, dass die verfügte Tagabschaltung auch insoweit fachlich unzureichend und rechtsfehlerhaft sei, als sie nicht schon ab März, sondern erst ab April einsetze.

32

Erst mit den Schriftsätzen vom 8. und 22. Januar 2020, und damit außerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO macht der Antragsteller deutlich geltend, dass der Abschaltzeitraum nicht nur zu früh ende, sondern auch zu spät beginne, und trägt hierzu ausreichend substantiiert vor.

33

4. In Bezug auf diejenige Aufenthaltszeit des Rotmilans dagegen, die der Brutperiode nachfolgt (d.h. ab August), ergibt sich aus dem fristgerechten Beschwerde Vortrag des Antragstellers hinreichend substantiiert, dass er die Begründung des Verwaltungsgerichts für fehlerhaft und eine Erstreckung der verfügten Abschaltanordnung bis Ende Oktober für geboten hält. Ob diese Ansicht zutrifft, ist derzeit nicht gesichert; nicht nachvollziehbar ist indes die bisher vorliegende Begründung, mit der das Landratsamt eine Tagabschaltung nach dem Juli nicht für erforderlich hält.

34

4.1. In der NB 6.4 (S. 15 des Bescheids vom 29.5.2019) hat das Landratsamt verfügt, dass die WEA im Zeitraum 1. April bis 31. Juli eines jeden Jahres tagsüber von ½ Stunde nach Sonnenaufgang bis zu ½ Stunde nach Sonnenuntergang abzuschalten sei. Für die Zeiträume außerhalb dieser vier Monate wurden dagegen keinerlei Maßnahmen zur Minimierung des Tötungsrisikos für den Rotmilan angeordnet. Begründet wird diese Anordnung in denjenigen Textpassagen des angefochtenen Bescheids, welche die allgemeine Begründung dafür betreffen, dass das Risiko für den Rotmilan durch bestimmte Maßnahmen wie zeitweise Abschaltungen verringert werden könne (Nr. 2.1.2.2.2 auf S. 48: "Auswirkungen auf Vögel"), sowie innerhalb von Nr. 2.2.2.2 des Bescheids auf S. 69. Dort wird auf verschiedene Unterlagen verwiesen, so auf den BayWEE 2016, auf den Beschluss Nr. 2017-1-1 vom 25. April 2017 der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW), betreffend die "Abschaltung von Windenergieanlagen zum Schutz von Greifvögeln und Störchen bei bestimmten landwirtschaftlichen Arbeiten" (im Bescheid genannt auf S. 33, Tabelle 3, Ergänzende Stellungnahmen, Einwendungen und sonstige Dokumente" unter der lfd. Nr. S41), auf die "Arbeitshilfe Vogelschutz und Windenergienutzung" des Bayerischen Landesamtes für Umwelt (LfU) und auf dessen "Arteninformationen Rotmilan". Die erstgenannte jüngere Publikation der LAG VSW ("Abschaltempfehlungen 2017") sind nur in der Tabelle 3 des Bescheids aufgeführt, nicht aber in der Liste "2.4 Sachverhaltsquellen und Rechtsvorschriften" ab S. 74 des Bescheids. Dort wiederum ist die ältere Publikation der LAG VSW ("Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015)", veröffentlicht in "Berichte zum Vogelschutz" Bd. 51 - 2014, S. 15 - nachfolgend: "Abstandsempfehlungen 2015") aufgeführt, die aber nicht in der Tabelle 3 enthalten ist.

35

4.2. Die vorliegend vom Landratsamt verfügte Tagabschaltung wird hauptsächlich mit den "Abschaltempfehlungen 2017" und den "Arteninformationen Rotmilan" begründet (vgl. Bescheid vom 29.5.2019 S. 69). In den "Abschaltempfehlungen 2017" werden zum Schutz des Rotmilans und anderer Greifvögel Maßnahmen empfohlen, die in einer Hinsicht weniger streng ist als die vorliegend verfügte Tagabschaltung, in anderer Hinsicht aber strenger. Von der LAG VSW empfohlen werden einerseits Abschaltungen nur anlassbedingt, nämlich ab Beginn bis drei Tage nach Ende der Feldbearbeitung (Pflügen, Ernte, Mahd), nicht dagegen - wie hier - über einen zusammenhängenden Zeitraum von mehreren Monaten. Andererseits wird diese Empfehlung nicht nur für die Brutzeit der Vögel ausgesprochen, sondern für die gesamte Zeit von April bis Oktober. Das Landratsamt meint, die "relevante Jahreszeit", in der für den Rotmilan (für den ein Brutnachweis in ca. 850 m Entfernung zur WEA vorliege) ein erhöhtes Tötungsrisiko "nicht ausgeschlossen", aber durch die verfügte Abschaltung auf ein nicht signifikantes Maß gesenkt werden könne, sei (nur) der Zeitraum von Brut und Jungenaufzucht, also von Mitte März bis Juli. Während der ab Ende März beginnenden Legeperiode flögen Rotmilane vor allem im Nahbereich des Horstes. Dem dadurch gesteigerten Tötungsrisiko lasse sich durch die beschriebene Abschaltung am Tag wirksam entgegenwirken.

36

4.3. Zu dieser Einschätzung ist zunächst anzumerken, dass - ungeachtet der "zurückhaltenden" Formulierung des Landratsamts (ein erhöhtes Tötungsrisiko könne "nicht ausgeschlossen werden") - die

Verfügung in NB 6.4 voraussetzt, dass im genannten viermonatigen Zeitraum (April - Juli) Gegenmaßnahmen erforderlich sind, ohne die das Vorhaben nicht genehmigungsfähig wäre; andernfalls wäre die NB 6.4 zu Lasten der Beigeladenen rechtswidrig (vgl. § 12 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BImSchG: "soweit"). Im Übrigen ist für den Verwaltungsgerichtshof aber nicht nachvollziehbar, weshalb diese Gefährdungssituation nach dem Juli eines jeden Jahres nicht mehr bestehen soll; die aktenkundigen fachlichen Aussagen und der Vortrag der Beteiligten können derzeit diese Einschätzung nicht stützen.

37

4.4. Den aktenkundigen fachlichen Unterlagen, auch den "Abschaltempfehlungen 2017", kann entnommen werden, dass während der Brutperiode von Greifvögeln (hierunter wird in den einschlägigen fachlichen Unterlagen offenbar der Zeitraum von der Balz bis zur Bettelflugperiode der Jungvögel verstanden, vgl. die Hinweise zur Erfassungsmethode, Anlage 5 zum BayWEE 2016, S. 55) das Tötungsrisiko besonders hoch ist. Es gibt aber in den Unterlagen keine ausdrückliche und keine aus dem Kontext zu folgernde Aussage dahingehend, dass ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko sich nur auf die Monate April bis Juli erstrecken würde.

38

Auch der BayWEE 2016 sowie die "Arbeitshilfe "Vogelschutz und Windenergienutzung" des LfU (Stand: Februar 2017) enthalten keine dahingehende Aussage, dass der Horst des Rotmilans nach der Brutperiode bedeutungslos sei in dem Sinn, dass der ehemals dort brütende Rotmilan bezüglich seiner Gefährdung durch eine im engeren Prüfabstand (1.500 m nach dem BayWEE 2016, S. 52, Tabelle in der Anlage 3 zu Nr. 8.4.1) stehende WEA nicht anders zu beurteilen sei als ein beliebiger anderer, nicht einmal im weiten Prüfbereich (4.000 m) vorkommender Rotmilan. Die Hinweise unter Nr. 8.4 BayWEE 2016 (ab. S. 34) betreffen die saP und deren Aufgabe, die darin besteht "zu klären, ob und in welchem Umfang die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG erfüllt" sind. Mögliche Vermeidungs- und Minimierungsmaßnahmen werden unter Nr. 8.4.3 angesprochen, bezüglich des Rotmilans mit dem konkreten Hinweis (Buchst. d auf S. 41) auf eine "Abschaltung für mindestens zwei Tage während des Tages bei großflächiger Ernte oder Mahd um die Anlagen". Die Aussage, dass diese Maßnahmen nach der Brutperiode entbehrlich würden, findet sich auch hier nicht. Eine Aussage, dass ein Rotmilanhorst in der vorliegend gegebenen Nähe zu einer WEA und zu attraktiven Nahrungshabitaten nach der Brutperiode für das Ausmaß des Tötungsrisikos "bedeutungslos" wäre, so dass Schutzmaßnahmen außerhalb des Brutzeitraums entbehrlich seien, wird nicht in diesen Hinweisen und auch nicht an anderer Stelle im WEE 2016 ausdrücklich oder sinngemäß getroffen. Vielmehr sollen die Untersuchungen zur Abschätzung der Aufenthaltswahrscheinlichkeit im Bereich der geplanten WEA "die avifaunistisch bedeutsamen Abschnitte des Jahres umfassen - Balz, Brut, Nahrungssuche, Rast- und Zugverhalten - und die Funktion des Standortes innerhalb der Vorkommen der relevanten Vogelarten ermitteln, z. B. Brut-, Nahrungsgebiet, Korridor, Schlaf- oder Sammelplatz."

39

Die "Abschaltempfehlungen 2017" knüpfen - ausweislich der Einleitung auf S. 1 ("unabhängig von den Abstandsempfehlungen") und anders als die "Abstandsempfehlungen 2015" - nicht an die Nähe eines Horstes oder eines bevorzugten anderen Aufenthaltsortes (z.B. eines attraktiven Nahrungshabitats) zu einer WEA und nicht daran an, in welchem räumlichen Bezug WEA, Horst und Aufenthaltsort zueinander stehen. Vielmehr stellen sie darauf ab, dass es im Umkreis von 300 m um eine WEA Flächen geben kann, die zeitweilig wegen der Art ihrer Bewirtschaftung (Ernte, Mahd, Pflügen und Mulchen) für "windkraftsensibile" Vögel wie den Rotmilan ein besonders attraktives Nahrungsangebot (Beutetiere) hervorbringen und dadurch z.B. den Rotmilan, der dann in der Nähe von maximal 300 m zu einer WEA seine Beute sucht, in ein erhöhtes Tötungsrisiko bringen können.

40

4.5. Zwar weist der Antragsgegner zutreffend darauf hin (Schriftsatz vom 17.12.2019 S. 6), die vom Antragsteller zitierten "LUBW-Hinweise 2015" könnten nicht als verbindlich herangezogen werden, weil sie nicht entsprechend im für die bayerischen Naturschutzbehörden maßgeblichen BayWEE 2016 inkorporiert seien. Dennoch fehlt es vorliegend an einer schlüssigen Begründung dafür, weshalb die vom Beklagten naturschutzfachlich für erforderlich gehaltenen Vermeidungsmaßnahmen auf die Brutzeit des Rotmilans beschränkt werden sollen.

41

4.6. Die höhere Naturschutzbehörde (Reg. v. Ufr. - HNB) hat in ihrer Stellungnahme (per E-Mail vom 11.12.2017, Bl. 600 der Behördenakte) die "Abschaltempfehlungen 2017" ausdrücklich angesprochen. Sie hat eine Abweichung von dieser Empfehlung dahingehend, dass die empfohlene Abschaltung bei bestimmten Feldarbeiten nur bis Juli (statt bis Oktober) jeden Jahres angeordnet werden solle, als "akzeptabel bzw. sinnvoll" bezeichnet und dies damit begründet, dass Ende Juli das Ende der Brutzeit erreicht sei. Dies ist angesichts des Inhalts der oben beschriebenen fachlichen Unterlagen (BayWEE 2016, "Arteninformationen Rotmilan", "Abstandsempfehlungen 2015", "Abschaltempfehlungen 2017") für den Verwaltungsgerichtshof nicht nachvollziehbar. Denn mit dieser Begründung werden die Gefährungskriterien - einerseits - der Nähe von Brutplatz zur WEA und - andererseits - der zeitweilig besonderen Attraktivität von Nahrungshabitaten in der Nähe einer WEA (die nach den Abschaltempfehlungen 2017 unabhängig von der Lage eines Horstes das Tötungsrisiko signifikant erhöhen kann) miteinander vermengt. Dass diese Kombination beider Kriterien fachlich gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft, bedarf jedenfalls einer nachvollziehbaren Erklärung, die bisher nicht vorliegt. Der Antragsgegner hat auch nicht dargelegt, woraus sich ergeben soll, dass vorliegend der Neststandort nicht auch außerhalb der Brutzeit genutzt wird.

42

Der Antragsgegner verteidigt die Beschränkung der Abschaltverfügung auf die Zeit bis Ende Juli damit, dass - wie die Naturschutzbehörden zutreffend angenommen hätten - die Flächen um die WEA nicht besonders attraktiv seien und dass die saP auf einem umfangreichen Datensatz aus mehreren Jahren beruhe, die eine valide Einschätzung der Gefährungssituation erlaube (Schriftsatz vom 17.12.2019 Nr. 2.3). Dies überzeugt schon deswegen nicht, weil in der saP vom 5. Dezember 2016 die Ermittlungen zur Gefährdung des Rotmilans und die Bewertung der Ermittlungsergebnisse unter der Prämisse vorgenommen wurden, dass es im engeren Prüfbereich (1.500 m) keinen Rotmilanhorst gebe (vgl. die saP vom 5.12.2016, Unterlage 16.2, Bl. 472 ff. der Behördenakte, S. 29 ff., Bl. 35 in der pdf-Datei); in der angefochtenen Genehmigung vom 29. Mai 2019 wird dagegen davon ausgegangen, dass ein Rotmilan seinen Brutplatz ca. 850 m vom Standort der WEA entfernt hat (Nr. 2.1.2.2.2 auf S. 48). Auch die Aussage, die Fachbehörden hätten zutreffend die Flächen um die WEA als nicht besonders attraktiv beurteilt, erstaunt. So geht die Fa. "ANUVA" in dem (im Auftrag der Beigeladenen) erstellten "(Vorsorglichen) Vorschlag für eine Abschaltung bei Bewirtschaftungsereignissen zur Vermeidung erhöhter Kollisionsgefahr für den Rotmilan" vom 22. November 2017 (nachfolgend: ANUVA 2017; vorgelegt als Anlage zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 19.12.2019) von einer hohen Attraktivität der vom Gut Terra Nova bewirtschafteten, im Gefahrenbereich der WEA liegenden Flächen aus (vgl. ANUVA 2017 S. 2 Mitte); die ANUVA hat lediglich der damals mit Schreiben vom 12. Juni 2017 seitens des Antragstellers vorgebrachten Ansicht widersprochen, durch die beabsichtigte verstärkte Grünlandnutzung werde die Gefahr für den Rotmilan noch größer (vgl. ANUVA 2017 S. 4). Die HNB wiederum, der dieser Auflagenvorschlag vom Landratsamt als pdf-Dokument zur Stellungnahme vorgelegt worden war, ist dieser Einschätzung explizit entgegen getreten. Sie hat das pdf-Dokument mit Markierungen und Kommentaren dem Landratsamt zurückgesandt und zu der besagten Stelle auf S. 4 angemerkt: "Diese Ansicht wird von der HNB nicht geteilt. Denn bei Rotmilanbruten im Radius von 1500 m um die WKA muss der Antragsteller den Nachweis erbringen, dass kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan besteht. Dazu ist nachzuweisen, dass die WKA gemieden, umflogen oder selten überflogen wird. Dies lässt sich so aus der vorgelegten Raumnutzungsanalyse von 2016 nicht heraus lesen bzw. wird durch die Grünlandbewirtschaftung des Gutes Terra Nova noch weniger wahrscheinlich." (Hervorhebung durch Unterstreichung im Original).

43

4.7. Insgesamt vermag der Verwaltungsgerichtshof aus dem Akteninhalt, dem Vortrag der Beteiligten und den ihm öffentlich zugänglichen Unterlagen kein klares Bild davon zu gewinnen, ob und ggf. mit welcher fachlich tragfähigen Begründung ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan nach Abschluss der Brutperiode (die "Bettelflugperiode" eingeschlossen) an dem Neststandort des Rotmilans im engeren Prüfbereich ausgeschlossen werden kann.

44

5. Bis diese Klärung stattgefunden hat, sind die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage offen. Bis dahin bedarf es eines wirksamen Schutzes des Rotmilans.

45

Durch die von der Beigeladenen ins Feld geführte NB 6.7 in der angefochtenen Genehmigung ist ein solcher Schutz nicht ausreichend gewährleistet. Mit dieser Nebenbestimmung werden die NB 6.4 und 6.5 für widerrufen erklärt und unter den "Vorbehalt der Anpassung bei Vorliegen neuer Erkenntnisse" gestellt. Diese vage Formulierung ist möglicherweise schon wegen ihrer geringen Bestimmtheit ungeeignet und rechtswidrig, liefert jedenfalls aber wegen ihrer Streitanziehbarkeit darüber, ob "neue Erkenntnisse" vorliegen, nicht den vorliegend gebotenen zwar vorläufigen, aber schnell wirksamen Schutz.

46

Der Verwaltungsgerichtshof hält es vielmehr für sachgerecht, die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang wiederherzustellen (ähnlich wie in einem vergleichbaren Fall der HessVGH, B.v. 21.12.2015 - 9 B 1607/15 - juris Rn. 50); dies reicht aus: Der Zeitraum April mit Juli ist durch die NB 6.4 in der angefochtenen Genehmigung abgedeckt. Eine Gefährdung des tagaktiven Rotmilans durch einen nächtlichen Betrieb der WEA ist nicht zu besorgen. Dafür, dass der Zugvogel Rotmilan im vorliegenden Fall ausnahmsweise überwintert und daher Schutz auch nach dem 31. Oktober erforderlich wäre, ist nichts vorgetragen; das Beschwerdevorbringen hinsichtlich einer schon im März erforderlichen Tagabschaltung ist verspätet (siehe oben 2).

47

Die Abwägung mit dem wirtschaftlichen Interesse der Beigeladenen führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Rechtsgüter, deren Schutz der Antragsteller vorliegend berechtigterweise einfordert (Vermeidung eines Verstoßes gegen das gesetzliche artenschutzrechtliche Tötungsverbot), haben nicht geringeres Gewicht als die finanziellen Interessen der Beigeladenen.

48

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 3, § 155 Abs. 1 Satz 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Der Antragsteller hat die Nichtigkeit der angefochtenen Genehmigung behauptet und schon deswegen die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Anfechtungsklage ohne Einschränkung begehrt. Vorläufig Erfolg hat er mit der tenorierten Entscheidung aber nur hinsichtlich des Tagbetriebs und dies auch nur für einige Monate eines Jahres. In der Gesamtschau kann dieser Teilerfolg als Unterliegen zur Hälfte gewertet werden, weshalb der Antragsteller die Hälfte der Verfahrenskosten einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen trägt. Auf der Gegenseite stehen der Antragsgegner und die Beigeladene. Dieser Konstellation trägt der Verwaltungsgerichtshof damit Rechnung, dass er die zweite Hälfte der Gerichtskosten gleichmäßig dem Antragsgegner und der Beigeladenen, die einen eigenen Antrag gestellt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO), auferlegt, die zweite Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aber diese selbst tragen lässt.

49

Der Streitwert wurde gemäß § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG festgesetzt (wie von der Vorinstanz).

50

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).