

Sachgebiet:

BVerwGE: ja
Übersetzung: nein

Immissionsschutzrecht

Rechtsquelle/n:

BNatSchG § 3 Abs. 2, § 44 Abs. 1 Nr. 1, § 45 Abs. 7, § 45b Abs. 8
BImSchG § 17 Abs. 1 Satz 1, § 21
VwVfG § 48

Titelzeile:

Zulässigkeit nachträglicher Beschränkungen des Betriebs von Windenergieanlagen

Leitsätze:

1. § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG ermächtigt nur zu nachträglichen Anordnungen zur Erfüllung von Pflichten, die sich aus dem Bundes-Immissionsschutzgesetz und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergeben. Die nachträgliche Durchsetzung anderer öffentlich-rechtlicher Pflichten richtet sich nach dem jeweils einschlägigen Fachrecht (im Anschluss an BVerwG, Urteil vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 Rn. 28 f.).
2. Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen steht der Heranziehung von § 3 Abs. 2 BNatSchG als Rechtsgrundlage für nachträgliche Anordnungen zur Durchsetzung naturschutzrechtlicher Verbote nicht generell entgegen.
3. Die Befugnis der Naturschutzbehörde zum Erlass nachträglicher Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG findet bei immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlagen ihre Grenzen in der Gestattungs- und Feststellungswirkung der Genehmigung und den Vorschriften über deren Aufhebung. Nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage werden von der Feststellungswirkung der Genehmigung nicht umfasst (im Anschluss an BVerwG, Urteile vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 und vom 30. April 2009 - 7 C 14.08 - NVwZ 2009, 1441 Rn. 22).
4. Bei der Bestimmung dynamischer Betreiberpflichten - hier aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG - sind neue Erkenntnisse über die Auswirkungen einer Anlage stets zu berücksichtigen. Neue Tatsachen können sich daraus ergeben, dass die Auswirkungen des Betriebs einer Anlage nicht mehr nur - wie bei der Erteilung der Genehmigung - prognostisch ermittelt und folglich abgeschätzt, sondern nach Errichtung und Inbetriebnahme auf der Grundlage empirischer Nachweise verlässlicher bestimmt werden können (im Anschluss an BVerwG, Urteil vom 29. April 2021 - 4 C 2.19 - BVerwGE 172, 271 Rn. 33).
5. Nutzungsmöglichkeiten, die Anlagen an anderen Standorten bieten, sind schon tatbestandlich keine Alternativen (§ 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG) zur Nutzung bestehender Anlagen, die mit nachträglichen Betriebsbeschränkungen belegt werden. Zwischen solchen Anlagen besteht kein Alternativ-, sondern ein Ergänzungsverhältnis.

Urteil des 7. Senats vom 19. Dezember 2023 - BVerwG 7 C 4.22

I. OVG Lüneburg vom 5. Juli 2022
Az: 12 KS 121/21



Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 7 C 4.22
12 KS 121/21

Verkündet
am 19. Dezember 2023

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache



ECLI:DE:BVerwG:2023:191223U7C4.22.0

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 2023
durch
den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. Korbmacher und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Günther, Dr. Löffelbein,
Dr. Wöckel und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Bähr

am 19. Dezember 2023 für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen die nachträgliche Anordnung von Abschaltzeiten für immissionsschutzrechtlich genehmigte Windenergieanlagen, die der Vermeidung der Tötung von Fledermäusen dient.

- 2 Sie betreibt sechs in der Stadt L., Gemarkung ..., Flur ..., gelegene Windenergieanlagen (WEA 6 - 11), die jeweils eine Gesamthöhe von 99,50 m aufweisen (Windpark L. ...). Diese Windenergieanlagen wurden durch immissionsschutzrechtlichen Bescheid vom 3. November 2006, geändert durch Bescheid vom 14. August 2007, gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerin genehmigt. Im Juli 2019 informierte eine Umweltorganisation die Beklagte über Totfunde verschiedener Arten von Fledermäusen in den Jahren 2012 bis 2018 im Gebiet des Windparks. Im Dezember 2019 erhielt die Beklagte den Entwurf des im Rahmen der Flächennutzungsplanung der Stadt L. erstellten Berichts über eine Kartierung von Avifauna und Fledermäusen zur Ermittlung von Potenzialflächen für die Windenergie (Kartiergutachten). Das im Kartiergutachten untersuchte "Vorranggebiet L. S." ist identisch mit dem Windpark L. ... Das Kartiergutachten erbrachte Hinweise auf erhebliche artenschutzrechtliche Konflikte mit den Bestandsanlagen.
- 3 Mit Bescheid vom 25. Februar 2021 ordnete die Beklagte gegenüber der Klägerin eine Abschaltung der sechs Windenergieanlagen für den Zeitraum vom 15. April bis zum 31. August eines Jahres jeweils von Sonnenuntergang bis zwei Stunden vor Sonnenaufgang an, wenn – gleichzeitig – Temperaturen von mindestens 10 Grad, Windgeschwindigkeiten von höchstens 6 m/s und kein Regen gegeben sind. Die Anordnung stützte sich auf § 3 Abs. 2 BNatSchG. Der Betrieb der Windenergieanlagen verstoße gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Das Gebiet des Windparks L. ... sei sowohl bevorzugtes Jagdquartier für lokale Fledermauspopulationen als auch eine wichtige Flug- bzw. Zugroute für migrierende Tiere. Die Fledermauserfassung des Kartiergutachtens weiche zwar von den Empfehlungen des niedersächsischen Artenschutzleitfadens ab. Da die Untersuchungsergebnisse jedoch ohne vernünftigen Zweifel eindeutig auf ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko schließen ließen, sei es ausgeschlossen, dass zusätzlich gewonnene Daten zu einer anderen Bewertung der Situation führten. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme seien nicht erfüllt, da lediglich eine geringfügige Minderung des Ertrags regenerativer Energien in Rede stehe. Temporäre Abschaltungen stellten eine zumutbare Alternative dar. Mit Widerspruchsbescheid vom 27. Juli 2021,

zugestellt am 30. Juli 2021, wurde der Bescheid vom 25. Februar 2021 aufgehoben, soweit die dortigen Anordnungen die WEA 7, 8 und 10 betrafen. Im Übrigen wurde der Widerspruch zurückgewiesen.

- 4 Bereits am 28. Juli 2021 hatte die Klägerin Untätigkeitsklage erhoben. Die Beteiligten haben den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt, soweit die Anordnungen des Bescheids vom 25. Februar 2021 die WEA 7, 8 und 10 betrafen. Hinsichtlich der WEA 6, 9 und 11 hat das Oberverwaltungsgericht mit Urteil vom 5. Juli 2022 die Klage abgewiesen. Die Beklagte könne die Anordnung auf § 3 Abs. 2 BNatSchG stützen. Das Umweltschadensgesetz sei nicht anwendbar. Die bestandskräftige immissionsschutzrechtliche Genehmigung schließe ein Tätigwerden der Naturschutzbehörde auf der Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG nicht generell aus. Der Betrieb der WEA 6, 9 und 11 führe zu einem Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Einbußen für die von der Anordnung betroffenen Anlagen von ca. 3 Prozent des Umsatzes und etwa 6 000 € pro Jahr je Anlage begründeten keinen unverhältnismäßigen Eingriff. Die grundsätzliche Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG verlange nicht, (zunächst) von einer Abschaltanordnung abzusehen. Die Naturschutzbehörde müsse nur prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG offenkundig vorliegen.
- 5 Mit der vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Revision macht die Klägerin geltend, § 3 Abs. 2 BNatSchG sei als Generalklausel nicht geeignet, in bestandskräftige Rechtspositionen einzugreifen. Die Norm genüge für solche Anordnungen nicht dem Parlamentsvorbehalt. Ein Eingriff in bestehende und genehmigte Vorhaben könne nur anhand einer (Teil-)Aufhebung der Genehmigung gerechtfertigt werden. Der genehmigungskonforme Betrieb einer Windenergieanlage führe nicht zur Verwirklichung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots, weil das Vorhaben Teil des allgemeinen Lebensrisikos werde. Die im Kartiergutachten verfolgte Methodik entspreche nicht den Vorgaben des niedersächsischen Artenschutzleitfadens, die auch bei nachträglichen Anordnungen zugrunde zu legen seien. Es könne nicht methodisch einwandfrei ermittelt worden sein, dass sich die Windenergieanlagen in einem bevorzugten Jagdgebiet oder einer Hauptflugroute von besonders geschützten Fledermausarten befänden. Es sei

nicht auszuschließen, dass es sich bei der Vielzahl von Fledermäusen, die bei wenigen repräsentativen Terminen festgestellt worden seien, lediglich um ein konzentriertes Zugereignis handele. Schließlich seien die Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erfüllt.

6 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Niedersächsischen Obergerichtes vom 5. Juli 2022 zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 25. Februar 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. Juli 2021 aufzuheben.

7 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

8 Sie verteidigt das angegriffene Urteil. § 3 Abs. 2 BNatSchG genüge den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie. Die einer Anlagengenehmigung eigene Legalisierungswirkung sei begrenzt und nehme nicht das Risiko ab, wegen später auftretender Gefahren ordnungsrechtlich in Anspruch genommen zu werden.

9 Die Vertreterin des Bundesinteresses hält Investitionsschutz- und Wirtschaftlichkeitsaspekte für nicht angemessen berücksichtigt. Als milderer Mittel sei die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme zu erwägen.

II

10 Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Urteil des Obergerichtes steht mit Bundesrecht in Einklang. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 25. Februar 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. Juli 2021 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten.

11 1. Der Bescheid der Beklagten vom 25. Februar 2021, der der Durchsetzung des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG dient, kann sich auf die naturschutzrechtliche Generalklausel des § 3 Abs. 2 BNatSchG als Ermächtigungsgrundlage stützen. Deren Anwendung wird

nicht durch das Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadensgesetz - USchadG) i. d. F. der Bekanntmachung vom 5. März 2021 (BGBl. I S. 346) gesperrt (a). § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG ist für die Durchsetzung des naturschutzrechtlichen Verbots tatbestandlich nicht einschlägig (b). Die für Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen der Klägerin erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung steht einer Anordnung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG nicht generell entgegen (c). Es unterliegt auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dem Artenschutz dienende nachträgliche Beschränkungen des Betriebs immissionsschutzrechtlich genehmigter Anlagen auf § 3 Abs. 2 BNatSchG zu stützen (d).

- 12 a) Der Anordnung von Abschaltzeiten gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG stehen die Regelungen des Umweltschadensgesetzes nicht entgegen. Nach den von der Klägerin nicht angegriffenen und für das Revisionsgericht mithin bindenden (§ 137 Abs. 2 VwGO) tatrichterlichen Feststellungen ist ein Umweltschaden in Gestalt eines Biodiversitätsschadens (§ 2 Nr. 1 Buchst. a USchadG i. V. m. § 19 BNatSchG; vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 27. April 2023 - 10 C 3.23 - UPR 2023, 386 Rn. 32 ff.), der Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Umweltschadensgesetzes ist, nicht eingetreten.
- 13 b) § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG kommt als – gegebenenfalls vorrangige – Rechtsgrundlage für den Bescheid der Beklagten vom 25. Februar 2021 tatbestandlich nicht in Betracht. Die Vorschrift ermächtigt zu nachträglichen Anordnungen zur Erfüllung der sich aus dem Bundes-Immissionsschutzgesetz und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten. Zu diesen immissionsschutzrechtlichen Pflichten gehört das im Bundesnaturschutzgesetz geregelte artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht. Andere öffentlich-rechtliche Vorschriften können nachträglich nicht auf § 17 Abs. 1 BImSchG gestützt durchgesetzt werden, sondern nur auf der Grundlage des jeweils einschlägigen Fachrechts (vgl. BVerwG, Urteile vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 Rn. 28 f., vom 30. April 2009 - 7 C 14.08 - NVwZ 2009, 1441 Rn. 24 f. und vom 21. Dezember 2011 - 4 C 12.10 - BVerwGE 141, 293 Rn. 18; Beschluss vom 8. November 2016 - 3 B 11.16 - NVwZ 2017, 404 Rn. 47; Czajka, in: Feldhaus, Bundesimmissionschutzrecht, Stand Februar 2023, § 17 BImSchG Rn. 26; Hansmann/Ohms, in:

Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand September 2023, § 17 BImSchG Rn. 87; Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 16), hier also des Naturschutzrechts.

- 14 c) Die für Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen der Klägerin erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung steht der Heranziehung von § 3 Abs. 2 BNatSchG als Rechtsgrundlage für nachträgliche Anordnungen zur Durchsetzung naturschutzrechtlicher Verbote – hier des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbots gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG – nicht generell entgegen (aa). Die Befugnis der Naturschutzbehörden zum Erlass nachträglicher artenschutzrechtlicher Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG zulasten immissionsschutzrechtlich genehmigter Anlagen findet ihre Grenzen jedoch in der Tatbestandswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (bb) sowie in den gesetzlichen Vorschriften zu deren Aufhebung durch die Immissionsschutzbehörde (cc).
- 15 aa) Nach § 3 Abs. 2 BNatSchG überwachen die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden die Einhaltung der Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften und treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Zu diesen Vorschriften gehört auch das artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Es bezieht sich auf alle Verhaltensweisen, die den rechtlich missbilligten Erfolg in zurechenbarer Weise verursachen. Das können auch Errichtung und Betrieb einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage sein (vgl. auch § 44 Abs. 5, §§ 45b, 45c BNatSchG).
- 16 Die Verwirklichung des Verbotstatbestands wird durch das Vorliegen einer – wie hier – bestandskräftigen Anlagengenehmigung nicht generell ausgeschlossen. Die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG erschöpfen sich nicht in ihrer Funktion als Zulassungsvoraussetzung (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Sie begründen vielmehr auch und in erster Linie unmittelbar und dauerhaft geltende, sanktionsbewährte (vgl. § 69 Abs. 2, § 71 Abs. 1, § 71a Abs. 1 BNatSchG) Verhaltenspflichten. Zwar ist aufgrund der

Tatbestandswirkung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der genehmigte Anlagenbetrieb auch im Hinblick auf § 44 Abs. 1 BNatSchG als rechtmäßig anzusehen. Das gilt aber nur in den Grenzen der auf den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung bezogenen Feststellungswirkung der Genehmigung. Eine generelle, auch nachträgliche Veränderungen einschließende Freistellung genehmigter Vorhaben von artenschutzrechtlichen Verboten wäre mit den zugrundeliegenden unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 12, 13, 16 FFH-RL und Art. 5, 9 VS-RL unvereinbar (vgl. auch VGH Mannheim, Urteil vom 4. Juli 2018 - 5 S 2117/16 - VBIBW 2018, 507 Rn. 62; Lieber, NuR 2012, 665 <666 f.>). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union rechtfertigt der Umstand, dass eine Handlung als solche rechtmäßig ist, keine Abweichung von Verboten (vgl. EuGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - C-6/04 [ECLI:EU:C:2005:626] - Rn. 113; vgl. dazu BVerwG, Urteile vom 9. Juli 2008 - 9 A 14.07 - BVerwGE 131, 274 Rn. 91 und vom 3. November 2020 - 9 A 12.19 - BVerwGE 170, 33 Rn. 533). Jeder Eingriff, der geschützte Arten betrifft, darf nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt werden, die mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sind, in der auf die in Art. 16 FFH-RL, Art. 9 VS-RL für zulässige Abweichungen vorgesehenen Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug genommen wird (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Juni 2006 - C-60/05 [ECLI:EU:C:2006:378] - Rn. 34; vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 - 9 A 14.07 - BVerwGE 131, 274 Rn. 129).

- 17 Entgegen dem Vorbringen der Klägerin können deshalb durch eine immissionschutzrechtlich genehmigte Anlage hervorgerufene Beeinträchtigungen von Exemplaren besonders geschützter Arten nicht pauschal einem "allgemeinen Lebensrisiko" unterhalb der in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorausgesetzten Signifikanzschwelle zugeordnet werden. Zugleich zeigt sich hierin die von der Klägerin in Abrede gestellte Dynamik der Pflichtenstellung des Betreibers einer genehmigten Anlage in Bezug auf die Einhaltung des artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbots. Mit Blick auf nachträgliche Rechtsänderungen hat das Bundesverwaltungsgericht bereits entschieden, dass der Umstand, dass das Bundes-Immissionsschutzgesetz im Bereich der öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG weder eine ausdrückliche Anpassungspflicht bestimmt noch spezielle Ermächtigungsgrundlagen für die Umsetzung nachträglicher Änderungen vorsieht, nicht den Schluss rechtfertigt,

dass die Anlagen insoweit größeren Schutz genießen als im Bereich der dynamischen Betreiberpflichten nach § 5 BImSchG. Die Verpflichtung zu nachträglichen Änderungen beurteilt sich im Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG vielmehr nach dem jeweils einschlägigen Fachrecht (BVerwG, Urteile vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 Rn. 29, vom 30. April 2009 - 7 C 14.08 - NVwZ 2009, 1441 Rn. 25 und vom 21. Dezember 2011 - 4 C 12.10 - BVerwGE 141, 293 Rn. 18). Nichts anderes gilt für tatsächliche Änderungen im Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Auch insoweit richten sich Bestehen und Reichweite einer Anpassungspflicht sowie deren Durchsetzung nach fachrechtlichen Bestimmungen, hier also nach § 44 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 BNatSchG.

- 18 bb) Die Befugnis der Naturschutzbehörden zum Erlass nachträglicher artenschutzrechtlicher Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG zulasten immissionschutzrechtlich genehmigter Anlagen findet jedoch ihre Grenze in der Tatbestandswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Ein Verwaltungsakt entfaltet, solange er nicht aufgehoben ist, mit der in ihm verbindlich mit Wirkung nach außen getroffenen Regelung Bindungswirkung auch gegenüber anderen Behörden (sog. Tatbestandswirkung; vgl. BVerwG, Urteil vom 8. November 2022 - 7 C 7.21 - BVerwGE 177, 13 Rn. 22 m. w. N.). Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung hat Gestattungs- und Feststellungswirkung. Zum einen gestattet sie die Errichtung und den Betrieb der genehmigten Anlage. Zum anderen stellt sie fest, dass die Anlage mit den zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung geltenden, zum Prüfprogramm nach § 6 Abs. 1 BImSchG gehörenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist (vgl. BVerwG, Urteile vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 Rn. 27 und vom 30. April 2009 - 7 C 14.08 - NVwZ 2009, 1441 Rn. 22). Insoweit lässt sich auch von einer Legalisierungswirkung der Genehmigung sprechen (vgl. BVerwG, Urteile vom 2. Dezember 1977 - 4 C 75.75 - BVerwGE 55, 118 <121 ff.>, vom 24. Oktober 2002 - 7 C 9.02 - BVerwGE 117, 133 <136> und vom 29. April 2021 - 4 C 2.19 - BVerwGE 172, 271 Rn. 33). Aufgrund der Anknüpfung an den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung erstreckt sich die Feststellungswirkung jedoch nicht auf nachträgliche Änderungen der Sach- oder Rechtslage (vgl. BVerwG, Urteile vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 Rn. 27 und vom 30. April 2009 - 7 C 14.08 - NVwZ 2009, 1441 Rn. 22, jeweils für

Rechtsänderungen; Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand September 2023, § 13 BImSchG Rn. 123; zur insoweit vergleichbaren seeanlagenrechtlichen Genehmigung vgl. BVerwG, Urteil vom 29. April 2021 - 4 C 2.19 - BVerwGE 172, 271 Rn. 33).

- 19 Im Immissionsschutzrecht gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, wonach dem Anlagenbetreiber eingeräumte Rechtspositionen trotz wesentlicher Änderungen der Sach- oder Rechtslage zu belassen seien und nur gegen Entschädigung entzogen werden dürften (vgl. BVerwG, Urteile vom 23. Oktober 2008 - 7 C 48.07 - BVerwGE 132, 224 Rn. 27 und vom 30. April 2009 - 7 C 14.08 - NVwZ 2009, 1441 Rn. 22; bestätigt durch BVerfG, Kammerbeschluss vom 14. Januar 2010 - 1 BvR 1627/09 - NVwZ 2010, 771 Rn. 35 ff.). Dass dabei der durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vermittelte Bestandsschutz im Bereich der öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG nicht weiter reicht, als im Bereich der dynamischen Betreiberpflichten nach § 5 BImSchG, die Verpflichtung zu nachträglichen Änderungen sich insoweit vielmehr nach dem jeweils einschlägigen Fachrecht beurteilt, wurde bereits ausgeführt (vgl. oben Rn. 17). Danach ist die Auffassung der Klägerin, der "dynamische Bestandsschutz" der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erstrecke sich nicht auf den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, jedenfalls im Falle einer – wie hier gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG – kraft Fachrechts dynamischen Pflicht unzutreffend. Schon deshalb verfängt es auch nicht, wenn die Klägerin meint, die artenschutzrechtliche Prüfung sei der gemäß § 13 BImSchG einkonzentrierten Baugenehmigung und deren Feststellungswirkung zuzuordnen. Der baurechtliche Bestandsschutz wird durch den immissionsschutzrechtlichen Bestandsschutz überlagert und eingeschränkt (BVerwG, Urteil vom 23. Oktober 2008 - 7 C 4.08 - NVwZ 2009, 647 Rn. 18 <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 132, 224>). Davon ist das Oberverwaltungsgericht der Sache nach zutreffend ausgegangen (UA S. 11 f., 14).
- 20 cc) Eine weitere Grenze findet die Befugnis der Naturschutzbehörden zum Erlass nachträglicher Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG darin, dass die Anordnung keine (Teil-)Aufhebung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bewirken darf. Derartige Regelungen dürfen nur gestützt auf § 21 BImSchG (Widerruf) oder § 48 VwVfG (Rücknahme) – und unter Wahrung der

dort geregelten besonderen Voraussetzungen (u. a. den von der Klägerin angesprochenen Fristen) – von der dafür zuständigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde erlassen werden (vgl. OVG Magdeburg, Urteil vom 9. November 2016 - 2 L 112/14 - juris Rn. 63; VG Augsburg, Urteil vom 29. März 2021 - Au 9 K 18.1392 - juris Rn. 40; Jarass, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 25; Lange und Appel, in: Appel/Ohms/Saurer, BImSchG, 2021, § 13 Rn. 49, § 21 Rn. 15; Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand September 2023, § 13 BImSchG Rn. 117). Davon ist auch das Oberverwaltungsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen (UA S. 13 f.).

- 21 Nicht vollständig im Einklang mit Bundesrecht stehen die beiden Kriterien, anhand derer das Oberverwaltungsgericht bestimmt, ob eine Maßnahme, mit der – wie hier – nachträglich die Betriebszeiten von Windenergieanlagen eingeschränkt werden, als teilweiser Widerruf der Anlagengenehmigung zu qualifizieren ist. Danach sei zum einen darauf abzustellen, ob sich die Maßnahme bei Genehmigungserteilung als inhaltliche Einschränkung bzw. Teilversagung der Genehmigung und nicht lediglich als Nebenbestimmung dargestellt hätte. Zum anderen sei maßgeblich, ob mit der behördlichen Maßnahme eine unverhältnismäßige Einschränkung der Betriebszeiten, also ein Eingriff in den Genehmigungskern, verbunden sei.
- 22 Das erste Kriterium ist prinzipiell zutreffend, das zweite hingegen nicht. Auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen kann es für die Abgrenzung zwischen nachträglicher Anordnung und (Teil-)Widerruf der Genehmigung nicht ankommen. Das gilt auch im Verhältnis von § 17 BImSchG zu § 21 BImSchG, so dass eine vom Oberverwaltungsgericht befürwortete Übertragung einer – vermeintlichen – immissionsschutzrechtlichen Wertung auf das Verhältnis von § 3 Abs. 2 BNatSchG zu § 21 BImSchG ausscheidet. Zwar darf nach § 17 Abs. 2 Satz 1 BImSchG eine nachträgliche Anordnung nicht getroffen werden, wenn sie unverhältnismäßig ist. In diesem Fall soll nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BImSchG die zuständige Behörde die Genehmigung unter den Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BImSchG ganz oder teilweise widerrufen. Daraus lässt sich aber weder schließen, dass die Anordnung von Maßnahmen, die mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wären, als Genehmigungswiderruf zu qualifizieren ist (ebenso VG Augsburg, Urteil vom 29. März 2021 - Au 9 K 18.1392 -

juris Rn. 41; Schumacher, NuR 2019, 323 <324>; Seibert, UPR 2022, 1 <3 f.>), noch ist der umgekehrte Schluss gerechtfertigt, bei einem noch verhältnismäßigen Aufwand sei die Anordnung nicht als teilweiser Entzug der Gestattung anzusehen (so aber wohl Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand September 2023, § 17 BImSchG Rn. 35). Denn die (Qualifikations-)Frage nach der Rechtsnatur einer behördlichen Verfügung als nachträgliche Anordnung gemäß § 17 BImSchG oder als Widerruf gemäß § 21 BImSchG ist der Frage nach der Verhältnismäßigkeit einer nachträglichen Anordnung und der daraus folgenden Regelverpflichtung ("soll") zum Genehmigungswiderruf gemäß § 17 Abs. 2 BImSchG vorgelagert (vgl. Appel, in: Appel/Ohms/Saurer, BImSchG, 2021, § 21 Rn. 10).

- 23 Die Abgrenzung muss nach dem Inhalt der behördlichen Entscheidung bezogen auf eine erteilte Genehmigung erfolgen. Über die exakte Grenzziehung herrscht allerdings Unsicherheit (offengelassen von BVerwG, Urteil vom 18. Mai 1982 - 7 C 42.80 - BVerwGE 65, 313 <321 f.>). Weitgehende Einigkeit besteht dahin, dass Eingriffe in den Genehmigungskern als Teilwiderauf zu qualifizieren sind (vgl. Appel, in: Appel/Ohms/Saurer, BImSchG, 2021, § 21 Rn. 10; Hansmann/Ohms und Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand September 2023, § 17 BImSchG Rn. 34, § 21 BImSchG Rn. 13, jeweils m. w. N.; vgl. auch Posser, in: BeckOK Umweltrecht, Stand Januar 2023, § 17 BImSchG Rn. 26). Dies ermöglicht freilich nur eine erste Annäherung an eine Abgrenzung. Indes bedarf die Frage auch hier keiner abschließenden Klärung. Denn es ist – mit dem Oberverwaltungsgericht – davon auszugehen, dass jedenfalls dann nur eine nachträgliche Anordnung und kein Teilwiderauf vorliegt, wenn sich die betreffende Regelung bei Genehmigungserteilung lediglich als Nebenbestimmung und nicht als inhaltliche Einschränkung bzw. Teilversagung der Genehmigung dargestellt hätte (so auch Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand September 2023, § 21 BImSchG Rn. 13; ablehnend Seibert, UPR 2022, 1 <4>). Bei der in einer immissionschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage getroffenen Regelung, die Anlage aus Gründen des Artenschutzes zu bestimmten Zeiten abzuschalten, handelt es sich regelmäßig um eine Nebenstimmung in Form einer Auflage, nicht um eine Inhaltsbestimmung (vgl. OVG Weimar, Beschluss vom 10. Februar 2015 - 1 EO 356/14 - ThürVBl 2015, 218 Rn. 41 ff.; OVG Magdeburg,

Urteil vom 20. April 2016 - 2 L 64/14 - NuR 2016, 497 Rn. 48; OVG Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 - 12 LB 125/18 - NuR 2019, 335 Rn. 43 f.; Seibert, UPR 2022, 1 <4>; a. A. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. März 2012 - 11 S 72.10 - NuR 2012, 483 Rn. 8; offengelassen von OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. September 2020 - 11 N 39.17 - juris Rn. 11).

- 24 Danach ist die Einschätzung des Oberverwaltungsgerichts, die hier streitige Abschaltanordnung sei nicht als Teilwiderruf der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu qualifizieren, weil sie sich bei Genehmigungserteilung als Nebenbestimmung dargestellt hätte (UA S. 24), revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Soweit es in diesem Zusammenhang zusätzlich die Verhältnismäßigkeit der Anordnung geprüft hat (UA S. 24 f.), verstößt dies zwar gegen Bundesrecht, weil es darauf – wie ausgeführt – für die Abgrenzung von nachträglicher Anordnung und Widerruf nicht ankommt. Da das Oberverwaltungsgericht aber auch mit diesem zusätzlichen Kriterium einen Teilwiderruf verneint hat, erweist sich das angefochtene Urteil insoweit im Ergebnis als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 25 d) Es unterliegt auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dem Artenschutz dienende nachträgliche Beschränkungen des Betriebs immissionsschutzrechtlich genehmigter Anlagen auf die generalklauselartige Ermächtigung des § 3 Abs. 2 BNatSchG zu stützen. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die von der Klägerin für ihren gegenteiligen Standpunkt angeführte sogenannte Wesentlichkeitstheorie (a. A. Reicherzer/Todorov/Arenz, NVwZ 2020, 1165 <1167>; zweifelnd Appel, in: Appel/Ohms/Saurer, BImSchG, 2021, § 21 Rn. 15; vgl. ferner Fachagentur Windenergie an Land, Nachträgliche Anpassungen immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange, 2016, S. 16). Der damit angesprochene verfassungsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes verlangt, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat und nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive überlassen darf. Dies betrifft nicht nur die Frage, ob überhaupt ein bestimmter Gegenstand gesetzlich geregelt sein muss, sondern ist auch dafür maßgeblich, wie weit diese Regelungen im Einzelnen gehen müssen (vgl. nur BVerfG, Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvF 3/90 - BVerfGE 101, 1 <34>).

Diese Vorgaben stehen in enger Beziehung zum Bestimmtheitsgebot, das sicherstellen soll, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass betroffene Bürgerinnen und Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können (vgl. BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 - 1 BvR 1215/07 - BVerfGE 133, 277 Rn. 140). Welche Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen zu stellen sind, richtet sich auch nach der Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe. Es reicht aus, wenn sich im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. - BVerfGE 145, 20 Rn. 125).

- 26 Aus § 3 Abs. 2 i. V. m. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ergibt sich mit Hilfe anerkannter Auslegungsmethoden mit hinreichender Klarheit, dass und innerhalb welcher Grenzen die naturschutzrechtliche Generalklausel auch dann zur Konkretisierung und Durchsetzung der aus dem artenschutzrechtlichen Tötungs- und Verletzungsverbot resultierenden Verhaltenspflichten anwendbar ist, wenn dies zu einer Beschränkung des Betriebs einer bestandskräftig immissionschutzrechtlich genehmigten Anlage führt. Der insoweit maßgebliche Inhalt des einfachen Rechts wurde unter Buchstabe c) dargelegt.
- 27 2. Der Bescheid der Beklagten vom 25. Februar 2021 erfüllt nach den vom Obergericht zugrunde gelegten, mit Bundesrecht in Einklang stehenden Maßstäben und den hierauf fußenden tatrichterlichen Ermittlungen die tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 3 Abs. 2 i. V. m. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (a). Die von der Beklagten auf dieser Grundlage angeordneten Betriebsbeschränkungen sind auch verhältnismäßig (b). Die Voraussetzungen für die Zulassung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG liegen nicht vor (c).
- 28 a) Die tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 3 Abs. 2 i. V. m. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für die nachträgliche Anordnung von Abschaltzeiten für die von

der Klägerin betriebenen Windenergieanlagen liegen vor. Die angeordneten Abschaltzeiten stellen die im Sinne des § 3 Abs. 2 BNatSchG erforderliche Maßnahme dar, um die Einhaltung dieser Verbotsvorschrift sicherzustellen.

- 29 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Tatbestand des Tötungs- und Verletzungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG mit Blick auf die bei einer Windkraftanlage nie völlig auszuschließende Gefahr von Kollisionen mit geschützten Tieren nur dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht (vgl. nunmehr § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG). Das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungs- und Verletzungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat sein kann und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Denn tierisches Leben existiert nicht in einer unberührten, sondern in einer von Menschen gestalteten Landschaft. Nur innerhalb dieses Rahmens greift der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos erfordert Anhaltspunkte dafür, dass sich dieses Risiko durch den Betrieb einer Anlage deutlich steigert; dafür genügt weder, dass einzelne Exemplare etwa durch Kollisionen zu Schaden kommen, noch, dass im Eingriffsbereich überhaupt Exemplare betroffener Arten angetroffen worden sind. Dieser Maßstab gilt gleichermaßen für die Genehmigung von Vorhaben wie für nachträgliche artenschutzrechtliche Anordnungen (vgl. zusammenfassend BVerwG, Beschluss vom 7. Januar 2020 - 4 B 20.19 - juris Rn. 5 m. w. N.).
- 30 Eine gesetzliche Konkretisierung des Signifikanzkriteriums, wie sie sich nunmehr in Bezug auf Exemplare kollisionsgefährdeter Brutvogelarten nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen in § 74 Abs. 4 und 5 BNatSchG in § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG findet, existiert für hier in Rede stehende Fledermausarten nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt eine signifikante Erhöhung des Risikos kollisionsbedingter Verluste bei Fledermäusen jedenfalls dann in Betracht, wenn durch das Vorhaben Hauptflugrouten oder bevorzugte Jagdgebiete betroffen sind (BVerwG, Urteile vom 28. April 2016 - 9 A 9.15 - BVerwGE 155, 91 Rn. 141 m. w. N., vom 6. April 2017

- 4 A 16.16 - NVwZ-RR 2017, 768 Rn. 77 und vom 5. Oktober 2021 - 7 A 13.20 - BVerwGE 173, 296 Rn. 53). Hiervon ist auch das Oberverwaltungsgericht (UA S. 16) ausgegangen.

- 31 Auf dieser Grundlage hat es festgestellt, dass in dem von der Abschaltanordnung erfassten Szenario ein uneingeschränkter Betrieb der noch in Streit stehenden WEA 6, 9 und 11 der Klägerin zulasten geschützter Fledermausarten gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstößt. Das Oberverwaltungsgericht stützt dies vorrangig auf das auch dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegte Kartiergutachten und hält unter Bezugnahme auf dieses Gutachten fest, dass die Standorte der WEA 6 und 11 im Bereich von bevorzugten Jagdgebieten der Breitflügel-, der Zwerg- sowie der Rauhautfledermaus liegen. Totfunde von Fledermäusen kämen hinzu. Hinsichtlich der WEA 11 legt das Oberverwaltungsgericht seiner Feststellung die Beobachtung jagender Breitflügelfledermäuse, den Einzelnachweis einer Zwergfledermaus sowie sieben Totfunde von Fledermäusen zugrunde (UA S. 20 f.).
- 32 Die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts lassen deutlich werden, dass es jedenfalls an der Plausibilität der von der Beklagten dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegten fachlichen Einschätzungen keinen Zweifel hegt. Der insoweit angelegte Prüfungsmaßstab steht ebenso mit Bundesrecht in Einklang wie die hiermit verbundene tatrichterliche Billigung der Abweichung des Kartiergutachtens von den Empfehlungen des niedersächsischen Artenschutzleitfadens (UA S. 21 f.). Die Methode der Bestandserfassung für die artenschutzrechtliche Prüfung und die Maßstäbe für die Bestimmung der Signifikanz des Tötungsrisikos für Fledermäuse infolge des Betriebs von Windenergieanlagen sind nicht normativ festgelegt (vgl. BVerwG, Urteile vom 3. November 2020 - 9 A 12.19 - Buchholz 442.09 § 18 AEG Nr. 97 Rn. 551 <insoweit nicht veröffentlicht in BVerwGE 170, 33> und vom 31. März 2023 - 4 A 11.21 - juris Rn. 123). Entgegen der Auffassung der Klägerin fehlt es insoweit auch an einem allgemein anerkannten fachwissenschaftlichen Standard. So sind für die Erfassung von Fledermäusen zahlreiche einschlägige Arbeitshilfen und Leitfäden erarbeitet worden, die einen Methodenmix aus Habitatanalyse und Geländeuntersuchungen unter Einsatz von Detektoren, Horchboxen, Netzfängen etc. vorsehen und dabei – so-

weit sie nur regionale Geltung beanspruchen – auf die naturräumlichen Gegebenheiten einer Region abgestimmt sind (vgl. BVerwG, Urteile vom 27. November 2018 - 9 A 8.17 - Buchholz 406.254 UmwRG Nr. 29 Rn. 103 f. und vom 3. November 2020 - 9 A 12.19 - Buchholz 442.09 § 18 AEG Nr. 97 Rn. 551). Auch die Ausarbeitung "Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen" von Bernotat und Dierschke, 4. Fassung, Stand 31. August 2021 (hierzu ausführlich BVerwG, Urteile vom 5. Juli 2022 - 4 A 13.20 - BVerwGE 176, 39 Rn. 30 und vom 31. März 2023 - 4 A 10.21 - juris Rn. 122 ff.), setzt für die Bewertung der Kollisionsgefährdung von Fledermäusen an Windenergieanlagen keinen einheitlichen Standard, sondern spricht den gerichtlich anerkannten Leitfäden ausdrücklich den Vorrang zu (Teil II.8 S. 5).

- 33 Dem Oberverwaltungsgericht ist auch kein im Revisionsverfahren zu berücksichtigender Fehler bei seiner trichterlichen Überzeugungsbildung (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO) unterlaufen, indem es hinsichtlich der in Betrieb befindlichen Windenergieanlagen für maßgeblich erachtet hat, dass sich durch drei repräsentative Detektorbegehungen und eine Dauererfassung mittels Batcorder sowie über Jahre hinweg gemeldete Totfunde Erkenntnisse ergeben hätten, die für die Bejahung eines Verstoßes gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ausreichend seien. Hinsichtlich der Nichtanwendung des niedersächsischen Artenschutzleitfadens hat das Oberverwaltungsgericht zutreffend dargelegt, dass sich dieser an der bei Planung und Genehmigung einer Windenergieanlage gegebenen Sachlage orientiert, in der es der Prognose zukünftig zu erwartender Beeinträchtigungen und einer hieran orientierten Untersuchungsmethodik bedarf, die sicherstellt, dass nichts Wesentliches übersehen wird. Eine solche Prognosesituation unterscheidet sich grundlegend von derjenigen, in der – wie hier – der Ist-Zustand während des laufenden Betriebs einer Windenergieanlage zu ermitteln ist. Ausweislich des im Urteil auszugsweise zitierten Kartiergutachtens sind bei der Dauererfassung entlang eines mit einer Baumreihe versehenen Feldweges in unmittelbarer Nähe der WEA 6 und 9 in insgesamt 67 Nächten sehr hohe oder sogar äußerst hohe Fledermausaktivitäten nachgewiesen worden (UA S. 19). Am Standort der WEA 11 sind zudem jagende Breitflügelfledermäuse festgestellt und sieben Totfunde gemeldet worden. Angesichts dieser Tatsachengrundlage

verstößt es weder gegen allgemeine Erfahrungssätze noch gegen Denkgesetze, ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko zu bejahen.

- 34 Der weitere Einwand der Klägerin, die im Bereich der Windenergieanlagen der Klägerin festgestellten Fledermausvorkommen hätten ihre Ursache (möglicherweise) in einem konzentrierten Zugereignis, ist tatsächlicher Natur. Als solcher kann er nicht gehört werden. Eine auf die diesbezüglichen Tatsachenfeststellungen des Oberverwaltungsgerichts bezogene Verfahrensrüge hat die Klägerin, die lediglich in allgemeiner Weise auf die Ablehnung von Beweisanträgen verweist, nicht wirksam erhoben. Mithin sind die tatsächlichen Feststellungen für den Senat bindend (§ 137 Abs. 2 VwGO).
- 35 Ebenfalls ohne Verstoß gegen Bundesrecht hat das Oberverwaltungsgericht (UA S. 22 ff.) angenommen, dass die für Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen der Klägerin erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 3. November 2006, geändert durch Bescheid vom 14. August 2007, dem Einschreiten nach § 3 Abs. 2 BNatSchG auch nicht deshalb entgegensteht, weil sich der Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot aus neuen, sukzessive erst ab dem Jahr 2012 (Meldung von Totfunden) und insbesondere im Jahr 2019 (Fledermausnachweise und Jagdgebiete gemäß Kartiergutachten) gewonnenen Erkenntnissen ergebe. Dies steht im Einklang mit den dargestellten Grundsätzen, wonach sich die Feststellungswirkung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung aufgrund ihrer Anknüpfung an den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung jedenfalls nicht auf nachträgliche Änderungen der Sach- oder Rechtslage erstreckt (vgl. oben Rn. 18).
- 36 Es kann offenbleiben, ob sich die Bestandskraft der Genehmigung gegen eine lediglich veränderte Bewertung einer als solcher unveränderten Tatsachengrundlage durchsetzen kann (ebenfalls offengelassen: BVerwG, Urteil vom 29. April 2021 - 4 C 2.19 - BVerwGE 172, 271 Rn. 33 zur seeanlagenrechtlichen Genehmigung). Jedenfalls sind bei der Bestimmung dynamischer Betreiberpflichten – hier aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG – neue Erkenntnisse über die Auswirkungen der Anlage stets zu berücksichtigen. Dies gilt zum einen für neue wissenschaftliche Erkenntnisse. Schlägt sich der wissenschaftliche Fortschritt in allgemein anerkannten Standards etwa zur Abschätzung zukünftiger Entwicklungen

nieder, sind diese als neue Tatsachen zu betrachten, die die Bestandskraft überwinden können (BVerwG, Urteil vom 29. April 2021 - 4 C 2.19 - BVerwGE 172, 271 Rn. 33 m. w. N.). Zum anderen können sich neue Tatsachen daraus ergeben, dass die Auswirkungen des Betriebs einer Anlage nicht mehr nur – wie bei der Erteilung der Genehmigung – prognostisch ermittelt und folglich abgeschätzt, sondern nach Errichtung und Inbetriebnahme auf der Grundlage empirischer Nachweise verlässlicher bestimmt werden können. Auch wenn eine Prognose nach Prognosebasis und -methode fehlerfrei erstellt worden ist, steht bei der Normierung dynamischer Betreiberpflichten die Genehmigung grundsätzlich unter dem Vorbehalt, dass die Auswirkungsprognose aus welchen Gründen auch immer fehlschlägt und bei Ausnutzung der Genehmigung die Tätigkeit des Genehmigungsinhabers an die neue Situation angepasst werden muss (BVerwG, Urteil vom 29. April 2021 - 4 C 2.19 - BVerwGE 172, 271 Rn. 33). So liegt es hier nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts.

- 37 Im Übrigen hat sich auch die Rechtslage gegenüber dem Genehmigungszeitpunkt 2006 in wesentlicher Hinsicht geändert. Nach § 43 Abs. 4 BNatSchG i. d. F. des Gesetzes vom 25. März 2002 (BGBl. I S. 1193), waren Eingriffe im Sinne der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung von den artenschutzrechtlichen Verboten ausgenommen, soweit sie nicht zu absichtlich herbeigeführten Beeinträchtigungen führten. Diese – nicht unionsrechtskonforme (vgl. EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006 - C-98/03 [ECLI:EU:C:2006:3] -) – Vorschrift war nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dahin zu verstehen, dass solche Beeinträchtigungen nicht "absichtlich" sind, die sich als unausweichliche Konsequenz rechtmäßigen Handelns ergeben (vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Januar 2001 - 4 C 6.00 - BVerwGE 112, 321 <330> zu § 20f Abs. 3 Satz 1 BNatSchG a. F.). Danach verstießen etwa die mit dem Vollzug eines Planfeststellungsbeschlusses oder der Ausnutzung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unvermeidbar verbundenen Beeinträchtigungen der besonders geschützten Arten nicht gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot (vgl. BVerwG, Beschluss vom 12. April 2005 - 9 VR 41.04 - NVwZ 2005, 943 <947>). Die in der Genehmigung vom 3. November 2006 getroffene Feststellung der Vereinbarkeit der Windenergieanlagen der Klägerin mit den maßgeblichen öf-

fentlich-rechtlichen Vorschriften bezieht sich auf diese alte Rechtslage, die hinsichtlich der Geltung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote auch bei an sich rechtmäßigem Handeln von der aktuellen Rechtslage abweicht.

38 b) Die von der Beklagten angeordneten Betriebsbeschränkungen stellen sich auf der Grundlage der den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts (UA S. 24 f.) auch als verhältnismäßig dar. Hiernach entsprechen die nachträglich angeordneten Abschaltzeiten jenen, die der niedersächsische Artenschutzleitfaden (hinsichtlich der Genehmigungserteilung) vorsehe und die sich als sachgerecht erwiesen hätten. Der Anlagenbetrieb sei während 7,5 Monaten im Jahr, insbesondere im windstärkeren Herbst und Winter, uneingeschränkt möglich, und auch während der von der Anordnung betroffenen Monate könnten die Anlagen tagsüber ohne Beschränkung genutzt werden. Lediglich in den – im Frühjahr und Sommer vergleichsweise kurzen – Nächten seien die Anlagen abzuschalten, und auch dann nur von Sonnenuntergang bis zwei Stunden vor Sonnenaufgang bei Windgeschwindigkeiten von unter 6 m/s, in denen der Betrieb einer Windenergieanlage ohnehin nur geringe Erträge bringe. Von der Abschaltanordnung ausgenommen seien weiterhin Zeiten mit Niederschlag und Temperaturen unter 10 Grad Celsius in Nabenhöhe. Durch diese Vorgaben ergebe sich nur eine sehr geringfügige Einschränkung der Nutzbarkeit der vorhandenen Genehmigung. Diese erscheine nicht unverhältnismäßig, weil die Klägerin ihre hierdurch verursachten Einbußen auf ca. 3 Prozent des Umsatzes und etwa 6 000 € pro Anlage und Jahr beziffere, die Anlagen bereits seit mehr als zehn Jahren in Betrieb seien und die Klägerin selbst von einer guten Ertragslage der Anlagen spreche.

39 Diese Erwägungen des Oberverwaltungsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie sind zwar auf die Abgrenzung von nachträglicher Anordnung und Genehmigungswiderruf bezogen, die es auch nach dem Kriterium der (Un-)Verhältnismäßigkeit vornehmen will (vgl. oben Rn. 21 ff.). Sie tragen aber auch im Hinblick auf die allgemeine rechtsstaatliche Grenze, die der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einem behördlichen Einschreiten nach § 3 Abs. 2 BNatSchG zieht.

- 40 Konkrete gesetzliche Maßstäbe für die Zumutbarkeit von Anordnungen zur Abschaltung von Windenergieanlagen bestehen nicht. Solche ergeben sich auch nicht aus dem erst nach Ergehen des angefochtenen Urteils durch Gesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1362) erlassenen § 45b Abs. 6 Satz 2 BNatSchG. Die ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich nach (nur) auf Brutvogelarten bezogene Regelung gilt nach der Übergangsvorschrift des § 74 Abs. 4 BNatSchG für – wie hier – bereits bestandskräftig genehmigte Windenergieanlagen nicht.
- 41 c) Die Zulassung einer Ausnahme von den Verboten des § 44 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG kommt auf der Grundlage der vom Oberverwaltungsgericht getroffenen Feststellungen zur Verhältnismäßigkeit der nachträglich angeordneten Betriebsbeschränkungen nicht in Betracht. Nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG darf eine Ausnahme nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind. Der Fortbetrieb der bestehenden Anlagen der Klägerin unter Hinnahme von wirtschaftlichen Einbußen, die jedoch die Grenzen der Verhältnismäßigkeit wahren, stellt eine in diesem Sinne zumutbare Alternative zum uneingeschränkten Anlagenbetrieb dar.
- 42 Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts (UA S. 26 f.) erweist sich hiernach insoweit im Ergebnis als richtig, obgleich dessen Annahme, dass es eine zumutbare Alternative darstelle, die Energieerzeugung bereits bestehender anderer Windenergieanlagen auszuschöpfen, bevor die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung in Betracht komme, mit Bundesrecht nicht in Einklang steht. Bei der Prüfung der Zulassung einer Ausnahme – und damit auch der Frage einer zumutbaren Alternative im Sinne des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG – ist dasjenige konkrete Verhalten in den Blick zu nehmen, mit dem gegen ein Verbot nach § 44 BNatSchG verstoßen wird. Geht es um den Betrieb bestehender (ortsfester) Windenergieanlagen, stellt ein (theoretisch) denkbarer Betrieb dieser Anlagen an alternativen Standorten jedenfalls im Regelfall keine zumutbare Alternative dar. Ein Abbau und Wiederaufbau ist – soweit technisch überhaupt möglich – regelmäßig unzumutbar. Zu Recht wurde Derartiges hier auch nicht erwogen. Die demgegenüber vom Oberverwaltungsgericht in den Blick genommenen Nutzungsmöglichkeiten, die Anlagen an anderen Standorten bieten, sind jedoch schon tatbestandlich keine Alternativen zur Nutzung bestehender Anlagen, die

mit nachträglichen Betriebsbeschränkungen belegt werden. Zwischen solchen Anlagen besteht kein Alternativ-, sondern vielmehr ein Ergänzungsverhältnis.

- 43 Die Zulassung einer Ausnahme von den Verboten des § 44 BNatSchG kommt auch nicht nach dem ebenfalls mit Wirkung zum 29. Juli 2022 in Kraft getretenen § 45b Abs. 8 BNatSchG in Betracht. Die Vorschrift, die auch für Bestandsanlagen Geltung beansprucht, soll zugunsten des Betriebs von Windenergieanlagen an Land die Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen erleichtern (vgl. BT-Drs. 20/2354 S. 26). Die zu diesem Zweck in § 45b Abs. 8 Nr. 2 und 3 BNatSchG enthaltenen Maßgaben beziehen sich jedoch auf die Zumutbarkeit von Standortalternativen bei der Neuerrichtung von Windenergieanlagen. Für die hier in Rede stehende Konstellation, in der nachträgliche Betriebsbeschränkungen zulasten einer bestehenden Windenergieanlage eine im Verhältnis zu deren uneingeschränktem Betrieb zumutbare Alternative im Sinne des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG darstellen, trifft § 45b Abs. 8 Nr. 2 und 3 BNatSchG keine modifizierende Regelung.
- 44 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Prof. Dr. Korbmacher

Dr. Günther

Dr. Löffelbein

RiBVerwG a. D. Dr. Wöckel
ist wegen seiner Ernennung
zum Richter des Bundesver-
fassungsgerichts verhindert
zu unterschreiben.
Prof. Dr. Korbmacher

Bähr

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 54 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Korbmacher

Dr. Günther

Dr. Löffelbein

RiBVerwG a. D. Dr. Wöckel
ist wegen seiner Ernennung
zum Richter des Bundesver-
fassungsgerichts verhindert
zu unterschreiben.
Prof. Dr. Korbmacher

Bähr