

Titel:

Abänderung eines gerichtlichen Eilbeschlusses zur sofortigen Vollziehung der Genehmigung für Windenergieanlage

Normenketten:

BImSchG § 6 Abs. 1

BNatSchG § 44 Abs. 1 Nr. 1

VwGO § 80 Abs. 7

Leitsätze:

1. Ob eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für Individuen geschützter Arten vorliegt, ist insbesondere anhand der artspezifischen Verhaltensweisen, der Häufigkeit des Aufenthalts im Gefährdungsbereich und der Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen zu bewerten. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)

2. Das Gericht ist verpflichtet zu prüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen. (Rn. 43) (redaktioneller Leitsatz)

3. Es ist nicht generell und ausnahmslos ausgeschlossen, von den Vorgaben des Bayerischen Windkrafterlasses hinsichtlich Art und Umfang, Methodik und Untersuchungstiefe der zur Ermittlung der artenschutzrechtlichen Betroffenheiten erforderlichen Maßnahmen abzuweichen. Da es sich um ein „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ handelt, bedarf eine Abweichung von dessen im Regelfall zu beachtenden Erfordernissen jedenfalls einen fachlichen Grund und gleichwertigen Ersatz. (Rn. 50) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Windenergieanlage (einstweiliger Rechtsschutz für Vorhabensträgerin), Untersuchung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos kollisionsgefährdeter Vogelarten, eingeschränkter gerichtlicher Prüfungsmaßstab, erhebliche Zweifel hinsichtlich des methodischen Vorgehens bei den artenschutzrechtlichen Untersuchungen, Windkrafterlass, Nachuntersuchung

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 02.06.2020 – 22 CS 20.841

Fundstelle:

BeckRS 2020, 5997

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Der Streitwert wird auf 7.500 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Antragstellerin begehrt die Abänderung eines Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Klage des Antragsgegners vom 26. April 2016 gegen die der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 24. März 2016 für eine inzwischen tatsächlich errichtete und derzeit nur in den Nachtstunden in Betrieb genommene Windkraftanlage (WKA).

2

Die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin stellte am 27. November 2013 einen Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung von drei WKA vom Typ Nordex 117/2400 mit einer Gesamthöhe von 119,1 Metern (Nr. 1.6.2 des Anhangs 1 zur 4. Verordnung zur Durchführung des BImSchG - Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen - 4. BImSchV) auf den Grundstücken FINrn. 1023, 1026 und 1027 Gemarkung W. in der Gemeinde E. Der geplante Anlagenstandort liegt in einem Waldstück („B.“).

3

Diesen Antrag lehnte das Landratsamt Dachau zunächst mit Bescheid vom 12. März 2015 ab. Begründet wurde dies insbesondere mit entgegenstehenden Belangen des Denkmal- und Landschaftsschutzes. Eine hiergegen gerichtete Verpflichtungsklage der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin hatte insoweit Erfolg, als das Verwaltungsgericht München mit Urteil vom 22. September 2015 (M 1 K 15.1326) den Ablehnungsbescheid vom 12. März 2015 aufhob und die Sache an den Beigeladenen zurückverwies, mit der Maßgabe, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt, dass dem Vorhaben weder die Bestimmungen der sog. „10-H-Regelung“ noch öffentliche Belange des Denkmal- und Landschaftsschutzes gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 Baugesetzbuch (BauGB) entgegenstünden. Es liege ein sog. „steckengebliebenes Genehmigungsverfahren“ vor, weil das Landratsamt eine abschließende umfassende Bewertung der artenschutzrechtlichen Untersuchungen und Erkenntnisse noch nicht vorgenommen habe.

4

Im Laufe des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens legte die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin ein Gutachten zur speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung (saP) des Ingenieurbüros Umweltforschung und Raumplanung, Verfasser G. B. (nachfolgend: Gutachter B.), vom 15. Januar 2014 vor. Dieses kommt zum Ergebnis, dass durch die beantragten Anlagen eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos weder für kollisionsgefährdete Vogelarten noch für kollisionsgefährdete Fledermausarten bestehe. Der Gutachter habe im Zeitraum vom 9. April 2013 bis 22. August 2013 an insgesamt 17 Tagen sog. Raumnutzungskontrollen von zwei Beobachtungspunkten aus durchgeführt.

5

Die Regierung von Oberbayern als höhere Naturschutzbehörde (im Folgenden: HNB) nahm mit Schreiben vom 13. März 2014 Stellung und erklärte, eine Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens auf die Belange des Arten-, insbesondere des Vogelschutzes könne trotz Vorliegen der saP nicht abschließend durchgeführt werden. Ein avifaunistisches Gutachten des Landkreises Dachau für die Planung von Vorrangflächen Windkraft komme mindestens für das Jahr 2012 zu grundlegend anderen Ergebnissen. Diese zum Zeitpunkt der Bearbeitung der saP vorhandenen Erkenntnisse seien nicht Gegenstand der gutachterlichen Einschätzung gewesen. Zwar könnten voneinander abweichende Untersuchungsergebnisse grundsätzlich in der Wahl der Untersuchungsmethodik begründet sein. Die von den Gutachtern der saP gewählte Untersuchungsmethodik weiche jedoch in verschiedenen Punkten von den Empfehlungen der Anlage 6 der Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen der gemeinsamen Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, für Wissenschaft, Forschung und Kunst, der Finanzen, für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, für Umwelt und Gesundheit sowie für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 20. Dezember 2011 (Windkrafte rlass 2011) ab. Zudem habe im Frühjahr 2013 eine ungewöhnlich lang andauernde Kaltwetterphase mit zähem Hochnebel bis Anfang April deutliche Auswirkungen auf den Brutbeginn und den Bruterfolg von Greifvögeln sowie die Verfügbarkeit von Beutetieren gehabt. Es werde deshalb „zwingend empfohlen“, die Ergebnisse aus dem Gutachten des Landkreises sowie die gutachterlichen Bewertungen der relevanten Flächen in Bezug auf das Vorhaben zu ergänzen und in einer Gesamtschau neu zu bewerten.

6

Auf Aufforderung des Beigeladenen legte der Gutachter B. am 15. Oktober 2014 einen Nachtrag zur saP vor. Im Rahmen dieser zweiten Untersuchung im Zeitraum 9. April 2014 bis 29. August 2014 hat der Gutachter Raumnutzungskontrollen an insgesamt 18 Terminen mit insgesamt 53 Beobachtungsstunden von zwei Beobachtungspunkten aus durchgeführt. Insgesamt kam der Gutachter B. auch im Nachtrag zur saP zum Ergebnis, dass eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für alle Arten ausgeschlossen sei.

7

Im Verwaltungsverfahren wurden mehrere Gutachten, die der Ornithologe C. F. (nachfolgend: Gutachter F.) im Auftrag einer Bürgerinitiative erstellt hatte, vorgelegt. Aus der „Bestandsaufnahme von Greifvögeln und anderen Großvögeln im B. (Lkr. D.) und dessen Umfeld“ vom 8. September 2014 ergibt sich, dass Gutachter F. im Zeitraum 17. Mai 2014 bis 6. August 2014 Raumnutzungskontrollen an insgesamt elf Tagen mit insgesamt 33 Stunden durchgeführt habe. Dabei habe er sowohl am 25. Juni 2014, am 3. Juli 2014 und am 19. Juli 2014 Baumfalken beobachten können. Er vermute einen Brutplatz dieser Art, habe dies jedoch nicht sicher feststellen können. Der vermutete Platz liege in 800 m Entfernung zur WKA 3. Rotmilane habe er lediglich weiter entfernt, nicht aber über dem B... beobachten können. Jedoch sei im L... Forst südlich A... (ca. 900 m vom B... entfernt) ein möglicher Rotmilanhorst gefunden worden. Schwarzmilane habe er am 2. Mai 2014 und am 12. Juli 2014 gesehen, allerdings außerhalb des Untersuchungsgebiets. Im westlichen Teil des B... befinde sich ein Horst eines Wespenbussards. Die Brut sei offensichtlich gescheitert. Er habe Wespenbussarde am 16. Juli 2014, 19. Juli 2014, 25. Juli 2014, 30. Juli 2014, 6. August 2014, 19. August 2014 und am 23. August 2014 über dem B... gesehen. Er komme daher zum Ergebnis, dass sowohl Baumfalke als auch Wespenbussard den Luftraum über dem B... regelmäßig nutzten.

8

In einer Stellungnahme der HNB vom 5. Dezember 2014 stellte diese fest, dass die Gutachter B. und F. zu deutlich divergierenden Ergebnissen gekommen seien. Eine Überprüfung sei der höheren Naturschutzbehörde auf Grundlage der vorliegenden saP und der Erkenntnisse des der Naturschutzverwaltung als fachkundig bekannten Gutachters F. nicht möglich. Als zusammenfassendes Ergebnis dieser Stellungnahme „empfiehlt [die HNB] deshalb der Immissionsschutzbehörde am LRA Dachau die Vergabe eines Fachgutachtens mit Bestandsaufnahme nach Anlage 6 Winderlass und fachgutachterlicher Bewertung im Jahr 2015 für die beiden Vogelarten Wespenbussard und Baumfalke sowie als vorbeugende Maßnahme gegenüber weiteren Drittgutachten für Rot- und Schwarzmilan“.

9

Am 4. März 2015 erklärte die HNB sodann, an der Empfehlung einer Nachuntersuchung aus der Stellungnahme vom 5. Dezember 2014 werde nicht festgehalten, da auch bei einer Bestätigung der Beobachtungen des Gutachters F. im bisherigen Umfang nicht von einer erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeit im Gefahrenbereich auszugehen sei und es derzeit keine hinreichenden Anhaltspunkte gebe, dass bei einer erneuten Erfassung entsprechend der Methodik des Windkrafterlasses zusätzliche Aufenthalte im Gefahrenbereich in einem solchen Umfang festgestellt würden, „dass sich hieraus ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Wespenbussard ergebe“.

10

Am 26. Juni 2015 wandte sich der Gutachter F. per E-Mail an den Beigeladenen und führte aus, die von ihm kartierten Flugbewegungen könnten nicht, wie durch die HNB geschehen, hochgerechnet werden. Er habe eine ganz andere Zielsetzung verfolgt und sich im und um den B. sowie den umliegenden Waldgebieten aufgehalten. Auf dieser Grundlage sei eine Beurteilung des artenschutzrechtlichen Verbotstatbestands nicht möglich.

11

Der Gutachter F. legte schließlich eine „Erfassung der Flugbewegungen windkraftrelevanter Vogelarten am B. (Lkr. D.)“ vom 14. August 2015 vor. Aus dieser ergibt sich, dass er Baumfalken insgesamt viermal (17.5.2015, 21.6.2015, 9.7.2015 und 25.7.2015) gesichtet habe. Einen B.-platz habe er nicht feststellen können. Rotmilane habe er ebenfalls viermal (21.6.2015, 9.7.2015, 14.7.2015, 6.8.2015) sehen können. Die Flüge seien regelmäßig im westlichen Bereich der Anlagen erfolgt. Einen Schwarzmilan habe er am 9. Juli 2015 beobachten können, wie er über den Bereich der ursprünglich geplanten Anlagen 2 und 3 geflogen sei. Wespenbussarde habe er an acht von zehn Beobachtungstagen kartieren können. Ein Wespenbussardpaar habe im gleichen Horst wie im Vorjahr gebrütet. Der Abstand dieses Horstes zur WKA 3 betrage 1.317 m.

12

Auf Bitte des Landratsamts um eine Stellungnahme erklärte die HNB mit E-Mail vom 17. September 2015 gegenüber dem Landratsamt, man gehe in Abstimmung mit dem Landesamt für Umwelt davon aus, dass bei den Untersuchungen des Gutachters F. im Jahr 2015 nicht alle Gefahrenbereiche der

Windenergieanlagen einsehbar gewesen seien. Dies gelte insbesondere für den Anlagenstandort 3. Für diesen könne daher keine Einschätzung abgegeben werden.

13

Mit Schreiben vom 19. Februar 2016 übersandte die HNB dem Landratsamt eine erneute umfassende Bewertung der noch offenen artenschutzrechtlichen Aspekte. Danach bestehe zum einen hinsichtlich der Anlagenstandorte 1 und 2 ein belegbares, signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Individuen des Wespenbussards durch den Betrieb der WKAen, wodurch § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG erfüllt werde. Zum anderen erklärte die HNB, im Rahmen einer Ortseinsicht sei die Einsehbarkeit der Anlagenstandorte von den beiden westlich des B. gelegenen Beobachtungspunkte der beiden Gutachter überprüft worden. Beide Fachgutachter hätten einen weitgehend identischen Beobachtungspunkt westlich des B... gewählt, der Gutachter B. zusätzlich einen weiteren Beobachtungspunkt im Süden. Die beiden im Westen gelegenen Beobachtungspunkte seien für die Einsehbarkeit des Anlagenstandorts 3 aufgrund der Entfernung zwischen Beobachtungspunkt und Anlagenstandort sowie der eingeschränkten Einsehbarkeit der östlichen und südlichen Teile nicht geeignet. Die HNB empfahl dem Landratsamt deshalb für den Anlagenstandort 3 eine Nachuntersuchung nach der Methodik der Anlage 6 des Windkraftrlasses.

14

Am 23. Februar 2016 beantragte die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin, die Entscheidung nach den bisherigen Anlagenstandorten 1 und 2 auf der einen und dem Anlagenstandort 3 auf der anderen Seite aufzuteilen, mit Schreiben vom 9. März 2016 nahm die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin den Genehmigungsantrag bezüglich der Anlagenstandorte 1 und 2 zurück.

15

Mit Bescheid vom 24. März 2016 erteilte das Landratsamt der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung hinsichtlich des Anlagenstandorts 3 (FINr. ... Gemarkung W.).

16

Gegen diesen Bescheid erhob der Antragsgegner am 26. April 2016 Klage und beantragte, den Bescheid aufzuheben. Zur Begründung wurde insbesondere ausgeführt, dass dem Vorhaben Belange des Naturschutzes und des Artenschutzes nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB i.V.m. § 44 Abs. 1 BNatSchG entgegenstünden. Mit Urteil vom 11. April 2017 (M 19 K 16.1912) wies das Verwaltungsgericht die Klage als unzulässig ab. In den Entscheidungsgründen führte es aus, dass der Kläger nicht klagebefugt sei; insbesondere ergebe sich keine Klagebefugnis aus § 2 Abs. 1 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG). Auf die Berufung des dortigen Klägers hob der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 1. August 2018 (22 BV 17.1059) das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 11. April 2017 auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Klage nunmehr aufgrund einer eingetretenen Rechtsänderung des UmwRG zulässig geworden sei und deshalb die Klageabweisung als unzulässig keinen Bestand haben könne. Das Klageverfahren wird in der Hauptsache beim Verwaltungsgericht München fortgeführt (M 28 K 18.4542).

17

Auf Antrag der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin ordnete der Beigeladene mit Bescheid vom 19. Juni 2018 die sofortige Vollziehbarkeit der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 24. März 2016 an. Nach Abwägung aller betroffenen öffentlichen und privaten Interessen überwiege das Interesse der Antragstellerin an der sofortigen Vollziehung. Diese habe vorgetragen, dass eine weitere Verzögerung der Umsetzung die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens erheblich beeinträchtigen würde. Die Erfolgsaussichten der Klage in der Hauptsache seien eher gering. Die geplanten Baumaßnahmen seien reversibel.

18

Der am 5. September 2018 beim Verwaltungsgericht eingegangene Antrag des Antragsgegners auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 18. Oktober 2018 (M 19 SN 18.4480) abgelehnt. In den Gründen des Beschlusses heißt es, zwar hätte das geplante Vorhaben im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung zu einem Verstoß gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG geführt. Allerdings seien spätere Rechtsänderungen, die sich zu Gunsten des Betreibers auswirkten, zu berücksichtigen. Eine solche Rechtsänderung stelle der Erlass der Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA) der gemeinsamen Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, für Bau und Verkehrs, für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst, der

Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat, für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie, für Umwelt und Verbraucherschutz, für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten sowie für Gesundheit und Pflege vom 19. Juli 2016 (Windenergie-Erlass 2016) dar. Hinsichtlich geschützter Vogelarten sei nicht zu erwarten, dass durch Errichtung und Betrieb der genehmigten WKA 3 ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand verwirklicht werde. Für keine der im vorliegenden Fall kritischen Arten habe ein Brutplatz im so genannten „engeren“ Prüfbereich nachgewiesen werden können. Hinsichtlich des „äußeren“ Prüfbereichs sei zwar seitens der HNB eine Nachuntersuchung für den Wespenbussard empfohlen worden. Da im Windenergie-Erlass 2016 für den Wespenbussard der „äußere“ Prüfbereich gestrichen worden sei, seien insoweit keine weiteren Untersuchungen mehr veranlasst gewesen. Für die übrigen Vogelarten sei die Einschätzung der Genehmigungsbehörde, dass es im Bereich der WKA nicht zu höheren Aufenthaltswahrscheinlichkeiten komme oder der Nahbereich der Anlage nicht signifikant häufiger überflogen werde, nicht zu beanstanden.

19

Mit Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 4. März 2019 (22 CS 18.2310) wurde der Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 18. Oktober 2018 dahingehend geändert, dass die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage des Antragsgegners gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 24. März 2016 wiederhergestellt wurde. Zur Begründung wurde ausgeführt, bei der Ablösung des Windkrafterlasses 2011 durch den Windenergieerlass 2016 handele es sich weder um eine Änderung der Rechtslage noch könne die inhaltliche Änderung des Windkrafterlasses 2011 durch eine spätere Fassung dieses Erlasses einer Änderung der Rechtslage gleichgesetzt werden. Der Windkrafterlass 2011 sei keine Rechtsnorm, sondern stehe im Rang von Verwaltungsvorschriften. So habe der Verwaltungsgerichtshof bezüglich der Art, des Umfangs, der Methodik und der Untersuchungstiefe bei der Ermittlung von artenschutzrechtlichen Betroffenheiten wiederholt dargelegt, dass sich die diesbezüglichen naturschutzfachlichen Anforderungen mangels normativer Festlegung nur allgemein umschreiben ließen und wesentlich von den naturräumlichen Gegebenheiten des Einzelfalles abhängen würden, so dass der Windenergieerlass die zur Ermittlung artenschutzrechtlich entscheidungserheblicher Umstände gebotenen Erhebungen näher konkretisiere und dass er mit seinen konkreten Anforderungen, da diese auf landesweiten fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen beruhten, als „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ anzusehen sei, von dessen im Regelfall zu beachtenden Erfordernissen nicht ohne fachlichen Grund und ohne gleichwertigen Ersatz abgewichen werden dürfe. Allerdings dürften nach der „alten Methodik“ fehlerfrei gewonnene Erkenntnisse, deren Richtigkeit auch durch die neue, weniger „intensive“ Methodik nicht infrage gestellt würden, nicht so ausgeblendet werden, als seien sie nicht vorhanden. Insoweit habe das Landratsamt die von der HNB ausgesprochene Empfehlung einer Nachuntersuchung nach der Methodik der Anlage 6 des Windkrafterlasses 2011 nicht einfach ignorieren dürfen. Auf die sonstigen vom Antragsgegner thematisierten Vogelarten komme es daher im Beschwerdeverfahren nicht an. Angesichts der offenen Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens seien die gegensätzlichen Interessen abzuwägen, wobei der Verwaltungsgerichtshof einerseits berücksichtige, dass für einen Sofortvollzug beachtliche hohe wirtschaftliche Aufwendungen der Antragstellerin sprächen, wengleich es andererseits ihr obliege, eine den Erfordernissen des Windenergieerlasses genügende Untersuchung zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorzulegen. Außerdem komme in Betracht, dass die - jedenfalls zunächst naturschutzfachlich, nicht gerichtlich - zu klärende Frage, welche Folgen sich vorliegend durch das Entfallen des „äußeren Prüfbereichs“ beim Wespenbussard angesichts schon vorhandener Erkenntnisse über das Flugverhalten von „gebietsansässigen“ Wespenbussarden am Standort der WEA 3 ergeben würden, ohne große Zeitverzögerung beantwortet werden könne, nämlich mittels einer ergänzenden Stellungnahme der HNB.

20

Die HNB nahm mit Schreiben vom 12. Juni 2019 zur der Frage, „welche Folgen sich vorliegend durch das Entfallen des ‚äußeren Prüfbereichs‘ beim Wespenbussard angesichts schon vorhandener Erkenntnisse über das Flugverhalten von ‚gebietsansässigen‘ Wespenbussarden am Standort der WEA3 ergeben“, Stellung. Sie führte aus, nach den aktuellen Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen sei davon auszugehen, dass sich beim Wespenbussard mit einem Mindestabstand von 1.000 m die Hauptaktivitätsflächen der Art in der Horstumgebung schützen ließen. Abweichend von der Stellungnahme vom 19. Februar 2016 gehe die HNB aufgrund der aktuellen und zum Teil neuen Erkenntnisse zur großräumigen und diffusen Raumnutzung in Kombination mit der Nahrungspräferenz der Art sowie der Verteilung von etwaigen Nahrungshabitaten davon aus, dass sich eben keine Aufenthaltsorte, die zudem

regelmäßig über den Anlagenstandort angefliegen werden, als räumlich gut abgrenzbare Teilmenge außerhalb des engeren Prüfbereiches abgrenzen ließen. Wegen des Abstandes der WKA zum Horst, dem Vorhandensein von geeigneten Nahrungshabitaten im 1 km-Radius um den Horst, der diffusen Verteilung von geeigneten Nahrungshabitaten in einem 4 km-Radius um den Horst und der geringen Reliefenergie des Geländes sei eine erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit im Bereich der WKA 3 und damit auch ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko durch den Betrieb der WKA 3 in Bezug auf die in 1,3 km Entfernung zur WKA brütenden Wespenbussarde mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen.

21

Der am 24. Mai 2019 beim Verwaltungsgericht München eingegangene Antrag der Antragstellerin, nach § 80 Abs. 7 VwGO die sofortige Vollziehung der ihr erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unter Abänderung des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs wiederherzustellen, hilfsweise einen Betrieb der streitgegenständlichen Windenergieanlage im Zeitraum ab 40 Minuten nach Sonnenuntergang bis 40 Minuten vor Sonnenaufgang zuzulassen, wurde mit Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 15. Juli 2019 abgelehnt (M 28 S7 19.2522, wobei nur über den Hauptantrag entschieden wurde). In den Gründen der Entscheidung heißt es, die erkennende Kammer habe erhebliche Zweifel hinsichtlich des methodischen Vorgehens bei der Ermittlung der Grundlagen für die Beurteilung der Frage, ob durch den Betrieb der Windkraftanlage kollisionsgefährdete geschützte Vogelarten einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt würden. Die Stellungnahmen der Naturschutzbehörden seien widersprüchlich. Zudem seien die Beobachtungen des Gutachters nicht, wie vom Windkrafterlass 2011 und Windenergieerlass 2016 vorgesehen, von zwei Beobachtungspunkten erfolgt, von denen der Standort der Windkraftanlage einsehbar gewesen sei.

22

Mit Schreiben vom 9. August 2019 nahm die HNB gegenüber dem Landratsamt erneut Stellung und erklärte, die Beobachtungen des Gutachters von zwei Fixpunkten habe in methodischer Hinsicht den Anforderungen des Windenergieerlasses 2016 entsprochen. Dass die volle Einsehbarkeit des Standortes der WKA 3 nicht gegeben gewesen sei, sei weder von der HNB noch vom LfU als methodischer Fehler angesehen worden.

23

Mit Beschluss vom 24. Oktober 2019 hob der Bayerischen Verwaltungsgerichtshof auf die Beschwerde der Antragstellerin die erstinstanzliche Entscheidung teilweise auf und stellte die sofortige Vollziehung der aufschiebenden Wirkung dahingehend wieder her, dass die streitgegenständliche Windenergieanlage im Zeitraum ab 40 Minuten nach Sonnenuntergang bis 40 Minuten vor Sonnenaufgang gemäß der Genehmigung betrieben werden könne. Im Übrigen wurde die Beschwerde zurückgewiesen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führte zur Begründung aus, die vorgelegten Äußerungen der unteren und der höheren Naturschutzbehörde ergäben kein klares Bild. Es bedürfe daher einer „eindeutigen, nachvollziehbaren und verständlichen artenschutzfachlichen Aussage, gewissermaßen einer Einschätzung ‚aus einem Guss‘, der hierzu berufenen Behörden zur Frage eines aus § 44 Abs. 1 BNatSchG ggfs. resultierenden Genehmigungshindernisses“. Für jede vogelartspezifische fachliche Einschätzung sei anzugeben, auf welchen fachlichen, dem seinerzeitigen Windkrafterlass 2011 entsprechenden Untersuchungen die Einschätzung beruhe oder aus welchem fachlichen Grund sie zwar von den im Regelfall zu beachtenden Erfordernissen des Windkrafterlasses 2011 abweiche, sich aber auf andere Erkenntnismittel stützen könne, die als gleichwertiger Ersatz angesehen werden könnten.

24

Die UNB nahm mit Schriftsatz vom 29. Januar 2020 ausführlich Stellung sowohl zu den im Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 24. Oktober 2019 aufgeworfenen Fragen und Mängeln als auch zur Bewertung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos für die kollisionsgefährdeten Vogelarten zum Zeitpunkt der Genehmigung.

25

Mit am 11. Februar 2020 beim Bayerischen Verwaltungsgericht München eingegangenem Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Abänderung des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs.

26

Sie ist der Auffassung, der Beigeladene habe nunmehr die vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof geforderte eindeutige, nachvollziehbare und verständliche artenschutzfachliche Aussage vorgelegt. Danach

sei zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung für keine im B. vorkommende und nach dem Windkrafterlass 2011 zu berücksichtigende Vogelart unter Würdigung der vorgelegten Fachgutachten ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko und ein Verbotstatbestand nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gegeben gewesen.

27

Die Antragstellerin beantragt schriftsätzlich,

den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 24. Oktober 2019 zu ändern und die sofortige Vollziehung der der Antragstellerin erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 24. März 2016 uneingeschränkt wiederherzustellen.

28

Der Antragsgegner beantragt schriftsätzlich,

den Antrag abzulehnen.

29

Zur Begründung führt er aus, die Ausführungen des Landratsamtes Dachau seien keineswegs geeignet, die berechtigten Bedenken des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zu zerstreuen oder zu befriedigen. Es seien keine neuen Fakten enthalten. Beobachtungen des Gutachters F. aus dem Jahr 2019 belegten eindeutig, dass der Wespenbussard, Rotmilan und andere kollisionsgefährdete Vögel den Bereich der Windkraftanlage nutzten.

30

Der Beigeladene stellte keinen Antrag und äußerte sich inhaltlich nicht.

31

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die vorgelegten Behördenakten sowie auf die Gerichtsakten in diesem Verfahren, in den Verfahren M 19 SN 18.4480, M 28 S7 19.2522 sowie im Verfahren der Hauptsache (M 28 K 18.4542) Bezug genommen.

II.

32

Der zulässige Antrag bleibt in der Sache ohne Erfolg.

33

Nach § 80 Abs. 7 Sätze 1 und 2 VwGO kann das Gericht der Hauptsache Beschlüsse über Anträge nach § 80 Abs. 5 VwGO jederzeit ändern oder aufheben; jeder Beteiligte kann die Änderung oder Aufhebung wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände beantragen.

34

Das Verfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO dient nicht in der Art eines Rechtsmittelverfahrens der Überprüfung, ob die vorangegangene Entscheidung formell und materiell richtig ist. Es dient allein der Möglichkeit, einer nachträglichen Änderung der Sach- und Rechtslage Rechnung zu tragen. Prüfungsmaßstab für die Entscheidung ist daher allein, ob nach der jetzigen Sach- und Rechtslage die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.8.2008 - 2 VR 1/08 - juris; VGH BW, B.v. 16.12.2001 - 13 S 1824/01 - juris; OVG NRW, B.v. 7.2.2012 - 18 B 14/12 - juris). Dasselbe gilt bei einer Veränderung der Prozesslage, etwa aufgrund neuer Erkenntnisse. Darüber hinaus müssen die geänderten Umstände geeignet sein, eine andere Entscheidung herbeizuführen (vgl. VG Augsburg, B.v. 30.9.2013 - Au 5 S 13.30305 - juris Rn. 10; Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 80 Rn. 202 ff. m.w.N.).

35

Das Verwaltungsgericht München ist vorliegend für das gerichtliche Abänderungsverfahren des § 80 Abs. 7 VwGO insbesondere instanzial zuständig. Zuständig ist das Gericht der Hauptsache nämlich auch dann, wenn über die aufschiebende Wirkung zuvor im Beschwerdeverfahren der Bayerische Verwaltungsgerichtshof befunden hat, also eine Änderung der obergerichtlichen Entscheidung beantragt wird (vgl. BayVGH, B.v. 8.12.1977 - 170 VIII 77 - juris).

36

Der Abänderungsantrag ist jedoch nicht begründet.

37

Das Gericht bewertet die Erfolgsaussichten des vom Antragsgegner angestrebten Klageverfahrens immer noch jedenfalls als offen (nachfolgend 1.). Bei Abwägung der Interessen der Antragstellerin mit den Interessen des Antragsgegners überwiegt das Interesse des Antragsgegners an der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung die Interessen der Antragstellerin an der sofortigen Vollziehung der Genehmigung (nachfolgend 2.).

38

1. Die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens sind offen.

39

a) Rechtsgrundlage für die in der Hauptsache angefochtene Genehmigung zu Errichtung und Betrieb der WKA ist § 6 Abs. 1 BImSchG. Danach ist die erforderliche Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden (Nr. 1), und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (Nr. 2).

40

Nach ständiger Rechtsprechung kann das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG als naturschutzrechtlicher Belang einem immissionsschutzrechtlich zu genehmigenden Vorhaben gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB entgegenstehen (vgl. BVerwG, U.v. 27.6.2013 - 4 C 1/12 - juris Rn. 6).

41

Nach § 44 Abs. 1 BNatSchG ist es u.a. verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu nehmen, zu beschädigen oder zerstören (Nr. 1), oder wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert (Nr. 2). Zu den geschützten Arten zählen u.a. gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 13 Buchst. b Doppelbuchst. aa, Nr. 14 Buchst. b BNatSchG alle nach Anhang IV Buchst. a der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 (ABl. Nr. L 206 vom 22. Juli 1992, S. 7) streng geschützten Fledermausarten (Microchiroptera). Die streitgegenständlichen Vogelarten sind jedenfalls nach § 7 Abs. 2 Nr. 13 Buchst. b Doppelbuchst. bb als europäische Vogelarten (§ 7 Abs. 2 Nr. 12 BNatSchG) besonders geschützt.

42

Die in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG genannten Verbotstatbestände sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts individuenbezogen. Geschützt ist damit jedes einzelne Tier (BVerwG, U.v. 9.7.2008 - 9 A 14.07 - juris Rn. 91; U.v. 18.3.2009 - 9 A 39.07 - juris Rn. 58; Lau in Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2015, § 44 Rn. 10). Dass einzelne Exemplare besonders geschützter Arten durch Kollisionen mit Windenergieanlagen zu Schaden kommen können, lässt sich allerdings bei lebensnaher Betrachtung nie völlig ausschließen. Vor diesem Hintergrund bedarf es nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts einer einschränkenden Auslegung der Vorschrift des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG dahingehend, dass der Tötungsverbotstatbestand nur erfüllt ist, wenn sich das Tötungsrisiko für die betroffenen Arten durch das Vorhaben in signifikanter Weise erhöht. Dafür sind Anhaltspunkte erforderlich, dass sich das Risiko eines Vogel- oder Fledermausschlags durch das Vorhaben deutlich gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko erhöht. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung hat nunmehr in § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG Eingang in das Gesetz gefunden. Ob eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos vorliegt, ist insbesondere anhand der artspezifischen Verhaltensweisen, der Häufigkeit des Aufenthalts im Gefährdungsbereich und der Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen zu bewerten (BVerwG, U.v. 14.7.2011 - 9 A 12.10 - juris Rn. 99; BayVGH B.v. 27.11.2017 - 22 CS 17.1574 - juris Rn. 32 ff.; VG Gießen, U.v. 13.6.2018 - 1 K 311.17 - juris Rn. 27).

43

b) Für die fachliche Beurteilung der Frage, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllt sind, steht der Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu (BVerwG, U.v. 9.7.2008 - 9 A 14.07 - juris Rn. 65). Diese hat zur Folge, dass die Annahmen der Genehmigungsbehörde insoweit einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich sind. Sie sind hinzunehmen, sofern sie im konkreten

Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden. Das Gericht bleibt verpflichtet zu prüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen (BVerwG, U.v. 27.6.2013 - 4 C 1.12 - juris Rn. 14; U.v. 14.7.2011 - 9 A 12.10 - juris Rn. 99; U.v. 23.1.2015 - 7 VR 6.14 - juris Rn. 30).

44

c) Hiervon ausgehend hat die erkennende Kammer - nach wie vor - erhebliche Zweifel hinsichtlich des methodischen Vorgehens bei der Ermittlung der Grundlagen für die Beurteilung der Frage, ob durch den Betrieb der WKA 3 kollisionsgefährdete geschützte Vogelarten einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt werden. Die Stellungnahme der UNB vom 29. Januar 2020 ist nicht geeignet, die seitens der Kammer bereits mit Beschluss vom 15. Juli 2019 (M 28 S7 19.2522) sowie die vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof im Beschluss vom 24. Oktober 2019 (22 CS 19.1485) aufgezeigten Mängel hinsichtlich der Prüfung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände zu beheben.

45

aa) Bereits im Beschluss vom 15. Juli 2019 hat die erkennende Kammer darauf hingewiesen, dass ausweislich einer Stellungnahme der HNB vom 19. Februar 2016 der von beiden Gutachtern gewählte, im Westen gelegene Beobachtungspunkt für die Einsehbarkeit des - hier nunmehr noch allein maßgeblichen - Anlagenstandorts 3 nicht geeignet sei. Wörtlich heißt es dort (Seite 6 der Stellungnahme):

„Zusammen mit der UNB hat die HNB im Rahmen einer Ortseinsicht am 14.07.2015 auch die Einsehbarkeit der Anlagenstandorte von den beiden westlich des B... gelegenen Beobachtungspunkten aus den Fachgutachten B... (2014) und F... (2015) überprüft.

Im Ergebnis stimmten die Naturschutzbehörde mit den fachgutachterlichen Einschätzungen von F... (2015) für die Anlagenstandorte eins und zwei überein, wonach eine ausreichende Einsehbarkeit und Entfernung zum Beobachtungspunkt gegeben war.

Für den Anlagenstandort drei kommen wir hingegen zu der Einschätzung, dass aufgrund der Entfernung zwischen Beobachtungspunkt und Anlagenstandort, der eingeschränkten Einsehbarkeit der östlichen und südlichen Teile des B... sowie der Entfernung die erforderliche Einsehbarkeit grundsätzlich nicht gegeben war.“

46

Nach der Anlage 6 des Windkrafteerlasses 2011 sollen für die Erfassung der Flugbewegungen besonders kollisionsgefährdeter Vogelarten im Umfeld einer Windkraftanlage und die Abschätzung einer möglichen Erhöhung des Tötungsrisikos aufgrund von höheren Aufenthaltswahrscheinlichkeiten im Bereich der Anlagen Fixpunkte ausgewählt werden, die eine gute Übersicht auf den Anlagenstandort und seine Umgebung erlauben. Die Zahl der Fixpunkte ist dabei zwar abhängig von der Topographie, Waldbedeckung, Ausdehnung und Anordnung des Windparks etc. Selbst bei guter Einsehbarkeit des Geländes und kleinen Windparks sollten jedoch wenigstens zwei Fixpunkte gewählt werden. Der Windenergieerlass 2016 enthält in seiner Anlage 5 eine im Wesentlichen identische Regelung.

47

An der grundsätzlich erforderlichen Beobachtung von (mindestens) zwei Beobachtungspunkten fehlte es bei beiden Gutachtern. Hinsichtlich des Anlagenstandorts 3 wurden auch seitens des Gutachters B., dessen saP der streitgegenständlichen Genehmigung zugrunde gelegt worden ist, nur von einem einzigen geeigneten Beobachtungspunkt die Flugbewegungen im Umfeld der Windkraftanlage erfasst, sodass den Erfordernissen des Windkrafteerlasses 2011 nicht genügt worden ist.

48

Hierzu verhält sich die Stellungnahme des Landratsamts vom 29. Januar 2020 mit keinem Wort.

49

bb) Die Abweichung von den Maßgaben des Windkrafteerlasses 2011 ist auch nicht allein aufgrund der Stellungnahme der Regierung von Oberbayern als HNB vom 9. August 2019 unbeachtlich. Dort heißt es unter anderem:

„In Abstimmung mit dem Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz teilen wir Folgendes mit:

1. Die Beobachtungen des Gutachters von zwei Fixpunkten entsprachen in methodischer Hinsicht den Anforderungen des BayWEE. Dass die volle Einsehbarkeit des Standortes der WEA 3 nicht gegeben war, wurde weder von der höheren Naturschutzbehörde noch vom LfU als methodischer Fehler angesehen.“

50

Zwar ist es nach der Rechtsprechung des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs nicht generell und ausnahmslos ausgeschlossen, von den Vorgaben des Bayerischen Windkraft- oder Windenergieerlasses hinsichtlich Art und Umfang, Methodik und Untersuchungstiefe der zur Ermittlung der artenschutzrechtlichen Betroffenheiten erforderlichen Maßnahmen abzuweichen. Da es sich dabei jedoch um ein auf landesweiten fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen beruhendes, „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ handelt, bedarf eine Abweichung von dessen im Regelfall zu beachtenden Erfordernissen jedenfalls einen fachlichen Grund und gleichwertigen Ersatz (BayVGH, B.v. 29.5.2017 - 22 ZB 17.529 - juris). Hierauf hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Beteiligten nochmals mit Beschluss vom 24. Oktober 2019 ausdrücklich hingewiesen. Dort ist in den Gründen ausgeführt, es sei (bei der vorzulegenden artenschutzfachlichen Aussage) „für jede vogelartspezifische fachliche Einschätzung [...] anzugeben, auf welchen fachlichen, dem seinerzeitigen BayWKE 2011 entsprechenden Untersuchungen die Einschätzung beruht oder aus welchem fachlichen Grund sie zwar von den im Regelfall zu beachtenden Erfordernissen des BayWKE 2011 abweicht, sich aber auf andere Erkenntnismittel stützen kann, die als gleichwertiger Ersatz angesehen werden können“ (BayVGH, B.v. 24.10.2019 - 22 CS 19.1485 - Rn. 28).

51

Auch hieran fehlt es der Stellungnahme des Landratsamts vom 29. Januar 2020, die lediglich die mehrfach wiederholte Feststellung enthält, das Gutachten B. habe methodisch den formalen Anforderungen des Windkrafterlasses 2011 entsprochen. Die UNB äußert sich dabei weder zum fachlichen Grund einer Abweichung vom Regelfall der Beobachtung von zwei Fixpunkten, noch nimmt sie Bezug auf etwaige andere Erkenntnismittel, die eine artenschutzfachliche Beurteilung tragen könnten. Insoweit kann auch nicht ohne weiteres auf die Dokumentationen des Gutachters F. zurückgegriffen werden, denn dessen Beobachtungen genügten - worauf die Antragstellerin mehrfach hingewiesen hat - ebenfalls nicht den Anforderungen des Windkrafterlasses 2011. Der Gutachter F. wählte nämlich nur einen Beobachtungspunkt, der überdies - ebenso wie derjenige des Gutachters B. - für den Anlagenstandort 3 ungeeignet gewesen sei.

52

Auch die zitierte Äußerung der HNB in der Stellungnahme vom 9. August 2019 beschränkt sich auf eine bloße Behauptung ohne jede nachvollziehbare naturschutzfachliche Begründung.

53

cc) Vor diesem Hintergrund erscheint es der Kammer auch zweifelhaft, dass das Landratsamt in seiner Stellungnahme vom 29. Januar 2020 die eigene Abweichung von der noch kurz vor der Erteilung der Genehmigung seitens der HNB (im Schriftsatz vom 19.2.2016) ausgesprochenen Empfehlung, für den streitgegenständlichen Anlagenstandort eine Nachuntersuchung nach der Methodik der Anlage 6 des Windkrafterlasses 2011 zu veranlassen, (jedenfalls auch) damit rechtfertigt, dass die Beobachtungen des Gutachters F. „im Gegensatz zu den Beobachtungen“ des Gutachters B. nicht vollumfänglich den Anforderungen des Windkrafterlasses 2011 entsprochen hätten (vgl. Seite 12 des Schriftsatzes des Landratsamts).

54

dd) Soweit das Landratsamt in seiner Stellungnahme jedenfalls hinsichtlich der Vogelarten Rotmilan und Schwarzmilan im Wesentlichen aus dem Fehlen eines nachgewiesenen Brutvorkommens innerhalb des Prüfbereichs nach Anlage 2 Spalte 2 Windkrafterlass 2011 auf das Nichtvorliegen eines signifikant erhöhten Tötungs- und Verletzungsrisikos zu schließen scheint, fehlt der artenschutzfachlichen Aussage der UNB eine Prüfung der regelmäßig aufgesuchten Nahrungshabitate nach Spalte 3. Auch bei einem außerhalb des Prüfbereichs 1 liegenden Brutplatz kann durch eine Windkraftanlage im Flugkorridor der Nahrungssuche das Tötungsrisiko signifikant erhöht sein (vgl. Windkrafterlass 2011, S. 43 f.). Daher ist der Hinweis der UNB auf einen rund 1.200 m vom der Windkraftanlage entfernten (und damit zwar nicht im Prüfbereich nach Spalte 2, wohl aber im Prüfbereich nach Spalte 3 liegenden) Schwarz- oder Rotmilanhorst nicht ausreichend. Könnte eine solche Prüfung nach Anlage 2 Spalte 3 nämlich bereits dann entfallen, wenn kein

Brutplatz innerhalb des Prüfbereichs der Spalte 2 nachweisbar ist, wäre Spalte 3 der Anlage 2 insgesamt entbehrlich.

55

ee) Schließlich erfüllt die Stellungnahme des Landratsamts vom 29. Januar 2020 auch im Übrigen nicht die im Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs benannten Anforderungen einer artenschutzfachlichen Einschätzung „aus einem Guss“. Insbesondere zu den Vogelarten Rotmilan, Schwarzmilan und sonstigen kollisionsgefährdeten Arten beschränkt sich die Darstellung auf die Wiedergabe der Beobachtungen des Gutachters F., wobei auffällt, dass die vom Gutachter F. in seiner Untersuchung vom 14. August 2015 aufgeführten Flugbewegungen von Rotmilan und Schwarzmilan im Umfeld der WKA in der Würdigung des Landratsamts (Seite 17 des Schriftsatzes vom 29.1.2020) nicht einmal aufgeführt, geschweige denn gewürdigt werden. Eine systematische Prüfung der Verbotstatbestände, wie sie sowohl im Windkrafterlass 2011 (dort unter 9.4.1) als auch im Windenenergieerlass 2016 (dort unter 8.4.1) vorgesehen ist, findet sich in der artenschutzfachlichen Einschätzung des Landratsamts ebenso wenig wie eine Würdigung der (offenbar nur vom Gutachter F.) festgestellten Tatsachen und ein naturschutzfachlich begründetes Fazit aus diesen.

56

ff) Angemerkt sei schließlich noch, dass die Stellungnahme des Landratsamts vom 29. Januar 2020 eher noch eine neue Zweifelsfrage aufwirft, wenn darin (vgl. Seite 4 unten/S. 9 Mitte) dargelegt wird, dass im Genehmigungsbescheid keine andere der kollisionsgefährdeten Vogelarten als der Wespenbussard thematisiert worden sei, weil im Zeitpunkt der Genehmigung nur der Wespenbussard „von Bedeutung“ gewesen oder „als relevant eingestuft“ worden sei. Hieraus könnte sich über die (bereits vom Bayer. Verwaltungsgerichtshof im B.v. 24.10.2019 - 22 CS 19.1485 - Rn. 26 geäußerte) Kritik an der Begründung des Genehmigungsbescheids hinaus die Frage ergeben, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigung hinsichtlich der anderen kollisionsgefährdeten Vogelarten überhaupt eine ausreichende eigene naturschutzfachliche Überprüfung, Bewertung und Entscheidung erfolgt ist, die sich die Genehmigungsbehörde bei der Erteilung der Genehmigung zu eigen machen konnte.

57

2. Hinsichtlich der angesichts offener Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage gebotenen Abwägung der gegenseitigen Interessen von Antragstellerin und Antragsgegner teilt das Gericht nach wie vor die Bewertung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (so zuletzt BayVGh, B.v. 24.10.2019 - 22 CS 19.1485 - Rn. 29). Zwar kommt den beachtlichen und tatsächlich getätigten, sich derzeit aber nicht amortisierenden Investitionen der Antragstellerseite sowie der von Antragstellerseite behaupteten „kritischen“ finanziellen Situation der Antragstellerin Gewicht für die Frage der Wiederherstellung des Sofortvollzugs zu. Andererseits kommt auch den Belangen des Artenschutzes hohes Gewicht zu und ist es, worauf bereits der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in aller Deutlichkeit hingewiesen hat, ureigene Aufgabe der Antragstellerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin als Bauherrin und Betreiberin, eine den gesetzlichen und normkonkretisierenden Vorgaben genügende Untersuchung zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorzulegen. Dies ist nach allem, was dem Gericht bislang bekannt wurde, jedoch nicht geschehen, wenngleich der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin durch zahlreiche Äußerungen der unteren Naturschutzbehörde und der HNB von Beginn des inzwischen langjährigen Genehmigungsverfahrens an bekannt gewesen sein musste, dass die von ihr vorgelegten Untersuchungen das Genehmigungsverfahren und die zu erwartende gerichtliche Überprüfung jedenfalls mit erheblichen Risiken belasten wird. Die Antragstellerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin hatte es selbst in der Hand, hierauf frühzeitig zu reagieren.

58

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO sowie § 162 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 154 Abs. 3 VwGO analog. Die Antragstellerin hat als unterliegender Teil nach § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen. Da der Beigeladene keinen eigenen Sachantrag gestellt und sich damit keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat, entspricht es der Billigkeit, dass er seine außergerichtlichen Kosten gemäß § 162 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 154 Abs. 3 VwGO analog selbst trägt.

59

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG i.V.m. Nrn. 19.2 und 1.5 des Streitwertkatalogs 2013 für die Verwaltungsgerichtsbarkeit und orientiert sich an der Festsetzung durch den Bayer. Verwaltungsgerichtshof im Beschluss vom 24. Oktober 2019 (22 CS 19.1485 - Rn. 31).