

Titel:

Berufungszulassungsantrag – Änderungsgenehmigung Windenergieanlage bei erhöhtem Tötungsrisiko für Rotmilan

Normenketten:

BNatSchG § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 2 Nr. 1, 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5

VwGO § 124 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2, 124a Abs. 4 S. 4, Abs. 5 S. 2

Windenergie-Erlass (BayWEE 2016) Nr. 8.4.1 lit. c) aa) S. 8., S. 10, Anl. 3, Sp. 1, Anl. 5

Leitsätze:

1. Mehrere artenschutzfachliche Untersuchungen, die für sich genommen jeweils nicht den Anforderungen des BayWEE entsprechen, können grundsätzlich als gleichwertiger Ersatz anzusehen sein. (Rn. 25)

(redaktioneller Leitsatz)

2. Dass mehrere artenschutzfachliche Untersuchungen bei einer Gesamtschau eine ausreichende Grundlage dafür bieten können, die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände entsprechend den Vorgaben des BayWEE 2016 zu prüfen, erscheint zwar denkbar, eine bloße Addition der Untersuchungszeiten mehrerer artenschutzfachlicher Gutachten greift aber für die erforderliche Gesamtschau jedenfalls zu kurz. (Rn. 26 – 27) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die hier in Rede stehende Schutzmaßnahme im Rahmen der Prüfung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG kann nicht isoliert betrachtet werden, sodass die im BayWEE 2016 enthaltenen Vorgaben für artenschutzfachliche Untersuchungen unmittelbare Relevanz auch für die Frage haben, ob mit einer solchen Schutzmaßnahme einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos begegnet werden kann. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)

4. Die Frage, wann eine Vermeidungsmaßnahme, wie sie hier verfügt wurde, „effektiv“ ist, lässt sich ohne zureichende tatsächliche Erkenntnisse darüber, wie groß das Risiko ohne diese Maßnahme wäre, nicht beantworten. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

immissionsschutzrechtlicher Änderungsbescheid betreffend eine Windkraftanlage, Abschaltzeiten bzw. -bedingungen zur Vermeidung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für den Rotmilan, Berufungszulassungsantrag der Anlagenbetreiberin nach erstinstanzlich teilweise erfolgreicher Klage der Standortgemeinde, keine dem bayerischen Windenergie-Erlass 2016 entsprechenden artenschutzfachlichen Untersuchungen, Rotmilan, Änderungsbescheid, Windkraftanlage, Vermeidungsmaßnahme, Tötungsrisiko, artenschutzfachliche Untersuchungen, Windenergie-Erlass

Vorinstanz:

VG Regensburg, Urteil vom 21.07.2021 – RO 7 K 18.550

Fundstellen:

NuR 2022, 798

NuR 2022, 705

BeckRS 2022, 8489

LSK 2022, 8489

Tenor

I. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt.

II. Die Beigeladene hat die Kosten des Zulassungsverfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 45.000 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Beigeladene beantragt die Zulassung der Berufung gegen ein Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg, mit dem ein Änderungsbescheid betreffend eine ihr erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine Windkraftanlage teilweise, nämlich in Bezug auf die Verkürzung von Abschaltzeiten zum Schutz des Rotmilans, aufgehoben wurde.

2

Ursprünglich mit am 20. Oktober 2008 beim Landratsamt eingegangenen Unterlagen beantragte die Beigeladene die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windkraftanlage auf einem im Gemeindegebiet des Klägers gelegenen Grundstück. Mit Bescheid vom 3. September 2010 lehnte das Landratsamt den Genehmigungsantrag wegen Versagung des gemeindlichen Einvernehmens und Verunstaltung des Landschaftsbilds (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) ab. Die Klage der Beigeladenen auf Erteilung der Genehmigung wies das Bayerische Verwaltungsgericht Regensburg mit Urteil vom 6. Dezember 2012 nach Einholung eines Sachverständigengutachtens des Landesamts für Umwelt zu den Auswirkungen des Betriebs der Windkraftanlage auf geschützte Vogelarten ab. Es bestehe eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) zumindest für den Rotmilan. Mit Urteil vom 18. Juni 2014 änderte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof das Urteil des Verwaltungsgerichts ab, hob den Ablehnungsbescheid des Landratsamts auf und verpflichtete den Beklagten, über den Antrag der Beigeladenen erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Eine Verunstaltung des Landschaftsbilds sei nicht anzunehmen. Dass das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG einer Genehmigungserteilung entgegenstehe, sei erstinstanzlich in rechtlich fehlerhafter Weise bejaht worden, weil ohne fachlichen Grund von den Vorgaben in Anlage 6 der Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen vom 20. Dezember 2011 (Gemeinsame 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, AllIMBI 2012, S. 34; im Folgenden: BayWEE 2011) abgewichen worden sei und auch kein gleichwertiger Ersatz vorgelegen habe. Eine Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers zum Bundesverwaltungsgericht blieb ohne Erfolg.

3

Mit Schreiben vom 10. März 2014 beantragte die Beigeladene beim Landratsamt, hilfsweise eine Genehmigung mit der Maßgabe zu erteilen, dass die Windkraftanlage zwischen dem 1. April und dem 31. August vom kalendarischen Sonnenaufgang bis zum kalendarischen Sonnenuntergang nicht betrieben wird. In der Folge legte die Beigeladene u.a. eine Raumnutzungskartierung zur speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung im Hinblick auf geschützte Vogelarten des Büros F+F vom Oktober 2015 vor.

4

Mit Bescheid vom 3. März 2016 erteilte das Landratsamt der Beigeladenen unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens des Klägers eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb der Windkraftanlage. Unter Buchst. C Nr. 6.1 des Genehmigungsbescheids ist bestimmt, dass zur Vermeidung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos hinsichtlich besonders geschützter Vogel- bzw. Fledermausarten die Anlage zu folgenden Zeiten abzuschalten ist:

5

Nr. 6.1.1 In der Zeit vom 15. Februar bis 15. Oktober - von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang.

6

Nr. 6.1.2 In der Zeit vom 1. April bis 31. Oktober bei Windgeschwindigkeiten unter 6 m/s zwischen Sonnenuntergang und Sonnenaufgang.

7

Gegen diesen Genehmigungsbescheid erhoben sowohl der Kläger als auch die Beigeladene Klage zum Verwaltungsgericht Regensburg. Im Laufe des von der Beigeladenen angestrebten Klageverfahrens legte der Beklagte eine von ihm in Auftrag gegebene Unterlage „Erfassung von Großvogelarten, insbesondere des Rotmilans“ des Büros G vom 2. Mai 2017 vor. Die Klage des Klägers wies das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 21. September 2017 ab. Hiergegen stellte der Kläger einen Antrag auf Zulassung der Berufung (22 ZB 17.2220). Dieses Verfahren ist seit dem 16. Juli 2018 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens betreffend den vorliegend streitgegenständlichen Bescheid ausgesetzt. Im Klageverfahren der

Beigeladenen wurde der Rechtsstreit in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht am 21. September 2017 für erledigt erklärt.

8

Mit Datum 26. März 2018 erließ das Landratsamt den vorliegend streitgegenständlichen Bescheid, mit dem der Genehmigungsbescheid vom 3. März 2016 u.a. wie folgt geändert wurde:

9

Nr. II.1: Die Nebenbestimmung in Buchst. C Nr. 6.1.1 erhält folgende Neufassung: Zur Vermeidung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos für den Rotmilan ist die Windkraftanlage für zwei Tage während des Tages bei großflächiger Ernte oder Mahd im Bereich des 300 m-Radius um die Windkraftanlage (...) abzuschalten.

10

Nr. II.2: Die Nebenbestimmung unter Buchst. C Nr. 6.1.2 erhält folgende Neufassung: Zur Fassung des 300 m-Radius um die Windkraftanlage ist ein 360°-Kamerasystem vor Inbetriebnahme der Windkraftanlage zu installieren. Über die Abschaltung der Windkraftanlage während der großflächigen Ernte oder Mahd ist dem Landratsamt zum 30.06. und zum 31.12. jeden Jahres unaufgefordert eine Auswertung vorzulegen.

11

Ferner wurden die Nebenbestimmungen zu einem Gondelmonitoring und einem Abschaltalgorithmus zum Schutz von Fledermäusen neu gefasst (Nr. II. 3).

12

Auf Klage des Klägers hob das Bayerische Verwaltungsgericht Regensburg mit Urteil vom 21. Juli 2021 den Bescheid vom 26. März 2018 in Nr. II.1 und in Nr. II.2 auf, „soweit Letztere nicht die Aufhebung von Buchst. C Nr. 6.1.2 des Bescheids vom 3. März 2016, sondern die Installation eines Kamerasystems und die Vorlage einer Auswertung über die Abschaltung der Windkraftanlage während der großflächigen Ernte oder Mahd regelt“. Im Übrigen wies es die Klage ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt: Das Landratsamt habe von seiner artenschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative fehlerhaft Gebrauch gemacht, indem es in Nr. II.1 des Bescheids davon ausgegangen sei, dass für den Rotmilan in der Zeit vom 15. Februar bis 15. Oktober von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bestehe. Dieser Einschätzung lägen keine den Anforderungen der Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen vom 19. Juli 2016 (Windenergie-Erlass - BayWEE; Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, für Bau und Verkehr, 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, AllIMBI 2016, S. 1642; im Folgenden: BayWEE 2016) zu Grunde; für eine Abweichung aus fachlichem Grund und gleichwertigen Ersatz sei nichts Durchgreifendes vorgebracht. Auf den Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG könne sich der Kläger als Standortgemeinde angesichts § 36, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB berufen. Das in der Nr. II.2 des Änderungsbescheids vorgesehene Kamerasystem diene der Umsetzung der Nr. II.1, hänge mit dieser untrennbar zusammen und sei daher ebenfalls aufzuheben. Gegen Nr. II.3 des Änderungsbescheids bestünden hingegen keine Bedenken.

13

Gegen das ihr am 26. Juli 2021 zugestellte Urteil vom 21. Juli 2021 beantragte die Beigeladene mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 25. August 2021, eingegangen beim Verwaltungsgericht am gleichen Tag, die Zulassung der Berufung. Mit Schriftsatz vom Montag, den 27. September 2021, eingegangen beim Verwaltungsgerichtshof am gleichen Tag, begründete die Beigeladene ihren Berufungszulassungsantrag. Sie macht ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und besondere tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) geltend.

14

Der Beklagte hat sich zu dem Zulassungsvorbringen geäußert, jedoch keinen Antrag gestellt. Der Kläger hat beantragt, den Berufungszulassungsantrag abzulehnen.

15

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und die Behördenakten verwiesen.

II.

16

Der Antrag auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg. Aus dem der rechtlichen Überprüfung durch den Senat allein unterliegenden Vorbringen in der Antragsbegründung (§ 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO) ergeben sich weder ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (1.) noch besondere rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO (2.).

17

1. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen, wenn nach dem Vortrag des Rechtsmittelführers gegen die Richtigkeit des Urteils gewichtige Gesichtspunkte sprechen. Davon ist immer dann auszugehen, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird und wenn sich nicht ohne nähere Prüfung die Frage beantworten lässt, ob die Entscheidung möglicherweise im Ergebnis aus einem anderen Grund richtig ist (BVerfG, B.v. 7.10.2020 - 2 BvR 2426/17 - juris Rn. 34; BVerwG, B.v. 10.3.2004 - 7 AV 4.03 - juris Rn. 9). Der Rechtsmittelführer muss konkret darlegen, warum die angegriffene Entscheidung aus seiner Sicht im Ergebnis falsch ist. Dazu muss er sich mit den entscheidungstragenden Annahmen des Verwaltungsgerichts konkret auseinandersetzen und im Einzelnen dartun, in welcher Hinsicht und aus welchen Gründen diese Annahmen ernstlichen Zweifeln begegnen (Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 124a Rn. 62 f.). Solche ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils ergeben sich aus der Antragsbegründung nicht.

18

1.1 Das Verwaltungsgericht hat Nr. II.1 des streitgegenständlichen Bescheids vom 26. März 2018, mit dem an Stelle der Abschaltung der Windkraftanlage vom 15. Februar bis 15. Oktober von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang (Nebenbestimmung Buchst. C Nr. 6.1.1 des Genehmigungsbescheids vom 3.3.2016) nur noch eine Abschaltung für zwei Tage während des Tages bei großflächiger Ernte oder Mahd im Bereich eines 300 m-Radius um die Anlage angeordnet worden war, deshalb aufgehoben, weil die Annahme des Beklagten zu beanstanden sei, dass bei Einhaltung dieser geänderten Nebenbestimmung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (erstmalig BVerwG, U.v. 12.3.2008 - 9 A 3.06 - BVerwGE 130, 299 - LS 17; vgl. nunmehr auch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG) kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für den Rotmilan bestehe. Dieser Annahme lägen keine Untersuchungen zu Grunde, die den Anforderungen in Anlage 5 des einschlägigen BayWEE 2016 genügten (UA S. 17 f.). Dieser sehe im Minimum Vogelbeobachtungen von sechs Stunden pro Tag bzw. 108 Stunden pro Fixpunkt insgesamt vor. Hinter diesen Vorgaben blieben die vom Landratsamt zu Grunde gelegten Untersuchungen deutlich zurück (UA S. 19). Im Rahmen der Untersuchungen des Büros G (vom 2.5.2017), auf die sich das Landratsamt im Wesentlichen stütze, hätten lediglich Beobachtungen über einen Zeitraum vom insgesamt 75 Stunden (an 19 Tagen) stattgefunden, zudem lediglich zweimal sechs, im Übrigen nur zwei, drei oder vier Stunden pro Tag. Die Raumnutzungskartierung des Büros F+F (vom Oktober 2015) fuße auf 18 Beobachtungstagen mit insgesamt nur 57 Beobachtungsstunden mit nur drei Stunden pro Tag bzw. einmal sechs Stunden pro Tag. Zudem hätten die Beobachtungen entgegen dem BayWEE 2016 teilweise die Mittagszeit (12 - 14 Uhr) nicht ausgespart. Für eine Abweichung aus fachlichem Grund und einen gleichwertigen Ersatz hätten Beklagter und Beigeladene nichts Durchgreifendes vorgebracht. Nr. II.2 des Bescheids hat das Verwaltungsgericht - in dem im Urteilstenor umschriebenen Regelungsumfang - aufgehoben, weil diese Nebenbestimmung der Umsetzung der aufzuhebenden Nebenbestimmung Nr. II.1 diene und mit dieser in untrennbarem Zusammenhang stehe (UA S. 22).

19

1.2 Die Beigeladene macht hiergegen zunächst geltend, dass vorliegend eine großräumige und diffuse Verteilung der Nahrungshabitate vorliege, welche in der Regel nicht zu erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten kollisionsgefährdeter Arten im Nahbereich einer Anlage und damit nicht zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos führe. So habe es auch das Verwaltungsgericht ausweislich des Protokolls über die mündliche Verhandlung vom 21. September 2017 in den seinerzeitigen Klageverfahren des Klägers und der Beigeladenen gesehen; hierauf habe es auch in dem angegriffenen Urteil hingewiesen. In den Jahren 2015 bis 2017 durchgeführte Raumnutzungskartierungen sowie weitere Informationen von „Gewährsleuten“ des Klägers hätten gerade nicht den Nachweis erhöhter Aufenthaltswahrscheinlichkeiten geliefert. Es komme nicht allein darauf an, ob zwei oder drei Fixpunkte im Rahmen einer einzelnen Raumnutzungskartierung gewählt worden seien, sondern darauf, dass eine

Ausnahme von der genannten Regel nicht nachgewiesen sei. Hieraus ergeben sich keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils.

20

1.2.1 Das Verwaltungsgericht ist unter Verweis auf Rechtsprechung des Senats (BayVGH, U.v. 18.6.2014 - 22 B 13.1358 - juris Rn. 45, betreffend die vorliegende Anlage) davon ausgegangen, dass es sich bei dem BayWEE um ein antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität handle; von dessen Vorgaben dürfe nicht ohne fachlichen Grund und ohne gleichwertigen Ersatz abgewichen werden (UA S. 16). Diesen Ausgangspunkt stellt die Antragsbegründung nicht in Frage.

21

1.2.2 Die Beigeladene bezieht sich mit ihrem Hinweis auf eine „großräumige und diffuse Verteilung der Nahrungshabitate außerhalb des engeren Prüfbereichs“, welche in der Regel nicht zu erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten im Nahbereich einer Anlage führe, offenbar auf Abschnitt 8.4.1 Buchst. c) aa) Satz 8 BayWEE 2016. Aus ihren diesbezüglichen Ausführungen ergeben sich keine ernstlichen Zweifel i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

22

1.2.2.1 Die Beigeladene legt bereits nicht im Sinne von § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO dar, aus welchen der für ihr Vorhaben erstellten artenschutzfachlichen Unterlagen sich eine solche „großräumige und diffuse Verteilung der Nahrungshabitate“ ergeben soll. Dass eine auf die Nahrungshabitate bezogene Untersuchung geboten ist, ergibt sich aus Abschnitt 8.4.1 Buchst. c) aa) Satz 2 BayWEE 2016, wonach innerhalb der in Anlage 3 Spalte 3 genannten Abstände zur Windenergieanlage (für den Rotmilan 4.000 m) zu prüfen ist, ob regelmäßig aufgesuchte Nahrungshabitate u.ä. der betreffenden Art vorhanden sind. Die Beigeladene macht zwar geltend, die großräumige und diffuse Verteilung von Nahrungshabitaten sei „unstreitig“. Allerdings enthalten die Begriffe „großräumig“ und „diffus“ wertende Elemente, so dass die damit umschriebenen Voraussetzungen nicht in vollem Umfang „unstreitig“ sein können. Für eine solche „Unstreitigkeit“ lässt sich auch dem angegriffenen Urteil nichts entnehmen. Die von der Beigeladenen in Bezug genommene Passage im Urteil (UA S. 17) stellt eine bloße Wiedergabe der Maßstäbe des BayWEE 2016 dar. Auch aus dem Hinweis der Beigeladenen auf eine in der Niederschrift über die mündliche Verhandlung in der Verwaltungsstreitsache RO 7 K 16.516 (Klage der Beigeladenen gegen Nebenbestimmungen in der Genehmigung vom 3.3.2016) enthaltene Äußerung des Verwaltungsgerichts ergibt sich eine Unstreitigkeit in Bezug auf die Verteilung der Nahrungshabitate nicht. Zum einen handelte es sich insoweit, wie sich aus jener Niederschrift (S. 4) ergibt, um einen vorläufigen gerichtlichen Hinweis. Zum anderen und insbesondere lässt sich dieser Niederschrift entnehmen, dass die Beteiligten zu der vom Verwaltungsgericht seinerzeit angesprochenen - und vorliegend von der Beigeladenen in Bezug genommenen - Passage des BayWEE sowie dem hierzu erteilten gerichtlichen Hinweis anschließend kontroverse Standpunkte vertreten haben. Selbst das Landratsamt ging dabei nicht davon aus, dass die Voraussetzungen des Abschnitts 8.4.1 Buchst. c) aa) Satz 8 BayWEE 2016 in Bezug auf die Verteilung der Nahrungshabitate vorliegen würden; vielmehr bestand aus Sicht der Genehmigungsbehörde ein Tötungsrisiko, welches (erst) durch eine Vermeidungs- bzw. Minimierungsmaßnahme unter die Signifikanzschwelle gesenkt werden könne (Sitzungsniederschrift vom 21.9.2017, S. 5). Um ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des vorliegend angegriffenen Urteils zu wecken, hätte die Beigeladene daher ihren Vortrag zur Verteilung der Nahrungshabitate substantiieren müssen. Dies ist nicht erfolgt.

23

1.2.2.2 Zudem sind die vom Verwaltungsgericht angenommenen Defizite bei den artenschutzfachlichen Untersuchungen auch hinsichtlich der von der Beigeladenen angeführten Aussage des BayWEE 2016 betreffend die Verteilung der Nahrungshabitate von Relevanz. Abschnitt 8.4.1 Buchst. c) aa) Satz 8 BayWEE 2016 ist in den Kontext der weiteren Aussagen dieses Abschnitts zu stellen, der sich mit der Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände betreffend kollisionsgefährdete Vogelarten befasst und hierzu die Abschichtung und den Untersuchungsumfang vorgibt. So verweist Abschnitt 8.4.1, Buchst. c) aa) Satz 10 BayWEE 2016 - unmittelbar nach den Aussagen zur Verteilung der Nahrungshabitate - auf die Methodenhinweise zur Untersuchung in Anlage 5 zum BayWEE 2016. Der Verweis schließt die Aussagen des Unterabschnitts Buchst. c) aa) zur Prüfung der Verbotstatbestände zu kollisionsgefährdeten Arten ab und beansprucht damit Gültigkeit für alle diesbezüglichen Prüfungsschritte, d.h. einschließlich der von der Beigeladenen angeführten Aussage. Dementsprechend hat der Senat auf diese Methodenhinweise im Rahmen seiner Rechtsprechung zum BayWEE wiederholt abgestellt (vgl. das die vorliegende Anlage

betreffende U.v. 18.6.2014 - 22 B 13.1358 - juris Rn. 53; ferner etwa U.v. 27.5.2016 - 22 BV 15.2003 - juris Rn. 40 [jeweils zur Anlage 6 des BayWEE 2011]). Dies gilt namentlich für die hier in Rede stehende Frage der täglichen und der Gesamtbeobachtungszeiten (vgl. B.v. 27.11.2017 - 22 CS 17.1574 - juris Rn. 51 f sowie Rn. 54; U.v. 30.6.2017 - 22 B 15.2365 - juris Rn. 91 ff.). Zudem gibt bereits Abschnitt 8.4.1 Buchst. b) Satz 7 ff. BayWEE 2016 vor, dass dann, wenn - wie hier unzweifelhaft bezüglich des Rotmilans (Anlage 3 Spalte 1) - begründete Anhaltspunkte für das Vorkommen schlagsensibler Arten vorliegen, weitergehende Kartierungen vor Ort erforderlich sind mit dem Ziel, die Aufenthaltswahrscheinlichkeit im Bereich der Anlage abschätzen zu können. Weiter folgt aus Abschnitt 8.4.1 Buchst. c) aa) Satz 2 bis 4 BayWEE 2016, dass nur dann keine signifikante Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos besteht - und es folglich keiner weitergehenden Untersuchungen bedarf -, wenn die Entfernung der Windkraftanlage von Brutplätzen kollisionsgefährdeter Vogelarten sowohl die in Anlage 3 Spalte 2 als auch Spalte 3 genannten Abstände überschreitet (in Bezug auf den Rotmilan: 1.500 m bzw. 4.000 m). Dass eine solche Überschreitung hier vorliegt, ergibt sich aus der Antragsbegründung nicht. Vielmehr trägt die Beigeladene selbst vor, es sei unstrittig, dass ein Rotmilanhorst mit einem Abstand von 1.700 m und ein Horst im Abstand von 4 km gefunden worden sei (Antragsbegründung, S. 3; vgl. auch UA S. 6 unten). Damit ist jedenfalls der („weitere“) Prüfbereich von 4.000 m - sogar bezüglich zweier Horste - nicht überschritten, so dass gemäß dem BayWEE weitere Untersuchungen geboten waren.

24

Für den vorliegenden Fall hat das Verwaltungsgericht im Einzelnen herausgearbeitet (UA S. 18), dass die Untersuchungen durch das Büro G, auf die sich das Landratsamt im Wesentlichen gestützt habe, und auch die Raumnutzungskartierung des Büros F+F Partnerschaft in der Gesamtheit der Beobachtungsstunden sowie hinsichtlich der täglichen Beobachtungsdauer weit hinter den Anforderungen des BayWEE 2016 zurückgeblieben seien. Es hat sich ferner (UA S. 19 f.) mit der Frage befasst, ob aus fachlichem Grund und mit gleichwertigem Ersatz vom BayWEE habe abgewichen dürfen. Dies hat es verneint und hierzu insbesondere festgestellt, dass solche Abweichungsgründe vom Landratsamt nicht vorgebracht worden seien und dass die Untersuchungen der genannten Büros derart weit von den Beobachtungsanforderungen des BayWEE 2016 entfernt lägen, dass eine Vergleichbarkeit fernliege. Dies folge auch aus einem Vergleich mit dem BayWEE 2011, gegenüber dem die Beobachtungszeiten im BayWEE 2016 auf das Doppelte angehoben worden seien.

25

Mit diesen Ausführungen des Verwaltungsgerichts setzt sich die Antragsbegründung - auch in ihren Abschnitten zum Umfang der Anfechtung und zum Sachverhalt - nicht in der nach § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO gebotenen Weise auseinander. Der Verweis der Beigeladenen auf mehrere von 2015 bis 2017 durchgeführte Raumnutzungsuntersuchungen sowie darauf, dass auch Informationen von „Gewährsleuten“ des Klägers nicht den Nachweis erhöhter Aufenthaltswahrscheinlichkeiten hätten liefern können, ist zu pauschal und geht nicht, wie erforderlich, auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zur Unterschreitung der nach dem BayWEE 2016 gebotenen Untersuchungszeiten näher ein. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass mehrere artenschutzfachliche Untersuchungen für sich genommen jeweils nicht den Anforderungen des BayWEE entsprechen, dass dies aber in der Gesamtschau der Fall ist, bzw. dass eine Abweichung gerechtfertigt werden kann, wenn solche Untersuchungen jedenfalls insgesamt betrachtet als gleichwertiger Ersatz anzusehen sind (vgl. zur Relevanz des Gesamtergebnisses artenschutzrechtlicher Prüfungen auch BVerwG, U.v. 21.11.2013 - 7 C 40.11 - juris Rn. 20). Hierzu legt die Antragsbegründung aber ebenfalls nichts näher dar. Eine bloße Addition der Untersuchungszeiten mehrerer artenschutzfachlicher Gutachten würde für eine solche Gesamtschau jedenfalls zu kurz greifen.

26

1.3 Ernstliche Zweifel ergeben sich auch nicht aus dem Vorbringen der Beigeladenen, es lägen zahlreiche Gutachten vor, die in ihrer Gesamtschau zu bewerten seien.

27

1.3.1 Dass mehrere artenschutzfachliche Untersuchungen bei einer Gesamtschau eine ausreichende Grundlage dafür bieten können, die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände entsprechend den Vorgaben des BayWEE 2016 zu prüfen, erscheint zwar denkbar (s.o. 1.2.2.2). Indes fehlt es in der Antragsbegründung, wie ausgeführt, an der erforderlichen substantiierten Darlegung, weshalb vorliegend trotz der vom Verwaltungsgericht herausgearbeiteten jeweils erheblichen Unterschreitung der im BayWEE

2016 vorgegebenen Beobachtungszeiten den Untersuchungsanforderungen entsprochen worden oder die Abweichung angesichts eines fachlichen Grundes und gleichwertigen Ersatzes gerechtfertigt sein könnte.

28

1.3.2 Soweit die Beigeladene - im Rahmen ihrer Sachverhaltsschilderung - auf die ornithologische Raumnutzungsanalyse des Büros S GmbH vom 11. Oktober 2019 (ergänzt mit Datum 14.5.2020) verweist, die dem Verwaltungsgericht nicht bekannt gewesen sei, gilt im Ergebnis nichts anderes. Zwar sind im Verfahren der Berufungszulassung auch solche nach materiellem Recht entscheidungserheblichen Tatsachen zu berücksichtigen, die vom Verwaltungsgericht nur deshalb im Zeitpunkt seiner Entscheidung außer Betracht gelassen wurden, weil sie von den Beteiligten nicht vorgetragen und mangels entsprechender Anhaltspunkte auch nicht von Amts wegen zu ermitteln waren (vgl. BVerwG, B.v. 14.6.2002 - 7 AV 1.02 - juris Rn. 6; BayVGh, B.v. 8.5.2020 - 22 ZB 20.127 - juris Rn. 20). In diesem Sinne entscheidungserheblich könnten die von der Beigeladenen im Berufungszulassungsverfahren vorgelegten Unterlagen des Büros S GmbH (sowie diesbezügliche Schreiben) grundsätzlich sein, auch wenn sie erst nach Erlass des streitgegenständlichen Bescheids erstellt worden sind, denn bei der Überprüfung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sind Änderungen der Sach- und Rechtslage zugunsten des Anlagenbetreibers - im Gegensatz zu solchen zu seinen Lasten - auch in Ansehung eines etwaigen Verstoßes gegen ein Verbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu berücksichtigen (BVerwG, B.v. 8.10.2021 - 7 B 1.21 - juris Rn. 9 m.w.N.). Indes legt die Beigeladene auch mit diesen Unterlagen nicht i.S.d. § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO ernstliche Zweifel an der (Ergebnis-) Richtigkeit des Urteils dahingehend dar, dass entweder nunmehr eine insgesamt dem BayWEE 2016 entsprechende Untersuchung vorliegen würde, oder dass die vom Verwaltungsgericht herausgearbeiteten Defizite behoben worden seien bzw. dass unter Berücksichtigung dieser Unterlagen die Abweichung aus fachlichem Grund mit gleichwertigem Ersatz kompensiert werden kann. Vielmehr verweist die Beigeladene lediglich pauschal auf das Ergebnis dieser neuerlichen Untersuchungen, die ihre bisherigen Annahmen bestätigen würden. Wie sich aus den Ausführungen des Beklagten im Schriftsatz vom 24. November 2021 ergibt, erscheint zudem auch in Bezug auf diese Unterlagen zumindest fraglich, inwieweit sie dem BayWEE 2016 entsprechen (Einbeziehung der Mittagszeit in die tägliche Beobachtungsdauer von 6 Stunden; „engerer“ Prüfbereich [BayWEE 2016, Anlage 3, Spalte 2] von 1.000 m statt 1.500 m; Außerachtlassung des „weiteren“ Prüfbereichs [BayWEE 2016, Anlage 3, Spalte 3] von 4.000 m; zu den beiden letztgenannten Gesichtspunkten BayVGh, B.v. 27.11.2017 - 22 CS 17.1574 - juris Rn. 56). Dass die unter dem 14. Mai 2020 vorgenommene Ergänzung Defizite vollständig kompensiert haben könnte, drängt sich ebenfalls zumindest nicht auf, da im Jahr 2020 keine weiteren Untersuchungen vorgenommen wurden (vgl. Anlage Beigel 2, S. 9).

29

1.4 Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit ergeben sich auch nicht aus dem Vortrag der Beigeladenen, die mit dem streitgegenständlichen Bescheid verfügte Vermeidungs- bzw. Minimierungsmaßnahme sei ausreichend, um einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos zu begegnen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zählt die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen zu den Umständen, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen (vgl. BVerwG, B.v. 7.1.2020 - 4 B 20.19 - juris Rn 5 m.w.N.; vgl. auch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 a.E. BNatSchG). Schon hieraus wird deutlich, dass die hier in Rede stehende (vgl. Abschnitt 8.4.3 Satz 4 Buchst. d) BayWEE 2016) Schutzmaßnahme im Rahmen der Prüfung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht isoliert betrachtet werden kann, so dass die im BayWEE 2016 enthaltenen Vorgaben für artenschutzfachliche Untersuchungen unmittelbare Relevanz auch für die Frage haben, ob mit einer solchen Schutzmaßnahme einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos begegnet werden kann (vgl. auch bereits Abschnitt 8.4 Satz 10 BayWEE 2016). Ferner setzt die Beurteilung der Geeignetheit einer solchen Maßnahme notwendigerweise hinreichende tatsächliche Kenntnisse über die Eingriffsintensität bzw. darüber voraus, ob und wie weit die Signifikanzschwelle des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ohne solche Maßnahmen überschritten würde; solche Kenntnisse sollen der Genehmigungsbehörde durch Untersuchungen gemäß Abschnitt 8.4.1 und Anlage 5 BayWEE 2016 vermittelt werden. Wenn zudem Abschnitt 8.4.3 Satz 4 BayWEE 2016 die dort genannten Maßnahmen anrät „für den Fall, dass mit einem Eintreten der Verbotstatbestände zu rechnen ist“, dann wird hiermit vorausgesetzt, dass der vorangegangene Abschnitt 8.4.1 betreffend Abschichtung und Untersuchungsumfang abgearbeitet und beachtet worden ist. Insofern kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass - wie die Beigeladene meint - die naturschutzfachliche Prüfungstiefe, wenn effektive Vermeidungsmaßnahmen möglich sind, nicht den Grad zu erreichen hat, der vorliegen muss, wenn solche Maßnahmen nicht in Betracht kommen. Die Frage, wann eine Vermeidungsmaßnahme, wie sie hier verfügt

wurde, „effektiv“ ist, lässt sich vielmehr - wie ausgeführt - ohne zureichende tatsächliche Erkenntnisse darüber, wie groß das Risiko ohne diese Maßnahme wäre, nicht beantworten.

30

1.5 Die Ausführungen der Beigeladenen zur Erteilung einer Ausnahme von dem Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gem. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG (und zu den diesbezüglichen Ausführungen in Abschnitt 8.4.4 BayWEE 2016) entsprechen ebenfalls nicht den Darlegungserfordernissen des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO. Die Beigeladene verweist lediglich darauf, dass der Standort der Anlage außerhalb eines Gebiets mit besonderer Bedeutung für den Vogelschutz und auch außerhalb eines Dichtezentrums für besonders sensible Vogelarten liege (vgl. Abschnitt 8.4.4 Buchst. b) Satz 2 HS 2 BayWEE 2016). Zu den rechtlichen Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG (zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art) äußert sie sich in der Antragsbegründung ebenso wenig näher wie zu den etlichen weiteren in Abschnitt 8.4.4 BayWEE 2016 genannten Voraussetzungen und Maßgaben. Im Übrigen sind die vom Verwaltungsgericht festgestellten und von der Beigeladenen nicht durchgreifend in Frage gestellten Defizite in den artenschutzfachlichen Untersuchungen auch insoweit von Relevanz. Denn die Erteilung einer Ausnahme gem. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG erfordert Belange des Artenschutzes überwiegende Interessen. Das Gewicht der Belange des Artenschutzes lässt sich aber ohne zureichende tatsächliche Erkenntnisse, vermittelt durch ausreichende artenschutzfachliche Untersuchungen, nicht bestimmen.

31

1.6 Der - ohnehin nur im Rahmen der Sachverhaltsschilderung und nicht im Rahmen der Darlegung von Zulassungsgründen gem. § 124 Abs. 2 VwGO erfolgte - ausführliche Vortrag der Beigeladenen zu einer nicht vorgesehenen automatischen Abschaltung der Anlage und einem diesbezüglichen Zusammenhang mit dem in Nr. II.2 des Bescheids vom 26. März 2018 verfügten Kamerasystem geht an den Gründen für die (teilweise) Bescheidaufhebung durch das Verwaltungsgericht vorbei. Das Verwaltungsgericht hat Nr. II.1 des Bescheids wegen nicht dem BayWEE 2016 entsprechender artenschutzfachlicher Untersuchungen und Nr. II.2 des Bescheids deshalb aufgehoben, weil diese Nebenbestimmung in untrennbarem Zusammenhang mit der erstgenannten Nebenbestimmung stehe; die Kritik des Klägers an der Geeignetheit des Kamerasystems hat das Verwaltungsgericht ausdrücklich keiner näheren Würdigung unterzogen (UA S. 22). Hinsichtlich des vom Verwaltungsgericht genannten Grunds für die Aufhebung von Nr. II.2 des Bescheids (untrennbarer Zusammenhang mit Nr. II.1) lassen sich der Antragsbegründung keine näheren Darlegungen entnehmen.

32

2. Die Beigeladene hat auch keine besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache gem. § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO aufgezeigt.

33

2.1 Der Hinweis der Beigeladenen darauf, Gegenstand des Rechtsstreits sei eine im Jahr 2008 erstmals beantragte Genehmigung, zu der umfangreiche Gutachten eingeholt und langjährige unterschiedliche Rechtsstreitigkeiten geführt worden seien, verfängt nicht. Streitgegenstand ist ausschließlich der Bescheid vom 26. März 2018 mit der dort gegenüber dem Genehmigungsbescheid vom 3. März 2016 vorgenommenen Reduzierung der Abschaltzeiten bzw. -bedingungen. Zu beurteilen ist damit die Frage, ob der mit dieser Änderung zum Ausdruck kommenden Auffassung des Landratsamts, zur Vermeidung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für den Rotmilan reiche die nunmehr ausschließlich vorgesehene Abschaltung für zwei Tage während des Tages bei großflächiger Ernte oder Mahd im Bereich des 300 m-Radius um die Windkraftanlage aus, zu folgen ist. Das Verwaltungsgericht hat diese Frage ohne weiteres anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und des BayWEE 2016 (verneinend) beantworten können.

34

2.2 Besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten ergeben sich auch nicht aus dem Hinweis der Beigeladenen, im Laufe der Verfahren hätten sich die Vorgaben der Windenergie-Erlasse geändert. Das Verwaltungsgericht hat angenommen, dass es hier (nur) auf den BayWEE 2016 ankomme, der im Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheids vom 26. März 2018 gegolten habe (UA S. 20 f.). Es hat hierzu eine Entscheidung des Senats (B.v. 27.11.2017 - 22 CS 17.1574 - juris Rn. 59) herangezogen sowie letztlich auf den allgemeinen Grundsatz abgestellt, dass es bei der Drittanfechtung einer Genehmigung

grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Bescheiderlasses ankommt (s.o. 1.3.2). Den BayWEE 2011 hat das Verwaltungsgericht nur herangezogen um zu begründen, weshalb die Abweichung vom BayWEE 2016 als erheblich einzustufen war, so dass kein gleichwertiger Ersatz vorlag. Zulassungswürdige Unklarheiten in Bezug auf die Anwendbarkeit oder den Inhalt einer bestimmten Fassung des BayWEE sind damit nicht ersichtlich.

35

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 19.3 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 unter Berücksichtigung des sich aus der Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts ergebenden Verhältnisses der erstinstanzlich aufgehobenen Nebenbestimmungen zum gesamtem Streitgegenstand (3/4; vgl. zur Streitwertfestsetzung bei Auseinanderfallen von Kläger und Rechtsmittelführer sowie im Berufungszulassungsverfahren reduziertem Streitgegenstand auch BayVGH, B.v. 13.7.2015 - 22 ZB 15.1330 - juris Rn. 15 f. m.w.N.).

36

Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO. Mit ihm wird das Urteil des Verwaltungsgerichts rechtskräftig, § 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO.