

Az.: 1 B 290/22



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis Mittelsachsen  
vertreten durch den Landrat  
Frauensteiner Straße 43, 09599 Freiberg

- Antragsgegner -

beigeladen:

prozessbevollmächtigt:

wegen

Genehmigung zur Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen auf dem Flurstück XX/X der Gemarkung K.  
hier: Antrag nach § 80 a Abs. 3 i. V. m. § 80 Abs. 5 VwGO

hat der 1. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Meng, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Schmidt-Rottmann und den Richter am Oberverwaltungsgericht Ranft

am 22. Juni 2023

**beschlossen:**

Der Antrag wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert wird auf 7.500 € festgesetzt.

**Gründe**

- 1 I. Der Antragsteller, eine mit Bescheid des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft vom 1. April 2024 anerkannte Umweltvereinigung, wendet sich gegen die der Beigeladenen unter dem 27. September 2022 erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb zweier Windenergieanlagen und begehrt sinngemäß die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs.
- 2 Auf entsprechenden Antrag der Beigeladenen erteilte der Antragsgegnerin im vereinfachten Verfahren die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb zweier Windenergieanlagen des Typs XXX (Nabenhöhe 166,60 m, Rotordurchmesser 160 m, Nennleistung jeweils 5,56 MW) auf dem im Außenbereich gelegenen Flurstück XX/X der Gemarkung K.. Bestandteile der Genehmigung sind näher

bezeichnete Antragsunterlagen u. a. zum Naturschutz („Ordner 3“). „Abschnitt C - Inhalts- und Nebenbestimmungen“ der Genehmigung enthält Regelungen zum Naturschutz, darunter näher bezeichnete und zu dokumentierende Abschaltzeiten im Hinblick auf „Fledermausaktivitäten“ (4.2.1.1 und 4.2.1.2), ein Gondelmonitoring (4.2.1.3) sowie Regelungen zum Schutz der Avifauna bei Mahd, Ernte und bodenbearbeitenden Maßnahmen (4.2.2.1) sowie zur Vermeidung der Anlockung von Milan- und Weihenarten (4.2.2.2) jeweils „unter Beachtung der Vorgaben des verbindlichen Leitfadens Vogelschutz an Windenergieanlagen im Freistaat Sachsen (SMEKUL 2021).“ Zu den eingeschlossenen Genehmigungen (§ 13 BImSchG) gehört u. a. eine „Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG von den Verboten des § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG bezüglich der Art Rotmilan“ (3.2).

- 3 Auf Antrag der Beigeladenen wurde die Genehmigung im elektronischen Amtsblatt des Antragsgegners vom 10. Oktober 2022 öffentlich bekannt gemacht worden. Der Genehmigungsbescheid lag in der Zeit vom 19. Oktober 2022 bis einschließlich 2. November 2022 im Landratsamt des Antragsgegners aus.
- 4 Der Antragsteller erhob am 4. November 2022 beim Antragsgegner Widerspruch gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 27. September 2022, über den bislang nicht entschieden wurde. Während der Anhängigkeit des Widerspruchsverfahrens beantragte die Beigeladene mit Anwaltsschriftsatz vom 16. März 2023 unter Hinweis auf die Übergangs- und Überleitungsvorschrift des § 74 Abs. 5 BNatSchG in der Fassung des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1362), die genehmigten Anlagen nach den Sonderregelungen des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG für den Betrieb von Windenergieanlagen an Land zu beurteilen.
- 5 Der Antragsteller hatte zuvor am 8. November 2022 den vorliegenden Eilantrag gestellt, den er nach erfolgter Akteneinsicht und mehreren Hinweisen des Senats zu zwischenzeitlich ergangenen Rechtsänderungen wie folgt begründet:
- 6 Er sei als anerkannte Umweltvereinigung zur Einlegung von Rechtsbehelfen befugt, ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen. Sein Antrag sei begründet, weil die genehmigte Errichtung und der Betrieb der Anlagen massiv in den Natur- und Artenschutz eingriffen, wobei geschützten Arten irreparable Schäden drohten. Die Genehmigung hätte aus Gründen des Naturschutzes versagt werden müssen, weil die Belange des Vogel- und Fledermausschutzes erheblich beeinträchtigt würden. Bei „ordnungsgemäßer Bewertung“ stehe § 44 Abs. 1 BNatSchG der Genehmigung in mehrfacher Hinsicht entgegen. Die Genehmigung sei rechtswidrig. Sie verstoße gegen

das artenschutzrechtliche Tötungsverbot in Bezug auf Exemplare des Rotmilans, was auch bauplanungsrechtlich von Bedeutung sei. Die Methodik des artenschutzrechtlichen Fachbeitrags vom März 2022 sei fehlerhaft; insbesondere weiche sie vom Leitfa- den Vogelschutz ab, der bereits seit Januar 2022 verbindlich sei. Es sei nicht nachvoll- ziehbar, dass die von der Beigeladenen für die artenschutzrechtliche Bewertung des Vorhabens herangezogenen Gutachter in Auswertung der Raumnutzungsana- lyse den hauptsächlichen Aufenthaltsbereich der Tiere abseits der Anlagen veror- teten. Zudem sei vom Vorliegen eines sog. Dichtezentrums auszugehen. Der ar- tenschutzrechtliche Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 BNatSchG sei zu Un- recht unter Verkennung der hohen Anforderungen an die tatbestandlichen Voraus- setzungen der öffentlichen Sicherheit und des überragenden öffentlichen Interes- ses angewandt worden. Zumutbare Alternativen habe der Antragsgegner nicht ge- prüft; zudem sei den Anforderungen von Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG und den Maßstäben des Europäischen Gerichtshofs nicht entsprochen worden. Darüber hinaus bestehe ein signifikantes Tötungsrisiko für Mäusebussarde, deren Brutplätze sich innerhalb eines Radius von 2.000 m um die Anlagen befänden und für Fledermäuse. Das vom Antragsgegner angeordnete Gondelmonitoring sei un- geeignet, Schädigungen zu verhindern. Vielmehr diene es dazu, vorsorglich ange- ordnete Abschaltalgorithmen wieder zu beseitigen. Eine fortlaufende behördliche Überwachung sei nicht gewährleistet.

7 Die EU-Notfallverordnung verstoße „massiv“ gegen Unionsrecht, zumal die Versor- gungslage angesichts der gefüllten Gasspeicher entspannt sei. Windkraftanlagen lägen keinesfalls im öffentlichen Interesse. Die zu ihren Gunsten erlassenen Recht- sänderungen zum Nachteil des Natur- und Artenschutzes seien mit Blick auf Art. 20a GG auch verfassungswidrig.

8 Der Antragsteller beantragt,

die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs vom 4. November 2022 gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung des Antragsgegners vom 27. Sep- tember 2022 „herzustellen“.

9 Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

- 10 Ein überwiegendes Aussetzungsinteresse des Antragstellers bestehe nicht. Die angegriffene Genehmigung sei rechtmäßig; insbesondere verstoße sie nicht gegen umweltbezogene Vorschriften i. S. v. § 2 Abs. 4 Nr. 2 UmwRG. Der im Genehmigungsverfahren vorgelegte Artenschutzfachbeitrag des Büros M. vom 15. März 2022 sei ordnungsgemäß erstellt worden. Dass die Brut- und Gastvogelerfassungen im Jahr 2017 durchgeführt worden seien, sei methodisch nicht zu beanstanden, zumal Groß- und Greifvogelerfassungen von 2019 die aufgenommenen Daten plausibilisiert hätten. Damit sei der Zeitraum von fünf Jahren für die Sachverhaltsermittlung nach Anhang II des Leitfadens Vogelschutz an Windenergieanlagen im Freistaat Sachsen gewahrt. Die erhobenen Daten sowie deren Bewertung erfüllten die Maßstäbe des vorgenannten Leitfadens.
- 11 Das Vorhaben der Beigeladenen verstoße - wie im Einzelnen ausgeführt - nicht gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot in Bezug auf Exemplare des Rotmilans. Unter Einhaltung der mit dem angegriffenen Genehmigungsbescheid angeordneten Vermeidungsmaßnahmen sei der plausible Schluss zulässig, dass kein vorhabenbedingtes Tötungsrisiko vorliege. Gleiches gelte in Bezug auf Exemplare des Mäusebussards. Die dem Bescheid zugrundeliegende naturschutzfachliche Bewertung habe der Antragsgegner vor Inkrafttreten von § 45b BNatSchG vorgenommen und eine Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG rechtmäßig erteilt. Hinsichtlich der Fledermausarten sei der Vortrag der Antragstellerin unsubstantiiert, weshalb an der im Genehmigungsbescheid getroffenen Bewertung festgehalten werde.
- 12 Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen liege der Betrieb der genehmigten Anlagen insbesondere nach den auch im gerichtlichen Verfahren zu berücksichtigenden Rechtsänderungen im überragenden öffentlichen Interesse und diene der öffentlichen Sicherheit. Der Ausbau der Windenergienutzung leiste einen faktisch unverzichtbaren Beitrag zur verfassungsrechtlich gebotenen Begrenzung des Klimawandels, und verringere überdies die Abhängigkeit von Energieimporten. Zudem sei auf Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2022/2577 vom 22. Dezember 2022 zu verweisen. Die vom Antragsteller geäußerten Zweifel an der Vereinbarkeit der zwischenzeitlich in Kraft getretenen neuen Regelungen zum Ausbau der Windenergie mit Verfassungs- und Unionsrecht seien unbegründet.
- 13 Die Beigeladene beantragt,  
den Antrag abzulehnen.

- 14 Sie bezweifelt die Zulässigkeit des Antrags. Der Antragsteller sei zwar als Umweltvereinigung anerkannt, es sei aber fraglich, ob er das gerichtliche Verfahren auch satzungsgemäß zum Schutz der Natur betreibe. Über seinen Internetauftritt verbreite er die von Windkraftgegnern vertretene „Propaganda“ zu schädlichen Auswirkungen der Windenergienutzung, was für eine „grundsätzliche Verweigerungshaltung“ spreche.
- 15 Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung sei jedenfalls unbegründet. Der Widerspruch des Antragstellers sei angesichts der Rechtmäßigkeit der erteilten Genehmigung offensichtlich unbegründet. Unabhängig davon bestehe ein überwiegendes öffentliches und privates Interesse an der sofortigen Vollziehung. Bei einer Abwägung des Aussetzungs- und des Vollzugsinteresses seien u. a. die gesetzgeberische Grundentscheidung in § 63 BImSchG, wonach Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Zulassung einer Windenergieanlage an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m keine aufschiebende Wirkung haben, und § 2 EEG, der der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien ein überragendes öffentliches Interesse zuschreibe, zu berücksichtigen. Auch ihr privates Vollzugsinteresse überwiege dem entgegengesetzten Interesse des Antragstellers. Der mit der beantragten Anordnung der aufschiebenden Wirkung bewirkte Bau-stopp würde die Fremdfinanzierung des Vorhabens und damit seine Verwirklichung gefährden, da sich in diesem Fall die zugrunde liegende Kostenkalkulation nicht mehr als tragfähig erweise.
- 16 Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union sei im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht veranlasst, zumal die maßgeblichen Vorschriften ersichtlich dem höherrangigen Unionsrecht entsprächen.
- 17 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird entsprechend § 117 Abs. 3 VwGO auf die wechselseitigen Schriftsätze und die vom Antragsgegner vorgelegten Verwaltungsvorgänge (vier Ordner) verwiesen.
- 18 II. Der zulässige Antrag, für den der Senat als Gericht der Hauptsache (§ 48 Abs. 1 Nr. 3a VwGO) erstinstanzlich zuständig ist, hat in der Sache keinen Erfolg.
- 19 A. In sachdienlicher Auslegung des Antragsziels - Anordnung (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 63 BImSchG), nicht „Herstellung“ der aufschiebenden Wirkung des Drittwiderspruchs (§ 80a Abs. 3 Satz 2, § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO) - ist der Antrag zulässig.

20 Der Antragsteller macht geltend, dass die angegriffene immissionschutzrechtliche Genehmigung (Entscheidung i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG) Rechtsvorschriften widerspricht, die für die Entscheidung von Bedeutung sein können (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG), dass er in seinen satzungsmäßigen Aufgaben der Förderung der Ziele des Umweltschutzes berührt wird (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UmwRG) und dass das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG als umweltbezogene Rechtsvorschrift in mehrfacher Hinsicht verletzt werde (§ 2 Abs. 1 Satz 2 UmwRG). Damit ist der Antragsteller antragsbefugt i. S. v. § 2 Abs. 1 UmwRG. Das mit einer Klage- oder Antragsbefugnis grundsätzlich verbundene Rechtsschutzinteresse für die Durchführung eines vom Gesetz eröffneten Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelverfahrens lässt sich dem Antragsteller nicht mit der von der Beigeladenen angeführten „Verweigerungshaltung“ gegenüber der Windenergienutzung oder der Verbreitung von „Propaganda“ gegenüber dieser Form der Energieerzeugung absprechen. Auch ein missbräuchliches oder unredliches Verhalten i. S. v. § 5 UmwRG ist dem Antragsteller nicht vorzuwerfen.

21 B. Sein Antrag ist aber unbegründet.

22 Nach § 80a Abs. 3 Satz 2, § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht, wenn ein Dritter einen Rechtsbehelf gegen den an einen anderen gerichteten, diesen begünstigenden Verwaltungsakt einlegt, auf Antrag des Dritten die gesetzlich - hier durch § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO, § 63 BImSchG - ausgeschlossene aufschiebende Wirkung anordnen. Dazu ist eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse des Antragsgegners und dem Interesse des Anlagenbetreibers an der sofortigen Vollziehung der immissionschutzrechtlichen Genehmigung auf der einen Seite und dem Interesse des Antragstellers an deren Aussetzung auf der anderen Seite anzustellen. Maßgebend für diese Abwägung sind im Regelfall die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsbehelfs. Verstößt die angefochtene Genehmigung nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht gegen umweltbezogene Regelungen, kann ein schutzwürdiges Interesse des antragstellenden Umweltverbands (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 UmwRG) an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs in der Regel nicht anerkannt werden, weil das öffentliche Interesse an der Ausnutzung der Genehmigung in einem solchen Fall Vorrang hat. Verstößt andererseits die Genehmigung gegen umweltbezogene Vorschriften und berührt dieser Verstoß Belange, die zu den satzungsmäßigen Zielen des Verbands gehören, so ist dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben, weil an der Ausnutzung rechtswidriger Verwaltungsakte kein öffentliches

- Interesse besteht. Sofern Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Genehmigung bei überschlägiger Prüfung nicht evident erscheinen, sind die betroffenen Interessen im Übrigen gegeneinander abzuwägen (vgl. zum Baunachbarstreit: Senatsbeschl. v. 10. August 2020 - 1 B 246/20 -, juris Rn. 24). In Verfahren nach § 48 Abs. 1 Nr. 3a VwGO, die die Errichtung und den Betrieb von Anlagen zur Nutzung von Windenergie an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern zum Gegenstand haben, sind gemäß § 80c Abs. 1 Satz 1 VwGO ergänzend § 80c Abs. 2 bis 4 VwGO heranzuziehen.
- 23 Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist im Fall der Drittanfechtung auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung abzustellen (vgl. BVerwG, Urte. v. 27. September 2018 - 7 C 24.16 -, juris Rn. 28), wobei nachträgliche Änderungen der Rechtslage (hier insbesondere das sog. Osterpaket hinsichtlich des Artenschutzes [Gesetz v. 20. Juli 2022, BGBl I S. 1362]) zugunsten des Anlagenbetreibers bei der Überprüfung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu berücksichtigen sind (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28. Juli 2022 - 7 B 15.21 -, juris Rn. 12; Senatsbeschl. v. 21. Juni 2023 - 1 B 309/22 -, juris Rn. 57; OVG NRW, Urte. v. 29. November 2022 - 22 A 1184/18 -, juris Rn. 143); dazu haben sich die Beteiligten nach einem Hinweis des Senats vom 8. Februar 2023 geäußert.
- 24 I. Bei Anwendung der vorstehenden Maßstäbe liegen die Voraussetzungen für die beantragte Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht vor.
- 25 1. Nach der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung verstößt die angegriffene Genehmigung hinsichtlich der geschützten Fledermausarten nicht gegen Rechtsvorschriften, deren Verletzung der Antragsteller als anerkannte Umweltvereinigung nach Maßgabe der den Umfang seiner Rechtsschutzmöglichkeiten begrenzenden Vorschriften des § 2 UmwRG geltend machen kann.
- 26 Die vom Antragsteller gerügten Verstöße gegen artenschutzrechtliche Verbote im Sinne von § 44 Abs. 1 BNatSchG liegen nach summarischer Prüfung in Bezug auf die gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 14 b BNatSchG streng geschützten Fledermausarten voraussichtlich nicht vor.
- 27 Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten, zu denen sämtliche hier betroffene Fledermausarten zählen, nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus

der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Nach dem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Signifikanzansatz, den der Gesetzgeber in § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG aufgenommen hat, ist der Tatbestand des - hier im Streit stehenden - Tötungsverbots erst dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind insbesondere artspezifische Verhaltensweise und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen (vgl. u. a. BVerwG, Urt. v. 6. Oktober 2022 - 7 C 4.21 -, juris 23; VGH BW, Beschl. v. 20. Oktober 2022 - 14 S 3815/21 -, juris 55 ff. jeweils m. w. N.).

- 28 Zur geltend gemachten Verletzung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG hinsichtlich der im Untersuchungsgebiet nachgewiesenen heimischen Fledermausarten (Alpenfledermaus, Breitflügelfledermaus, Fransenfledermaus, Großer Abendsegler, Großes Mausohr, Kleine Hufeisennase, Mopsfledermaus, Mückenfledermaus, Nordfledermaus, Nymphenfledermaus, Rauhautfledermaus, Wasserfledermaus, Zweifarbfliegenfledermaus und Zwergfledermaus) lässt das Antragsvorbringen hinreichend substantiierte Ausführungen vermissen. Der Antragsteller führt dazu lediglich aus, das Gutachterbüro habe für die 13 (richtig: 14) ermittelten Arten eine besondere Kollisionsgefahr festgestellt und eine betriebsbedingte Gefährdung als wahrscheinlich angesehen, weshalb es die Abschaltung der Windenergieanlagen bei bestimmten Parametern sowie ein nachträgliches zweijähriges Gondelmonitoring zur Optimierung des Betriebsalgorithmus und eine Schlagopfersuche zur Überprüfung der Wirksamkeit der vorsorglichen Abschaltungen vorgeschlagen habe. Eine Schlagopfernachsuche sei jedoch praktisch nicht durchführbar. Zudem würden Fledermäuse nicht nur durch direkte Schläge getötet, sondern auch durch das Platzen von Lungenbläschen (Barotrauma), das zu einem Verenden in größeren Abständen zu Windenergieanlagen führe, wo die Fledermäuse nicht auffindbar seien, zumal sie ohnehin von Füchsen und anderen Raubtieren „direkt eingesammelt“ würden. Ein signifikantes Tötungsrisiko folge auch daraus, dass die Einhaltung der Abschaltalgorithmen, die nur auf einige Arten ausgerichtet seien, weshalb die übrigen betroffenen Fledermausarten (etwa die in Hessen höchst gefährdete Mopsfledermaus) ohnehin „unter den Tisch“ fielen, während der Anlagenlaufzeit (mindestens 20 bis 25 Jahre) kaum fortlaufend behördlich überprüft werden könne.
- 29 Auf der Grundlage dieses knapp gehaltenen Antragsvorbringen vermag der Senat die behauptete Verletzung der Verbote des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht festzustellen. Die detailliert geregelten Abschaltzeiten unter Nr. 4.2.1.1 der Auflagen zum Genehmi-

gungsbescheid wie auch das Gondelmonitoring unter 4.2.1.3 dienen dem Schutz kollisionsgefährdeter Fledermausarten. Die genannten Vermeidungsmaßnahmen wurden ersichtlich unter Berücksichtigung der gutachterlich im Einzelnen ermittelten und auf ihre Gefährdung durch Windenergieanlagen eingestuften Fledermausarten festgesetzt. So führt das Faunistische Gutachten Fledermäuse (Chiroptera) der M. GmbH vom 15. März 2022 auf Seite 47 (Behördenakte S. 1468) etwa für die vom Antragsteller hervorgehobene Mopsfledermaus aus, dass diese als baumbewohnende und über Baumkronen, aber auch entlang von Wegen, Waldrändern oder Schneisen in sieben bis zehn Meter Höhe jagende Art durch Quartierverluste in Wäldern von Windenergieanlagen betroffen sein könne. Solche Flächen werden von den genehmigten Windenergieanlagen jedoch nicht in Anspruch genommen; greifbare Anhaltspunkte für Zweifel an der im Genehmigungsverfahren vorgelegten umfangreichen Fachgutachten zeigt das Antragsvorbringen hinsichtlich der 14 Fledermausarten nicht ansatzweise auf. Dass sämtliche Arten kollisionsgefährdet seien, ergibt sich aus den Gutachten nicht. Die weitere Argumentation des Antragstellers, dass es dem zuständigen Fachreferat des Landratsamts nicht möglich sei, die in Dateiform jährlich einzureichenden Dokumentationen zu den Abschalt- und Standzeiten der Anlagen sowie zu den automatisiert erstellten Erfassungsergebnissen und den Auswertungen des Gondelmonitorings in angemessener Weise zu überprüfen, ist im gerichtlichen Verfahren durch nichts unterlegt. Die vom Antragsteller darüber hinaus angegriffene Schlagopfernachsache ist vom Regelungsgehalt des Genehmigungsbescheids schon nicht umfasst, sondern lediglich in den faunistischen Gutachten erwähnt.

30 2. Hinsichtlich der geschützten Vogelarten Rotmilan (*Milvus milvus*) und Mäusebussard (*Buteo buteo*) erweisen sich die Erfolgsaussichten des Widerspruchs des Antragstellers dagegen als teilweise offen.

31 Bei der artenschutzrechtlichen Beurteilung des Betriebs der genehmigten Windenergieanlagen an Land im Rahmen von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG hat der Senat die durch das Gesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1362) neu eingeführte Standardisierung der Signifikanzprüfung gemäß § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG zugrunde zu legen, nachdem die Beigeladene als Vorhabenträgerin während der Anhängigkeit des vorliegenden Verfahrens sowie des Widerspruchsverfahrens durch Anwaltschriftsatz vom 16. März 2022 von dem ihr durch die Übergangsvorschrift des § 74 Abs. 5 BNatSchG ausdrücklich eingeräumten Wahlrecht Gebrauch gemacht hat, die Anwendbarkeit von § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG abweichend von § 74 Abs. 4 BNatSchG auf die bereits genehmigten Windenergieanlagen zu verlangen. Die Überleitungsregelung des § 74

Abs. 5 BNatSchG wurde ausdrücklich dazu geschaffen, dem Vorhabenträger „größtmögliche Flexibilität in der Übergangszeit“ zu gewähren (so die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/2354, S. 31), auch wenn § 74 Abs. 4 BNatSchG eine Anwendung der Neuregelungen des § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG u. a. auf bereits genehmigte Vorhaben nicht vorsieht. An die eindeutig gefasste Regelung des § 74 Abs. 5 BNatSchG ist der beschließende Senat als Teil der rechtsprechenden Gewalt gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 3 SächsVerf), zumal die bundesgesetzliche Standardisierung der artenschutzrechtlichen Signifikanzprüfung durch § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG der Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 23. Oktober 2018 - 1 BvR 2523/13 -, BVerfGE 149, 407 Rn. 24) dient, nach denen der Gesetzgeber gehalten sein kann, hinsichtlich des Umgangs mit auf naturschutzrechtliche Zusammenhänge verweisende Tatbestandsmerkmale für eine normativ geregelte Maßstabbildung zu sorgen, um einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ entgegenzuwirken und eine bessere Handhabbarkeit durch Verwaltung und Gerichte zu erreichen (so auch OVG NRW, Urt. v. 29. November 2022 - 22 A 1184/18 -, juris Rn. 148 f. unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung BT-Drs. 20/2354, S. 25; zur Empfehlung des Sachverständigenrats für Umweltfragen vgl. Köck, ZUR 2023, 470, 474).

- 32 Soweit der Antragsteller rügt, die Neuregelungen in § 45 und § 45b BNatSchG verstießen - ebenso wie § 2 EEG, § 80c VwGO, §§ 245e, 249 BauGB und die auf Art. 122 Abs. 1 AEUV gestützte Notfallverordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbaren Energien (ABl. L 335/36) vom 29. Dezember 2022 - gegen Unionsrecht, insbesondere gegen § 9 der Vogelschutzrichtlinie und „gegen die bisherige Rechtsprechung des EUGH“ zum Natur- und Artenschutz, weshalb er beantrage, dass der Senat ein Vorabentscheidungsersuchen (Art. 267 AEUV) an den Gerichtshof der Europäischen Union richte, hält der beschließende Senat dies auch insoweit nicht für veranlasst, als die vom Antragsteller angeführten Normen entscheidungserheblich sind, wie es für ein Vorabentscheidungsersuchen unabdingbar ist. Eine Vorlagepflicht an den Europäischen Gerichtshof besteht im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19. Oktober 2006 - 2 BvR 2023/06 -, juris Rn. 1; Dombert, in: Finkelburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz in Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 310); zudem wäre für die Durchführung eines solchen Verfahrens - ebenso wie bei einer Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) - ein nicht unerheblicher Zeitraum zu veranschlagen. Dass Art. 122 Abs. 1 AEUV, der als Rechtsgrundlage für die Notfallverordnung herangezogen wurde, in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs - soweit ersichtlich - bislang

wohl keine streitentscheidende Bedeutung hatte (vgl. Pernak, SächsVBl. 2023, 11 m. w. N. auch zur Kommentarliteratur), verkennt der Senat dabei nicht. Ob ein Vorabentscheidungsersuchen in einem Hauptsacheverfahren veranlasst wäre, ist in diesem Verfahren nicht zu entscheiden.

- 33 Bei der Anwendung von § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG sowie dessen Anlage 1 Abschnitt 1 auf die fachliche Beurteilung der Frage, ob das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verletzt ist, scheidet die vom Antragsteller geltend gemachte Rechtsverletzung hinsichtlich des Mäusebussards bereits deshalb aus, weil es sich nicht um eine kollisionsgefährdete Brutvogelart nach Abschnitt 1 der Anlage 1 handelt (so - in einem Hauptsacheverfahren - auch OVG NRW, Urt. v. 29. November 2022 a. a. O., Rn. 228; kritisch dazu Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 100. EL Januar 2023, BNatSchG § 45b Rn. 41). Von daher ist das Vorbringen des Antragstellers zu dieser Vogelart, von der im Jahr 2017 etliche Brutpaare in der Umgebung der genehmigten Anlagen festgestellt wurden, nach Maßgabe der im Zeitpunkt der Senatsentscheidung anzuwendenden artenschutzrechtlichen Signifikanzregelung nicht mehr entscheidungserheblich, auch wenn die angegriffene Genehmigung auf der Grundlage des im Zeitpunkt des Bescheiderlasses geltenden Rechts erlassen wurde.
- 34 Der Rotmilan hingegen gehört als europäische Vogelart nach § 7 Abs. 2 Nr. 12 BNatSchG i. V. m. Art. 1 und Anhang I der Vogelschutzrichtlinie sowie als in Anhang A der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rats vom 9. Dezember 1996 aufgeführte Tierart zu den besonders bzw. streng geschützten Arten im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 13 und 14 BNatSchG, die unter Abschnitt 1 der Anlage 1 zum Bundesnaturschutzgesetz als „kollisionsgefährdete Brutvogelart“ aufgeführt ist. Der in Abschnitt 1 der Anlage 1 genannte Nahbereich für diese Vogelart beträgt 500 m, der zentrale Prüfbereich beträgt 1.200 und der erweiterte Prüfbereich beträgt 3.500 m, jeweils gemessen vom Mastfußmittelpunkt.
- 35 Soweit anhand der vorgelegten Akten ersichtlich, liegt keiner der im Jahr 2019 festgestellten fünf Brutplätze des Rotmilans im Nahbereich der genehmigten Windenergieanlagen, weshalb kein signifikant erhöhtes Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplätzen nutzenden Exemplare in Anwendung der Vermutungsregelung des § 45b Abs. 2 BNatSchG zugrunde zu legen ist. Da offenbar jedenfalls einer der Brutplätze dem zentralen Prüfbereich zuzuordnen ist, bestehen jedoch Anhaltspunkte für eine signifikante Risikoerhöhung, wobei die widerlegbare Vermutung (vgl. Köck, ZUR 2023, 470, 475) nach § 45b Abs. 2 BNatSchG einer weiteren Prüfung nach Maßgabe von Nr. 1

und Nr. 2 der genannten Vorschrift und erforderlichenfalls auch zur Anordnung von Schutzmaßnahmen nach Maßgabe von Abschnitt 2 der Anlage 1 zum Bundesnaturschutzgesetz erfordert. Dabei lässt § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG auch Raum für eine Einzelfallbewertung (Köck a. a. O.).

- 36 Eine naturschutzfachliche Prüfung nach den Maßstäben des neuen Rechts ist behördlicherseits bislang nicht erfolgt. Auf der Grundlage der vorliegenden Gerichts- und Behördenakten ist es dem Senat mangels hinreichender Erkenntnisgrundlagen nicht möglich, die Anforderung des § 45b Abs. 3 BNatSchG eigenständig zu prüfen. Entsprechendes gilt für die Brutplätze des Rotmilans im erweiterten Prüfbereich (§ 45b Abs. 4 BNatSchG); außerhalb dieses Prüfbereichs sind Schutzmaßnahmen nicht erforderlich (§ 45b Abs. 5 BNatSchG). Damit ist sowohl offen, ob § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG hinsichtlich der Vogelart Rotmilan verletzt ist und es - bei Anwendung neuen Rechts - einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG bedarf, wie sie mit der angegriffenen Genehmigung unter 3.2 erteilt wurde. In Anwendung von § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG besteht für den Betrieb von Windenergieanlagen insoweit kein Versagungsermessen mehr (vgl. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, BNatSchG, 100. EL Januar 2023, § 45b Rn. 55 unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung BT-Drs. 20/2354, 28).
- 37 Soweit der Antragsteller seinen Antrag beiläufig auch auf § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB stützt, ergibt sich hinsichtlich der dort genannten „Belange des Naturschutzes“ kein weitergehender Abwehranspruch gegen das Außenbereichsvorhaben als nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.
- 38 3. Trotz der teilweise offenen Erfolgsaussicht in der Hauptsache geht die gebotene Interessenabwägung zulasten des Antragstellers aus.
- 39 Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 63 BImSchG den grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat. In einem solchen Fall unterscheidet sich die Interessenabwägung - insbesondere bei offener Erfolgsaussicht - von derjenigen, die in den Fällen einer behördlichen Anordnung stattfindet. Während im Anwendungsbereich von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO bei der Interessenabwägung die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers für die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen bedeutsam wird, ist in den Fällen der Nummern 1 bis 3a zu beachten, dass hier der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen

(vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 10. Oktober 2003 - 1 BvR 2025/03 -, juris Rn. 21). Dem Vollzugsinteresse kommt in diesen Fällen wegen der gesetzlich angeordneten sofortigen Vollziehbarkeit erhebliches Gewicht zu (vgl. BVerwG, Beschl. v. 15. Juni 2021 - 4 VR 6.20 -, juris Rn. 5). Die Folgen, die sich für den einzelnen Antragsteller mit dem Sofortvollzug verbinden, sind regelmäßig nur dann beachtlich, wenn sie nicht schon als regelmäßige Folge der gesetzlichen Anordnung des Sofortvollzugs in der gesetzgeberischen Grundentscheidung Berücksichtigung gefunden haben (BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 24. August 2011 - 1 BvR 1611/11 -, juris Rn. 13; Senatsbeschl. v. 21. Juni 2023 - 1 B 309/22 -, juris Rn. 69; VGH BW, Beschl. v. 20. Oktober 2022 - 14 S 3815/21 -, juris Rn. 20).

- 40 Überdies betrifft das vorliegende Verfahren - wie eingangs festgehalten - die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Anlagen zur Nutzung von Windenergie an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern (§ 48 Abs. 1 Nr. 3a VwGO). Im Rahmen einer Vollzugsfolgenabwägung ist gemäß § 80c Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 VwGO die Bedeutung des Vorhabens der Beigeladenen besonders zu berücksichtigen, da ein Bundesgesetz - hier § 2 Satz 1 i. V. m. § 3 Nr. 1, Nr. 21 Buchst. b EEG 2023 - feststellt, dass dieses als Vorhaben der Errichtung und des Betriebs von Anlagen (zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien) im überragenden öffentlichen Interesse liegt (siehe auch Art. 3 Abs. 1 Satz 1, Art. 2 Satz 1 der Verordnung [EU] 2022/2577 i. V. m. Art. 2 Satz 2 Nr. 1 der Richtlinie [EU] 2018/2001).
- 41 Dieser gesetzlich typisierten Dringlichkeit der Errichtung und des Betriebs von Windenergieanlagen stehen auf Seiten des Antragstellers keine vergleichbar schwer wiegenden Interessen gegenüber, zumal die angegriffene Genehmigung durchaus umfangreiche Schutzmaßnahmen hinsichtlich der Vogelart Rotmilan enthält.
- 42 C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 3, § 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind aus Gründen der Billigkeit erstattungsfähig, weil sie einen Sachantrag gestellt und sich damit einem eigenen Kostenrisiko ausgesetzt hat.
- 43 Die Höhe des Streitwerts folgt aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Insoweit hat sich der Senat in Fortführung seiner Rechtsprechung (u. a. Beschl. v. 2. März 2017 - 1 C 7/14 -, juris Rn. 1 m. w. N.) an Nr. 1.2 („Verbandsklage“) und Nr. 1.5 (vorläufiges Rechtsschutzverfahren) des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit orientiert, da es sich um den Antrag einer Umweltvereinigung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren handelt (anders VGH BW, Beschl. v. 20. Oktober 2022, a. a. O. Rn.

109: Nrn. 19.2, 2.2.3 und 1.5 des Streitwertkatalogs). Mit einer Streitwerthöhe von 7.500 € halten sich die Verfahrenskosten auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 4 Satz 1 der Aarhus Konvention (nicht „übermäßig teuer“ / „not prohibitive expensive“).

44 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Richterin am OVG  
Schmidt-Rottmann  
ist wegen Urlaubs-  
abwesenheit an der  
Unterschrift gehindert

gez.:  
Meng

Meng

Ranft