

Rechtsgutachten

zum

Umgang mit der nachträglichen Ansiedelung von eu- roparechtlich geschützten Arten im Umfeld genehmig- ter Vorhaben

im Auftrag des Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Schwannstraße 3, 40476 Düsseldorf

vorgelegt von Rechtsanwälten Füßer & Kollegen, Leipzig

im Juli 2017

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	3
I. Sachverhalt.....	4
II. Rechtliche Würdigung.....	6
1. Wirkung der Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts nach Genehmigungserteilung.....	6
1.1. Legalisierungswirkung der Genehmigung.....	7
1.2. Zurechnungsfragen.....	12
2. Behördliche Reaktionsmöglichkeiten und -pflichten	18
2.1. Immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen.....	19
2.1.1. Auflagenvorbehalt.....	19
2.1.2. Nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG	20
2.1.3. Widerruf der Genehmigung	20
2.1.4. Naturschutzrecht	26
2.2. Baurechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen.....	32
2.3. Ermessen.....	33
2.4. Zwischenergebnisse	41
3. Sonstige Konfliktlösungsmöglichkeiten	43
3.1. Nachträgliche Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG	44
3.2. Nachträgliche Befreiung nach § 67 II BNatSchG	45
3.3. Vorbeugende Konfliktlösung durch <i>adaptive management</i>	46
3.4. Zwischenergebnisse	47
III. Zusammenfassung	48

Einleitung

Die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts gemäß § 44 I BNatSchG nehmen inzwischen einen hohen Stellenrang in der Zulassung von Vorhaben ein. Dies gilt für Infrastrukturvorhaben ebenso wie für andere potenziell konfliktrichtige Anlagen, insbesondere Windenergieanlagen. Wenige Erfahrungen bestehen aber bisher noch hinsichtlich der Anwendung der artenschutzrechtlichen Verbotsstatbestände während der Betriebsphase der Vorhaben. Vor allem der Umgang mit der Ansiedelung von neuen Artvorkommen nach Genehmigung und Errichtung von Anlagen wirft eine Reihe bisher noch weitgehend ungeklärter Rechtsfragen auf. Das Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen hat daher die Erstellung eines entsprechenden Rechtsgutachtens beschränkt ausgeschrieben und vergeben.

Im Folgenden werden nochmals kurz die Hintergründe einschließlich der konkret gestellten Fragen dargelegt (sogleich I.). Sodann erfolgt die rechtliche Erörterung der aufgeworfenen Fragestellungen und näheren Zusammenhänge (nachfolgend II.). Schließlich werden die gewonnenen Ergebnisse nochmals zusammengefasst und die konkret gestellten Fragen ergebnisbezogen beantwortet (abschließend III.).

I. Sachverhalt

Das besondere Artenschutzrecht zeichnet sich durch seine ubiquitäre Geltung, seine Strenge, seinen grundsätzlichen Individuenbezug und seine Handlungsbezogenheit aus. Hinzu kommt der Umstand, dass es sich um weitgehend europarechtlich vorgegebenes Recht handelt. Während das besondere Artenschutzrecht in seiner Funktion als Zulassungsvoraussetzung von Literatur und Rechtsprechung schon in vielen Punkten durchdrungen ist, finden sich zum Umgang mit den Zugriffsverboten des § 44 I BNatSchG nach Genehmigungserlass noch kaum Rechtsprechung und Beiträge in der Literatur.

Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang insbesondere bei Windenergieanlagen, da diese vor allem betriebsbezogen artenschutzrechtlich konfliktträchtig sind. Man denke nur an den Vogelschlag durch die sich bewegenden Rotorblätter. Die Problematik ist aber keineswegs auf Windenergieanlagen beschränkt, sondern kann sich gleichermaßen bei allen anderen Anlagentypen stellen, von denen betriebs- oder anlagebedingt artenschutzrelevante Wirkungen ausgehen können. Man denke nur an Straßen, Schienenwege, Flughäfen, Energiefreileitungen, Abgrabungen, Hochwasserrückhaltebecken, Gewässerbenutzungen (z. B. zur Kraftwerkskühlung oder Grundwasserentnahmen zur Feldberegnung) sowie lärm- oder lichtemittierende Anlagen. Möglich ist insoweit, dass artenschutzrechtliche Konflikte erst nach Genehmigung und Errichtung der Anlage erkannt werden, obwohl sie bereits zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung objektiv bestanden haben. Es können sich aber auch besonders geschützte Arten erst während des Baus oder laufenden Betriebs der Anlage innerhalb des Gefahrenbereichs ansiedeln. Diese zuletzt genannte Situation soll im Zentrum der nachfolgenden Betrachtung stehen. Hierbei sind insbesondere folgende Fragen zu beantworten:

1. Unterfällt ein Artvorkommen, das sich erst nachträglich im Umfeld eines genehmigten Vorhabens ansiedelt, überhaupt dem Verantwortungsbereich des Anlagenbetreibers?
2. Welcher Ermessensspielraum besteht für die zuständige Behörde hinsichtlich ihres Entschließungsermessens in Bezug auf ein Einschreiten gegen den Betrieb der Anlage?
3. Inwiefern ist es für die rechtliche Bewertung relevant, ob die Ansiedelung der neuen Artvorkommen nach Erteilung der Genehmigung, nach Beginn der Errichtungsarbeiten oder nach Inbetriebnahme der Anlagen stattfindet?
4. Inwiefern ist es für die rechtliche Bewertung relevant, ob es sich um eine spontane Neuansiedlung oder um eine durch Nisthilfen oder Naturschutzmaßnahmen angereizte Ansiedelung handelt?

5. Unter welchen Umständen muss – im Anwendungsbereich des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – statt einer naturschutzrechtlichen, den Anlagenbetrieb modifizierenden Anordnung eine Widerrufsverfügung nach § 21 BImSchG ergehen?
6. Welche Kenntnisse, Prognosen und Bewertungen sind erforderlich, um die in § 21 II BImSchG benannte Frist auszulösen?

Bei der Beantwortung der vorgenannten Fragen sollen neben dem schon zu Windenergieanlagen vorhandenen Material auch die Erkenntnisse zum Umgang mit nachträglicher Ansiedelung von Artvorkommen aus dem Bereich anderer Infrastruktur- oder Industrieanlagen (z. B. Straßen, Hochspannungsleitungen, Abgrabungen) einbezogen sowie die Legalisierungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung und der von ihr vermittelte Bestandsschutz im Verhältnis zu den Anforderungen des besonderen Artenschutzrechts bewertet werden.

II. Rechtliche Würdigung

Um sich den mit der nachträglichen Ansiedlung besonders geschützter Arten im Gefahrenbereich genehmigter Anlagen verbundenen artenschutzrechtlichen Problemen zu nähern, ist zunächst zu untersuchen, welche Wirkung das besondere Artenschutzrecht nach Genehmigungserteilung überhaupt noch zu entfalten vermag (anschließend 1.). Daran anknüpfend stellt sich die Frage, welche Behörde auf Basis welcher Rechtsgrundlage in welchen Fällen wie tätig werden kann oder sogar tätig werden muss (danach 2.) und welche Möglichkeiten der Konfliktbewältigung sich sonst noch ergeben (abschließend 3.).

1. Wirkung der Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts nach Genehmigungserteilung

Dass die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG jedenfalls dann zu den im Zulassungsverfahren zu prüfenden materiell-rechtlichen Vorschriften gehören, wenn die jeweilige Zulassungsnorm voraussetzt, dass das Vorhaben gemeinwohlverträglich ist bzw. ihm keine sonstigen Vorschriften des öffentlichen Rechts entgegenstehen, ist inzwischen allgemein anerkannt¹. Dies resultiert nicht zuletzt aus Art. 12 I FFH-RL², der den Mitgliedstaaten die Errichtung eines „strengen Schutzsystems“ abverlangt, was nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs u. a. „den Erlass kohärenter und koordinierter vorbeugender Maßnahmen“ voraussetzt³. Insbesondere soll bereits präventiv verhindert werden, dass es zu artenschutzrechtlichen Verstößen kommt⁴. Mit Blick auf die Bestimmungen des § 44 V 2 und 5 BNatSchG sind bei zulassungsbedürftigen Vorhaben in aller Regel jedoch nur die europäischen Vogelarten und die Arten nach Anhang IV der FFH-Richtlinie von Relevanz, wohingegen die rein nationalrechtlich besonders geschützten Arten ausschließlich über deren mittelbare Berücksichtigung im Rahmen der naturschutzrechtlichen oder städtebaulichen Eingriffsregelung, insbesondere des Vermeidungsgebots, einen Schutz erfahren.

Was die hier exemplarisch betrachteten Windenergieanlagen angeht, so bedürfen gemäß § 1 I 1 i. V. m. Nr. 1.6 Anlage 1 der 4. BImSchV Windenergieanlagen von mehr als 50 m Höhe der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Kleinere

¹ Siehe nur BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11 –, NVwZ 2014, 524 (Rdnr. 17).

² Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen, ABl. EU L 206, S. 7, zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.4.2014, ABl. EU L 124, S. 1.

³ EuGH, Urt. v. 11.1.2007 – C-183/05 –, Slg. 2007, I-137 (Rdnr. 30), Kommission/Irland; EuGH, Urt. v. 9.6.2011 – C-383/09 –, Slg. 2011, I-4909 (Rdnr. 20), Kommission/Frankreich.

⁴ *Lütkes*, in: *ders./Ewer*, BNatSchG-Komm., München 2011, § 38 Rdnr. 3.

Windenergieanlagen sind nach § 63 I 1 BauO NRW hingegen lediglich baugenehmigungsbedürftig. Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren wird ausweislich § 6 I Nr. 2 BImSchG auch das sonstige öffentliche Recht geprüft, mithin auch die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts⁵. Ebenso verhält es sich im Baugenehmigungsverfahren; denn gemäß § 75 I 1 BauO NRW ist die Baugenehmigung (erst dann) zu erteilen, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, und für das vereinfachte Verfahren – nach § 63 I 3 Nr. 2 BauO NRW anwendbar auf die bis zu 30 m hohen Windenergieanlagen – regelt § 63 I 4 Nr. 4 BauO NRW, dass auch die anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften Prüfgegenstand sind, deren Einhaltung nicht in einem anderen Genehmigungs-, Erlaubnis- oder sonstigen Zulassungsverfahren geprüft wird. Darüber hinaus konkretisiert das besondere Artenschutzrecht die Belange des Naturschutzes im Sinne des § 35 III 1 Nr. 5 BauGB, die nicht beeinträchtigt werden bzw. im Falle eines im Außenbereich privilegierten Vorhabens diesem nicht entgegenstehen dürfen, so dass ein Verstoß gegen § 44 I BNatSchG immer auch die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit impliziert, soweit es sich um Außenbereichsvorhaben handelt⁶.

Grundsätzlich ist es aber so, dass eine behördliche Zulassungsentscheidung bei zulassungsentscheidungskonformem Bau und Betrieb der Anlage vor Inanspruchnahme auf Grund ordnungsrechtlichen Einschreitens schützt, soweit die Legalisierungswirkung der Zulassungsentscheidung reicht⁷. Gehört – wie in den hier interessierenden Fällen – das besondere Artenschutzrecht zum Prüfprogramm im Zulassungsverfahren, so nimmt es grundsätzlich auch an der Legalisierungswirkung der Zulassungsentscheidung teil; denn von der Legalisierungswirkung einer Zulassungsentscheidung umfasst sind alle Gefahren, die Prüfgegenstand der Zulassung bzw. deren zwangsläufige Folge sind⁸. Demnach dürfte das besondere Artenschutzrecht nach Genehmigungserteilung an sich ohne Bedeutung sein (anschließend 1.1.). Doch selbst wenn die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts auch nach Genehmigungserlass noch Bedeutung hätten, wäre damit noch nicht beantwortet, dass der Anlagenbetreiber auch tatsächlich für das nachträgliche Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich seiner Anlage verantwortlich gemacht werden kann; vielmehr stellt sich insoweit dann noch die Frage der Zurechenbarkeit (sodann 1.2.).

1.1. Legalisierungswirkung der Genehmigung

Die Legalisierungswirkung der Zulassungsentscheidung könnte im Hinblick auf das besondere Artenschutzrecht deshalb eingeschränkt sein, weil das besondere

⁵ Jarass, BImSchG, 11. Aufl. (2015), § 6 Rdnr. 29.

⁶ BVerwG, Urte. v. 27.6.2013 – 4 C 1/12 –, BVerwGE 147, 118 (Rdnr. 6).

⁷ BVerwG, Urte. v. 2.12.1977 – IV C 75/75 –, BVerwGE 55, 118 (121-123).

⁸ OVG S.-A., Urte. v. 22.4.2015 – 2 L 47/13 –, juris, Rdnr. 72.

Artenschutzrecht in erster Linie handlungs- und nicht zulassungsbezogen ausgestaltet ist⁹. Dies allein gibt indes noch keinen Hinweis darauf, dass § 44 I BNatSchG in der Lage wäre, die Legalisierungswirkung der Zulassungsentscheidung zu durchbrechen. In erster Linie handlungsbezogen und insoweit dem Artenschutzrecht strukturell vergleichbar ist beispielsweise auch der gesetzliche Biotopschutz gemäß § 30 II 1 BNatSchG¹⁰. Wollte man die Handlungsbezogenheit einer Norm zum Kriterium erheben, das der Legalisierungswirkung von Zulassungsentscheidungen eine Grenze setzt, würde die mit behördlichen Zulassungsentscheidungen verbundene Vertrauensschutz begründende und Rechtsfrieden stiftende Funktion entwertet. Eine solch weitreichende Folge bedürfte einer deutlicheren gesetzgeberischen Kennzeichnung, so wie dies etwa im Umweltschadensrecht geschehen ist (vgl. § 2 Nr. 3 USchadG i. V. m. § 19 I 2 BNatSchG)¹¹.

Auch die dem Regelungsgegenstand des besonderen Artenschutzrechts anhaftende besondere Dynamik berechtigt nicht per se dazu, das besondere Artenschutzrecht von der Legalisierungswirkung, die Zulassungsentscheidungen generell zukommt, auszunehmen. Das Problem der besonderen Dynamik stellt sich mindestens ebenso im Wasserrecht. Gleichwohl hat auch hier der Gesetzgeber keinen Grund gesehen, die Legalisierungswirkung von Zulassungsentscheidungen zurückzudrängen, sondern hat lediglich ein entsprechend angepasstes Zulassungssystem etabliert. So bedürfen Gewässerbenutzungen gemäß § 8 I WGH der Erlaubnis oder Bewilligung. Sowohl die Erlaubnis als auch die Bewilligung können nach § 13 I WGH nachträglich mit Inhalts- und Nebenbestimmungen versehen werden. Die Erlaubnis ist darüber hinaus gemäß § 18 I WHG jederzeit widerruflich und die Bewilligung kann nach § 18 II WHG unter gegenüber § 49 VwVfG NRW erleichterten Voraussetzungen widerrufen werden. Dies schlägt auf anderes Fachrecht insoweit durch, als Gewässerbenutzungen nach § 13 BImSchG von der Konzentrationswirkung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen nicht umfasst sind, hierfür also eine selbständige Erlaubnis oder Bewilligung vonnöten ist, und in der Planfeststellung sind Gewässerbenutzungen gemäß § 19 I WHG als selbständige, weiterhin dem Wasserrecht unterworfenen Entscheidung neben den Planfeststellungsbeschluss gestellt¹². Dass der Gesetzgeber Gleiches nicht in Bezug auf die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts geregelt hat, vermag demnach nicht dazu zu berechtigen, das besondere Artenschutzrecht als „legalisierungsfest“ anzusehen; vielmehr liegt das Fehlen einer dem Wasserrecht vergleichbaren Regelung schon darin begründet, dass der

⁹ Hierzu *Füßer/Lau*, NuR 2009, 445 (448).

¹⁰ *Albrecht*, in: *Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, Stand: Febr. 2017, § 30 BNatSchG Rdnr. 5.

¹¹ Hierzu *Porsch*, in: FS Dolde, 2014, S. 169 (175).

¹² Hierzu BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 4 A 1075/04 –, BVerwGE 125, 116 (Rdnr. 450).

deutsche Gesetzgeber generell davon abgesehen hat, das besondere Artenschutzrecht verfahrensrechtlich eigens auszugestalten.

Für die Durchbrechung der Legalisierungswirkung von Zulassungsentscheidungen durch das besondere Artenschutzrecht könnten jedoch unionsrechtliche Gründe sprechen; denn die §§ 44, 45 BNatSchG dienen vor allem auch der Umsetzung der artenschutzrechtlichen Bestimmungen der FFH- und Vogelschutzrichtlinie. Unter Effektivitätsgesichtspunkten wäre die „Legalisierungsfestigkeit“ des besonderen Artenschutzrechts freilich begrüßenswert¹³. Dagegen spricht jedoch, dass der Artenschutz auch unionsrechtlich nicht absolut steht, sondern mit anderen, teils gegenläufigen Zielsetzungen in praktische Konkordanz zu bringen ist, so dass das Effektivitätsargument nicht allein ausschlaggebend sein kann¹⁴. Festzustellen ist jedoch, dass der Europäische Gerichtshof das Argument, dass mit der wirksamen Zulassungsentscheidung die Frage der Realisierbarkeit des Vorhabens beantwortet ist und es sich dann beim Bau und Betrieb der betreffenden Anlage um ein rechtmäßiges Verhalten handelt, als solches nicht hat gelten lassen, um von den Vorgaben der Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts zu entbinden. So heißt es im Urteil vom 20. Oktober 2005¹⁵:

„Es ist jedoch festzustellen, dass nach der fraglichen Ausnahmeregelung Handlungen, die den Tod von Tieren der geschützten Arten oder die Beschädigung oder Zerstörung ihrer Fortpflanzungs- und Ruhestätten verursachen, zulässig sind, wenn diese Handlungen als solche rechtmäßig sind. Eine solche Ausnahme, die auf der Rechtmäßigkeit der Handlung beruht, läuft jedoch dem Geist und Zweck der Richtlinie und dem Buchstaben von Artikel 16 der Richtlinie [gemeint ist die FFH-Richtlinie] zuwider.“

Dies ist vor dem Hintergrund der Ausführungen zu den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* zu sehen, woraus deutlich wird, dass ein genehmigungskonformes Verhalten für sich genommen weder ausreicht, um die betreffende Handlung tatbestandlich aus den artenschutzrechtlichen Verboten herauszunehmen, noch um diese unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 9 I VS-RL¹⁶ und Art. 16 I FFH-RL zu subsumieren¹⁷.

¹³ In diese Richtung *Lieber*, NuR 2012, 665 (666 f.).

¹⁴ Vgl. *Kautz*, in: *Kolodziejczok/Endres/Krohn/Markus*, Naturschutz, Landschaftspflege, Losebl. (Stand: Dez. 2016), Kennz. 0760, § 44 Rdnr. 76.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 20.10.2005 – C-6/04 –, Slg. 2005, I-9056 (Rdnr. 113), Gibraltar.

¹⁶ Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EU L 103, S. 1; neu gefasst durch die Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009, ABl. EU L 20, S. 7.

¹⁷ Siehe GAin *Kokott*, Schlussanträge v. 9.6.2005 – C-6/04 –, Slg. 2005, I-9020 (Rdnr. 112-121), Gibraltar.

Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, in welchem Verfahren dieses materielle Unionsrecht zur Anwendung gebracht wird¹⁸. So mag viel dafür sprechen, dass sich öffentlich-rechtliche Vorhabenträger, die gemäß Art. 20 III GG unmittelbar an Recht und Gesetz gebunden sind, bei nachträglich auftretenden artenschutzrechtlichen Konflikten nicht allein auf die Legalisierungswirkung bestehender Zulassungsentscheidungen berufen können. Dies gilt umso mehr, wenn – wie gemäß § 4 S. 1 FStrG im Fernstraßenrecht – der Vorhabenträger zusätzlich noch spezialgesetzlich dafür einzustehen hat, dass seine Bauten den Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen¹⁹. Einem Privaten gegenüber bietet die Legalisierungswirkung von Zulassungsentscheidungen hingegen einen unter Eigentumsschutzgesichtspunkten nach Art. 14 I GG relevanten Vertrauensschutz und Investitionssicherheit. Folglich kann hier die Legalisierungswirkung ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht ohne Weiteres durchbrochen werden.

Voraussetzung ist allerdings, dass auch nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage von der mit der jeweiligen Zulassungsentscheidung verbundenen Legalisierungswirkung umfasst sind. Insoweit ist in der Rechtsprechung jedoch anerkannt, dass ein ordnungsbehördliches Einschreiten gegen unmittelbar drohende Gefahren in jedem Fall zulässig ist, weil die Verursachung derartiger Gefahren durch die Legalisierungswirkung einer Genehmigung rechtlich nicht gedeckt wird²⁰. Des Weiteren hat das Bundesverwaltungsgericht zur immissionsrechtlichen Genehmigung festgehalten²¹:

„Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die kein Dauerverwaltungsakt ist [...], bewirkt zweierlei: 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 öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist. Es kann offenbleiben, wie weit die Feststellungswirkung der Genehmigung im Einzelnen reicht. Auf Grund der Anknüpfung der Feststellungswirkung an den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung kann sie sich jedenfalls nicht auf nachträgliche Rechtsänderungen erstrecken. Nachträglichen Rechtsänderungen kann daher nicht mit dem Einwand begegnet werden, in einen als rechtmäßig festgestellten Bestand dürfe nicht eingegriffen werden [...]. Im Immissionsschutzrecht gibt es danach keinen Grundsatz, dass dem Betreiber eingeräumte Rechtspositionen trotz Rechtsänderungen zu belassen sind und nur gegen Entschädigung entzogen werden dürfen [...].“

¹⁸ So zutreffend auch VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.6.2016 – 5 S 1984/15 –, juris, Rdnr. 13.

¹⁹ Hierzu *Lau*, UPR 2015, 361 ff.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 2.12.1977 – IV C 75/75 –, BVerwGE 55, 118 (123); NdsOVG, Urt. v. 23.6.1967 – III OVG A 113/64 –, DVBl. 1967, 779 (781).

²¹ BVerwG, Urt. v. 23.10.2008 – 7 C 48/07 –, BVerwGE 132, 224 (Rdnr. 27).

Dies liegt auf der Linie der sich seit den 1990er Jahren zunehmend durchsetzenden vermittelnden Auffassung, wonach behördliche Zulassungsentscheidungen weder als pauschale befreiende Risikoverlagerung vom Gefahrenverursacher auf den Staat verstanden werden noch solchen Entscheidungen jegliche Legalisierungswirkung abgesprochen wird, sondern einer Differenzierung nach der Erkennbarkeit der Risikolage im Entscheidungszeitpunkt sowie nach einzelnen Rechtsgebieten erfolgt²². Entscheidend ist mithin jedenfalls im Immissionsschutzrecht, ob die Auswirkungen des Betriebs bei Genehmigungserteilung erkennbar waren bzw. erkannt worden sind²³. Das ist beim nachträglichen Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage indes gerade nicht der Fall.

Nicht wesentlich anders ist die Situation im Baurecht. Zunächst steht auch hier im Umfang der Feststellungswirkung der Baugenehmigung die Legalität des betreffenden Vorhabens nicht in Frage, solange die erteilte Genehmigung nicht (ganz oder teilweise) aufgehoben ist²⁴. In Nordrhein-Westfalen erstreckt sich jedoch die Feststellungswirkung der Baugenehmigung nur auf die zum Zeitpunkt der Genehmigung vorhersehbaren Gefahren, wie insbesondere § 61 II 1 BauO NRW zu entnehmen ist. Danach können auch nach Erteilung einer Baugenehmigung nach § 75 BauO NRW oder einer Zustimmung nach § 80 BauO NRW Anforderungen gestellt werden, um dabei nicht voraussehbare Gefahren oder unzumutbare Belästigungen von der Allgemeinheit oder denjenigen, die die bauliche Anlage benutzen, abzuwenden.

Von der Legalisierungswirkung erfasst ist hingegen die Abarbeitung der Eingriffsregelung, so dass die Privilegierung des § 44 V BNatSchG auch für nachträglich eingewanderte besonders geschützte Arten gilt. Daher sind hier ebenso wie in der Genehmigungssituation lediglich die europäischen Vogelarten und die Arten nach Anhang IV FFH-RL von Relevanz²⁵. Darüber hinaus führt sowohl im Immissionsschutzrecht als auch im Baurecht die Legalisierungswirkung der Genehmigung jedenfalls dazu, dass der Anlagenbetreiber sich bei Zuwiderhandlungen gegen die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG in Folge nachträglich eingewanderter – nicht nur rein nationalrechtlich – besonders geschützter Arten zumindest mangels Verschuldens in der Regel nicht einer Ordnungswidrigkeit nach § 69 II BNatSchG i. V. m. § 10 OWiG oder gar einer Straftat nach § 71 I BNatSchG schuldig macht, sondern sich insoweit auf die ihm erteilte Ge-

²² Hierzu *Seibert*, DVBl. 1992, 664 (670 f.).

²³ So auch zum Bergrecht OVG S.-A., Urt. v. 22.4.2015 – 2 L 47/13 –, juris, Rdnr. 72; siehe auch *Seibert*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, Baden-Baden 1989, S. 671.

²⁴ OVG NRW, Urt. v. 22.8.2005 – 10 A 3611/03 –, juris, Rdnr. 36; BayVGh, Beschl. v. 26.9.2016 – 15 ZB 16.1365 –, juris, Rdnr. 11; ebenso für das Eisenbahnrecht VGh Bad.-Württ., Beschl. v. 30.6.2016 – 5 S 1984/15 –, juris, Rdnr. 12.

²⁵ Ausführlich dazu bereits *Lau*, UPR 2015, 361 (362 f.).

nehmung verlassen kann²⁶. Das dem Anlagenbetreiber durch die Genehmigung eingeräumte rechtliche Können muss mithin zunächst erst einmal durch einen entsprechenden behördlichen Akt – sei es durch Beseitigung der die Legalisierungswirkung vermittelnden Zulassungsentscheidung oder durch ordnungsbehördliches Einschreiten der Fachbehörde – eingeschränkt werden, um § 44 I BNatSchG bei erst nach Genehmigungserteilung aufgetretenen artenschutzrechtlichen Konflikten zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen. Doch bevor der Frage nachgegangen werden soll, ob und inwieweit solche Befugnisse bestehen, ist zu untersuchen, ob die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG ebenso wie das dahinter stehende Unionsrecht den Fall der nachträglichen Konfliktenstehung überhaupt erfassen.

Mithin kann festgehalten werden, dass die mit einer bestehenden (bestandskräftigen) Genehmigung verbundene Legalisierungswirkung den Anlagenbetreiber zwar regelmäßig vor einer ordnungswidrigkeitsrechtlichen oder gar strafrechtlichen Inanspruchnahme schützt, nicht aber etwaige nachträgliche behördliche Anordnungen ausschließt, wenn besonders geschützte Arten nach Genehmigungserteilung in den Gefahrenbereich der Anlage eingewandert sind. Mit Blick auf § 44 V BNatSchG, der über die Zulassungsebene hinaus anwendbar bleibt, sind insoweit zudem allenfalls die europäischen Vogelarten und die Arten nach Anhang IV der FFH-Richtlinie von Relevanz.

Daher beziehen sich alle nachfolgenden Überlegungen auch ausschließlich auf diese besonders geschützten Arten, während die rein nationalrechtlich besonders geschützten Arten bei den hier zu betrachtenden Vorhaben allein über die Eingriffsregelung geschützt sind. Mit dem nachträglichen Einwandern solcher Arten wird indes kein (neuer) Eingriffstatbestand ausgelöst, so dass sich diesbezüglich artenschutzrechtlich auch kein Handlungsbedarf ergibt.

1.2. Zurechnungsfragen

Wandern besonders geschützte Arten nachträglich in den Gefahrenbereich einer Anlage ein und kommen dadurch z. B. Tiere dieser Arten zu Tode, stellt sich die Frage, wer letztlich im juristisch-wertenden Sinne diese Tötung verursacht hat. Da es sich bei den Zugriffsverboten des § 44 I BNatSchG um besonderes Ordnungsrecht handelt, ist diese Frage unter Rückgriff auf die allgemeinen polizeirechtlichen Grundsätze zu beantworten²⁷. Hier hat sich zur näheren Bestimmung des ursächlichen Verhaltens die Theorie der unmittelbaren Verursachung als die

²⁶ Vgl. für die ebenfalls ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) voraussetzende umweltschadensrechtliche Verantwortlichkeit VG München, Urt. v. 25.1.2017 – M 9 K 15.3863 –, juris, Rdnr. 60.

²⁷ *Tholen*, Das Artenschutzregime der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie im deutschen Recht, Berlin 2014, S. 72; *Füßer/Lau*, NuR 2009, 445 (450).

herrschende Meinung durchgesetzt²⁸. Danach ist ein Verhalten dann ursächlich, wenn es für sich gesehen bei einer wertenden Zurechnung die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschreitet und dadurch die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts begründet oder erhöht wird²⁹. In seiner Entscheidung zur A 44, VKE 31 hat das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit dem besonderen Artenschutz Folgendes ausgeführt³⁰:

„Wandert der Luchs erst nach Baubeginn ein, ist das dem Vorhabenträger nicht mehr zuzurechnen, so dass eine nachträgliche Schutzzaunerhöhung nicht veranlasst ist.“

Danach reicht allein die verwaltungsbehördliche Zulassung eines Vorhabens noch nicht aus, um dem Anlagenbetreiber bereits einen relevanten Verursachungsbeitrag abzuspochen, wenn es zu artenschutzrechtlichen Konflikten auf Grund des nachträglichen Einwanderns besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage kommt³¹. Hingegen differenziert das Bundesverwaltungsgericht nach dem Zeitpunkt des Baubeginns nicht weiter zwischen Konfliktenstehung durch den Bau der Anlage oder erst durch deren Betrieb. Obwohl im entschiedenen Fall die vom Kläger geltend gemachte Konfliktlage erst durch die Verkehrsfreigabe der Autobahn, also durch deren Betrieb, entstanden wäre, stellt das Bundesverwaltungsgericht für die Grenze der Zurechnung auf den Baubeginn ab.

Ungeachtet dessen fällt auf, dass in – soweit ersichtlich – allen anderen Fällen, in denen die Reichweite der Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG bei erst nachträglich entstandener Konfliktlage Gegenstand gewesen ist, entsprechende Zurechnungsüberlegungen nicht angestellt wurden³². In den entschiedenen Fällen ging es jeweils um zugelassenen Eisenbahnverkehr oder um den Betrieb genehmigter Windenergieanlagen. Bei Windenergieanlagen könnte im Gegensatz zu straßenverkehrsbedingten Tötungen von Tieren besonders geschützter Arten eingewandt werden, dass hier betriebsbedingte Konflikte dem Anlagenbetreiber durchaus zurechenbar seien, da der Weiterbetrieb der Anlage einen entsprechenden, sich fortlaufend aktualisierenden Willensentschluss voraussetze³³. Dagegen

²⁸ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. (2009), Rdnr. 242.

²⁹ *Schenke*, a.a.O.; siehe auch BVerwG, Beschl. v. 28.2.2008 – 7 B 12/08 –, NVwZ 2008, 684.

³⁰ BVerwG, Urt. v. 28.3.2013 – 9 A 22/11 –, BVerwGE 146, 145 (dort nicht mit abgedruckt, siehe aber unter juris, Rdnr. 123).

³¹ So aber *Kautz*, siehe Fn. 14, Kennz. 0760, § 44 Rdnr. 75.

³² Vgl. OVG S-A, Urt. v. 9.11.2016 – 2 L 112/14 –, juris, Rdnr. 63; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.6.2016 – 5 S 1984/15 –, juris, Rdnr. 19; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 3.2.2012 – 5 S 190/12 –, unveröffentlicht; NdsOVG, Beschl. v. 25.7.2011 – 4 ME 175/11 –, NuR 2011, 891; VG Augsburg, Urt. v. 17.12.2015 – Au 2 K 15.1343 –, juris, Rdnr. 24 ff.; siehe auch *Fellenberg*, in: FA Wind, Nachträgliche Anpassung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange, Berlin 2016, S. 15 ff.

³³ So noch *Lau*, I+E 2016, 50 (59).

lässt sich jedoch einwenden, dass die bloße Möglichkeit der Anlagenabschaltung nicht ohne Weiteres einem aktiven Tun gleichgestellt werden kann. So ist beispielsweise anerkannt, dass das Ausschalten lebenserhaltender Geräte bei einem unheilbar Kranken rechtlich nicht als Tun, sondern als Unterlassen einzuordnen ist³⁴. Kann demnach sogar ein nach natürlicher Betrachtungsweise aktives Tätigwerden rechtlich ein Unterlassen darstellen, so gilt dies erst recht, wenn wie beim Betrieb von Windenergieanlagen lediglich davon abgesehen wird, einen einmal in Gang gesetzten Prozess zu stoppen bzw. zu unterbrechen.

Durch ein Unterlassen können die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG aber grundsätzlich nicht verwirklicht werden³⁵. Allenfalls ist ein Unterlassen tatbestandsmäßig, wenn dem Handelnden eine Garantenstellung für den Schutz der betreffenden Rechtsgüter zukommt³⁶. Eine solche Garantenstellung kann sich insbesondere aus Ingerenz ergeben. „Ingerenz“ meint die Begründung einer besonderen Verantwortung auf Grund vorangegangenen gefährlichen Tuns, so dass bei drohendem Gefahren Eintritt ein positives Eingreifen zur Abwendung der Gefahr geboten ist. Dies ist z. B. anzunehmen, wenn der zum Wildern neigende eigene Hund unangeleint in artenschutzrechtlich sensiblen Bereichen ausgeführt wird³⁷. Eine Ingerenzstellung kann allerdings nicht durch Handlungen begründet werden, die sozialadäquat oder ausdrücklich erlaubt sind³⁸. Mithin hat der Anlagebetreiber, dessen Betrieb immissionsschutz- oder baurechtlich genehmigt ist, keine Ingerenzstellung inne. Demnach besteht kein substantieller Unterschied zwischen dem weiterhin unter Verkehr Halten einer Straße bzw. dem Absehen von baulichen Schutzmaßnahmen an der Straße und dem Weiterbetrieb einer Windenergieanlage.

Fraglich ist aber, ob die oben zitierten Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts tatsächlich zu Zurechnungsfragen im hier verstandenen, ordnungsrechtlichen Sinne zu verstehen oder vielmehr dem zulassungsrechtlichen Kontext, in dem die Entscheidung stand, zuzuordnen sind sowie, falls sie nicht nur im zulassungsrechtlichen Kontext zu verstehen sein sollten, ob sie zu überzeugen vermögen. So fällt nicht nur auf, dass diese Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts durchgängig nicht von der oberverwaltungsgerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung aufgegriffen worden sind, die sich mit dem repräsentativen Einschreiten gegen Anlagenbetreiber auf Grund des nachträglichen Einwan-

³⁴ BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09 –, NJW 2010, 2963 (Rdnr. 26 ff.).

³⁵ *Kautz*, siehe Fn. 14, Kennz. 0760, § 44 Rdnr. 88; *Gellermann*, NuR 2014, 597 (598 f.); *Louis*, NuR 2009, 91 (94 f.).

³⁶ Für das insoweit vergleichbare Bodenschutzrecht *Schlabach*, VBIBW 2013, 401 (405) m.w.N.

³⁷ *Müller-Walter*, in: *Lorz et al.*, Naturschutzrecht, 3. Aufl. (2013), § 44 BNatSchG Rdnr. 9; *Lau*, in: *Frenz/Müggenborg*, BNatSchG-Komm., 2. Aufl. (2016), § 44 Rdnr. 10.

³⁸ *Schenke*, siehe Fn. 28, Rdnr. 239 u. 243.

derns besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage zu befassen hatten, sondern kommt hinzu, dass Ziel der Theorie der unmittelbaren Verursachung in erster Linie die Identifizierung von adäquat-kausalen Verursachungsbeiträgen und damit der Begründung von Verantwortlichkeiten ist. Dabei steht der Gesichtspunkt der möglichst effektiven Beseitigung der Gefahr im Vordergrund³⁹. Insofern ist es bei natürlicher Betrachtungsweise zwar richtig, dass beim nachträglichen Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage die Schwelle zum unmittelbaren Gefahren Eintritt nicht vom Anlagenbetreiber, sondern von den betreffenden Tieren oder Pflanzen übertreten wird. Doch ist allein das nach der Theorie der unmittelbaren Verursachung noch nicht ausschlaggebend; es kommt vielmehr auf eine *wertende Betrachtung und Verantwortungszuschreibung* an.

Dazu, unter welchen Voraussetzungen natürliche Vorgänge einen Zurechnungszusammenhang unterbrechen können, findet sich in den Vorschriften zum besonderen Artenschutz kein gesetzgeberischer Hinweis. Einen solchen enthält aber § 3 III Nr. 2 USchadG, wonach das Umweltschadensgesetz keine Anwendung auf Umweltschäden oder die unmittelbare Gefahr solcher Schäden findet, wenn sie durch ein außergewöhnliches, unabwendbares und nicht beeinflussbares Naturereignis verursacht wurden. Gleiches regelt Art. 4 I lit. b UH-RL⁴⁰. Diese normative Wertung ist auch auf den besonderen Artenschutz übertragbar; denn das Umweltschadensrecht nimmt in Gestalt des Biodiversitätsschadens nach § 19 BNatSchG auch den Artenschutz in den Blick und setzt insoweit Mindeststandards⁴¹. Seine gegenüber dem sonstigen Umweltfachrecht differenzierteren Wertungen hinsichtlich der Frage der Verantwortlichkeit strahlen daher auch auf das übrige Umweltfachrecht wie das Naturschutzrecht aus⁴². Demnach wird der Zurechnungszusammenhang erst durch solche Ereignisse aufgehoben, die außerhalb des Einflussbereichs des Anlagebetreibers einen Schaden bzw. eine Schadensgefahr verursachen⁴³. Allein das Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich einer Anlage nach Baubeginn nimmt dem Anlagenbetreiber indes nicht jede Einflussnahmemöglichkeit auf die Abwendung der dadurch entstehenden artenschutzrechtlich relevanten Gefahrenlage. Demzufolge vermag auch allein dieser Umstand nicht den Zurechnungszusammenhang im ordnungsrechtlichen Sinne zu durchbrechen.

³⁹ Tholen, siehe Fn. 27, S. 72.

⁴⁰ Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, ABl. EU L 143, S. 56; zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/21/EG vom 15.3.2006, ABl. EU L 102, S. 15.

⁴¹ Vgl. Cosack/Enders, DVBl. 2008, 405 (407); Knopp, UPR 2007, 414 (416); zum Ganzen auch Petersen, USchadG-Komm., Köln 2013, Einl. Rdnr. 27 u. 33.

⁴² Becker, NVwZ 2007, 1105 (1108 f.).

⁴³ Duikers, Die Umwelthandlungsrichtlinie der EG, Berlin 2006, S. 90.

Die fehlende Zurechnung von Verbotsverwirklichungen in Folge erst nach Baubeginn in den Gefahrenbereich der Anlage einwandernder Tiere besonders geschützter Arten könnte sich indes bereits daraus ergeben, dass dem Anlagenbetreiber zum Zeitpunkt des Gefahren Eintritts aus den oben genannten Gründen lediglich ein nicht tatbestandsauslösendes Unterlassen attestiert werden kann. Die Vornahme einer Handlung (Errichtung und/oder Inbetriebnahme der Anlage) in einem gefahrenfreien Zustand lässt sich in der Tat nicht in einen Zurechnungszusammenhang mit einer später eintretenden Gefahrenlage bringen. Eine andere Wertung würde den Umstand konterkarieren, dass § 44 I BNatSchG ein Unterlassen gerade nicht unter Verbot stellt. Folglich ist unter dem Gesichtspunkt der *Handlungsverantwortlichkeit* der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zu folgen. Der Anlagenbetreiber vermag insoweit den Verbotstatbestand des § 44 I BNatSchG als Handlungsstörer nicht auszulösen.

Scheidet demnach ein handlungsbezogenes Anknüpfen an § 44 I BNatSchG aus, bedeutet dies jedoch nicht, dass nachträglich auftretenden artenschutzrechtlichen Konfliktlagen nicht näher nachgegangen werden muss. Denn soweit sich die durch das nachträgliche Einwandern von Tieren besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage begründete unmittelbare Gefahr nicht bereits verwirklicht hat, sondern weiterhin vorliegt, besteht schon aus Gründen des allgemeinen Polizeirechts (vgl. § 1 I 1 PolG NRW) eine – grundsätzlich ins Ermessen der Behörde gestellte – Pflicht zum behördlichen Tätigwerden. § 44 I BNatSchG beschreibt insoweit neben den unter Verbot gestellten Handlungen zugleich auch rechtlich unerwünschte und daher zu vermeidende Erfolge, nämlich insbesondere den Tod von Tieren besonders geschützter Arten, deren erhebliche Störung sowie den Verlust derer Fortpflanzungs- oder Ruhestätten. Bei mangelnder Zurechenbarkeit einer bestimmten Handlung (hier: der Errichtung und/oder Inbetriebnahme der Anlage) zu einem bestimmten Erfolg (hier: Eintritt einer artenschutzrechtlich relevanten Gefahrenlage) fehlt es zwar an einem greifbaren Verursacher, aber der von § 44 I BNatSchG missbilligte Erfolg besteht dennoch bzw. droht dennoch einzutreten. Durch welche Maßnahmen welcher Behörde ein Einschreiten gegen einen solchermaßen rechts- bzw. ordnungswidrigen Zustand möglich ist, regelt dann nicht § 44 I BNatSchG, sondern das jeweilige Fachrecht, notfalls das allgemeine Polizeirecht. Gemeinsam ist diesen Vorschriften, dass grundsätzlich nicht nur der sog. Handlungsstörer zur Gefahrenabwehr in Anspruch genommen werden kann, also derjenige, der einen Verstoß gegen die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG begeht, sondern auch der bloße Zustandsstörer, also der Inhaber der Sachherrschaft über eine Sache bzw. der Eigentümer einer Sache, von der eine Gefahr ausgeht⁴⁴. Damit wäre ein Zugriff

⁴⁴ Allgemein für das Naturschutzrecht OVG S-H, Beschl. v. 30.11.2011 – 1 LA 66/11 –, NuR 2012, 223 (224); konkret zum besonderen Artenschutzrecht VG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.2009 – 25 K 64/09 –, juris, Rdnr. 26; VG Ansbach, Urt. v. 17.6.2010 – AN 5 K 10.0042 –, NuR 2011, 70 (72).

auf den Anlagenbetreiber zwar nicht als Handlungs-, aber als Zustandsstörer grundsätzlich möglich. Dass jedoch von dem (Betriebs-)Zustand der Anlage nach Einwandern besonders geschützter Arten für diese Tiere oder Pflanzen – entsprechende Wirkempfindlichkeiten vorausgesetzt – eine Gefahr ausgeht und daher *insoweit* ein entsprechender Zurechnungszusammenhang hergestellt werden kann, wird man kaum in Abrede stellen können, zumal unter Berücksichtigung des für Verantwortungszuweisungen gewichtigen Gesichtspunkts der Effektivität der Gefahrenabwehr⁴⁵. Damit ergibt sich am Ende dem Grunde nach doch wieder eine Verantwortlichkeit des Anlagenbetreibers.

Insofern wird das nachträgliche Auftreten artenschutzrechtlicher Konflikte in Literatur und Rechtsprechung zu Recht unter dem Gesichtspunkt der sonderpolizeirechtlichen Generealklausel des § 3 II BNatSchG i. V. m. § 44 I BNatSchG thematisiert. Soweit das Bundesverwaltungsgericht demgegenüber in seinem oben zitierten Urteil nicht näher auf eine eventuelle Zustandsverantwortlichkeit des Straßenbaulastträgers eingeht, ist dies womöglich dem spezifisch zulassungsrechtlichen Kontext der Entscheidung geschuldet. Ausgesagt werden sollte offenbar lediglich, dass *im Rahmen des Zulassungsverfahrens* nur solchen Gefahren und Risiken Rechnung getragen werden muss, die sich zum Zeitpunkt des Erlasses der Zulassungsentscheidung ausreichend belastbar prognostizieren lassen. Es geht nicht darum, für die gesamte „Lebensdauer“ der Anlage auszuschließen, dass es nicht zu Verbotsverwirklichungen nach § 44 I BNatSchG kommen wird. Vielmehr ist das nachträgliche Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage *zulassungsrechtlich* dem Anlagenbetreiber nicht zuzurechnen; ein repressives Einschreiten ist damit jedoch nicht ausgeschlossen⁴⁶. Sollten die oben zitierten Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts hingegen in einem weiteren, den zulassungsrechtlichen Kontext verlassenden Sinne gemeint gewesen sein, wofür die allgemein gehaltene Formulierung spricht, dann wären sie aus den vorgenannten Gründen jedenfalls nicht bis zuletzt überzeugend.

Den Zurechnungszusammenhang könnte jedoch das Dazwischentreten eines Dritten dergestalt unterbrechen, dass das nachträgliche Einwandern besonders geschützter Arten durch menschlich bewirkte Veränderungen des Umfelds ausgelöst, z. B. schlaggefährdete Vögel gleichsam angelockt wurden. Eine solche Strukturveränderung kann aus den unterschiedlichsten Gründen erfolgen. So können etwa im Rahmen von Artenhilfsprogrammen, aber auch zwecks Verhinderung der Realisierung des Vorhabens zwischenzeitlich bewusst entsprechende Habitate geschaffen worden sein, die Verhältnisse können sich aber auch durch einen im Rahmen der guten fachlichen Praxis liegenden Bewirtschaftungswechsel

⁴⁵ Vgl. zur Bedeutsamkeit dieses Gesichtspunkts siehe u.a. VG Ansbach, a.a.O.

⁴⁶ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 12.8.2009 – 9 A 64/07 –, BVerwGE 134, 308 (Rdnr. 93).

landwirtschaftlich genutzter Flächen maßgeblich geändert haben. In beiden Fällen wird die unmittelbare Gefahr der Verunglückung der in Folge dieser Veränderungen neu eingewanderten Tiere oder Pflanzen indes durch den Anlagenbetrieb oder -zustand verursacht. Eine Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände bleibt daher dem Anlagenbetreiber als Zustandsstörer auch in diesen Fällen jeweils zurechenbar. Je nach Einzelfall kann neben ihm oder an seiner Stelle aber primär auch der die Veränderung geschaffene Dritte zur Gefahrenabwehr berufen sein. Anders als bei einer natürlichen Ursache für das nachträgliche Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage tritt hier nämlich ein weiteres, die abzuwehrende Gefahr mitbegründendes menschliches Handeln hinzu. Damit steht der zuständigen Behörde nicht nur der Anlagenbetreiber als Zustandsstörer gegenüber, sondern gegebenenfalls auch ein Handlungsstörer. Welcher von beiden zur Gefahrenabwehr im Einzelfall herangezogen wird, ist dann eine Frage der ermessensfehlerfreien Störerauswahl (dazu noch unten II.2.3.).

Zusammenfassend ist daher an dieser Stelle festzuhalten, dass allein die Genehmigungserteilung den Anlagenbetreiber nicht von der Pflicht befreit, die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG zu beachten. Entsprechend den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil zur A 44, VKE 31 kann jedoch der Umstand, dass besonders geschützte Arten erst nach Baubeginn in den Gefahrenbereich der Anlage eingewandert sind und dort nun eine artenschutzrechtlich relevante Gefahr auslösen, dem Anlagenbetreiber nicht als aktives Tun zugerechnet werden. Er bleibt insoweit aber als Zustandsstörer in der Verantwortung. Ist der artenschutzrechtliche Konflikt nachträglich auch deshalb entstanden, weil Dritte entsprechende Habitatstrukturen geschaffen, also beispielsweise innerhalb des Gefahrenbereichs der Anlage Nistkästen aufgehängt oder Horste angelegt haben, so trifft diese ebenfalls eine Verantwortlichkeit; sie können als Handlungsstörer zur Gefahrenabwehr herangezogen werden.

2. Behördliche Reaktionsmöglichkeiten und -pflichten

Kann es demnach in Folge des nachträglichen Einwanderns besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage zur Auslösung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände bzw. zum Eintritt von nach § 44 I BNatSchG missbilligten Erfolgen kommen, stellt sich die Frage welche Behörde dann auf der Basis welcher Rechtsgrundlage gegen den Anlagenbetreiber einschreiten kann bzw. muss. Hierbei ist in Bezug auf die hier näher betrachteten Windenergieanlagen zwischen den nach Immissionsschutzrecht (nachfolgend 2.1.) und den nur nach Baurecht genehmigungsbedürftigen Windenergieanlagen (danach 2.2.) zu unterscheiden. Soweit die jeweils einschlägigen Rechtsgrundlagen der zuständigen Behörde ein Ermessen einräumen, stellt sich jedoch rechtsgebietsübergreifend die Frage, inwieweit dieses Ermessen intendiert oder gar auf null reduziert ist (so-

dann 2.3.). Am Ende werden die hier gewonnenen Zwischenergebnisse nochmals kurz zusammengefasst (zuletzt 2.4.).

2.1. Immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen

Immissionsschutzrechtlich sind nach Erteilung der Genehmigung Einschränkungen des genehmigten Anlagenbetriebs nur noch auf Grund eines Auflagenvorbehalts nach § 12 Ila BImSchG (sogleich 2.1.1.) oder unter den Voraussetzungen des § 17 BImSchG (anschließend 2.1.2.) möglich⁴⁷. Hieran knüpft dann auch die Möglichkeit an, dem Anlagenbetreiber den Betrieb seiner Anlage nach § 20 BImSchG ganz oder teilweise zu untersagen. Darüber hinaus bleibt lediglich noch die Aufhebung der Genehmigung durch Widerruf (danach 2.1.3.) sowie eventuell ein Einschreiten nach anderem Fachrecht, insbesondere nach dem Naturschutzrecht (schließlich 2.1.4.).

2.1.1. Auflagenvorbehalt

Sofern die betreffende Genehmigung einen Auflagenvorbehalt gerade auch für den Fall des nachträglichen Einwanderns besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage enthält, so lassen sich entsprechende Abhilfemaßnahmen bereits auf diesen Vorbehalt stützen. Ob der Auflagenvorbehalt rechtmäßig ist, spielt dabei keine Rolle; denn solange die Genehmigung einschließlich ihrer Nebenbestimmungen wirksam und vollziehbar sowie nicht nichtig ist, ist sie auf Grund der ihr zukommenden Tatbestandswirkung grundsätzlich von allen Staatsorganen zu beachten und ihren Entscheidungen als gegeben zu Grunde zu legen⁴⁸.

Gespiegelt auf die Genehmigungsebene ist jedoch davor zu warnen, flächendeckend Auflagenvorbehalte auszusprechen, weil immer mit nachträglichen Ansiedlungen gerechnet werden muss. Damit würde die Grenze zwischen präventiver Rechtmäßigkeitskontrolle im Rahmen des Genehmigungsverfahrens und Vollzugsüberwachung als repressive Rechtmäßigkeitskontrolle verwischt und beides miteinander vermengt. Da für die präventive und für die repressive Rechtmäßigkeitskontrolle jeweils unterschiedliche Rechtsvorschriften gelten, ist eine solche Vermengung rechtswidrig⁴⁹. Aus diesem Grund sind Auflagenvorbehalte auch nur insoweit rechtlich zulässig, wie es um das Abfangen solcher Prognoseunsicherheiten hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von Bau und Betrieb der zu genehmigenden Anlage geht, die über das jeder Prognose innewohnende Risiko, dass es an-

⁴⁷ ThürOVG, Beschl. v. 10.2.2015 – 1 EO 356/14 –, juris, Rdnr. 50.

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 30.1.2003 – 4 CN 14/01 –, BVerwGE 117, 351 (354 f.); BVerwG, Beschl. v. 25.6.2007 – 4 BN 17/07 –, juris, Rdnr. 8.

⁴⁹ Vgl. VGH Bad.-Württ., Urt. v. 15.12.1992 – 10 S 3430/91 –, juris, Rdnr. 34; VG Darmstadt, Urt. v. 11.3.2004 – 3 E 815/01 (IV) –, juris, Rdnr. 41.

ders kommen kann als prognostiziert, hinausgehen⁵⁰. Die abstrakte Gefahr bzw. die Möglichkeit, dass nach Genehmigungserteilung besonders geschützte Arten in den Gefahrenbereich der Anlage einwandern, gehört jedoch zum allgemeinen Prognoserisiko. Ein Auflagenvorbehalt kann daher rechtmäßig nur dort platzgreifen, wo für nachträglich auftretende artenschutzrechtliche Konflikte besondere, den Konflikt schon konkret absehbar erscheinen lassende Anhaltspunkte bestehen.

2.1.2. Nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG

§ 17 I 1 BImSchG erlaubt den Erlass von Anordnungen nach Erteilung der Genehmigung nur „zur Erfüllung der sich aus diesem Gesetz oder der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten“. Die Einhaltung der in § 6 I Nr. 2 BImSchG genannten anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, zu denen auch die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG gehören, kann demnach nicht mittels einer nachträglichen Anordnung auf der Basis des Immissionsschutzrechts durchgesetzt werden, sondern lediglich nach dem jeweiligen Fachrecht⁵¹. Der Wortlaut des § 17 I 1 BImSchG ist insoweit eindeutig.

2.1.3. Widerruf der Genehmigung

Folglich besteht immissionsschutzrechtlich ohne einen – sich regelmäßig aus Rechtsgründen verbietenden – entsprechenden Auflagenvorbehalt in der Genehmigung allenfalls dadurch eine Möglichkeit, auf nachträglich entstandene artenschutzrechtliche Konflikte zu reagieren, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ganz oder teilweise aufgehoben wird. Da das nachträgliche Auftreten artenschutzrechtlicher Konflikte nicht zur Rechtswidrigkeit der erteilten Genehmigung führt⁵², kommt insoweit nur ein (Teil-)Widerruf in Betracht. Der Widerruf einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist abschließend in § 21 BImSchG geregelt⁵³. Gemäß § 21 I BImSchG darf eine nach diesem Gesetz erteilte rechtmäßige Genehmigung, auch nachdem sie unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden,

- wenn der Widerruf gemäß § 12 II 2 oder III BImSchG vorbehalten ist (Nr. 1);
- wenn mit der Genehmigung eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat (Nr. 2);

⁵⁰ So für § 74 III VwVfG BVerwG, Urt. v. 22.11.2000 – 11 C 2/00 –, BVerwGE 112, 221 (225 ff.).

⁵¹ OVG S-A, Urt. v. 9.11.2016 – 2 L 112/14 –, juris, Rdnr. 62; ThürOVG, Beschl. v. 10.2.2015 – 1 EO 356/14 –, juris, Rdnr. 54.

⁵² Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.8.2009 – 9 A 64/07 –, BVerwGE 134, 308 (Rdnr. 50).

⁵³ *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Losebl. (Stand: Jan. 2017), § 21 BImSchG Rdnr. 11.

- wenn die Genehmigungsbehörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Genehmigung nicht zu erteilen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde (Nr. 3);
- wenn die Genehmigungsbehörde auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, die Genehmigung nicht zu erteilen, soweit der Betreiber von der Genehmigung noch keinen Gebrauch gemacht hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde (Nr. 4);
- um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen (Nr. 5).

Wandern nach Genehmigungserteilung besonders geschützte Arten in den Gefahrenbereich der Anlage ein, so ist in erster Linie an den Widerrufsgrund des § 21 I Nr. 3 BImSchG zu denken⁵⁴. Dieser Widerrufsgrund verlangt zunächst eine nachträgliche Änderung der Tatsachenlage in der Weise, dass die Genehmigung jetzt nicht mehr gemäß § 6 BImSchG erteilt werden könnte⁵⁵. Neue Erkenntnisse über Gefahrenlagen können nachträglich eingetretene Tatsachen im Sinne des § 21 I Nr. 3 BImSchG hingegen nur sein, wenn es sich um allgemeine wissenschaftliche Erkenntnisfortschritte handelt⁵⁶. Demnach reicht nicht aus, dass z. B. auf Grund besserer Erfassungsmethoden nun genauere Kenntnisse über das Vorkommen besonders geschützter Arten im Wirkraum der Anlage vorliegen. Nach dem Wortlaut des § 21 I Nr. 3 BImSchG muss die neue, zum Widerruf berechtigte Tatsache „nachträglich“ eingetreten sein, so dass bereits zum Zeitpunkt der Genehmigung bestandene, aber von der Genehmigungsbehörde – rechtswidrig – nicht erkannte Tatsachen nicht den Widerruf, sondern allenfalls die (Teil-)Rücknahme der Genehmigung gemäß § 48 VwVfG NRW ermöglichen⁵⁷. Folglich wäre für einen Widerruf der Nachweis entscheidend, dass der jetzt festgestellte artenschutzrechtliche Konflikt auf das nachträgliche Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage zurückzuführen ist. Demgegenüber wird vertreten, dass es darauf nicht entscheidend ankomme, da § 21 BImSchG entsprechend auch auf die Fälle einer ursprünglich rechtswidrigen Genehmigung anwendbar sei⁵⁸. Eine solche Sichtweise birgt zwar die Gefahr der Verwischung der Grenze zwischen Widerruf und Rücknahme, doch würde es einen erheblichen Wertungswiderspruch auf, wenn eine von vornherein rechtswid-

⁵⁴ So auch mit Verweis auf den gleichlautenden § 49 II Nr. 3 VwVfG BW VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.6.2016 – 5 S 1984/15 –, juris, Rdnr. 12; ausführlich dazu *Fellenberg*, siehe Fn. 32, S. 8-10.

⁵⁵ *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 10.

⁵⁶ *Hansmann*, siehe Fn. 53, § 21 BImSchG Rdnr. 33 m.w.N.

⁵⁷ In diese Richtung etwa *Hansmann*, siehe Fn. 53, § 21 BImSchG Rdnr. 34; *Posser*, in: *Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, Stand: Febr. 2017, § 21 BImSchG Rdnr. 10.

⁵⁸ *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 10.

rige Genehmigung nicht aufgehoben werden könnte, obgleich dies bei einer ursprünglich rechtmäßigen Genehmigung möglich wäre⁵⁹. Folglich setzt der (Teil-)Widerruf einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 21 I Nr. 3 BImSchG aus artenschutzrechtlichen Gründen nicht zwingend den Nachweis voraus, dass der artenschutzrechtliche Konflikt erst nach Genehmigungserteilung eingetreten ist. Dies gilt umso mehr, als die Rücknahme rechtswidriger Genehmigungen in der Regel sogar leichter fällt, weil § 48 VwVfG NRW grundsätzlich weniger strenge Voraussetzungen enthält. Der Zeitpunkt des Ansiedelns des neuen Artvorkommens kann aber im Rahmen der Ermessensausübung von entscheidender Bedeutung sein (dazu noch unten II.2.3.), wobei in Zweifelsfällen von dem für den Anlagenbetreiber günstigsten Zeitpunkt auszugehen ist.

Allein nachträglich eingetretene Tatsachen, nach denen die Immissionsschutzbehörde nun nicht mehr berechtigt wäre, die Genehmigung zu erteilen, genügen indes für einen Widerruf nach § 21 I Nr. 3 BImSchG nicht. Vielmehr muss zusätzlich ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet sein. Dabei muss es sich um ein Interesse handeln, das über das allgemeine Interesse an der Übereinstimmung des Anlagenbetriebs mit dem materiellen Recht hinausgeht, da andernfalls diese weitere Voraussetzung für einen Widerruf nach § 21 I Nr. 3 BImSchG überflüssig wäre⁶⁰. Andererseits kann eine Gefährdung des öffentlichen Interesses nicht lediglich bei Vorliegen schwere Nachteile für das Gemeinwohl angenommen werden, weil dies bereits nach § 21 I Nr. 5 BImSchG zum Widerruf befähigte. Dies führt auf ein vergleichsweise weites, aber nicht gänzlich konturenloses Verständnis der Voraussetzung der Gefährdung des öffentlichen Interesses⁶¹; es genügt die nachhaltige Betroffenheit wichtiger Rechtsgüter. Die Beachtung der Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts bzw. die Vermeidung der hierdurch inhibierten Folgen stellt indes grundsätzlich ein solch gewichtiges öffentliches Interesse dar⁶².

Voraussetzung ist jedoch das Vorliegen einer konkreten Gefahr, verstanden als die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts⁶³. Vorsorgeaspekte vermögen hingegen nur insoweit die Gefährdung eines öffentlichen Interesses zu begründen, wie ohne einen entsprechenden Widerruf ein vom Gesetzgeber vorgesehenes umfassendes Vorsorgekonzept in Frage gestellt würde⁶⁴. Ist bereits

⁵⁹ So auch *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 6.

⁶⁰ So zutreffend *Hansmann*, siehe Fn. 53, § 21 BImSchG Rdnr. 35.

⁶¹ VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 10.3.2000 – 10 S 2762/99 –, juris, Rdnr. 4.

⁶² VG Oldenburg, Beschl. v. 7.7.2011 – 5 B 1433/11 –, juris, Rdnr. 6; vgl. auch VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 29.11.2016 – 5 S 2137/16 –, NuR 2017, 128 (129).

⁶³ VG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.8.1997 – 6 G 1357/97 –, NVwZ-RR 1998, 166.

⁶⁴ *Hansmann*, siehe Fn. 53, § 21 BImSchG Rdnr. 35. m.w.N.

im Zulassungsverfahren zu beachten, dass die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG konkret individuen- und erfolgsbezogene Handlungsverbote beinhalten und daher keine Ausprägung des Vorsorgegrundsatzes darstellen, weshalb hier auch anders als im europäischen Gebietsschutzrecht weder auf die besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse zurückgegriffen werden⁶⁵ noch der Eintritt artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände mit Gewissheit ausgeschlossen sein muss⁶⁶, so gilt dies umso mehr für den Widerruf einer bereits erteilten Genehmigung.

Hinzu kommt, dass die materielle Beweislast für die Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände ohnehin bei der jeweils zuständigen Behörde liegt⁶⁷. Im Zulassungsverfahren trifft den Antragsteller insoweit lediglich eine Mitwirkungslast⁶⁸, so dass er im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren nach § 4 I 1 der 9. BImSchV das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen einschließlich der artenschutzrechtlichen Unschädlichkeit des Vorhabens durch Vorlage entsprechender Unterlagen darzulegen hat⁶⁹. Nach Genehmigungserteilung besteht diese Mitwirkungspflicht indes grundsätzlich nicht mehr, so dass es der Immissionsschutzbehörde obliegt, die zum Widerruf berechtigenden Tatsachen zu ermitteln und gegebenenfalls zu beweisen⁷⁰.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang indes, ob der Immissionsschutzbehörde beim (Teil-)Widerruf der Genehmigung in Bezug auf die aufgeworfenen artenschutzrechtlichen Fragen eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative zukommt. Für das Zulassungsverfahren, explizit auch für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren⁷¹, bejaht die Rechtsprechung eine solche Einschätzungsprärogative, soweit § 44 I BNatSchG auf die einschlägigen Fachwissenschaften verweist, hier aber trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse ein gegensätzlicher Meinungsstand besteht und es daher momentan an eindeutigen ökologischen Erkenntnissen fehlt⁷². Nicht gelten soll dies hingegen, wenn das besondere Artenschutzrecht in seiner Eigenschaft als bußgeld- oder strafbewehrte Sanktionsnorm zur Anwendung kommt⁷³. Ob

⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 28.4.2016 – 9 A 9/15 –, BVerwGE 155, 91 (Rdnr. 132).

⁶⁶ NdsOVG, Urt. v. 22.4.2016 – 7 KS 27/15 –, juris, Rdnr. 281.

⁶⁷ *Thyssen*, NuR 2010, 9 (11); *Louis*, NuR 2009, 91 (98 f.); *Fehrensens*, NuR 2009, 13 (15); *Lau/Steeck*, NuR 2008, 386 (387).

⁶⁸ *Kautz*, siehe Fn. 14, Kennz. 0760, § 44 Rdnr. 41.

⁶⁹ OVG S-A, Urt. v. 20.4.2016 – 2 L 64/14 –, NuR 2016, 497 (501).

⁷⁰ Dazu bereits *Lau*, siehe Fn. 37, § 44 Rdnr. 8; siehe auch VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 29.11.2016 – 5 S 2137/16 –, NuR 2017, 128 (130).

⁷¹ Siehe nur BayVGH, Urt. v. 29.3.2016 – 22 B 14.1875 –, NuR 2016, 564 (Rdnr. 39).

⁷² BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11 –, NVwZ 2014, 524 (Rdnr. 19).

⁷³ BVerwG, Urt. v. 27.6.2013 – 4 C 1/12 –, BVerwGE 147, 118 (Rdnr. 5).

sich die zuständige Behörde unter den vorgenannten Voraussetzungen auch bei einem nachträglichen Einschreiten auf die ihr im Zulassungsverfahren eingeräumte Einschätzungsprärogative berufen kann, ist bislang – soweit ersichtlich – jedoch noch nicht entschieden worden⁷⁴.

Für das Bestehen dieser behördlichen Einschätzungsprärogative auch hier spricht, dass § 21 I Nr. 3 BlmSchG auf nachträglich eingetretene Tatsachen abstellt, welche die Immissionsschutzbehörde dazu berechtigen würden, die Genehmigung nun nicht mehr zu erteilen. Damit wird ausdrücklich ein Bezug zum Genehmigungsverfahren hergestellt, so dass – wenn insoweit behördliche Standards gesetzt wurden⁷⁵ – hier wie dort in Bezug auf die gleichen naturschutzfachlichen Fragestellungen jeweils auch auf die gleichen fachlichen Standards zurückzugreifen ist. Des Weiteren hat das Nichtbestehen behördlicher Beurteilungsspielräume bei bußgeld- oder strafbewehrten Sanktionsnormen seinen Grund nicht primär in der spezifischen Belastungssituation für den Betroffenen, sondern in dem nur diesbezüglich geltenden speziellen Gesetzesvorbehalt des Art. 103 II GG. Zudem belastet die behördliche Einschätzungsprärogative den Anlagenbetreiber bereits im Genehmigungsverfahren in vergleichbarer Weise wie beim (Teil-)Widerruf einer bereits erteilten Genehmigung; denn die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist gemäß § 6 I BlmSchG als gebundene Entscheidung ausgestaltet, auf deren Erteilung der Anlagenbetreiber bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch hat, gleichwohl findet die Einschätzungsprärogative auch hier Anwendung und wird im Gegenzug beim Widerruf der in seinem Vertrauen in die schon vorliegende Genehmigung enttäuschte Anlagenbetreiber gemäß § 21 IV BlmSchG auf Antrag entschädigt. Folglich kann sich die Immissionsschutzbehörde bei naturschutzfachlichen Fragen, auf die die einschlägigen Fachwissenschaften keine eindeutige Antwort geben⁷⁶, auch im Widerrufsverfahren auf eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative berufen. Da jedoch die Entscheidung über den Widerruf grundsätzlich im Ermessen der Immissionsschutzbehörde liegt⁷⁷, gelangt § 21 I Nr. 3 BlmSchG i. V. m. § 44 I BNatSchG in die Nähe einer sogenannten Kopplungsvorschrift, bei der einem unbestimmten Rechtsbegriff auf Tatbestandsseite ein Ermessen auf Rechtsfolgenseite gegenübergestellt ist und beides miteinander verknüpft sein kann⁷⁸. Demnach können die Ermessenserwägungen über das Ob des Widerrufs dazu

⁷⁴ So ausdrücklich offen lassend VG Oldenburg, Beschl. v. 7.7.2011 – 5 B 1433/11 –, juris, Rdnr. 9.

⁷⁵ Zur grundsätzlichen Beachtlichkeit solcher Standards insbesondere aus Gleichbehandlungsgründen am Bsp. der Windkrafterlasse BayVGH, Urt. v. 18.6.2014 – 22 B 13.1358 –, NuR 2014, 736 (738); dazu auch *Lau*, siehe Fn. 37, § 44 Rdnr. 7.

⁷⁶ Dazu, wann dies durch entsprechende Konventionsbildung der Fall ist, *Bick/Wulfert*, NVwZ 2017, 346 (353); *Bick*, NuR 2016, 73 (76).

⁷⁷ Statt aller *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 20.

⁷⁸ Hierzu bspw. NdsOVG, Beschl. v. 29.12.2015 – 7 ME 53/15 –, juris, Rdnr. 6.

führen, dass die Einschätzungsprärogative auf Tatbestandsseite nochmals „nachgeschärft“ wird bzw. – dogmatisch überzeugender – dass im Rahmen der Ermessensausübung auf Rechtsfolgenseite die Einschätzungsprärogative auf Tatbestandsseite gebührend berücksichtigt wird.

Darüber hinaus kommt ein Widerruf der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung aus Verhältnismäßigkeitsgründen nur dann in Betracht, wenn andere, weniger eingreifende Konfliktlösungsmöglichkeiten nicht bestehen, und darf er nur in dem Umfang vorgenommen werden, wie dies zur Erreichung des mit ihm angestrebten Zwecks erforderlich ist⁷⁹. Bestehen also sonstige Konfliktlösungsmöglichkeiten (dazu noch unten II.3.), ist vorrangig hiervon Gebrauch zu machen, wenn diese den Anlagenbetreiber weniger belasten. Auch kommt demnach ein Widerruf nur bei voraussichtlich dauerhaften, nicht nur vorübergehenden artenschutzrechtlichen Konfliktlagen in Betracht.

Erhält die Immissionsschutzbehörde von den Tatsachen Kenntnis, die den Widerruf einer Genehmigung rechtfertigt, so ist der Widerruf gemäß § 21 II BImSchG nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zulässig. Hierbei handelt es sich ebenso wie bei der identischen Frist nach § 49 II 2 i. V. m. § 48 IV VwVfG NRW nicht um eine Bearbeitungs-, sondern um eine Entscheidungsfrist, die erst zu laufen beginnt, wenn die Behörde ohne weitere Sachaufklärung objektiv in der Lage ist, unter sachgerechter Ausübung ihres Ermessens über den Widerruf zu entscheiden⁸⁰. Dies schließt die Tatsachen, die die Gefährdung des öffentlichen Interesses im Sinne des § 21 I Nr. 3 BImSchG begründen, ein⁸¹. Es müssen mithin sowohl alle Kenntnisse vorliegen, mit denen ein Verstoß gegen die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG nachweislich begründet werden kann, als auch alle Kenntnisse, die darüber hinaus erforderlich sind, um eine sachgerechte Ermessensentscheidung treffen zu können.

Wie bereits erwähnt, hat die Immissionsschutzbehörde den Betroffenen im Falle des Widerrufs nach § 21 I Nr. 3 BImSchG schließlich gemäß § 21 IV 1 BImSchG auf Antrag für den Vermögensnachteil zu entschädigen, den der Betroffene dadurch erleidet, dass er auf den Bestand der Genehmigung vertraut hat, soweit sein Vertrauen schutzwürdig ist. In schutzwürdiger Weise auf die Genehmigung vertraut hat der Anlagenbetreiber dann, wenn er auf Grund der Genehmigung Vermögensdispositionen getroffen hat und die Umstände, die zum Widerruf führen, zum Zeitpunkt der Vermögensdisposition weder kannte noch grob fahrlässig

⁷⁹ *Hansmann*, siehe Fn. 53, § 21 BImSchG Rdnr. 52; vgl. auch VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 29.11.2016 – 5 S 2137/16 –, NuR 2017, 128 (131).

⁸⁰ Grundlegend BVerwG, Beschl. v. 19.12.1984 – GrSen 1/84 u.a. –, BVerwGE 70, 356 ff.; speziell zu § 21 II BImSchG *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 18.

⁸¹ *Fellenberg*, siehe Fn. 32, S. 11; vgl. auch VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 29.11.2016 – 5 S 2137/16 –, NuR 2017, 128 (129).

nicht kannte⁸². Dass sich besonders geschützte Arten nach Genehmigungserteilung im Gefahrenbereich der Anlage ansiedeln, ist zwar nicht fern jeder Lebenserfahrung, doch führt dieses immer bestehende Risiko nicht dazu, dass im Falle des Eintritts eines solchen Ereignisses das in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gesetzte Vertrauen des Anlagenbetreibers schutzlos wird. Daher ist der Anlagenbetreiber auf Antrag grundsätzlich zu entschädigen, wenn und soweit seine Genehmigung aus artenschutzrechtlichen Gründen gemäß § 21 I Nr. 3 BImSchG widerrufen wird, nachdem Investitionen getätigt wurden, insbesondere die Anlage bereits errichtet worden ist⁸³.

Zu ersetzen ist jedoch lediglich der erlittene Vertrauensschaden. Der Anlagenbetreiber ist folglich so zu stellen, als hätte er gewusst und sich darauf eingestellt, dass die Genehmigung keinen Bestand hat, so dass ihm die bisher angefallenen Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Anlage ebenso wie die Kosten für eventuelle Rückbaumaßnahmen in Folge des Widerrufs abzüglich der bis dato durch den Betrieb der Anlage erzielten Erlöse sowie des Ertrages aus der Verwertung der Anlage zu erstatten sind⁸⁴. Gemäß § 21 IV 2 BImSchG ist der dem Anlagenbetreiber entstandene Vermögensnachteil jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das er an dem Bestand der Genehmigung hat. Dieses Interesses entspricht dem Wert der Genehmigung, welcher durch einen Vergleich des Verkehrswertes der Anlage mit und ohne Genehmigung zu ermitteln ist⁸⁵. Der Entschädigungsanspruch kann zudem ausweislich § 21 IV 4 BImSchG nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden, wobei die Frist beginnt, sobald die Immissionsschutzbehörde den Betroffenen auf sie hingewiesen hat. Laut § 19 I 1 LImSchG NRW ist die zu zahlende Entschädigung vom Land zu tragen.

Gemäß § 21 III BImSchG bewirkt der Widerruf, dass die Genehmigung unwirksam wird, soweit der Widerruf reicht.

2.1.4. Naturschutzrecht

Neben den nachträglichen Konfliktlösungsmöglichkeiten, die das Immissionsschutzrecht selbst liefert, könnte insoweit auch auf das Naturschutzrecht zurückgegriffen werden. Die Rechtsgrundlage hierfür findet sich in der sonderpolizeirechtlichen Generalklausel des § 3 II BNatSchG⁸⁶. Das naturschutzbehördliche Einschreiten nach § 3 II BNatSchG setzt indes eine Gefahr, also die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines naturschutzrechtlich relevanten Schadens

⁸² *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 31.

⁸³ Vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.6.2016 – 5 S 1984/15 –, juris, Rdnr. 15.

⁸⁴ *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 35; zum Ganzen auch *Engsterhold*, UPR 1991, 367 ff.

⁸⁵ *Hansmann*, siehe Fn. 53, § 21 BImSchG Rdnr. 65.

⁸⁶ Vgl. OVG S-A, Urt. v. 9.11.2016 – 2 L 112/14 –, juris, Rdnr. 63; NdsOVG, Beschl. v. 25.7.2011 – 4 ME 175/11 –, NuR 2011, 891; *Fellenberg*, siehe Fn. 32, S. 15.

voraus⁸⁷. Dabei sind umso geringere Anforderungen an den Grad der Eintrittswahrscheinlichkeit zu stellen, je größer der einzutretende Schaden ist⁸⁸. Ein bloßer Gefahrenverdacht, der sich dadurch auszeichnet, dass im Zeitpunkt der Behördenentscheidung eine unklare Sachlage besteht, die ebenso gefährlich wie ungefährlich sein kann, genügt hingegen allenfalls für die Anordnung eines Gefahrerforschungseingriffs⁸⁹. Der Gefahrerforschungseingriff darf indes nicht dazu führen, dass dem Anlagenbetreiber eine – gesetzlich so nicht vorgesehene – Eigenüberwachung des Anlagenbetriebs auferlegt wird bzw. die Naturschutzbehörde die ihr nach § 24 I VwVfG NRW von Amts wegen obliegende Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung einschließlich der damit verbundenen Kostenlast auf den Anlagenbetreiber abwälzt, der zum Zeitpunkt der Anordnung des Gefahrerforschungseingriffs immerhin noch als Nichtstörer anzusehen ist⁹⁰. Gefahrerforschungseingriffe werden sich daher in der Regel auf bloße Duldungsanordnungen zu beschränken haben. Es ist Sache der Naturschutzbehörde, die Tatsachen zu ermitteln und gegebenenfalls zu beweisen, die die in Rede stehende Gefahr sowie den jeweils erforderlichen Grad der Eintrittswahrscheinlichkeit des abzuwendenden Schadens stützen⁹¹. Die Beweislastverteilung unterscheidet sich insoweit folglich nicht von derjenigen beim Widerruf der Genehmigung (siehe oben II.2.1.3.).

Des Weiteren wird zum Teil vertreten, dass die Befugnisse der Naturschutzbehörde dort enden, wo die nachträgliche Anordnung eine (teilweise) Aufhebung oder Abänderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung voraussetzen würde; diese Befugnis stehe allein der Immissionsschutzbehörde zu⁹². Damit sei es der Naturschutzbehörde beispielsweise nicht möglich, nachträglich auf Dauer bestimmte Abschaltzeiten zu verfügen⁹³. Dagegen wurde die Anordnung der Abschaltung einer Windenergieanlage einmalig in der Zeit vom 21. Mai bis zum 1. August während der Tageszeit als noch von § 3 II BNatSchG gedeckt erachtet⁹⁴. Wo genau die Grenzziehung vorzunehmen ist, bleibt die Rechtsprechung bislang jedoch schuldig zu erläutern. In der Literatur wird insoweit ein Kontext

⁸⁷ Krohn, in: *Schlacke*, GK-BNatSchG, Köln 2012, § 3 Rdnr. 20.

⁸⁸ Hendrichke, in: *Frenz/Müggenborg*, BNatSchG-Komm., 2. Aufl. (2016), § 3 Rdnr. 32.

⁸⁹ NdsOVG, Beschl. v. 26.10.2015 – 4 ME 229/15 –, NuR 2016, 42 (43).

⁹⁰ VG Augsburg, Urt. v. 17.12.2015 – Au 2 K 15.1343 –, juris, Rdnr. 36 f. m.w.N.

⁹¹ Siehe nur *Freiherr Knigge*, Umweltschutz durch Beweislastumkehr?, Frankfurt a.M. 2001, S. 27.

⁹² Seibert, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Losebl. (Stand: Jan. 2017), § 13 BImSchG Rdnr. 122.

⁹³ So für die Anordnung der Abschaltung von Windenergieanlagen für die Dauer von insgesamt drei Monaten im Jahr jeweils zur Nachtzeit OVG S-A, Urt. v. 9.11.2016 – 2 L 112/14 –, juris, Rdnr. 63.

⁹⁴ NdsOVG, Beschl. v. 25.7.2011 – 4 ME 175/11 –, NuR 2011, 891.

zur Reichweite der Legalisierungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung hergestellt⁹⁵. Demnach wäre es der Naturschutzbehörde zumindest möglich, einstweilige Anordnungen zur unmittelbaren Gefahrenabwehr zu treffen⁹⁶. Sie kann daher z. B. ohne Weiteres dafür Sorge tragen, dass der bevorstehende oder bereits begonnene Vogel- oder Fledermauszug oder die im Gefahrenbereich der Anlage begonnene Brut in der aktuellen Vegetationsperiode gefahrungsfrei zu Ende geführt werden. Es sind aber grundsätzlich auch darüber hinausgehende Maßnahmen eröffnet; denn die Legalisierungswirkung der Genehmigung reicht nur so weit, wie die nach § 6 BImSchG beachtlichen Umstände zum Zeitpunkt des Erlasses der Genehmigung absehbar gewesen sind (dazu bereits oben II.1.1.). Dies kann nun aber dazu führen, dass auch auf Dauer angelegte naturschutzrechtliche Anordnungen nachträglich erlassen werden und somit der Umfang der bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung de facto eingeschränkt wird. Dies entspricht der Situation bei nachträglichen Anordnung gemäß § 17 I BImSchG; auch hierdurch erfolgt eine faktische Einschränkung der Ausnutzbarkeit der Genehmigung, ohne dass die Genehmigung ganz oder teilweise aufgehoben würde. So hielt das Bundesverwaltungsgericht schon früh fest, dass § 17 I BImSchG Anordnungen ermöglicht,

„die in eine vorher erteilte Genehmigung gewissermaßen einbrechen.“⁹⁷

Gerechtfertigt wird dies ebenfalls mit der nur eingeschränkten Legalisierungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung⁹⁸. Ist dem so, sollte aber auch die Abgrenzung zwischen nachträglichem fachbehördlichem Einschreiten und dem Widerruf nach § 21 BImSchG ebenso vorgenommen werden wie zwischen § 17 BImSchG und § 21 BImSchG.

Insoweit regelt § 17 II 1 BImSchG, dass die zuständige Behörde eine nachträgliche Anordnung nicht treffen darf, wenn sie unverhältnismäßig ist, vor allem wenn der mit der Erfüllung der Anordnung verbundene Aufwand außer Verhältnis zu dem mit der Anordnung angestrebten Erfolg steht; dabei sind insbesondere Art, Menge und Gefährlichkeit der von der Anlage ausgehenden Emissionen und der von ihr verursachten Immissionen sowie die Nutzungsdauer und technische Besonderheiten der Anlage zu berücksichtigen. Darf hiernach eine nachträgliche Anordnung wegen Unverhältnismäßigkeit nicht getroffen werden, so soll die zuständige Behörde gemäß § 17 II 2 BImSchG die Genehmigung unter den Voraussetzungen des § 21 I Nr. 3 bis 5 BImSchG ganz oder teilweise widerrufen. Unabhängig von dieser ausdrücklichen Regelung ist zu gegenwärtigen, dass es sich bei der nachträglichen Anordnung und beim Widerruf um unterschiedliche In-

⁹⁵ *Seibert*, siehe Fn. 92, § 13 BImSchG Rdnr. 123.

⁹⁶ Vgl. bereits BVerwG, Urt. v. 2.12.1977 – IV C 75/75 –, BVerwGE 55, 118 (123).

⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 2.12.1977 – IV C 75/75 –, BVerwGE 55, 118 (122).

⁹⁸ *Seibert*, siehe Fn. 92, § 13 BImSchG Rdnr. 121.

strumente handelt. Maßgebend für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 17 und § 21 BImSchG ist daher in erster Linie die Unterscheidung zwischen dem selbstständigen Verlangen bestimmter Maßnahmen unter Wahrung des Genehmigungskerns einerseits und dem (Teil-)Entzug der Gestattung andererseits⁹⁹. Dass eine Maßnahme mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist, stellt vor diesem Hintergrund lediglich ein – wenn auch gewichtiges – Indiz dafür dar, dass hiermit der Genehmigungskern nicht mehr gewahrt ist und es sich somit um einen (Teil-)Entzug der Gestattung handelt. Diesbezüglich wurde in der Rechtsprechung bereits darauf hingewiesen, dass eine – dauerhafte – Anlagenstilllegung nicht auf § 17 I BImSchG gestützt werden kann¹⁰⁰. Dies folgt bereits aus dem Umkehrschluss zu § 20 I 1 BImSchG.

Zur Konkretisierung der Abgrenzung empfiehlt sich eine Parallelziehung zum Genehmigungsverfahren: Sollen vom Anlagenbetreiber nachträglich Maßnahmen verlangt werden, die zum Gegenstand einer Nebenbestimmung nach § 12 I BImSchG hätten gemacht werden können, so lassen sich diese Maßnahmen auf § 17 I BImSchG stützen; wäre eine entsprechende Regelung im Genehmigungsbescheid hingegen als inhaltliche Beschränkung und damit als (Teil-)Ablehnung des Genehmigungsantrags zu werten, so kann dasselbe Ergebnis nachträglich nur durch einen (Teil-)Widerruf der Genehmigung erreicht werden¹⁰¹. Geht es um die zeitweilige Abschaltung der Anlage, so hilft für diese Grenzziehung wiederum die gesetzgeberische Wertung des § 17 II BImSchG. Ebenso wie danach eine auf § 17 I BImSchG gestützte nachträgliche Anordnung unzulässig wäre, wenn die mit ihr verfolgte Maßnahme nicht geeignet oder erforderlich wäre, den mit ihr verfolgten Zweck zu erreichen, oder jedenfalls die dem Anlagenbetreiber dadurch abverlangten Einbußen in keiner angemessenen Relation zu dem mit ihr für das betreffende Schutzgut verbundenen Vorteil stünden, kommt auch eine fachrechtliche, insbesondere auf § 3 II BNatSchG gestützte nachträgliche Anordnung in diesen Fällen nicht in Betracht, sondern allenfalls ein (Teil-)Widerruf nach § 21 I BImSchG. Entscheidend ist mithin in vielen Fällen die Interessenabwägung, konkret: die Frage der Verhältnismäßigkeit.

Fraglich ist sodann, ob ein Einschreiten auf der Basis des § 3 II BNatSchG Sache der Naturschutzbehörde ist, oder ob dies auf Grund der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG der Immissionsschutzbehörde obliegt. Der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kommt nach § 13 BImSchG Konzentrationswirkung zu, mit der Folge, dass alle von dieser Konzentrationswirkung umfassten Entscheidungen die Immissionsschutzbehörde trifft. Die Konzentrationswirkung ist jedoch

⁹⁹ *Hansmann/Ohms*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Losebl. (Stand: Jan. 2017), § 17 BImSchG Rdnr. 34.

¹⁰⁰ OVG NRW, Urt. v. 9.7.1987 – 21 A 1556/86 –, NVwZ 1988, 173.

¹⁰¹ *Hansmann*, siehe Fn. 53, § 21 BImSchG, Rdnr. 13 m.w.N.

schon vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes in seiner Ausprägung einer funktionsgerechten Zuständigkeitsbestimmung die begründungsbedürftige Ausnahme¹⁰². Sie bezieht sich daher nach herrschender Meinung allein auf die Genehmigung¹⁰³. Nach Erteilung der Genehmigung fällt die Zuständigkeit zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften außerhalb des Immissionschutzrechts folglich grundsätzlich wieder an die zum Vollzug dieser Vorschriften zuständigen Behörden, so dass die Naturschutzbehörde zuständig wäre.

Eine Ausnahme besteht gemäß § 17 VII 1 BNatSchG hinsichtlich der Kontrolle der Durchführung der nach der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung erforderlichen Maßnahmen. Danach prüft die nach § 17 I oder III BNatSchG zuständige Behörde die frist- und sachgerechte Durchführung der Vermeidungs- sowie der festgesetzten Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen einschließlich der erforderlichen Unterhaltungsmaßnahmen. Gemäß § 17 I BNatSchG hat, wenn ein Eingriff in Natur und Landschaft nach anderen Rechtsvorschriften einer behördlichen Zulassung oder einer Anzeige an eine Behörde bedarf oder von einer Behörde durchgeführt wird, diese Behörde zugleich die zur Durchführung des § 15 BNatSchG erforderlichen Entscheidungen und Maßnahmen im Benehmen mit der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde zu treffen, soweit nicht nach Bundes- oder Landesrecht eine weitergehende Form der Beteiligung vorgeschrieben ist oder die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständige Behörde selbst entscheidet. Hiervon regelt § 33 I 1 LNatSchG NRW nichts Abweichendes. Mithin bleibt insoweit die Immissionsschutzbehörde zuständig. Da es bei der hier gegenständlichen Problematik jedoch um eine Frage mit Zulassungsrelevanz geht, während § 17 VII BNatSchG lediglich das Folgenbewältigungsprogramm der Eingriffsregelung betrifft, bietet § 17 VII BNatSchG keine Grundlage für etwaige nachträgliche Anordnungen¹⁰⁴, sondern nur § 3 II BNatSchG. Somit ist für ein nachträgliches Einschreiten auf der Basis des Naturschutzrechts die Naturschutzbehörde zuständig.

In diesem Zusammenhang stellt sich schließlich noch die Frage, inwieweit der Anlagenbetreiber für die mit einem nachträglichen naturschutzbehördlichen Einschreiten verbundenen Einbußen Entschädigung verlangen kann. Hierzu findet sich eine Regelung in § 68 I BNatSchG. Danach ist eine angemessene Entschädigung zu leisten, wenn Beschränkungen des Eigentums, die sich auf Grund von Vorschriften dieses Gesetzes, Rechtsvorschriften, die auf Grund dieses Gesetzes erlassen worden sind oder fortgelten, oder Naturschutzrecht der Länder ergeben, im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen, der nicht durch andere

¹⁰² *Teichmann*, Die Dauer der Konzentrationswirkung, Hamburg 2013, S. 55 f.

¹⁰³ Siehe nur OVG S-A, Urt. v. 9.11.2016 – 2 L 112/14 –, juris, Rdnr. 62; NdsOVG, Beschl. v. 25.7.2011 – 4 ME 175/11 –, NuR 2011, 891; *Jarass*, BImSchG-Komm., 11. Aufl. (2015), § 13 Rdnr. 25; *Fellenberg*, siehe Fn. 32, S. 7, a.A. *Wemdzio*, NuR 2011, 464 (466).

¹⁰⁴ Vgl. NdsOVG, Urt. v. 10.1.2017 – 4 LC 198/15 –, juris, Rdnr. 141 f.

Maßnahmen, insbesondere durch die Gewährung einer Ausnahme oder Befreiung, abgeholfen werden kann. § 76 LNatSchG NRW enthält hierzu keine weitergehenden Bestimmungen, sondern regelt lediglich Verfahrensrechtliches und Zuständigkeiten. Bereits die Formulierung des § 68 I BNatSchG mit ihren mehreren Einschränkungen der grundsätzlichen Entschädigungspflicht deutet auf einen eher eingeschränkten Anwendungsbereich hin.

Voraussetzung ist zunächst eine Beschränkung des Eigentums aus naturschutzrechtlichen Gründen. Zum Eigentum – im Sinne von Art. 14 I GG – gehört grundsätzlich auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb¹⁰⁵. Zu beachten ist jedoch, dass das mit Grund und Boden verbundene Eigentum jeweils in die konkrete standörtliche Situation eingebunden und ihm daher insoweit eine Sozialpflichtigkeit immanent ist, weshalb zur Entschädigung verpflichtende Beschränkungen des Eigentums nur solche sein können, die dem Eigentümer eine über diese Situationsgebundenheit des Eigentums hinausgehenden Belastung abverlangen¹⁰⁶. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich nur in zwei Fallkonstellationen angenommen, nämlich zum einen bei Eingriffen in bereits verwirklichte Nutzungen und zum anderen beim Ausschluss von – bisher nicht ausgeübten – Nutzungsmöglichkeiten, die sich nach Lage der Dinge objektiv anbieten bzw. aufdrängen¹⁰⁷. Demnach sind nachträgliche naturschutzbehördliche Anordnungen sowohl dann grundsätzlich entschädigungspflichtig, wenn die betreffende (Windenergie-)Anlage bereits errichtet ist bzw. in Betrieb genommen wurde, als auch dann, wenn hierfür lediglich eine wirksame und vollziehbare Genehmigung vorliegt; denn in diesem Fall bietet sich eine entsprechende Nutzung jedenfalls objektiv an.

Eine über die Situationsgebundenheit des Eigentums hinausgehende Belastung für den Anlagenbetreiber reicht für sich genommen jedoch nicht aus, um Entschädigungsansprüche nach § 68 I BNatSchG auszulösen. Entschädigungspflichtig sind darüber hinaus vielmehr lediglich unzumutbare Belastungen. Eine unzumutbare Belastung in diesem Sinne setzt indes regelmäßig eine auf Dauer angelegte Eigentumsbeschränkung voraus¹⁰⁸. Da aber Anordnungen nach § 3 II BNatSchG wegen der andernfalls entgegenstehenden Legalisierungswirkung der vorhandenen Genehmigung ohnehin nur verhältnismäßige Maßnahmen beinhalten können, besteht schon deshalb grundsätzlich keine Entschädigungspflicht. Vielmehr ist die Auslösung der Entschädigungspflicht auf Grund ihrer vorgenannten sehr restriktiven Voraussetzungen regelmäßig ein Indiz für das

¹⁰⁵ Hierzu BVerwG, Urt. v. 22.4.1994 – 8 C 29/92 –, BVerwGE 95, 341 (348 f.).

¹⁰⁶ *Jeromin*, NuR 2010, 301 (304).

¹⁰⁷ Siehe nur *Esser*, in: *Frenz/Müggenborg*, BNatSchG-Komm., 2. Aufl. (2016), § 68 Rdnr. 18; *Fischer-Hüftle*, in: *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG-Komm., 2. Aufl. (2011), § 68 Rdnr. 12 jeweils m.w.N.

¹⁰⁸ *Jeromin*, NuR 2010, 301 (305).

Überschreiten der Grenzen, innerhalb dessen ein naturschutzbehördliches Einschreiten rechtlich möglich ist, so dass dann nur der – bereits nach § 21 IV 1 BNatSchG zur Entschädigung berechtigte – (Teil-)Widerruf bleibt. Maßgeblich sind jedoch die Umstände des Einzelfalls. So wäre es insbesondere unbillig, dem Anlagenbetreiber selbst bei an sich zumutbaren vergleichsweise kurzfristigen Abschaltungen die Entschädigung zu versagen, wenn der Eintritt des artenschutzrechtlichen Konflikts maßgeblich zumindest auch auf Maßnahmen des amtlichen Naturschutzes oder Maßnahmen Dritter, wie z. B. das Anbringen von Fledermauskästen oder Nisthilfen im Gefahrenbereich der Anlage, zurückzuführen ist. Darlegungs- und beweisbelastet hierfür ist allerdings der Anlagenbetreiber. Art und Umfang der ihm in diesem Fall geschuldeten Entschädigung richten sich gemäß § 76 I 2 LNatSchG NRW nach dem Landesenteignungs- und -entschädigungsgesetz.

2.2. Baurechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen

Bei den nur nach Baurecht genehmigungsbedürftigen (Windenergie-)Anlagen kommt in erster Linie ein Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde nach § 61 II 1 BauO NRW in Betracht. Danach können auch nach Erteilung einer Baugenehmigung Anforderungen gestellt werden, um dabei nicht voraussehbare Gefahren oder unzumutbare Belästigungen von der Allgemeinheit oder denjenigen, die die bauliche Anlage benutzen, abzuwenden. Dies ist im Kontext des § 61 I BauO NRW zu sehen, wonach die Bauaufsichtsbehörden bei der Errichtung, der Änderung, dem Abbruch, der Nutzung, der Nutzungsänderung sowie der Instandhaltung baulicher Anlagen sowie anderer Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 I 2 BauO NRW darüber zu wachen haben, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die auf Grund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen eingehalten werden; in Wahrnehmung dieser Aufgaben haben sie nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wobei die gesetzlich geregelten Zuständigkeiten und Befugnisse anderer Behörden unberührt bleiben. Anders als § 17 I 1 BImSchG ist die Eingriffsbefugnis des § 61 II 1 BauO NRW folglich nicht auf die Überwachung und Durchsetzung der spezifisch fachrechtlichen Vorschriften beschränkt, sondern umfasst das gesamte öffentliche Recht, mithin auch das Naturschutzrecht, wobei aber ausdrücklich parallele fachbehördliche Zuständigkeiten unberührt bleiben. Neben der Bauaufsichtsbehörde kann also auch die Naturschutzbehörde – gestützt auf § 3 II BNatSchG – entsprechend tätig werden.

Mit Blick auf die Legalisierungswirkung der Baugenehmigung kann hier hinsichtlich sowohl der auf § 61 II 1 BauO NRW als auch auf § 3 II BNatSchG gestützten nachträglichen Maßnahmen indes nichts anderes gelten als bei Bestehen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (siehe dazu oben II.2.2.1.): Den Behörden ist insoweit nur die Abwehr unmittelbar drohender Gefahren durch solche Maßnahmen möglich, welche die bestehende Baugenehmigung unberührt lassen.

Andernfalls bedürfte es der (teilweisen) Aufhebung der Baugenehmigung. Hierfür kommt in erster Linie der Widerruf der Baugenehmigung gemäß § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG NRW in Betracht.

Da § 49 VwVfG NRW und § 21 BImSchG inhaltlich nahezu identisch sind¹⁰⁹, kann diesbezüglich nach oben (II.2.1.3.) verwiesen werden. Dies gilt trotz des Fehlens einer dem § 17 II BImSchG vergleichbaren Bestimmung auch für die Abgrenzung von nachträglichem fachbehördlichem Einschreiten und (Teil-)Widerruf der Genehmigung, da § 17 II BImSchG mit dem Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als gewichtige Maßgabe für diese Abgrenzung keine spezifisch immissionsschutzrechtliche Regelung beinhaltet, sondern einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringt.

2.3. Ermessen

Sowohl die Entscheidung über den Widerruf nach § 21 I Nr. 3 BImSchG¹¹⁰ bzw. nach § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG NRW¹¹¹ als auch über Anordnungen nach § 3 II BNatSchG¹¹² stehen im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Nach der gesetzgeberischen Grundvorstellung ist dabei – anders als die empirische Erfahrung in der Praxis – der Widerruf¹¹³ bzw. das naturschutzbehördliche Einschreiten¹¹⁴ eher die Regel als die Ausnahme. Dies entbindet gleichwohl grundsätzlich nicht von einer sorgfältigen Interessenabwägung im Einzelfall, wobei die diesbezüglich anzustellenden Überlegungen im Rahmen eines Widerrufs inhaltlich im Wesentlichen dieselben sind wie beim Einschreiten nach § 3 II BNatSchG¹¹⁵. Geht es um unionsrechtlich besonders geschützte Arten und damit um das hinter § 44 I BNatSchG stehende europäische Recht, ist dabei dem Effektivitätsprinzip ausreichend Rechnung zu tragen¹¹⁶.

Daher stellt sich die Frage, ob der jeweils zuständigen Behörde insoweit überhaupt noch ein Entschließungsermessen zukommt oder bei absehbaren Verbotsverwirklichungen nach § 44 I BNatSchG eine Handlungspflicht besteht. Letzteres wird in der Literatur teilweise angenommen¹¹⁷, in der jüngeren Rechtsprechung

¹⁰⁹ Vgl. *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr.5.

¹¹⁰ *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 20.

¹¹¹ *Müller*, in: *Huck/Müller*, VwVfG-Komm., 2. Aufl. (2016), § 49 Rdnr. 27.

¹¹² *Krohn*, siehe Fn. 87, § 3 Rdnr. 22; *Fischer-Hüftle/Schumacher*, in: *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG-Komm., 2. Aufl. (2011), § 3 Rdnr. 8.

¹¹³ Zu § 49 VwVfG *Müller*, siehe Fn. 111, § 49 Rdnr. 27; zu § 21 BImSchG *Jarass*, siehe Fn. 5, § 21 Rdnr. 21.

¹¹⁴ VG Augsburg, Urt. v. 1.12.2016 – Au 2 K 16.644 –, juris, Rdnr. 39; *Fischer-Hüftle/Schumacher*, siehe Fn. 112, § 3 Rdnr. 8.

¹¹⁵ VG Oldenburg, Beschl. v. 7.7.2011 – 5 B 1433/11 –, juris, Rdnr. 5.

¹¹⁶ Vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG-Komm., 8. Aufl. (2014), § 48 Rdnr. 266.

¹¹⁷ So etwa *Krohn*, siehe Fn. 87, § 3 Rdnr. 25.

hingegen tendenziell verneint¹¹⁸. Rein nationalrechtlich könnte sich eine solche Ermessensreduzierung allenfalls aus § 44 I BNatSchG ergeben. Da aber dem Anlagenbetreiber, der am Betrieb seiner Anlage auch nach dem Einwandern besonders geschützter Arten nach Baubeginn festhält, lediglich ein Unterlassen angelastet werden kann, ein solches Unterlassen aber nicht zur Verwirklichung von Verbotstatbeständen des § 44 I BNatSchG führt (dazu bereits oben II.1.2.), ist der Anlagenbetreiber in diesen Fällen indes schon nicht unmittelbarer Normadressat der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote. Daher kann sich hieraus auch ihm gegenüber keine Ermessensreduzierung in Richtung eines nachträglichen Einschreitens ergeben. Eine solche könnte mithin allenfalls aus dem hinter § 44 I BNatSchG stehenden Unionsrecht folgen. Demgegenüber sind betriebs- oder anlagenbedingte Verwirklichungen von Verbotstatbeständen des § 44 I BNatSchG in Folge des Einwanderns besonders geschützter Arten nach Genehmigungserteilung, aber vor Baubeginn dem Anlagenbetreiber als Handlungsstörer zurechenbar¹¹⁹, so dass hier § 44 I BNatSchG unmittelbar Anwendung auf den Anlagenbetreiber findet. § 44 I BNatSchG lässt sich jedoch für sich genommen nichts für eine Ermessensreduzierung auf null herleiten. Damit bleibt es auch in diesen Fällen dabei, dass vorbehaltlich anders lautender unionsrechtlicher Vorgaben die allgemeinen Grundsätze der Ermessensausübung bei repressivem behördlichem Einschreiten gelten.

Bekannt und viel diskutiert ist, dass das Unionsrecht den gleichgelagerten Ermessensspielraum im Rahmen der Rücknahme gemäß § 48 VwVfG NRW zu determinieren vermag¹²⁰. Seit der Papenburg-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs¹²¹ besteht zudem kein Zweifel mehr daran, dass das Unionsrecht – im konkreten Fall das europäische Gebietsschutzrecht – auch Einfluss auf den Widerruf hat¹²². Doch ist auch nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs dem Grundsatz der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen¹²³. Der Grundsatz der Rechtssicherheit und die Verwirklichung des Unionsrechts müssen in praktische Konkordanz gebracht werden; das Unionsrecht muss eine hinreichende Verwirklichungschance auch und gerade mit Blick auf bereits bestehende Tatsachen erhalten¹²⁴.

¹¹⁸ So zu § 34 VI 4 BNatSchG NdsOVG, Urte. v. 3.3.2015 – 4 LC 39/13 –, juris, Rdnr. 98; dazu auch *Frenz*, UPR 2015, 329 ff.; offen gelassen in VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.6.2016 – 5 S 1984/15 –, juris, Rdnr. 15.

¹¹⁹ A.A. *Kautz*, siehe Fn. 14, Kennz. 0760, § 44 Rdnr. 111, jedoch ohne Begründung.

¹²⁰ Hierzu etwa *Haack*, Jura 2008, 739 ff.

¹²¹ EuGH, Urte. v. 14.1.2010 – C-226/08 –, Slg. 2010, I-131 (Rdnr. 44 ff.), Papenburg.

¹²² Hierzu *Gärditz*, DVBl. 2010, 247 (249 f.); *Würtenberger*, NuR 2010, 316 (318 ff.).

¹²³ EuGH, Urte. v. 14.1.2010 – C-226/08 –, Slg. 2010, I-131 (Rdnr. 46), Papenburg.

¹²⁴ *Gärditz*, DVBl. 2010, 247 (250).

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach der Reichweite des Einflusses des Unionsrechts auf die Ermessensausübung der zuständigen Behörde im Rahmen der Anwendung nationalen Rechts ist damit zunächst der materielle Regelungsgehalt der betreffenden unionsrechtlichen Bestimmung. Dies lenkt den Blick auf Art. 12 I FFH-RL und Art. 5 VS-RL. Beide Bestimmungen enthalten ebenso wie § 44 I BNatSchG insbesondere ein Tötungs- und ein Störungsverbot. Anders als nach deutschem Recht setzen dabei jedoch sowohl Art. 12 I lit. a und b FFH-RL als auch Art. 5 lit. a und b VS-RL ein „absichtliches“ Handeln voraus. Insoweit ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bereits geklärt, dass das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit nur verwirklicht sein kann, wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde die Tötung oder die Störung gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat¹²⁵. Dies hatte der Europäische Gerichtshof für den Verkehr für Mopeds auf dem Sandstrand östlich von Laganas sowie für das Vorhandensein von Tretbooten und von kleinen Booten im Meeresgebiet von Gerakas und von Daphne und den damit verbundenen Störungen der geschützten Caretta-Schildkröte während der Fortpflanzungszeit angenommen, weil auf das Vorhandensein von Schildkrötennestern auf diesen Stränden ausdrücklich durch entsprechende Schilder hingewiesen worden ist¹²⁶. Ebenfalls die Absichtlichkeit bejaht hat der Europäische Gerichtshof für die Errichtung von Häusern in Agiannaki und Elaia, den Ausbau von Zufahrten zum Strand im Gebiet von Kyparissia, das wilde Campen in der Nähe des Strandes von Kalo Nero und in Elaia, den Betrieb von Strandbars, das Verleihen von Strandmobiliar und den Bau einer Strandplattform in der Nähe des Hotels Messina Mare, die zu intensive Beleuchtung der Strände im Gebiet von Kyparissia und das strandnahe Aufstellen u. a. von Stellnetzen in diesem Bereich und die damit jeweils einhergehenden Störungen oder gar Tötungen der geschützten Caretta-Schildkröte, da es sich bei den benannten Bereichen bekanntermaßen um die Fortpflanzungsstrände der Meeresschildkröte handelt¹²⁷. Im konkreten Fall verneint hat der Europäische Gerichtshof hingegen die Absichtlichkeit der Tötung von Fischottern gelegentlich der Fuchsjagd, weil nicht förmlich nachgewiesen worden war, dass der Fischotter im fraglichen Jagdrevier vorkommt¹²⁸. Des Weiteren hat der Europäische Gerichtshof das tödliche Verunfallen von iberischen Luchsen an einem ausgebauten ehemaligen Feldweg nur im Hinblick auf einen etwaigen Verstoß gegen den die nichtabsichtlichen Tötungen regelnden Art. 12 IV FFH-RL, nicht aber auch in Bezug auf das Tötungsverbot des Art. 12 I lit. a FFH-RL geprüft und damit zu er-

¹²⁵ EuGH, Urt. v. 18.5.2006 – C-221/04 –, Slg. 2006, I-4536 (Rdnr. 71), Fuchsjagd.

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 30.1.2002 – C-103/00 –, Slg. 2002, I-1163 (Rdnr. 35 f.), Caretta.

¹²⁷ EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-504/14 –, ECLI:EU:C:2016:847, Rdnr. 157-160, Caretta II.

¹²⁸ EuGH, Urt. v. 18.5.2006 – C-221/04 –, Slg. 2006, I-4536 (Rdnr. 71-73), Fuchsjagd.

kennen gegeben, dass aus seiner Sicht diese Tierkollisionen nicht absichtlich gewesen sind¹²⁹.

Diese unterschiedlichen Sichtweisen sind in der Literatur damit erklärt worden, dass es für das subjektive Willenselement jeweils nicht auf das Wissen und Wollen der nationalen Behörden, sondern des unmittelbar Handelnden ankomme¹³⁰. Dieser Erklärungsansatz lässt sich indes nicht auf alle vom Europäischen Gerichtshof bislang entschiedenen Fälle anwenden. Er vermag zwar die fehlende Absichtlichkeit der für den iberischen Luchs tödlichen Verkehrskollisionen zu erklären, nicht jedoch die Annahme einer absichtlichen Störung der Caretta-Schildkröte durch den Ausbau von Zufahrten zum Strand im Gebiet von Kyparissia sowie die Errichtung von Häusern in Agiannaki und Elaia. Dort war es für den Europäischen Gerichtshof ersichtlich nicht entscheidend, dass die Strandbesucher bzw. die Bauherren von dem Vorkommen der Meeresschildkröte im fraglichen Gebiet wussten, sondern das entsprechende Wissen der untätig gebliebenen bzw. entsprechende Genehmigungen ausreichenden griechischen Behörden genügte.

Nach anderer Ansicht ist die differenzierende Betrachtung des Europäischen Gerichtshofs auf das Bestehen einer konkreten oder eben lediglich abstrakten Gefahr zurückzuführen; nur das Wissen um eine konkrete Gefahr vermag ein absichtliches Handeln zu begründen¹³¹. Dies ist vor dem Hintergrund des individuellen bezogenen Schutzansatzes des besonderen Artenschutzrechts überzeugend. Damit einem Handelnden Absichtlichkeit vorgeworfen werden kann, bedarf es der Individualisierbarkeit der betroffenen Tiere oder Pflanzen. Mit diesem Ansatz lässt sich dann auch die unterschiedliche Einordnung der vom Europäischen Gerichtshof beurteilten Sachverhalte begründen. Während in den Caretta-Fällen konkrete und zumindest behördlicherseits auch konkret bekannte Vorkommen der Meeresschildkröte betroffen waren, war im Fuchsjagd-Fall schon unklar, ob Fischotter im Gefahrenbereich überhaupt anzutreffen sind und handelte es sich beim iberischen Luchs um eine Art, die weite Distanzen zurücklegt, so dass ebenfalls unklar blieb, Tiere welcher Population durch den streitgegenständlichen Verkehrsweg konkret, also mehr als nur dem allgemeinen Lebensrisiko entsprechend betroffen sind. Folglich führt etwa der Umstand, dass mit dem Betrieb einer Windenergieanlage die abstrakte Gefahr des Fledermaus- oder Vogelschlags

¹²⁹ EuGH, Urt. v. 20.5.2010 – C-308/08 –, Slg. 2010, I-4283 (Rdnr. 56 ff.), iberischer Luchs.

¹³⁰ *Beier*, DVBl. 2012, 149 (152); ähnlich bereits *Füßer/Lau*, NuR 2009, 445 (449 ff.).

¹³¹ *Tholen*, siehe Fn. 27, S. 92 f.

verbunden ist, für sich genommen noch nicht zur Auslösung des Tötungsverbots nach Art. 12 I lit. a FFH-RL bzw. Art. 5 lit. a VS-RL¹³².

Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass zum Zeitpunkt der Genehmigung hinsichtlich des nachträglichen Einwanderns besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage lediglich eine abstrakte Gefahr besteht. Sind entsprechende Tiere oder Pflanzen dann aber in den Gefahrenbereich der Anlage eingewandert, wird aus der abstrakten freilich eine konkrete Gefahr. Die maßgebliche Frage ist daher, zu welchem Zeitpunkt die konkrete Gefahr und das Wissen darum bestanden haben müssen, damit die Verbotstatbestände des Art. 12 I lit. a und b FFH-RL bzw. Art. 5 lit. a und b VS-RL ausgelöst werden. Da objektiver und subjektiver Tatbestand der Verbotsnormen eine Einheit bilden, müssen beide Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich gleichzeitig vorliegen. Während es im Falle des nachträglichen Einwanderns besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage zum Zeitpunkt der Genehmigung an dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit mangels konkreter Gefahr fehlt, mangelt es nach dem Beginn des Baus der Anlage an einer den objektiven Tatbestand erfüllenden Handlung; denn wie bereits dargelegt (siehe oben II.1.2.) kann dem Anlagenbetreiber nach Baubeginn lediglich ein Unterlassen zur Last gelegt werden, das aber bei einem genehmigten Anlagenbetrieb nicht zur Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbote zu führen vermag.

Dieser Ansicht ist offenbar auch der Europäische Gerichtshof. So hat er in seinem Urteil vom 10. November 2016 hinsichtlich der vor dem Hintergrund des Störungsverbots des Art. 12 I lit. b FFH-RL kritisch zu sehenden Errichtung von Wohnhäusern in Agiannaki und Elaia maßgeblich auch auf den Zeitpunkt der Errichtung der Gebäude (vor oder nach Wirksamwerden der artenschutzrechtlichen Verbote im Jahr 1994) abgestellt, obwohl die mit diesen Wohnhäusern einhergehenden Störungen nicht primär durch deren Errichtung, sondern durch deren Nutzung verursacht werden¹³³. **Demnach werden beim Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage nach deren Errichtung die Verbote nach Art. 12 I lit. a und b FFH-RL bzw. Art. 5 lit. a und b VS-RL nicht verletzt.** Unter Berücksichtigung des Umstands, dass beim Anlagenbau mangels erkennbarer konkreter Gefahr der Anlagenbetreiber jedenfalls nicht absichtlich gehandelt hat und später beim Hinzutreten von Tieren oder Pflanzen besonders geschützter Arten und der damit verbundenen Entstehung einer konkreten Gefahr kein aktives, objektiv tatbestandsmäßiges Handeln mehr erfolgte, gelangt man mithin unionsrechtlich zu denselben Ergebnissen wie nationalrechtlich unter Anwendung der Grundsätze des deutschen Ordnungsrechts zur Frage der Zure-

¹³² Vgl. auch EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Luxemburg 2007, S. 55, Rdnr. 83.

¹³³ EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-504/14 –, ECLI:EU:C:2016:847, Rdnr. 158, Caretta II.

chenbarkeit. Das zeitliche Auseinanderfallen des Handelns des Anlagenbetreibers (Errichtung und/oder Inbetriebnahme der Anlage) und des Eintritts einer artenschutzrechtlichen Konfliktlage bewirkt unionsrechtlich eine grundsätzliche Entbindung des Anlagenbetreibers von der artenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit für diese Situation. Eine solche Verantwortlichkeit kann sich dann unionsrechtlich allenfalls noch aus Art. 12 IV FFH-RL bzw. Art. 13 VS-RL ergeben. Aus dem nationalen Recht ergibt sie sich über die Grundsätze des allgemeinen Polizeirechts, insbesondere das Institut der Zustandsstörerhaftung, in Verbindung mit § 44 I BNatSchG, der mangels subjektiver Tatbestandsmerkmale weiter gefasst ist als die Verbotstatbestände des Unionsrechts.

Soweit durch das nachträgliche Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage – etwa durch mittelbare Effekte¹³⁴ – auch das Schädigungsverbot des § 44 I Nr. 3 BNatSchG verwirklicht zu werden droht, gilt im Ergebnis nichts anderes. Zwar verlangt der hinter dieser Verbotsnorm stehende Art. 12 I lit. d FFH-RL anders als beim Tötungs- und Störungsverbot kein absichtliches Handeln, doch verlangt auch dieses Verbot im Sinne eines Fahrlässigkeitsvorwurfs zumindest die Erkennbarkeit der konkreten Gefahrenlage¹³⁵. Bei Konfliktentstehung erst nach Baubeginn fehlt es zum Zeitpunkt des aktiven Tätigwerdens an dieser Erkennbarkeit und zum Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Konflikts, also nachdem er absehbar geworden ist, fehlt es an einer objektiv tatbestandmäßigen Handlung.

Da Bau und Betrieb von Windenergieanlagen bei lebensnaher Betrachtung von einem einheitlichen Willensentschluss getragen werden und auch Gegenstand einer einheitlichen Genehmigung sind, liegt insoweit eine tatbestandliche Handlungseinheit vor¹³⁶. Daher wäre eine Betrachtung, die zwischen dem Zeitpunkt des Baubeginns und der Inbetriebnahme der fertiggestellten Anlage nochmals differenziert, eine künstliche Aufspaltung eines rechtlich als einheitlichen Vorgang zu wertenden Geschehens. So stellte auch der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 10. November 2016 auf den Zeitpunkt der Gebäudeerrichtung und nicht auf den Zeitpunkt der Nutzungsaufnahme ab. Hingegen genügt der Erlass der Genehmigung noch nicht, um den Anlagenbetreiber aus der artenschutzrechtlichen Verantwortung nach Unionsrecht zu nehmen¹³⁷.

Mit Blick auf den Stellenrang, den der Europäische Gerichtshof dem besonderen Artenschutz einräumt, ist daher – vorbehaltlich sonstiger Konfliktlösungsmöglichkeiten, worauf sogleich noch zurückzukommen sein wird (siehe unten II.3.) – das Entschließungsermessen grundsätzlich in Richtung Widerruf bzw. fachbe-

¹³⁴ Zu deren tatbestandlicher Relevanz *Lau*, siehe Fn. 37, § 44 Rdnr. 23.

¹³⁵ Vgl. *Lau/Steeck*, NuR 2008, 386 (389).

¹³⁶ Vgl. hierzu *Puppe*, JuS 2017, 503 ff.

¹³⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.10.2005 – C-6/04 –, Slg. 2005, I-9056 (Rdnr. 113), Gibraltar.

hördlichen Einschreitens intendiert, wenn nach Genehmigungserteilung aber vor Baubeginn artenschutzrechtliche Konfliktslagen entstehen¹³⁸. Nach Baubeginn sind solche Situationen hingegen nicht an Art. 12 I FFH-RL bzw. Art. 5 VS-RL zu messen, sondern an Art. 12 IV FFH-RL bzw. Art. 13 VS-RL. Gemäß Art. 12 IV FFH-RL führen die Mitgliedstaaten ein System zur fortlaufenden Überwachung des unbeabsichtigten Fangens oder Tötens der in Anhang IV lit. a der Richtlinie genannten Tierarten ein und leiten anhand der gesammelten Informationen diejenigen weiteren Untersuchungs- oder Erhaltungsmaßnahmen ein, die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass der unbeabsichtigte Fang oder das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten haben. Art. 13 VS-RL sieht vor, dass die Anwendung der auf Grund dieser Richtlinie getroffenen Maßnahmen in Bezug auf die Erhaltung aller unter Art. 1 der Richtlinie fallenden Vogelarten nicht zu einer Verschlechterung der derzeitigen Lage führen darf.

Demzufolge besteht hier ein weiter Ermessensspielraum, der ausreichend Raum für die Berücksichtigung der Legalisierungswirkung der bestehenden Genehmigung sowie für das mit Blick darauf bereits vom Anlagenbetreiber ausgeübte Vertrauen bietet. In Anlehnung an Ausführungen der Generalanwältin *Kokott* wird jedoch auch in diesem Fall das Ermessen regelmäßig in Richtung eines entsprechenden Einschreitens intendiert sein, wenn Vorkommen einer europäisch besonders geschützten Art betroffen sind, die für die Erhaltung der Art von herausragender Bedeutung sind und die Art dort besonderen Risiken ausgesetzt ist¹³⁹. Dabei kommt es anders als für die Frage der Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung nicht mehr auf das Individuum als solches an – Artenschutz ist nicht Tierchutz –, sondern auf die Bedeutung des Verlusts, der Störung oder der Beeinträchtigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten einzelner Individuen für den Erhaltungszustand der betroffenen Art innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets in Deutschland und in Europa. Es darf also eine durchweg populationsbezogene Betrachtungsweise eingenommen werden. Darüber hinaus wird man, um eine herausragende Bedeutung im vorgenannten Sinne annehmen zu können, gemessen an den Zielen der FFH- und Vogelschutzrichtlinie sowie in Anlehnung an Art. 16 I FFH-RL verlangen müssen, dass die betroffene Population für die Stabilität des Erhaltungszustands der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet innerhalb Deutschlands aus naturschutzfachlich belastbaren Gründen unverzichtbar erscheint¹⁴⁰. Bei einer Art, die sich bundesweit in einem ungünstigen Erhal-

¹³⁸ Vgl. EuGH, Urte. v. 30.1.2002 – C-103/00 –, Slg. 2002 I-1163 (Rdnr. 30), Caretta; EuGH, Urte. v. 10.11.2016 – C-504/14 –, ECLI:EU:C:2016:847, Rdnr. 163, Caretta II.

¹³⁹ Vgl. GAin *Kokott*, Schlussanträge v. 15.12.2005 – C-221/04 –, Slg. 2006, I-4518 (Rdnr. 62), Fuchsjagd.

¹⁴⁰ Zu Art. 16 I FFH-RL und der räumlichen Maßgeblichkeit des natürlichen Verbreitungsgebiets des betreffenden Mitgliedstaates *Frenz/Lau*, in: *Frenz/Müggenborg*, BNatSchG-Komm., 2. Aufl. (2016), Vorb. §§ 44, 45 Rdnr. 23 f.

tungszustand befindet, ist dies eher gegeben als bei Arten, bei denen dies nicht der Fall ist.

Ob und inwieweit Tiere oder Pflanzen besonders geschützter Arten in gemäß § 44 I BNatSchG tatbestandsmäßiger Weise beeinträchtigt werden, ist in Nordrhein-Westfalen insbesondere unter Zuhilfenahme der VV-Artenschutz¹⁴¹ bzw. bei Windenergieanlagen zusätzlich des Leitfadens zur Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen vom 12. November 2013 zu beantworten. Soweit Tiere besonders geschützter Arten voraussichtlich getötet werden, spielt neben der Gefährdung der Art auch deren populationsbiologische Mortalität eine entscheidende Rolle. Diesbezüglich kann sich bei der Gewichtung der Betroffenheit im konkreten Fall an dem von *Bernotat* und *Dierschke* entwickelten populationsbiologischen Sensitivitätsindex¹⁴² orientiert werden. Entscheidend ist jedoch stets eine Abwägung im Einzelfall. Dabei ist – wie oben (II.2.1.3.) bereits erwähnt – auch die auf Tatbestandsebene bestehende Unsicherheit zu würdigen, die daraus resultiert, dass sich die ökologischen Wissenschaften derzeit vielfach noch nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweisen und hier somit mehrere gleichberechtigt nebeneinander stehende Sichtweisen eingenommen werden können.

Darüber hinaus verlangt eine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügende Entscheidung über den Widerruf der vorhandenen Genehmigung bzw. eine ermessensfehlerfreie Entscheidung im Rahmen des fachbehördlichen Einschreitens die Berücksichtigung von Verursachungsbeiträgen Dritter. So ist, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Maßnahmen Dritter zum nachträglichen Einwandern der nun betroffenen Tiere geführt haben, wie etwa das Aufhängen von Fledermauskästen oder das Anlegen von Nisthilfen innerhalb des Gefahrenbereichs der Anlage, regelmäßig vorrangig auf Umsiedlungen oder Maßnahmen zur Habitatgestaltung zurückzugreifen, mit denen die betroffenen Tiere motiviert werden, den Gefahrenbereich wieder zu verlassen bzw. zu meiden, als die erteilte Genehmigung zu widerrufen und/oder entsprechende Anordnungen, z. B. Abschaltungen, gegen den Anlagenbetreiber zu treffen. Voraussetzung ist hierbei, dass diese den Dritten aufzuerlegenden Maßnahmen hinreichend geeignet sind, die bestehende Gefahr abzuwehren. Doch auch dies ist letztlich eine Frage der Abwägung im Einzelfall, wobei dem Gesichtspunkt der Effektivität der Gefahrenabwehr ein hohes Gewicht zukommt.

¹⁴¹ Verwaltungsvorschrift zur Anwendung der nationalen Vorschriften zur um der Richtlinien 92/43/EWG (FFH-RL) und 2009/147/EG (V-RL) zum Artenschutz bei Planungs- oder Zulassungsverfahren (VV-Artenschutz), Rd.Erl. des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz NRW v. 6.6.2016 – III 4-616.06.01.17.

¹⁴² *Bernotat/Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, Stand: Sept. 2016, passim (verfügbar unter http://www.gavia-ecoresearch.de/ref/pdf/Bernotat_Dierschke_2016.pdf).

Zu Gunsten des Anlagenbetreibers ist zudem zu berücksichtigen, wenn sich die betreffende Anlage innerhalb einer durch Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszone im Sinne des § 35 III 3 BauGB oder innerhalb eines entsprechenden Vorranggebiets nach § 8 VII 1 Nr. 1 ROG befindet. Immerhin vermögen solche verbindlichen Vorgaben auf vorgelagerter Planungsebene sogar einen maßgeblichen Einfluss auf die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses sowie weniger beeinträchtigender zumutbarer Alternativen im Rahmen der gebietsschutzrechtlichen Abweichung nach § 34 III BNatSchG bzw. der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG zu nehmen¹⁴³. Dies resultiert nicht nur aus der höherstufigen verbindlichen planerischen Zielvorgabe, sondern insbesondere auch daraus, dass solche Gebiete Flächen im Sinne des § 4 S. 1 Nr. 5 BNatSchG darstellen, die ausschließlich oder überwiegend Zwecken der Versorgung und Entsorgung dienen. Die Versorgung der Bevölkerung insbesondere mit Energie ist „Versorgung“ im Sinne dieser Vorschrift¹⁴⁴. Zu den solchermaßen privilegierten Flächen gehören ausweislich des Wortlauts des § 4 S. 1 BNatSchG ausdrücklich auch die in einem verbindlichen Plan für diese Zwecke ausgewiesenen Flächen. Auf ihnen ist bei Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege die bestimmungsgemäße Nutzung zu gewährleisten. Damit hat der Gesetzgeber eine grundsätzliche Entscheidung zu Gunsten solcher Nutzungen auf diesen Flächen getroffen, die überall dort, wo bei naturschutzrechtlichen Fragestellungen Spielräume eröffnet sind, gebührend zu berücksichtigen ist¹⁴⁵.

2.4. Zwischenergebnisse

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass immissionsschutzrechtliche Maßnahmen zur Abhilfe nachträglich eingetretener artenschutzrechtlicher Konfliktlagen nur insoweit ergriffen werden können, wie dies die jeweilige immissionsschutzrechtliche Genehmigung insbesondere in Gestalt von Auflagenvorbehalten zulässt. Die Aufnahme von Nebenbestimmungen in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung in Ansehung abstrakter, etwaiger künftig auftretender Konfliktlagen ist jedoch rechtswidrig, so dass sich entsprechende Nebenbestimmungen in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen an sich nicht finden lassen dürften. Jenseits eines Handelns im Rahmen der durch die Genehmigung selbst eröffneten Möglichkeiten bleibt nur der (Teil-)Widerruf der Genehmigung; nachträgliche Anordnungen nach § 17 I BImSchG kommen insoweit nicht in Betracht.

¹⁴³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12/07 –, BVerwGE 134, 166 (Rdnr. 22); HessVGH, Urt. v. 17.6.2008 – 11 C 1975/07.T –, NuR 2008, 785 (798); zum Ganzen auch *Füßer/Lau*, NuR 2012, 448 ff.

¹⁴⁴ *Meyer*, in: *Frenz/Müggenborg*, BNatSchG-Komm., 2. Aufl. (2016), § 4 Rdnr. 20.

¹⁴⁵ *Müller-Walter*, siehe Fn. 37, § 4 Rdnr. 12.

Daneben ist es jedoch der zuständigen Naturschutzbehörde eröffnet, auf der Basis des § 3 II BNatSchG einzuschreiten und gegen den Anlagenbetreiber entsprechende Anordnungen zu erlassen. Dieses Befugnis endet jedoch dort, wo sie die bestehende Genehmigung in Frage stellen würde. In diesen Fällen bleibt allein die Möglichkeit des (Teil-)Widerrufs nach § 21 I BlmSchG. Für die Beantwortung der Frage, wo das naturschutzbehördliche Einschreiten aufhört und nur noch die Möglichkeit des Widerrufs verbleibt, gelten dieselben Grundsätze wie für die Abgrenzung nachträglicher Anordnungen nach § 17 I BlmSchG vom Widerruf nach § 21 I BlmSchG. Diese Grenze wird insbesondere durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt.

Bei nur baurechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen besteht neben der Möglichkeit des Einschreitens der zuständigen Naturschutzbehörde nach § 3 II BNatSchG auch die Möglichkeit des Tätigwerdens der Bauaufsichtsbehörde gemäß § 61 II 1 BauO NRW. Die Abgrenzung zwischen einem solchen nachträglichen Einschreiten und einem (Teil-)Widerruf der Baugenehmigung gemäß § 49 VwVfG NRW erfolgt hier nach den gleichen Grundsätzen wie im Immissionsschutzrecht.

Bei all diesen Maßnahmen ist der zuständigen Behörde ein Ermessen eingeräumt. Soweit keine anderweitigen Konfliktlösungsmöglichkeiten bestehen, ist dieses Ermessen im Hinblick auf ein Einschreiten gegen den Anlagenbetreiber dann in der Regel auf null reduziert, wenn die betreffenden Arten nach Genehmigungserlass, aber vor Baubeginn in den Gefahrenbereich der Anlage eingewandert sind. Ist der artenschutzrechtlich relevante Konflikt hingegen erst nach Baubeginn entstanden, erfolgt die Ermessensausübung prinzipiell nach den üblichen ordnungsrechtlichen Grundsätzen. Befindet sich die betreffende Anlage innerhalb einer durch Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszone nach § 35 III 3 BauGB oder innerhalb eines durch Regionalplan festgelegten entsprechenden Vorranggebiets nach § 8 VII 1 Nr. 1 ROG, so ist dieses Ermessen jedoch in der Regel dahingehend intendiert, von den Anlagenbetrieb einschränkende Maßnahmen Abstand zu nehmen. Eine davon abweichende Intendierung bzw. Reduzierung des Ermessens folgt weder aus § 44 I BNatSchG noch aus dem hinter dieser Vorschrift stehenden Unionsrecht. Die Tötungen etc. in Folge des nachträglichen Einwanderns führen zu *keinem* Verstoß gegen die Zugriffsverbote des Art. 12 I FFH-RL und Art. 5 VS-RL. Ein Sonderfall besteht jedoch insoweit, wie Vorkommen einer europäisch besonders geschützten Art betroffen sind, die für die Erhaltung der Art von herausragender Bedeutung sind und die Art dort besonderen Risiken ausgesetzt ist. In diesem Fall resultiert aus Art. 12 IV FFH-RL bzw. Art. 13 VS-RL grundsätzlich eine Handlungspflicht, so dass das Entschließungsermessen in aller Regel auf null reduziert ist. Von herausragender Bedeutung ist ein Artvorkommen, wenn die betroffene Population für die Stabilität des Erhaltungszustands der Art in ihrem natürlichen Verbreitungs-

gebiet innerhalb Deutschlands aus naturschutzfachlich belastbaren Gründen unverzichtbar erscheint.

Hinsichtlich des Auswahlermessens sind anderweitige, nicht den Anlagenbetreiber in Anspruch nehmende Konfliktlösungsmöglichkeiten ebenso zu erwägen wie die Heranziehung Dritter, sofern diese etwa durch das Anbringen von Nistkästen oder Anlegen von Horsten innerhalb des Gefahrenbereichs der Anlage nach Genehmigungserlass adäquat-kausal dazu beigetragen haben, dass sich hier nachträglich besonders geschützte Arten ansiedelten.

3. Sonstige Konfliktlösungsmöglichkeiten

Angesichts dessen ist vor allem für die Situation, dass besonders geschützte Arten nach Genehmigungserlass, aber vor Baubeginn in den Gefahrenbereich der Anlage einwandern, fraglich, wie der dadurch nachträglich eingetretene artenschutzrechtliche Konflikt anders als durch (Teil-)Widerruf der Genehmigung und/oder Intervention der Naturschutzbehörde gegen den Anlagenbetreiber gelöst werden kann.

Dabei ist zunächst vor allem an Vermeidungsmaßnahmen einschließlich – bei etwaigen Verstößen gegen das Schädigungsverbot des § 44 I Nr. 3 BNatSchG – der funktionserhaltenden Maßnahmen nach § 44 V 3 BNatSchG zu denken. In Betracht kommen insoweit insbesondere Maßnahmen zur Aufwertung der Habitate bzw. Habitatbereiche außerhalb des Wirkraums der Anlage und/oder eine Horstverlegung bzw. sonstige Umsiedlung betroffener Tiere aus dem Gefahrenbereich. Solche Maßnahmen sind jedoch ohne eine artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG nur zulässig, wenn sie mit mindestens hoher Wahrscheinlichkeit zur für die betroffenen Tiere oder Pflanzen schadlosen Beendigung der artenschutzrechtlichen Konfliktlage führen¹⁴⁶. Mit mindestens hoher Wahrscheinlichkeit werden grundsätzlich nur solche Maßnahmen funktionieren, die bereits fachwissenschaftlich anerkannt sind oder für die sich in vergleichbarer Situation positive Referenzbeispiele anführen lassen. Eine Orientierung hierfür bietet der Leitfaden „Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen“ für die Berücksichtigung artenschutzrechtlich erforderliche Maßnahmen in Nordrhein-Westfalen vom 5. Februar 2013. Fehlt es an ausreichend prognosesicheren Vermeidungsmaßnahmen, kommt als sonstige Konfliktlösungsmöglichkeit lediglich noch die – in Nordrhein-Westfalen auf Zulassungsebene aktuell sehr kritisch gesehene – Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG (nachfolgend 3.1.) sowie die Befreiung nach § 67 II BNatSchG in Betracht (danach 3.2.). Diskutiert wird überdies ein Weg, der nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage durch einen bereits in der Zulassungsentscheidung selbst herabgesetzten Vertrauensschutz in den Blick

¹⁴⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 23.6.2014 – 9 A 1.13 –, NuR 849 (Rdnr. 40 i.V.m. Rdnr. 32); BayVGH, Urt. v. 19.2.2014 – 8 A 11.40040 –, juris, Rdnr. 859 und 863.

nimmt, sog. *adaptive management* (sodann 3.3.). Am Ende werden die Zwischenergebnisse nochmals zusammengefasst (schließlich 3.4.).

3.1. Nachträgliche Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG

Kommt es in Folge des Einwanderns besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage nachträglich zur Gefahr der Verwirklichung von Verbotsstatbeständen des § 44 I BNatSchG, so lässt sich dieser Konflikt möglicherweise nicht nur durch Vermeidungsmaßnahmen der öffentlichen Hand oder zu Lasten des Anlagenbetreibers oder eines sonstigen maßgeblich Einfluss nehmenden Dritten auflösen, sondern gegebenenfalls auch zu Lasten des Artenschutzes. Entsteht der Konflikt erst nach Baubeginn, so handelt es sich weder nationalrechtlich noch unionsrechtlich um eine unmittelbar an § 44 I BNatSchG bzw. Art. 12 I FFH-RL, Art. 5 VS-RL zu messende Problematik (dazu bereits oben II.2.3.), so dass eine solche Konfliktlösung hier eine Frage der Ermessensausübung und der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung ist. Die Konfliktauflösung besteht in diesen Fällen darin, dass die Tötung, Störung oder Beeinträchtigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten hingenommen bzw. geduldet wird. Tritt der Konflikt hingegen nach Genehmigungserteilung, aber vor Baubeginn auf, muss sich das Verhalten des Anlagenbetreibers trotz bestehender Genehmigung an den Zugriffsverboten des § 44 I BNatSchG bzw. Art. 12 I FFH-RL, Art. 5 VS-RL messen lassen. In diesem Fall ist eine Konfliktlösung zu Lasten des Artenschutzes grundsätzlich nur über die von den einschlägigen Richtlinien gewährten Ausnahmen möglich. Entsprechende Ausnahmen regeln Art. 16 I FFH-RL und Art. 9 I VS-RL, die in Deutschland mit § 45 VII BNatSchG in nationales Recht umzusetzen versucht worden sind. Ob also im konkreten Fall der Anlagenbetreiber beim Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage nach Genehmigungserteilung und vor Baubeginn nachträgliche fachbehördliche Anordnungen und/oder den Widerruf seiner Genehmigung hinzunehmen hat oder insoweit eine ihn weniger belastende Konfliktlösungsmöglichkeit besteht, hängt maßgeblich vom Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen ab. § 45 VII BNatSchG verlangt insoweit das Bestehen bestimmter Ausnahmegründe, das Fehlen weniger beeinträchtigender zumutbarer Alternativen und das Ausbleiben einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen der betreffenden Art bzw. gegebenenfalls zusätzlich das Ausbleiben einer Behinderung der Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen der betreffenden Art. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs ist dabei auch dem Grundsatz der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen¹⁴⁷

¹⁴⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 14.1.2010 – C-226/08 –, Slg. 2010, I-131 (Rdnr. 46), Papenburg.

3.2. Nachträgliche Befreiung nach § 67 II BNatSchG

Darüber hinaus räumt § 67 II BNatSchG noch die Möglichkeit der Gewährung einer Befreiung ein, wenn die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würden. Eine „unzumutbare Belastung“ liegt vor, wenn die Durchsetzung der betreffenden Verbotsvorschrift im Rahmen einer Abwägung der betroffenen (Grund-)Rechtspositionen mit den öffentlichen Interessen, die mit dem jeweiligen naturschutzrechtlichen Verbot verfolgt werden, wegen der Besonderheit der Situation und der Schwere der verbotsbedingten Belastung unangemessen erscheint¹⁴⁸.

Gegen die Befreiungsmöglichkeit des § 67 II BNatSchG bestehen gewisse unionsrechtliche Bedenken, da die artenschutzrechtlichen Verbote der FFH- und Vogelschutzrichtlinie nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die Ausnahmebestimmungen des Art. 16 I FFH-RL und Art. 9 I VS-RL an sich keiner weiteren Relativierung zugänglich sind¹⁴⁹. Der Bundesgesetzgeber wusste zwar um diese Problematik, sah die Regelung des § 67 II BNatSchG aus Verhältnismäßigkeitsgründen aber gleichwohl als gerechtfertigt an, schließlich sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur im deutschen Verfassungsrecht verankert, sondern auch im europäischen Primärrecht¹⁵⁰. Dies erscheint bei näherer Betrachtung zwar durchaus überzeugend¹⁵¹, es bestehen aber mangels expliziter Äußerung des Europäischen Gerichtshofs Restunsicherheiten¹⁵².

Ungeachtet dessen setzt der Befreiungsgrund der unzumutbaren Belastung eine unangemessene bzw. unbillige Betroffenheit des Einzelnen in der Art voraus, dass ihm gleichsam ein Sonderopfer abgefordert wird¹⁵³. An einer solchen schweren und unerträglichen Betroffenheit wird es jedoch in den meisten relevanten Fällen fehlen; denn auf die Befreiung nach § 67 II BNatSchG kommt es nach den obigen Ausführungen nur an, wenn mit dem Bau der Anlage noch nicht begonnen wurde, also weiterreichende Investitionen noch nicht getätigt wurden. Auch lässt sich eine solche Betroffenheit regelmäßig nicht aus dem Grundeigentum an der Fläche herleiten, auf der die Anlage errichtet werden soll; denn es ist kaum vorstellbar, dass sich ein Grundstück nicht anders nutzen lässt, als es beispielsweise mit Windenergieanlagen zu bebauen.

¹⁴⁸ *Gassner/Heugel*, Das neue Naturschutzrecht, München 2010, Rdnr. 656.

¹⁴⁹ Siehe nur aus jüngerer Zeit EuGH, Urt. v. 26.1.2012 – C-192/11 –, NuR 2013, 718 (Rdnr. 39), Kommission/Polen.

¹⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 16/12274, S. 76; ähnlich bereits BT-Drs. 16/5100, S. 19.

¹⁵¹ Hierzu *Lau*, siehe Fn. 37, § 67 Rdnr. 10.

¹⁵² Zweifelnd bspw. SächsOVG, Urt. v. 10.10.2012 – 1 A 389/12 –, NuR 2013, 724 (726).

¹⁵³ VG Halle (Saale), Urt. v. 19.8.2010 – 4 A 9/10 –, juris, Rdnr. 56; VG Minden, Urt. v. 22.10.2014 – 11 K 3865/13 –, juris, Rdnr. 65; vgl. auch VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 7.12.2010 – 5 L 208/10 –, juris, Rdnr. 56.

3.3. Vorbeugende Konfliktlösung durch *adaptive management*

Jedenfalls perspektivisch könnte eine weitere Konfliktlösungsmöglichkeit darin bestehen, die Fälle des nachträglichen Einwanderns besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage bereits bei Genehmigungserteilung stärker in den Blick zu nehmen.

Soweit sich dies z. B. auf Grund entsprechender Habitatstrukturen bereits zum Genehmigungszeitpunkt ausreichend sicher – mit hinreichender Wahrscheinlichkeit – prognostizieren lässt, wäre dem ohnehin schon auf Genehmigungsebene Beachtung zu schenken¹⁵⁴. Umgekehrt muss in der Genehmigung aber auch nur solchen Gefahren und Risiken Rechnung getragen werden, die sich zum Zeitpunkt des Genehmigungserlasses bereits ausreichend belastbar prognostizieren lassen¹⁵⁵. In allen übrigen Fällen könnte dies mangels Vorhersehbarkeit mithin nur über entsprechende Nebenbestimmungen einschließlich eines Auflagevorbehalts geschehen. Ein solcher Ansatz wird in der Wissenschaft unter dem Stichwort „adaptive management“ auch in Deutschland diskutiert¹⁵⁶. Hiernach sollen bereits bei Genehmigungserteilung die Durchführung eines Monitorings einschließlich Auswertung der daraus gewonnenen Ergebnisse angeordnet und die Vornahme von Anpassungen ermöglicht werden.

Damit würde indes die Grenze zwischen präventiver Rechtmäßigkeitskontrolle im Rahmen des Genehmigungsverfahrens und Vollzugsüberwachung als repressive Rechtmäßigkeitskontrolle verschwimmen, was rechtlich nicht zulässig ist (dazu bereits oben II.2.1.1.). Ein Auflagenvorbehalt kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn zulassungsrelevanten Risiken begegnet werden soll, die über das jeder Prognose innewohnende Risiko, dass es anders kommen kann als prognostiziert, hinausgehen. Dass nach Genehmigungserteilung besonders geschützte Arten in den Gefahrenbereich der Anlage einwandern, gehört jedoch zum allgemeinen Prognoserisiko. So ist für den europäischen Gebietsschutz bereits ausdrücklich festgehalten worden, dass potenziell zukünftig einwandernde Arten von der FFH-Verträglichkeitsprüfung nicht erfasst werden müssen, insoweit also auch nicht im Zulassungsverfahren Vorsorge zu treffen ist¹⁵⁷.

Handelt es sich demnach um ein nicht zulassungsrelevantes Risiko, wären Nebenbestimmungen, mit denen ein Risikomanagement etabliert wird, das dem An-

¹⁵⁴ Vgl. BayVGH, Urt. v. 29.3.2016 – 22 B 14.1875 –, NuR 2016, 564 (Rdnr. 44); NdsOVG, Urt. v. 22.4.2016 – 7 KS 27/15 –, juris, Rdnr. 309; OVG S-A, Urt. v. 20.1.2016 – 2 L 153/13 –, juris, Rdnr. 67.

¹⁵⁵ Vgl. zum europäischen Gebietsschutz HessVGH, Urt. v. 21.8.2009 – 11 C 318/08.T –, juris, Rdnr. 181 f.

¹⁵⁶ Hierzu etwa *Bulling/Köppel*, NuL 2017, 73 ff.; ähnlich auch *Schreiber*, NuL 2017, 101 f.

¹⁵⁷ NdsOVG, Urt. v. 3.3.2015 – 4 LC 39/13 –, juris, Rdnr. 85; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 3.5.2013 – 9 A 16/12 –, BVerwGE 146, 254 (Rdnr. 45).

satz des *adaptive managements* gerecht wird, rechtswidrig¹⁵⁸. Daher bietet das *adaptive management* zumindest in Deutschland keinen gangbaren Lösungsweg.

3.4. Zwischenergebnisse

Damit ist festzuhalten, dass aus Verhältnismäßigkeitsgründen im Rahmen der Ermessensausübung bei nachträglichen Anordnungen ebenso wie beim (Teil-)Widerruf der bestehenden Genehmigung auch in Erwägung gezogen werden muss, ob und inwieweit der sich stellende artenschutzrechtliche Konflikt durch Maßnahmen, die eventuell als Handlungsstörer in Betracht kommenden Dritten auferlegt werden können, Maßnahmen der öffentlichen Hand oder Maßnahmen, die zwar ebenfalls an den Anlagenbetreiber adressiert sind, ihn aber weniger belasten, vermieden werden kann. Solche Maßnahmen müssen aber mit hoher Prognosewahrscheinlichkeit wirksam sein. Bestehen derartige Vermeidungsmaßnahmen nicht oder erweisen sie sich in anderer Hinsicht als unverhältnismäßig bzw. gemeinwohlunverträglich, ist zu prüfen, ob der Konflikt über eine Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG bzw. eine Befreiung nach § 67 II BNatSchG gelöst werden kann. Dabei ist sowohl im Rahmen des jeweiligen Ausnahmegrundes als auch bei der anzustellenden Alternativenprüfung – anders als bei Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung auf Genehmigungsebene – der Grundsatz der Rechtssicherheit als (zusätzliches) öffentliches Interesse zu berücksichtigen.

Soweit derzeit in der Wissenschaft perspektivische Lösungsansätze diskutiert werden, die durch einen permanenten Überwachungs- und Nachsteuerungsvorgang (*adaptive management*) der Problematik Rechnung zu tragen versuchen, lässt sich dies mit dem aktuell in Deutschland geltenden Zulassungsrecht nicht vereinbaren.

¹⁵⁸ Vgl. auch NdsOVG, Urt. v. 10.1.2017 – 4 LC 198/15 –, juris, Rdnr. 142.

III. Zusammenfassung

Insgesamt ist mithin festzuhalten:

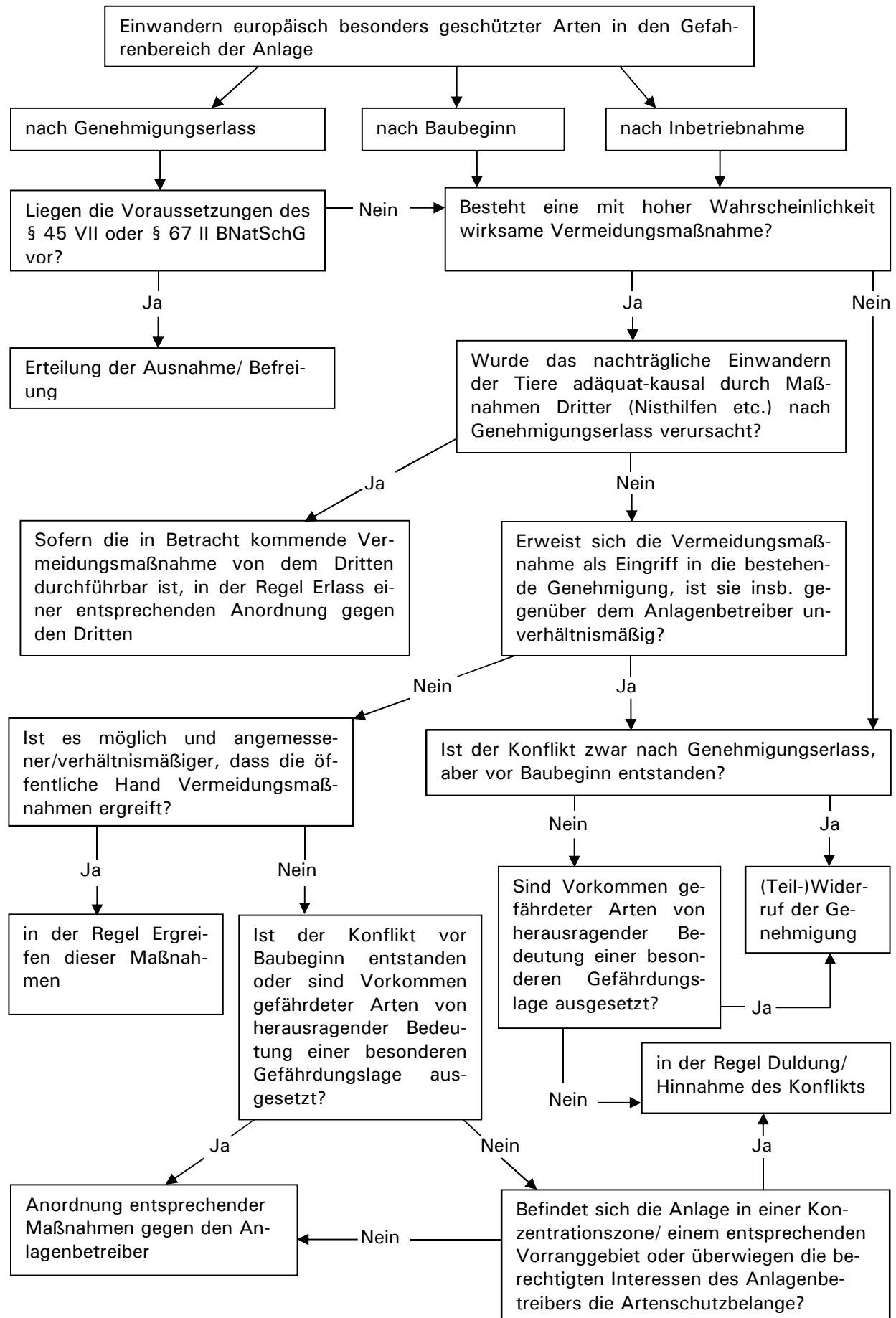
1. Die mit einer bestehenden (bestandskräftigen) Genehmigung verbundene Legalisierungswirkung schützt den Anlagenbetreiber zwar regelmäßig vor einer ordnungswidrigkeitsrechtlichen oder gar strafrechtlichen Inanspruchnahme, nicht aber vor etwaigen nachträglichen behördlichen Anordnungen, wenn besonders geschützte Arten nach Genehmigungserteilung in den Gefahrenbereich der Anlage eingewandert sind. Mit Blick auf § 44 V BNatSchG, der über die Zulassungsebene hinaus anwendbar bleibt, sind insoweit zudem allenfalls die europäischen Vogelarten und die Arten nach Anhang IV der FFH-Richtlinie von Relevanz. Die nur national besonders geschützten Arten sind und bleiben über die Eingriffsregelung „abgearbeitet“.
2. Der Umstand, dass besonders geschützte Arten erst nach Baubeginn in den Gefahrenbereich der Anlage eingewandert sind und sich dort nun einer artenschutzrechtlich relevanten Gefahr aussetzen, lässt sich dem Anlagenbetreiber nicht als aktives Tun zurechnen. Er bleibt insoweit aber als Zustandsstörer in der Verantwortung. Demgegenüber sind Fragen der Zurechenbarkeit nicht aufgeworfen, wenn die Arten zwar erst nach Genehmigungserlass, aber bereits vor Baubeginn in den Gefahrenbereich der Anlage einwandern. In diesem Fall muss der Anlagenbetreiber sein Verhalten uneingeschränkt an § 44 I BNatSchG messen lassen. Ist der artenschutzrechtliche Konflikt nachträglich auch deshalb entstanden, weil Dritte entsprechende Habitatstrukturen geschaffen, also beispielsweise innerhalb des Gefahrenbereichs der Anlage Nistkästen aufgehängt oder Horste angelegt haben, so trifft diese ebenfalls eine Verantwortlichkeit; sie können als Handlungstörer zur Gefahrenabwehr herangezogen werden.
3. Immissionsschutzrechtliche Maßnahmen zur Abhilfe nachträglich eingetretener artenschutzrechtlicher Konfliktlagen können nur insoweit ergriffen werden, wie dies die jeweilige immissionsschutzrechtliche Genehmigung insbesondere in Gestalt von Auflagenvorbehalten zulässt. Die Aufnahme von Nebenbestimmungen in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung in Ansehung abstrakter, etwaiger künftig auftretender Konfliktlagen ist jedoch rechtswidrig, so dass sich entsprechende Nebenbestimmungen in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen an sich nicht finden lassen dürften. Jenseits eines Handelns im Rahmen der durch die Genehmigung selbst eröffneten Möglichkeiten bleibt nur der (Teil-)Widerruf der Genehmigung; nachträgliche Anordnungen nach § 17 I BImSchG kommen insoweit nicht in Betracht.

4. Daneben ist es jedoch der zuständigen Naturschutzbehörde eröffnet, auf der Basis des § 3 II BNatSchG einzuschreiten und gegen den Anlagenbetreiber entsprechende Anordnungen zu erlassen. Diese Befugnis endet jedoch dort, wo sie die bestehende Genehmigung in Frage stellen würde. In diesen Fällen bleibt allein die Möglichkeit des (Teil-)Widerrufs nach § 21 I BImSchG. Für die Beantwortung der Frage, wo das naturschutzbehördliche Einschreiten aufhört und nur noch die Möglichkeit des Widerrufs verbleibt, gelten dieselben Grundsätze wie für die Abgrenzung nachträglicher Anordnungen nach § 17 I BImSchG vom Widerruf nach § 21 I BImSchG. Diese Grenze wird insbesondere durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt.
5. Bei nur baurechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen besteht neben der Möglichkeit des Einschreitens der zuständigen Naturschutzbehörde nach § 3 II BNatSchG auch die Möglichkeit des Tätigwerdens der Bauaufsichtsbehörde gemäß § 61 II 1 BauO NRW. Die Abgrenzung zwischen einem solchen nachträglichen Einschreiten und einem (Teil-)Widerruf der Baugenehmigung gemäß § 49 VwVfG NRW erfolgt hier nach den gleichen Grundsätzen wie im Immissionsschutzrecht.
6. Bei all diesen Maßnahmen ist der zuständigen Behörde ein Ermessen eingeräumt. Die Ausübung dieses Ermessens erfolgt nach den üblichen ordnungsrechtlichen Grundsätzen, wobei jedoch dieses Ermessen dann in Richtung einer Vermeidung von Einschränkungen des Anlagenbetriebs intendiert ist, wenn sich die betreffende Anlage innerhalb einer Konzentrationszone nach § 35 III 3 BauGB oder eines entsprechenden Vorranggebiets nach § 8 VII 1 Nr. 1 ROG befindet. Eine davon abweichende Intendierung bzw. Reduzierung des Ermessens folgt weder aus § 44 I BNatSchG noch aus dem hinter dieser Vorschrift stehenden Unionsrecht. Die Tötungen etc. in Folge des nachträglichen Einwanderns führen zu **keinem** Verstoß gegen die Zugriffsverbote des Art. 12 I FFH-RL und Art. 5 VS-RL.

Ein Sonderfall besteht jedoch insoweit, wie Vorkommen einer europäisch besonders geschützten Art betroffen sind, die für die Erhaltung der Art von herausragender Bedeutung sind und die Art dort besonderen Risiken ausgesetzt ist. In diesem Fall resultiert aus Art. 12 IV FFH-RL bzw. Art. 13 VS-RL grundsätzlich eine Handlungspflicht, so dass das Entschließungsermessen in aller Regel auf null reduziert ist. Gemessen an den Zielen der FFH- und Vogelschutzrichtlinie und in Orientierung an Art. 16 I FFH-RL ist ein Artvorkommen von herausragender Bedeutung, wenn es für die Stabilität des Erhaltungszustands der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet innerhalb Deutschlands aus naturschutzfachlich belastbaren Gründen unverzichtbar erscheint.

7. Hinsichtlich des Auswahlermessens sind anderweitige, nicht den Anlagenbetreiber in Anspruch nehmende Konfliktlösungsmöglichkeiten ebenso zu erwägen wie die Heranziehung Dritter, sofern diese etwa durch das Anbringen von Nistkästen oder Anlegen von Horsten innerhalb des Gefahrenbereichs der Anlage nach Genehmigungserlass adäquat-kausal dazu beigetragen haben, dass sich hier nachträglich besonders geschützte Arten ansiedelten.
8. Damit ist festzuhalten, dass aus Verhältnismäßigkeitsgründen im Rahmen der Ermessensausübung bei nachträglichen Anordnungen ebenso wie beim (Teil-)Widerruf der bestehenden Genehmigung auch in Erwägung gezogen werden muss, ob und inwieweit der sich stellende artenschutzrechtliche Konflikt durch Maßnahmen, die eventuell als Handlungsstörer in Betracht kommenden Dritten auferlegt werden können, Maßnahmen der öffentlichen Hand oder Maßnahmen, die zwar ebenfalls an den Anlagenbetreiber adressiert sind, ihn aber weniger belasten, vermieden werden kann. Solche Maßnahmen müssen aber mit hoher Prognosewahrscheinlichkeit wirksam sein. Bestehen derartige Vermeidungsmaßnahmen nicht oder erweisen sie sich in anderer Hinsicht als unverhältnismäßig bzw. gemeinwohlunverträglich, ist zu prüfen, ob sich der Konflikt über eine Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG bzw. eine Befreiung nach § 67 II BNatSchG lösen lässt.
9. Soweit derzeit in der Wissenschaft perspektivische Lösungsansätze diskutiert werden, die durch einen permanenten Überwachungs- und Nachsteuerungsvorgang (*adaptive management*) der Problematik Rechnung zu tragen versuchen, lässt sich dies mit dem aktuell in Deutschland geltenden Zulassungsrecht nicht vereinbaren.

Im Sinne eines Prüfschemas lassen sich die Reaktionsmöglichkeiten und -pflichten im Hinblick auf ein Einwandern von Tieren besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich der Anlage nach Erteilung der Genehmigung wie folgt wiedergeben:



Ausgehend davon kann auf die oben (I.) aufgeworfenen Fragen wie folgt geantwortet werden:

1. Ein Artvorkommen, das sich erst nachträglich im Umfeld eines genehmigten Vorhabens ansiedelt, entbindet den Anlagenbetreiber nicht von jeglicher artenschutzrechtlicher Verantwortung. Die Legalisierungswirkung der ihm erteilten Genehmigung umfasst solche nachträglichen, zum Genehmigungszeitpunkt nicht voraussehbaren Ereignisse nur eingeschränkt. Dies gilt sowohl für immissionsschutzrechtlich als auch für baurechtlich genehmigungsbedürftige (Windenergie-)Anlagen.

Der durch das nachträgliche Einwandern von Tieren besonders geschützter Arten entstandene artenschutzrechtliche Konflikt ist dem Anlagenbetreiber nicht als Handlungsstörer, im ordnungsrechtlichen Sinne zuzurechnen, wenn die Tiere erst nach Baubeginn in den Gefahrenbereich der Anlage eingewandert sind. Doch selbst in diesem Fall bleibt der Anlagenbetreiber zumindest als Zustandsstörer grundsätzlich in der Verantwortung.

2. Die Entscheidung über das Einschreiten gegen den Betrieb einer Anlage ist eine Ermessensentscheidung. Soweit die betroffenen Tiere erst nach Baubeginn in den Gefahrenbereich der Anlage eingewandert sind, liegt **kein** Verstoß gegen die Zugriffsverbote des Art. 12 I FFH-RL und Art. 5 VS-RL vor.

Eine unionsrechtlich veranlasste Ermessensreduzierung in Richtung nachträglichen Einschreitens kann allenfalls in Sonderfällen aus Art. 12 IV FFH-RL bzw. Art. 13 VS-RL resultieren. Dies kann unter außergewöhnlichen Umständen der Fall sein, wenn ein für den Fortbestand der Art herausragendes Vorkommen besonderen Risiken ausgesetzt ist und anderweitige, den Anlagenbetreiber weniger belastende Lösungsmöglichkeiten nicht bestehen. Von herausragender Bedeutung ist ein Vorkommen, wenn die betroffene Population für die Stabilität des Erhaltungszustands der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet innerhalb Deutschlands aus naturschutzfachlich belastbaren Gründen unverzichtbar erscheint.

Tritt der artenschutzrechtliche Konflikt hingegen in dem engen Zeitfenster zwischen Genehmigungserteilung und Baubeginn auf, verlangen Art. 12 I FFH-RL bzw. Art. 5 VS-RL regelmäßig ein gefahrenabwehrendes Einschreiten. Zu erwägen ist insoweit jedoch die nachträgliche Gewährung einer Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG als das mildere Mittel.

3. Dies impliziert zugleich, dass es für die Ausübung des Entschließungsermessens sowohl beim Widerruf der Genehmigung als auch beim sonstigen nachträglichen Einschreiten entscheidend darauf ankommt, ob die Ansiedlung des neuen Artvorkommens nach oder vor Baubeginn erfolgte. Demge-

genüber sind jedenfalls bei Windenergieanlagen Bau und Betrieb als tatbestandliche Handlungseinheit anzusehen, so dass zwischen den Zeitpunkten des Beginns der Errichtungsarbeiten und der Inbetriebnahme der Anlage nicht nochmals zu differenzieren ist. Der Zeitpunkt der Genehmigungserteilung wiederum spielt insoweit eine Rolle, als nach Genehmigungserteilung, aber vor Baubeginn der Umstand der existenten Genehmigung eine Stärkung der Belange des Vorhabens im Rahmen der Gewährung einer etwaigen nachträglichen Ausnahme bewirkt.

4. Die Frage, ob es sich um eine spontane Neuansiedlung oder um eine durch Nisthilfen oder Naturschutzmaßnahmen angereizte Ansiedlung neuer Artvorkommen handelt, ist zum einen für die Ermessensausübung bei der Entscheidung über den Widerruf der Genehmigung bzw. des nachträglichen Einschreitens gegen den Anlagenbetreiber relevant. Zum anderen spielt sie in Bezug auf eine etwaige Entschädigung für die vom Anlagenbetreiber durch ein nachträgliches Einschreiten zu erleidenden Belastungen eine Rolle.
5. Was die Frage nach der Notwendigkeit eines (Teil-)Widerrufs der bestehenden Genehmigung angeht, so ist festzuhalten, dass wegen der Legalisierungswirkung der Genehmigung die Möglichkeiten zur artenschutzrechtlichen Konfliktlösung deutlich eingeschränkt sein können. Ohne Widerruf der Genehmigung ist den Fachbehörden, insbesondere der Naturschutzbehörde, nur die Anordnung von Maßnahmen möglich, welche die bestehende Genehmigung nicht in Frage stellen, insbesondere sich gegenüber dem Anlagenbetreiber nicht als unverhältnismäßig erweisen. Andernfalls kommt nur ein (Teil-)Widerruf der Genehmigung in Betracht.
6. Zur Frage schließlich, welche Kenntnisse, Prognosen und Bewertungen erforderlich sind, um die in § 21 II BImSchG benannte Frist für den Widerruf einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung auszulösen, ist zunächst festzuhalten, dass die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche den Widerruf begründende Tatsachen bei der zuständigen Behörde liegt. Gleiches gilt bei nachträglichem Einschreiten auf der Basis anderer Rechtsgrundlagen, z. B. § 3 II BNatSchG. Des Weiteren handelt es sich bei der Frist nach § 21 II BImSchG nicht um eine Bearbeitungs-, sondern um eine bloße Entscheidungsfrist. Mithin beginnt die Frist erst zu laufen, wenn der Immissionsschutzbehörde alle Tatsachen bekannt sind, die es zur Begründung des Widerrufs braucht. Dies erfordert die zur Beurteilung der artenschutzrechtlichen Konfliktlage notwendigen Informationen ebenso wie die Kenntnis aller für eine ordnungsgemäße Ermessensausübung notwendigen Umstände.

Leipzig, den 25. Juli 2017

Dr. Marcus Lau
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht