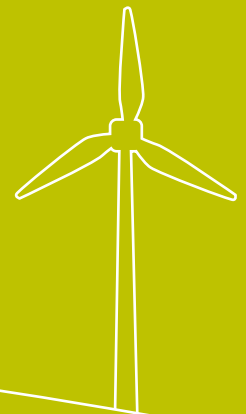
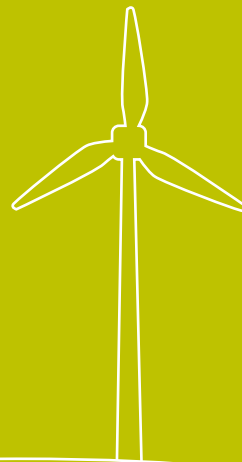




Nachträgliche Anpassung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange



Impressum

© FA Wind, Juni 2016

Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

V.i.S.d.P.: Axel Tscherniak

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e. V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B.

Text:

Dr. Frank Fellenberg, LL.M. (Cambr.)
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Berlin

REDEKER | SELLNER | DAHS

Redaktion:

Jenny Kirschey

Zitiervorschlag:

FA Wind (2016): Nachträgliche Anpassung immissionschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange, Berlin

Haftungsausschluss:

Die in dieser Broschüre enthaltenen Informationen, Hinweise und Empfehlungen sind nach bestem Wissen ausgesucht, geprüft und zusammengestellt. Verantwortlich für den Inhalt sind allein die Autoren. Der Bericht gibt die Auffassung und Meinung der Autoren wieder und muss nicht mit der des Herausgebers übereinstimmen. Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit, die Aktualität und Vollständigkeit der Angaben sowie die Beachtung der Rechte von Dritten. Die Informationen, Hinweise und Empfehlungen dieser Broschüre dienen der allgemeinen Information und können eine Beratung im Einzelfall oder eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

PTJ
Projektträger Jülich
Forschungszentrum Jülich

Inhalt

1 Fragestellung und Ergebnisse	4
2 Behördliche Befugnisse zu nachträglichen Anforderungen	6
2.1 Nachträgliche Anpassung durch die Genehmigungsbehörde	6
2.1.1 Ausübung eines Auflagenvorbehalts (§ 12 Abs. 2a BImSchG)	6
2.1.2 Nachträgliche Anordnungen (§ 17 BImSchG)	6
2.1.3 (Teil-)Widerruf nach § 21 BImSchG	8
2.1.3.1 Widerrufsvorbehalt (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG)	8
2.1.3.2 Nichterfüllung von Auflagen (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG)	8
2.1.3.3 Nachträglich eingetretene Tatsachen (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG)	8
2.1.3.4 Geänderte Rechtsvorschriften (§ 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG)	10
2.1.3.5 Vermeidung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl (§ 21 Abs. 1 Nr. 5 BImSchG)	10
2.1.3.6 Rechtswirkungen des Widerrufs	11
2.1.4 Rücknahme der Genehmigung nach § 48 VwVfG	13
2.2 Eingriffsbefugnisse nach Umweltschadensrecht	13
2.3 Befugnisse der Naturschutzbehörde	15
3 Fallbeispiele	18

1 Fragestellung und Ergebnisse

Die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen (WEA) mit einer Gesamthöhe von über 50 m bedürfen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.¹ Zu den nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Anforderungen zählen auch die Bestimmungen des Naturschutzrechts und hier insbesondere die Verbotstatbestände des besonderen Artenschutzrechts nach § 44 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 BNatSchG.

Die behördliche Prüfung der artenschutzrechtlichen Anforderungen stützt sich auf die zum Zeitpunkt der Genehmigung vorhandenen Erkenntnisse. Das größte artenschutzrechtliche Konfliktpotenzial besteht dabei in Bezug auf mögliche Kollisionen von Individuen bestimmter Brutvogelarten, wie z. B. dem Rotmilan oder dem Uhu, sowie von bestimmten Fledermausarten (z. B. Großer Abendsegler) mit den Rotoren der Anlagen und einer hieraus resultierenden Verletzung des Tötungsverbots aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.² Der individuenbezogene Verbotstatbestand ist verwirklicht, wenn nach naturschutzfachlicher Einschätzung der Behörde unter Berücksichtigung der beauftragten oder vom Antragsteller vorgesehenen Vermeidungsmaßnahmen³ ein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren besteht.⁴ Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn die Behörde zu der Einschätzung gelangt, dass kein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand erfüllt ist oder dass die Voraussetzungen einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG vorliegen.

Zunehmend häufig tritt in der Praxis aber die in dem vorliegenden Papier behandelte Fragestellung auf, wie die zuständigen Behörden reagieren können, wenn sich nach Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung neue Erkenntnisse ergeben und hierdurch die im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung getroffene artenschutzrechtliche Beurteilung infrage gestellt wird. Diese Fragestellung kann in verschiedenen Konstellationen auftreten:

- So können sich nachträglich Individuen geschützter, WEA-empfindlicher Arten im Anlagenbereich ansiedeln.
- Ferner können neue wissenschaftliche Erkenntnisse über die Sensibilität bestimmter Arten gegenüber WEA bekannt werden, so dass die naturschutzfachliche Bewertung anders ausgefallen wäre, wenn diese Erkenntnisse schon zum Zeitpunkt der Genehmigung vorgelegen hätten.
- Darüber hinaus kann sich im Anschluss an die Genehmigungserteilung herausstellen, dass die Genehmigungsentscheidung auf Grundlage unrichtiger Bestandserfassungen erfolgte.

Derartige Umstände können dazu führen, dass die WEA in der bestehenden Form – jedenfalls ohne weiter reichende Auflagen zur Gewährleistung der artenschutzrechtlichen Belange – nicht mehr genehmigungsfähig wäre. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass Errichtung sowie Betrieb der Anlage durch eine bestandskräftige Genehmigung zugelassen sind und dass im Vertrauen hierauf regelmäßig erhebliche Investitionen getätigt wurden.

1 § 4 Abs. 1 Satz 3 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) i. V. m. Nr. 1.6 Anhang der Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes (4. BImSchV).

2 Vgl. im Überblick *Hinsch*, Windenergienutzung und Artenschutz – Verbotsvorschriften des § 44 BNatSchG im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: ZUR 2011, 19; *Gellermann*, Zugriffsverbote des Artenschutzrechts und behördliche Einschätzungsprärogative, in: NuR 2014, 597; *Fellenberg/Schiller*, in: Gerstner (Hrsg.), Grundzüge des Rechts der Erneuerbaren Energien, 2013, 89 ff.; zu einzelnen Gefährdungsszenarien bei den Tatbeständen des § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG vgl. etwa *MKULNV*, Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen“, 2013.

3 Hierzu *Bulling/Sudhaus/Schnittker/Schuster/Biehl/Tucci*, Vermeidungsmaßnahmen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, Studie der TU Berlin, FA Wind und WWU Münster, 2015

4 St. Rspr., vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 12.03.2008, 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 Rn 219; OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.04.2011, 12 ME 274/10, NVwZ-RR 2011, 597 (598).

Es stellt sich die Frage, ob die Immissionsschutzbehörde oder die Naturschutzbehörde in dieser Situation befugt ist, zusätzliche oder andere Schutzmaßnahmen anzuordnen und ob als Vermeidungsmaßnahmen auch betriebliche Einschränkungen, wie etwa Abschaltzeiten während sensibler Zeiträume, zulässigerweise in Betracht kommen. Ferner ist von erheblicher praktischer Bedeutung, ob dem Betreiber ggf. Entschädigungsansprüche zustehen.

Eine gefestigte Rechtsprechung liegt zu diesem Themenbereich noch nicht vor. Die Praxis verfährt uneinheitlich. Das vorliegende Hintergrundpapier stellt den Meinungsstand im Überblick dar und diskutiert für ausgewählte Konstellationen rechtliche Lösungsmöglichkeiten. Zusammenfassend lässt sich folgendes festhalten:

- Den zuständigen Behörden sind verschiedene Befugnisse eingeräumt, um auf eine nachträgliche Veränderung der für die artenschutzrechtliche Bewertung maßgeblichen Situation zu reagieren.
- Die Zuständigkeit liegt primär bei der für die Genehmigungserteilung zuständigen Immissionsschutzbehörde. Ihr stehen die nach dem BImSchG vorgesehenen Instrumente zur Verfügung. Die Befugnis zu nachträglichen Anordnungen gem. § 17 BImSchG erfasst allerdings keine Anordnungen zur Durchsetzung artenschutzrechtlicher Anforderungen. In Betracht kommt daher vor allem ein (Teil-)Widerruf nach § 21 BImSchG, der indes Entschädigungsansprüche nach sich ziehen kann.
- Die nach Landesrecht zuständige Behörde (vielfach: Naturschutzbehörde) kann auf nachträgliche Veränderungen im Einzelfall mit den Instrumenten des Umweltschadensrechts reagieren und Vermeidungs- sowie Sanierungsmaßnahmen anordnen. Voraussetzung ist aber insbesondere ein Verschulden des Betreibers, an dem es vielfach fehlen wird. Die Reichweite der umweltschadensrechtlichen Handlungsinstrumente ist in der Praxis noch weitgehend ungeklärt, so dass hier die weitere Rechtsprechungsentwicklung abzuwarten ist.
- Die zuständige Naturschutzbehörde kann Maßnahmen zur vorläufigen Abwehr unmittelbarer Gefahren auf die Generalklausel des § 3 Abs. 2 BNatSchG stützen (z. B. Anordnung einer vorübergehenden Abschaltung von Anlagen zur akuten Gefahrenabwehr). Nicht zulässig sind auf dieser Grundlage hingegen – ohne vorhergehenden Teilwiderauf der Genehmigung durch die Immissionsschutzbehörde – Anordnungen, die in den genehmigten Bestand eingreifen. Das gilt etwa für dauerhafte Betriebseinschränkungen einer WEA. Zulässig können hingegen solche Maßnahmen sein, die den Bestand der Genehmigung nicht tangieren, wie etwa Gefahrerforschungsmaßnahmen, mit denen ermittelt werden soll, ob die Voraussetzungen für einen Widerruf nach § 21 BImSchG gegeben sind. Auch hier ist insgesamt darauf hinzuweisen, dass einschlägige Rechtsprechung nur ganz vereinzelt vorliegt. Eine verlässliche Klärung der Frage, wie weit die naturschutzrechtlichen Eingriffsbefugnisse reichen, steht daher noch aus.
- Insgesamt besteht zwischen dem Rechtsinstitut der Bestandskraft und den dynamischen Erfordernissen des Artenschutzes ein Spannungsfeld, welches im Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweiligen Gesamtumstände aufgelöst werden muss.

2 Behördliche Befugnisse zu nachträglichen Anforderungen

Zu unterscheiden ist zwischen Befugnissen der für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren zuständigen Behörde nach dem BImSchG (hierzu unter 2.1), den Befugnissen der landesrechtlich für den Vollzug des Umweltschadensrechts zuständigen Behörden (hierzu unter 2.2) und den Befugnissen der zuständigen Naturschutzbehörden (hierzu unter 2.3).

2.1 Nachträgliche Anpassung durch die Genehmigungsbehörde

2.1.1 Ausübung eines Auflagenvorbehalts (§ 12 Abs. 2a BImSchG)

Die Genehmigungsbehörde kann die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gemäß § 12 Abs. 2a BImSchG unter dem Vorbehalt der Anordnung nachträglicher Auflagen erteilen und sich dadurch die Möglichkeit offen halten, auch nach der Erteilung der Genehmigung dem Betreiber weitere Pflichten aufzuerlegen.

Ein derartiger Auflagenvorbehalt eignet sich jedoch nicht, um die Möglichkeiten einer Anpassung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen aufgrund zukünftiger artenschutzrechtlicher Konflikte zu erweitern. Denn zum einen setzt er gem. § 12 Abs. 2a Satz 1 BImSchG das Einverständnis des Antragstellers voraus. Zum anderen und vor allem dient der Auflagenvorbehalt nach § 12 Abs. 2a BImSchG nicht dazu, Reaktionsmöglichkeiten in Bezug auf ungewisse zukünftige Entwicklungen zu eröffnen. Es handelt sich vielmehr um einen restriktiv⁵ auszulegenden, bloßen „Detaillierungsvorbehalt“⁶, der Verzögerungen aufgrund noch ausstehender, aufwändiger Detailprüfungen vermeiden soll, wenn die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens aber bereits feststeht. Zulässig kann ein derartiger Vorbehalt daher mit Zustimmung des Antragstellers etwa sein in Bezug auf bereits feststehende, aber in ihrem Umfang noch nicht genau abzusehende artenschutzrechtliche Anforderungen (z. B. standortspezifische Abschaltmechanismen, die auf Grundlage von Betriebsdaten entwickelt werden, sog. Gondelmonitoring). Indes ermöglicht es § 12 Abs. 2a BImSchG nicht, dem Antragsteller allgemein das Risiko unerwarteter Nachforderungen in Bezug auf zukünftige, artenschutzrechtlich relevante Entwicklungen zu übertragen.⁷ Vielmehr steht dem Antragsteller ein unbedingter Genehmigungsanspruch zu, soweit die Genehmigungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag vorliegen.⁸

Im Regelfall kann nachträglich eintretenden, artenschutzrechtlich relevanten Entwicklungen dementsprechend nicht mittels eines Auflagenvorbehalts nach § 12 Abs. 2a BImSchG vorab Rechnung getragen werden. Ein unbestimmter Vorbehalt weiterer Auflagen „bei nachträglich entstehenden artenschutzrechtlichen Gefährdungslagen“ oder „bei nachträglichen artenschutzrechtlich relevanten Erkenntnissen“ (o. ä.) kann auf Grundlage des § 12 Abs. 2a BImSchG daher rechtmäßig nicht aufgenommen werden. Soweit sich der Antragsteller freiwillig – oder auch wegen einer ansonsten möglicherweise drohenden (rechtswidrigen) Ablehnung seines Genehmigungsantrags – auf einen entsprechenden Vorbehalt einlässt, ist dieser allerdings rechtlich verbindlich. Der Umstand, dass der bestandskräftig gewordene Vorbehalt rechtswidrig ist, wäre bei der Ausübung des Vorbehalts dann aber mit entsprechendem Gewicht zu berücksichtigen. Hier sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich.

2.1.2 Nachträgliche Anordnungen (§ 17 BImSchG)

Während § 12 Abs. 1 BImSchG ausschließlich den Erlass von Nebenbestimmungen gemeinsam mit der Genehmigung regelt,⁹ räumt § 17 BImSchG der Genehmigungsbehörde die Befugnis zu nachträglichen Anordnungen ein. Die Vorschrift ermöglicht es, geänderten Umweltbedingungen und geänderten (verschärften) technischen Anforderungen

⁵ VG Lüneburg, Urteil vom 07.05.2015, 2 A 210/12, juris, Rn. 113; *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 71. EL 2014, § 12 Rn. 200.

⁶ *Wasielewski*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 17 Rn. 49; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 12 Rn. 47.

⁷ Entsprechendes gilt im Übrigen auch für einen sog. „unechten Auflagenvorbehalt“, bei dem sich die Behörde vorbehält, eine im Genehmigungszeitpunkt bereits bestimmte Auflage unter bestimmten Voraussetzungen zu einem späteren Zeitpunkt zu erlassen.

⁸ *Mann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 71. EL 2014., § 12 Rn. 200.

⁹ Thür. OVG, Beschl. v. 10.02.2015, 1 EO 356/14, juris, Rn. 50; vgl. auch OVG NRW, Beschl. v. 06.11.2012, 8 B 441/12, juris, Rn. 9; siehe außerdem BT-Drucks. 7/179, S. 35; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 12 Rn. 8.

Rechnung zu tragen. § 17 BImSchG definiert insofern als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG den von der Genehmigung ausgehenden, eingeschränkten Bestandsschutz.¹⁰ Diese Einschränkung des Bestandsschutzes ist Ausdruck des Umstandes, dass die immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflichten sog. Dauerpflichten sind.¹¹

Unzulässig sind nachträgliche Anordnungen, soweit sie die immissionsschutzrechtliche Genehmigung in ihrer Gestattungswirkung berühren.¹² Dies ist jedenfalls der Fall, wenn ein bestimmter, genehmigter Anlagenteil nicht mehr betrieben werden kann. Nachträgliche Anordnungen dürfen ferner nicht getroffen werden, wenn sie unverhältnismäßig sind, vor allem, wenn der mit der Erfüllung der Anordnung verbundene Aufwand außer Verhältnis zu dem mit der Anordnung angestrebten Erfolg steht (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BImSchG).¹³ Darf eine nachträgliche Anordnung wegen Unverhältnismäßigkeit nicht getroffen werden, besteht jedoch unter den Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BImSchG die Möglichkeit eines (teilweisen) Widerrufs, der aber anders als nachträgliche Anordnungen Entschädigungsansprüche des Betreibers gem. § 21 Abs. 4 BImSchG nach sich ziehen kann.¹⁴

Für die hier in Rede stehenden nachträglichen Anordnungen zur Durchsetzung artenschutzrechtlicher Anforderungen bietet § 17 BImSchG jedoch keine Grundlage. § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG dient nur der Durchsetzung der immissionsschutzrechtlichen Pflichten nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Die Einhaltung der anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und daher namentlich auch der artenschutzrechtlichen Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG kann demgegenüber nicht durch eine nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG durchgesetzt werden. Die Verpflichtung zur Anpassung einer Anlage an nachträgliche Änderungen richtet sich im Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG vielmehr allein nach dem maßgeblichen Fachrecht (BNatSchG, etc.).¹⁵ Dies wird vereinzelt in Frage gestellt unter Hinweis auf die sog. Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.¹⁶ Diese Konzentrationswirkung besteht darin, dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung einen großen Teil anderer öffentlich-rechtlicher Entscheidungen hinsichtlich der Anlage einschließt, darunter solche des Naturschutzrechts.¹⁷ Deren Voraussetzungen werden nicht unbeachtlich, sondern sie werden im immissionsschutzrechtlichen Verfahren mitgeprüft.¹⁸ Die Zuständigkeit anderer Behörden für die jeweiligen Einzelentscheidungen wird dementsprechend verdrängt. Die Bündelung der Zuständigkeiten bei der Immissionsschutzbehörde reicht jedoch nach allgemeiner Ansicht nicht über den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung hinaus.¹⁹ Nach dem Abschluss des Genehmigungsverfahrens lebt die Zuständigkeit der jeweils verdrängten Behörden für den Vollzug öffentlich-rechtlicher Vorschriften außerhalb des Immissionsschutzrechts wieder auf. Daher kann die Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung auch keine Kompetenz der Immissionsschutzbehörde für nachträgliche Anordnungen zur Durchsetzung artenschutzrechtlicher Anforderungen begründen.

10 *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 4. Teil Rn. 1.

11 Vgl. *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 1. Teil Rn. 65; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 5 Rn. 2. Ob § 17 BImSchG es darüber hinaus auch ermöglicht, nachträgliche Anordnungen zur Korrektur von Fehlern im Genehmigungsverfahren zu treffen, ist hingegen umstritten.

12 *Hansmann/Ohms*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 72. EL 2014, § 17 BImSchG Rn. 30.

13 Siehe zur Verhältnismäßigkeit der nachträglichen Anordnung genauer z. B. *Hansmann/Ohms*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 72. EL 2014, § 17 BImSchG Rn. 113, 115 ff.

14 Vgl. *Hansmann/Ohms*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 72. EL 2014, § 17 BImSchG Rn. 144.

15 Ganz h. M., vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.01.2010, 1 BvR 1627/09, NVwZ 2010, 771, juris, Rn. 44; Thür. OVG, Beschl. v. 10.02.2015, 1 EO 356/14, juris, Rn. 54; VG Augsburg, Urt. v. 17.12.2015, Au 2 K.15.1343, juris, Rn. 32; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 17 Rn. 20;

Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 72. EL 2014, § 17 BImSchG Rn. 87; *Koch/König*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 17 Rn. 30.

16 *Wemdzio*, Nachträgliche Anordnung bei der Gefährdung von Fledermäusen durch Windenergieanlagen unter besonderer Berücksichtigung der lokalen Population, in: NuR 2011, 464 (466).

17 *Giesberts*, in: ders./Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, § 13 BImSchG Rn. 16; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 1 und 7; *Seibert*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: Februar 2013, § 13 Rn. 89b; *Wasielewski*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 13 Rn. 34.

18 *Giesberts*, in: ders./Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, § 13 BImSchG Rn. 5; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 22; *Seibert*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: Februar 2013, § 13 BImSchG Rn. 47; vgl. *Wasielewski*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 13 Rn. 56.

19 Vgl. Thür. OVG, Beschl. v. 10.02.2015, 1 EO 356/14, juris, Rn. 54; siehe auch Nds. OVG, Beschl. v. 25.07.2011, 4 ME 175/11, juris, Rn. 4; *Giesberts*, in: ders./Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, § 13 BImSchG Rn. 22; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 25.

2.1.3 (Teil-)Widerruf nach § 21 BImSchG

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist kein Dauerverwaltungsakt, d. h. kein Verwaltungsakt, der bei einer Änderung der Sach- und Rechtslage rechtswidrig werden kann, obwohl er ursprünglich rechtmäßig war.²⁰ § 21 BImSchG ermöglicht jedoch unter bestimmten Voraussetzungen die (Teil-)Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsakts (Widerruf). Der Widerruf muss nach § 21 Abs. 2 BImSchG innerhalb eines Jahres erfolgen, nachdem die Genehmigungsbehörde von Tatsachen Kenntnis erlangt, welche den Widerruf rechtfertigen. Voraussetzung eines Widerrufs ist, dass einer der Widerrufsgründe des § 21 Abs. 1 BImSchG vorliegt.

2.1.3.1 Widerrufsvorbehalt (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG)

Einem Widerrufsvorbehalt kommt bei der vorliegenden Fragestellung keine praktische Bedeutung zu. Die Genehmigungsbehörde darf eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nur dann mit einem Widerrufsvorbehalt versehen, wenn die genehmigungsbedürftige Anlage Erprobungszwecken dient (§ 12 Abs. 2 Satz 2 BImSchG) oder für die Anlage lediglich eine Teilgenehmigung (§ 8 BImSchG) vorliegt, in der die Möglichkeit eines Widerrufs bis zu einer Entscheidung über die Genehmigung vorbehalten wurde (§ 12 Abs. 3 BImSchG). Ein Widerrufsvorbehalt ist daher insbesondere nicht zulässig, um für den Fall nachträglicher, artenschutzrechtlich relevanter Erkenntnisse die behördlichen Reaktionsmöglichkeiten zu erweitern.

2.1.3.2 Nichterfüllung von Auflagen (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG)

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung kann nach § 12 Abs. 1 BImSchG mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen – und somit auch der über § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG einbezogenen artenschutzrechtlichen Anforderungen – sicherzustellen. So können etwa (anhaltende) Verstöße gegen Abschaltzeiten, die zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot per Auflage festgelegt wurden,²¹ im Einzelfall einen Widerruf der Zulassung rechtfertigen.²² Im vorliegenden Kontext hat die Nicht- oder Schlechterfüllung von Auflagen jedoch keine praktische Bedeutung. Auflagen ermöglichen es der Genehmigungsbehörde nicht, generell die Handlungsoptionen in Bezug auf ungewisse zukünftige Ereignisse und Erkenntnisse zu erweitern. Die Genehmigungsbehörde kann dem Betreiber insbesondere nicht etwa per Auflage die Verpflichtung aufgeben, die „Anlage und den Betrieb kontinuierlich im Einklang mit artenschutzrechtlichen Anforderungen zu betreiben und bei nachträglichen Erkenntnissen die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu ergreifen“ (o. ä.).²³ Eine Auflage ist nach § 12 Abs. 1 BImSchG vielmehr nur zulässig, soweit sie erforderlich ist, um die Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 BImSchG sicherzustellen. Maßgeblich ist insoweit aber allein die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag.

2.1.3.3 Nachträglich eingetretene Tatsachen (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG)

§ 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG setzt voraus, dass die Genehmigungsbehörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Genehmigung nicht zu erteilen.²⁴ Die zuständige Behörde kann dabei auf verschiedenen Wegen Kenntnis von der geänderten Tatsachenlage erhalten (Hinweise Dritter, Ermittlungen von Amts wegen etc.).

20 BVerwG, Beschl. vom 11.01.1991, 7 B 102/90, UPR 1991, 235; allgemein zu Dauerverwaltungsakten: BVerwGE 59, 148 (160) sowie *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 8. Aufl. 2014, § 35 Rn. 223.

21 Zur Diskussion über die Einordnung derartiger Bestimmungen als Inhaltsbestimmungen oder Auflagen s. aus der Rspr. Thür. OVG, Beschl. v. 10.02.2015, 1 EO 356/14, juris, Rn. 40 ff.; für die Einordnung als Nebenbestimmung siehe OVG Sachsen-Anhalt, Ur. v. 13.03.2014, 2 L 212/11, juris, Rn. 25 f.; VG Hannover, Ur. v. 22.11.2012, 12 A 2305/11, juris, Rn. 32; VG Halle (Saale), Ur. v. 24.03.2010, 4 A 46/10, juris, Rn. 16; für die Einordnung als Inhaltsbestimmung siehe OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.03.2012, OVG 11 S 72.10, juris, Rn. 8; zur gegenüber dem endgültigen Widerruf vorrangigen Untersagung des Betriebs nach § 20 Abs. 1 BImSchG vgl. *Jarass, BImSchG*, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 9 f.

22 Vorrangig sind allerdings zunächst Mittel des Verwaltungszwangs zur Durchsetzung der Auflagen sowie ggf. eine Betriebsuntersagung (§ 20 Abs. 1 BImSchG) oder Stilllegung (§ 20 Abs. 2 BImSchG).

23 Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Ur. v. 13.03.2014, 2 L 215/11, DVBl 2014, 1067, zur Unzulässigkeit einer mit dem Vorbehalt zusätzlicher Abschaltungen der WEA verbundenen Auflage eines „Schlagopfermonitorings“ für den Fledermausschutz.

24 Soweit man mit einer Ansicht in der Literatur § 21 BImSchG im Wege eines Erst-recht-Schlusses analog auch auf rechtswidrige Genehmigungen anwendet (vgl. *Jarass, BImSchG*, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 10), kommt es allerdings nicht darauf an, ob die Tatsachen nach der Erteilung der Genehmigung eingetreten sind.

Nachträglich eingetreten sind Tatsachen, wenn sie nach der Genehmigungserteilung aufgetreten sind.²⁵ Umfasst sind beispielsweise Änderungen in der Umgebung der Anlage,²⁶ insbesondere auch natur- und artenschutzrechtlich relevante Veränderungen.²⁷ Die Norm ermöglicht ferner die Berücksichtigung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse,²⁸ allerdings nicht die bloße Neubewertung des Kenntnisstands der Wissenschaft durch die Verwaltung.²⁹ Keine geänderten Tatsachen sind hingegen Rechtsänderungen (hierzu nachfolgend unter 2.1.3.4) sowie eine geänderte Auslegung von Rechtsnormen.³⁰ Die Änderung der tatsächlichen Situation muss dazu führen, dass die Genehmigung nicht erteilt werden dürfte, und zwar auch nicht mit dementsprechenden Auflagen.³¹ Ist dies demgegenüber möglich, müsste vorrangig eine nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG ergehen.³² Dies gilt allerdings dann nicht, wenn eine solche Anordnung ausscheidet³³ etwa weil sie unverhältnismäßig wäre. Eben eine solche Konstellation ist auch dann gegeben, wenn eine nachträgliche Anordnung mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 17 BImSchG von vornherein nicht möglich ist, so wie dies vorliegend auch bei der Durchsetzung artenschutzrechtlicher Pflichten nach der Genehmigungserteilung der Fall ist (siehe oben 2.1.2).

Darüber hinaus erfordert § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG die Gefährdung eines öffentlichen Interesses. Darunter fällt jedenfalls die konkrete Gefährdung der in § 1 Abs. 1 BImSchG genannten Güter.³⁴

Die beschriebene Situation der nachträglichen Ansiedelung besonders geschützter Tierarten stellt eine genehmigungsrelevante Änderung der Sachlage dar, sofern ein Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 BNatSchG verwirklicht wird. Ein solcher Verstoß hätte (vorbehaltlich der Möglichkeit einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG) zur Folge, dass die Genehmigung aktuell nicht erteilt werden könnte, da das Vorhaben gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstieße. Auch kann eine Gefährdung des öffentlichen Interesses angenommen werden, da – beim Vorliegen eines Verstoßes gegen das Tötungsverbot – ein Interesse des § 1 Abs. 1 BImSchG in Gestalt des Tierschutzes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit konkret beeinträchtigt würde. Damit liegt ein Widerrufgrund vor und ein (Teil-)Widerruf kommt prinzipiell in Betracht.

Gelangt der Behörde nach Genehmigungserteilung ein artenschutzrechtlich relevanter Sachverhalt zur Kenntnis, kann dies somit einen Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG begründen, soweit nicht mildere Mittel zur Verfügung stehen.

25 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 34; *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 21.

26 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 32; *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 31.

27 *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 31.

28 BVerwG, NVwZ 1988, 824 (825); *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 33; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 11; *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 30, 32; *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 22.

29 *Kühling*, in: Kotulla (Hrsg.), BImSchG, Band 1, 19. EL 2016, Stand der Bearbeitung: 5. EL 2005, § 21 Rn. 37.

30 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 11.

31 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 35; *Kühling*, in: Kotulla (Hrsg.), BImSchG, Band 1, 19. EL 2016, Stand der Bearbeitung: 5. EL 2005, § 21 Rn. 38; *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 35.

32 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 35; *Kühling*, in: Kotulla (Hrsg.), BImSchG, Band 1, 19. EL 2016, Stand der Bearbeitung: 5. EL 2005, § 21 Rn. 38; *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 35.

33 *Kühling*, in: Kotulla (Hrsg.), BImSchG, Band 1, 19. EL 2016, Stand der Bearbeitung: 5. EL 2005, § 21 Rn. 38.

34 Siehe zum Erfordernis der konkreten Gefahr VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 14.08.1997, 6 G 1357/97, NVwZ-RR 1998, 166; allgemein dazu *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 36 f.; vgl. *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 12; vgl. *Posser*, in: *Giesberts/Reinhard* (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, Stand der Bearbeitung: 01.10.2015, § 21 Rn. 12; vgl. *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 22.

2.1.3.4 Geänderte Rechtsvorschriften (§ 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG)

Auch eine Änderung der Rechtslage, in deren Folge die für die Genehmigung relevanten Rechtsvorschriften verschärft werden, kann den Widerruf einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG rechtfertigen.³⁵ Erfasst sind von § 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG sowohl immissionsschutzrechtliche als auch sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG,³⁶ und zwar grundsätzlich auf jeder Ebene der Normenhierarchie.³⁷ Nicht umfasst sind hingegen bloße Verwaltungsvorschriften.³⁸ Des Weiteren setzt § 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG voraus, dass der Genehmigungsinhaber von seiner Genehmigung noch keinen Gebrauch gemacht hat, worunter im Allgemeinen der Beginn der Anlagenerrichtung gefasst wird.³⁹ Unbedeutende Vorbereitungshandlungen sollen insoweit nicht ausreichen; vielmehr wird eine „Errichtung wesentlicher Teile der Anlage“ gefordert.⁴⁰ Ferner ist auch hier die Gefährdung eines öffentlichen Interesses erforderlich, an welches die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie bei § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG (siehe oben 2.1.3.3).⁴¹

Eine derartige Situation wäre etwa denkbar, wenn nach Genehmigungserteilung aber noch vor Errichtung der WEA eine im Umfeld der Anlage vorkommende, WEA-empfindliche Art den Status einer besonders geschützten Art erlangt. Praktisch relevant wird dies schon deshalb kaum werden, weil in dem wichtigen Bereich der Avifauna die ubiquitär geltenden Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG ohnehin alle europäischen Vogelarten erfassen. Auch hinsichtlich der sonstigen Arten dürfte der Kanon des Anhangs IV der FFH-Richtlinie die wesentlichen WEA-empfindlichen Arten umfassen.

2.1.3.5 Vermeidung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl (§ 21 Abs. 1 Nr. 5 BImSchG)

§ 21 Abs. 1 Nr. 5 BImSchG lässt einen Widerruf darüber hinaus zu, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand für den Fall, dass die Widerrufsgründe des § 21 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BImSchG nicht greifen, ein Widerruf aber trotzdem – wegen drohender Schäden – notwendig ist.⁴² Der Begriff des Nachteils entspricht dabei nicht demjenigen des § 3 Abs. 1 BImSchG, sondern ist von diesem unabhängig zu bestimmen.⁴³ „Schwere Nachteile“ sind in diesem Zusammenhang mehr als die bloße Gefährdung des öffentlichen Interesses, wie sie in § 21 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BImSchG gefordert wird.⁴⁴ Regelmäßig wird angenommen, dass schwere Nachteile gegeben sind, wenn „gewichtigen Rechtsgütern wie Leben, Gesundheit und bedeutenden Sachwerten konkret eine Schädigung droht“⁴⁵. Diese hohe Anforderung einer schweren Beeinträchtigung für das Gemeinwohl wird im vorliegenden Kontext in aller Regel nicht erfüllt sein.

35 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 14; *Posser*, in: Giesberts/Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, Stand der Bearbeitung: 01.10.2015, § 21 Rn. 15.

36 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 36; *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 42.

37 *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 42; siehe auch *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 36; siehe dazu überdies *Kühling*, in: Kotulla (Hrsg.), BImSchG, Band 1, 19. EL 2016, Stand der Bearbeitung: 5. EL 2005, § 21 Rn. 41.

38 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 14; *Kühling*, in: Kotulla (Hrsg.), BImSchG, Band 1, 19. EL 2016, Stand der Bearbeitung: 5. EL 2005, § 21 Rn. 42.

39 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 15; *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 47.

40 *Kühling*, in: Kotulla (Hrsg.), BImSchG, Band 1, 19. EL 2016, Stand der Bearbeitung: 5. EL 2005, § 21 Rn. 45.

41 Siehe nur *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 18; *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 50.

42 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 17; *Posser*, in: Giesberts/Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, Stand der Bearbeitung: 01.10.2015, § 21 BImSchG Rn. 19; *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 24; als Auffangtatbestand wird die Norm auch qualifiziert bei *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 43.

43 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 17; *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 44.

44 Vgl. *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 44.

45 *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 52; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 17; siehe auch *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 24; umfangreicher zum Begriff des „schweren Nachteils“ auch *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 44 f.

2.1.3.6 Rechtswirkungen des Widerrufs

Der Widerruf bewirkt, dass die Genehmigung unwirksam wird (§ 21 Abs. 3 BImSchG).⁴⁶ Er ist nur für die Zukunft zulässig.⁴⁷ Ein Teilwiderruf beschränkt die Aufhebung auf einzelne Elemente der Gestattung und lässt die Genehmigung im Übrigen bestehen. Der Widerruf beschränkt sich auf diese rechtsvernichtende Wirkung. § 21 BImSchG bildet daher keine Grundlage für die Anordnung artenschutzrechtlicher Maßnahmen, wie etwa der Verpflichtung zur Vorlage eines ergänzenden artenschutzrechtlichen Fachbeitrags oder der Durchführung weiterer Schutzmaßnahmen.

Bei einem Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BImSchG, und damit auch bei einem Widerruf wegen einer nachträglichen Änderung der Tatsachenlage, hat die Genehmigungsbehörde den Betroffenen gemäß § 21 Abs. 4 BImSchG auf Antrag für den Vermögensnachteil zu entschädigen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand der Genehmigung vertraut hat (sog. negatives Interesse), soweit sein Vertrauen schutzwürdig ist.

Grundsätzlich liegt in der Konstellation eines Widerrufs nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BImSchG eine Situation vor, in welcher der Betreiber auf den Bestand der Genehmigung vertraut hat, da der Widerruf regelmäßig aufgrund nachträglicher, nicht vorhersehbarer Umstände erfolgt.⁴⁸

Eine Frage des Einzelfalles ist die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens. Ein Betreiber kann nicht stets darauf vertrauen, dass eine einmal genehmigte Anlage ewig ohne Änderungen betrieben werden kann.⁴⁹ Kein schutzwürdiges Vertrauen besteht in der Regel, wenn der Anlagenbetreiber die Entstehung des Widerrufsgrundes selbst zu vertreten hat.⁵⁰ Auch die Kenntnis von Widerrufsgründen kann ein schutzwürdiges Vertrauen für solche Investitionen ausschließen, die nach Erlangung derselben erfolgen.⁵¹ Ein schutzwürdiges Vertrauen wird überdies abgelehnt, wenn der Widerruf erfolgt, bevor der Betreiber Vermögensdispositionen getroffen hat oder wenn diese ohne unzumutbare Nachteile rückgängig gemacht werden können.⁵²

Demgegenüber fehlt die Schutzwürdigkeit nicht schon dann, wenn und weil der Anlagenbetreiber Grundpflichten verletzt, denn eine solche Situation liegt bei einem Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BImSchG regelmäßig vor.⁵³ Schutzwürdig kann das Vertrauen des Anlagenbetreibers auf den Bestand der Genehmigung ferner sein, wenn die Umweltbeeinträchtigungen auf bloße Veränderungen der Umgebung der Anlage zurückgehen,⁵⁴ jedenfalls sofern dies im Zeitpunkt der Investition nicht absehbar war.⁵⁵

Mit Blick auf die vorliegend betrachteten Konstellationen lässt sich festhalten, dass das Vertrauen regelmäßig schutzwürdig ist in Bezug auf Investitionen, die nach Genehmigungserhalt und vor der artenschutzrechtlich relevanten Änderung der Situation (z. B. Ansiedlung von Exemplaren einer geschützten Art) vorgenommen wurden. Es handelt sich um

46 *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 26.

47 *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 26.

48 *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 73; anders ist dies jedoch, sofern man den Widerruf auch zulässt, wenn die Genehmigung rechtswidrig war (siehe Fn. 24).

49 Vgl. VG Oldenburg, Beschl. v. 07.07.2011, 5 B 1433/11, juris, Rn. 5; VG Oldenburg, Beschl. 10.06.2011, 5 B 1246/11, juris, Rn. 5; vgl. *Posser*, in: Giesberts/Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, Stand der Bearbeitung: 01.10.2015, § 21 Rn. 29.

50 *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 30; siehe dazu grundsätzlich auch die Begründung zur vergleichbaren Norm des § 45 Abs. 4 VwVfG des Regierungsentwurfes des VwVfG in BT-Drucks. 7/910, 73.

51 *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 30 – es wird insoweit auch als ausreichend angesehen, wenn er die Umstände hätte kennen müssen; siehe zu beidem auch *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 31.

52 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 31; *Posser*, in: Giesberts/Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, Stand der Bearbeitung: 01.10.2015, § 21 Rn. 29; a. A. *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 62, der dies zur Frage der Entstehung eines Vermögensnachteils hinzurechnet.

53 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 60;

Sellner/Reidt/Ohms, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 30; a. A. *Posser*, in: Giesberts/Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, Stand der Bearbeitung: 01.10.2015, § 21 Rn. 29 f.; siehe dazu auch *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 31.

54 *Beutler*, Fragen der Entschädigung bei Eingriffen in genehmigte Anlagen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz, in: DVBl 1976, 846 (849); *Koch/Roller*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 77.

55 Vgl. dazu *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 30; siehe auch *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 61.

Entwicklungen, die nicht in den Einfluss- und Verantwortungsbereich des Betreibers fallen.⁵⁶ Bei Investitionen hingegen, die in Kenntnis einer artenschutzrechtlich unbewältigten Konfliktlage erfolgen, kann die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den Bestand der Genehmigung fehlen, so dass insoweit kein Entschädigungsanspruch besteht. Auch hier sind allerdings die Umstände des Einzelfalls entscheidend.

Grundsätzlich ist gemäß § 21 Abs. 4 Satz 1 BImSchG nur das negative Interesse zu ersetzen.⁵⁷ Insoweit ist im Rahmen einer hypothetischen Prüfung zu ermitteln, welche Aufwendungen der Betreiber in Kenntnis des späteren Widerrufs getätigt hätte.⁵⁸ Wenn die Anlage sich bereits amortisiert hat, kann davon ausgegangen werden, dass die Investitionen auch trotz des Widerrufs getätigt worden wären und ein Vertrauensschaden dementsprechend nicht entstanden ist.⁵⁹ Der Betreiber kann in diesem Fall in der Regel lediglich solche Aufwendungen erstattet bekommen, die durch das Widerrufsverfahren selbst entstehen.⁶⁰ Soweit der Betreiber jedoch nachweisen kann, dass er die Anlage auch an einem anderen Standort hätte errichten können, an dem kein Widerruf erfolgt wäre, ist dies zu berücksichtigen.⁶¹ Hat die Anlage sich noch nicht amortisiert, ist davon auszugehen, dass die Aufwendungen durch den Anlagenbetreiber nicht getätigt worden wären.⁶² Als Vertrauensschaden anzusetzen sind dann insbesondere die getätigten Investitionen, von denen jedoch ein gegebenenfalls vorhandener Restwert sowie der erzielte Gewinn, soweit er die übliche für den Einsatz von Eigenkapital zu erzielende Rendite am Kapitalmarkt übersteigt, abzuziehen sind.⁶³ Zu ersetzen sind auch in diesem Fall außerdem die Kosten für die Stilllegungs- und Beseitigungsmaßnahmen.⁶⁴ Der Vermögensnachteil ist jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das der Betroffene an dem Bestand der Genehmigung hat (§ 21 Abs. 4 Satz 2 BImSchG). Inhalt dieses sog. positiven Interesses ist die unmittelbare Vermögensminderung durch den Widerruf der Genehmigung.⁶⁵ Ermittelt wird es durch den Vergleich zwischen dem Wert der Anlage vor und nach dem Widerruf.⁶⁶ Künftige Gewinne sind nur dann einzubeziehen, wenn sie sich unmittelbar im Wert der Anlage niedergeschlagen haben.⁶⁷ Ist das positive Interesse geringer als das negative, ist es mithin der Berechnung zu Grunde zu legen.⁶⁸ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung ist der Widerrufszeitpunkt, sofern das schutzwürdige Vertrauen als Voraussetzung des Anspruchs nicht bereits früher entfallen ist.⁶⁹ Dies ist beispielsweise bei solchen Investitionen der Fall, die erst nach Einleitung des Widerrufsverfahrens getätigt wurden. Für diese besteht grundsätzlich kein schutzwürdiges Vertrauen mehr, da der Betreiber nicht mehr davon ausgehen konnte, dass die Genehmigung dauerhaft Bestand hat.⁷⁰

56 Zu diesem Kriterium s. *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 31 f.

57 *Koch/Roller*, in: *Führ* (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 80.

58 *Engsterhold*, Zur Berechnung des Entschädigungsanspruchs aus § 21 Abs. 4 BImSchG, in: UPR 1991, 367; siehe dazu auch *Koch/Roller*, in: *Führ* (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 81; vgl. *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 35; *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 66.

59 *Engsterhold*, Zur Berechnung des Entschädigungsanspruchs aus § 21 Abs. 4 BImSchG, in: UPR 1991, 367; *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 67; *Koch/Roller*, in: *Führ* (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 85; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 35.

60 *Engsterhold*, Zur Berechnung des Entschädigungsanspruchs aus § 21 Abs. 4 BImSchG, in: UPR 1991, 367; *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 67; *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 29.

61 *Engsterhold*, Zur Berechnung des Entschädigungsanspruchs aus § 21 Abs. 4 BImSchG, in: UPR 1991, 367; *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 35; *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 67; a. A. *Koch/Roller*, in: *Führ* (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 85.

62 *Koch/Roller*, in: *Führ* (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 83.

63 Siehe dazu *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 68; ähnlich *Koch/Roller*, in: *Führ* (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 83.

64 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 35; *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, 5. Teil Rn. 29; a. A. *Koch/Roller*, in: *Führ* (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 84.

65 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 36.

66 *Engsterhold*, Zur Berechnung des Entschädigungsanspruchs aus § 21 Abs. 4 BImSchG, in: UPR 1991, 367 (368); *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 36; *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 65.

67 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 36; vgl. in diese Richtung auch *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 65.

68 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 34.

69 Siehe *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 34.

70 *Hansmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 60; siehe auch *Koch/Roller*, in: *Führ* (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 21 Rn. 74; vgl. in diese Richtung auch *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 33.

2.1.4 Rücknahme der Genehmigung nach § 48 VwVfG

Für den Fall, dass die Genehmigung bereits im Zeitpunkt ihrer Erteilung rechtswidrig war, trifft das BImSchG keine Spezialregelungen. Daher ist hinsichtlich der Rücknahme der Genehmigung § 48 Abs. 1, 3 VwVfG einschlägig.⁷¹ Ein Anwendungsfall ist etwa denkbar, wenn die Verwirklichung eines artenschutzrechtlichen Verbotstatbestandes zu Unrecht verneint wurde, weil die Genehmigungsbehörde einen fehlerhaften fachlichen oder rechtlichen Maßstab zugrunde legte. In diesem Fall besteht das Problem nicht in der nachträglichen Änderung von Umständen, sondern in einer fehlerhaften Bewertung im Genehmigungsverfahren selbst. Ein Rechtsverstoß liegt damit bereits bei der Genehmigungserteilung vor.

Im Falle einer Rücknahme nach § 48 Abs. 1, 3 VwVfG ist dem Betroffenen unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 3 VwVfG auf Antrag der Vermögensnachteil auszugleichen, den er dadurch erlitten hat, dass er auf den Bestand der Genehmigung vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Ob ein schutzwürdiges Vertrauen vorliegt, ist im Einzelfall zu ermitteln,⁷² wobei die für die Aufrechterhaltung der Genehmigung sprechenden Umstände wertend mit dem öffentlichen Interesse an der Herstellung eines rechtmäßigen Zustands ins Verhältnis zu setzen sind.⁷³ Gemäß § 48 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 3 VwVfG liegt jedenfalls dann kein schutzwürdiges Vertrauen vor, wenn der Antragsteller die Genehmigung durch Angaben erwirkt haben sollte, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren.

2.2 Eingriffsbefugnisse nach Umweltschadensrecht

Soweit eine Schädigung von Arten oder natürlichen Lebensräumen i. S. v. § 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG (Biodiversitätsschaden) droht oder eingetreten ist, kann die zuständige Behörde⁷⁴ den Verantwortlichen nach § 7 Abs. 2 Nr. 2, 3 USchadG dazu verpflichten, die erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen (§ 5 USchadG) und Schadensbegrenzungsmaßnahmen (§ 6 Nr. 1 USchadG) sowie Sanierungsmaßnahmen nach § 8 USchadG zu ergreifen.⁷⁵

Das Regelungsregime des Umweltschadensrechts erfasst diejenigen Arten, die in Art. 4 Abs. 2 oder Anhang I der Richtlinie 2009/147/EG (Vogelschutz-RL) oder in den Anhängen II und IV der Richtlinie 92/43/EWG (FFH-RL) aufgeführt sind. Der Kreis der geschützten Arten ist daher nicht identisch mit demjenigen des besonderen Artenschutzes, sondern insgesamt enger gefasst, da im Gegensatz zu den besonders geschützten Arten nach § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG nicht alle europäischen Vogelarten umfasst sind.⁷⁶

Ein Biodiversitätsschaden ist nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG jeder Schaden, der erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Erreichung oder Beibehaltung des günstigen Erhaltungszustands der Arten hat. Hinsichtlich des Nachweises kommen insoweit die allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätze zur Anwendung. Die zuständige Behörde muss daher den Nachweis führen, dass ein Umweltschaden droht oder eingetreten ist. Von Beweiserleichterungen hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen.⁷⁷

Eine Beeinträchtigung einzelner Individuen, die sich nicht zumindest auf den Erhalt der jeweiligen lokalen Population auswirkt, stellt grundsätzlich noch keinen Umweltschaden dar. Daher ist auch nicht jeder Verstoß gegen artenschutz-

71 Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rn. 2; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, Stand: 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 12. EL, § 21 BImSchG Rn. 2 f.

72 Sachs, in: Stelkens/Bonk/ders., VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 138.

73 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 48 Rn. 98.

74 Die Zuständigkeiten sind landesrechtlich unterschiedlich geregelt, vgl. etwa für Bayern Art. 3c des Gesetzes über die Zuständigkeiten in der Landesentwicklung und in den Umweltfragen: Höhere Naturschutzbehörden sowie für NRW: Anhang II Nr. 71 der ZustVU: „Die für Vermeidung, Schadensbegrenzung oder Sanierung nach jeweiligem Fachrecht zuständige Behörde“.

75 Cuyper, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 53.

76 Fellenberg, in: Lütke/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 19 Rn. 10.

77 BT-Drs. 16/3806, S. 22; vgl. auch VG Saarlouis, Urteil vom 12.09.2012, 5 K 209/15 u.a., NuR 2013, 439, juris-Rn. 136 sowie OVG Koblenz, Urteil vom 22.07.2015, 8 A 10041/15, juris, Rn. 68.

rechtliche Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG ein solcher Schaden.⁷⁸ Vielmehr muss der Verstoß sich grundsätzlich wenigstens auf den Erhalt der jeweiligen lokalen Population auswirken.⁷⁹ Je ungünstiger der Erhaltungszustand der betroffenen Arten oder Lebensräume jedoch ist, desto niedriger ist die Schwelle aber anzusetzen.⁸⁰

Weitere Einschränkungen ergeben sich aus § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG, der eine Enthftung vorsieht, soweit nachteilige Auswirkungen in Rede stehen, die zuvor konkret ermittelt worden und daher in Kenntnis dieser Auswirkung gleichsam „sehenden Auges“ zugelassen worden sind.⁸¹ Diese Einschränkung der relevanten Schädigungen hat in den vorliegend betrachteten Konstellationen nur geringe Relevanz, da gerade Auswirkungen in Rede stehen, die im Genehmigungsverfahren noch nicht betrachtet worden sind. Die Enthftung greift aber gerade nicht, wenn eine Beeinträchtigung erst nach dem Genehmigungsverfahren erkannt wird⁸² oder sich Umstände nachträglich ändern.⁸³

Von zentraler Bedeutung ist ferner, dass das Umweltschadensrecht eine verschuldensunabhängige Haftung nur in Bezug auf Umweltschäden und unmittelbare Gefahren solcher Schäden vorsieht, die durch eine der in Anlage 1 zum USchadG aufgeführten beruflichen Tätigkeiten verursacht werden (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 USchadG). Der Betrieb einer WEA ist von diesen Tätigkeiten nicht erfasst. Eine Inanspruchnahme nach dem Umweltschadensrecht kommt daher hier nur in Betracht, wenn der Biodiversitätsschaden vorsätzlich oder fahrlässig verursacht wird (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG). Es ist ungeklärt, ob diese Verschuldenshaftung in Anlehnung an zivilrechtliche Haftungsgrundsätze eine Rechtswidrigkeit des Handelns des Verursachers voraussetzt.⁸⁴ Bejaht man dies, kann eine umweltschadensrechtliche Verantwortlichkeit bereits deshalb ausscheiden, wenn und weil der Betreiber von einer wirksamen Genehmigung Gebrauch macht und daher formell rechtmäßig handelt. Selbst wenn man dieser Auslegung nicht folgt, scheidet ein Verschuldensvorwurf aber regelmäßig aus, soweit der Betreiber auf die fachliche Beurteilung des sorgfältig ausgesuchten Fachgutachters vertraut und die Anlage im Einklang mit der Genehmigung betrieben wird.⁸⁵

Droht ein Umweltschaden bzw. ist er eingetreten, ist die zuständige Behörde trotz des ihr nach § 7 Abs. 2 USchadG eingeräumten Ermessens in der Regel zum Einschreiten verpflichtet.⁸⁶ Als Vermeidungsmaßnahme kann nach § 5 USchadG i.V.m. § 2 Nr. 6 USchadG grundsätzlich jede Maßnahme angeordnet werden, die bei einer unmittelbaren Gefahr eines Umweltschadens diesen Schaden vermeidet oder minimiert. Ist ein Umweltschaden bereits eingetreten, kann angeordnet werden, dass der Umweltschaden nach Maßgabe der fachrechtlichen Vorschriften saniert wird (§ 8 i.V.m. § 2 Nr. 8 USchadG). Die Kosten der Maßnahmen trägt nach § 9 Abs. 1 USchadG grundsätzlich der Verursacher.

Das Verhältnis der Anordnungsbefugnisse nach dem Umweltschadensrecht zu der genehmigungsrechtlichen Gestattungswirkung ist noch ungeklärt. Aus § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG sowie § 2 Nr. 3 USchadG folgt zunächst, dass das Vorliegen einer Genehmigung die Anordnung von Maßnahmen nach dem USchadG nicht ausschließt, da das Vorliegen einer behördlichen Zulassungsentscheidung dort vielmehr gerade vorausgesetzt wird.⁸⁷ Richtigerweise ist daher

78 *Bruns/Kieß/Peters*, Anforderungen an die Erfassung, Bewertung und Sanierung von Biodiversitätsschäden nach dem Umweltschadengesetz, in: NuR 2009, 149 (153); *Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 19 Rn. 21; *Knopp/Wiegleb/Piroch*, Die (neue) Haftung für Schäden an der Biodiversität, in: NuR 2008, 745 (753).

79 *Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 19 Rn. 21; *Cuyppers*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 28.

80 *Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 19 Rn. 20; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band II, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 68. EL 2013, § 19 BNatSchG Rn. 21.

81 *Cuyppers*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 29; *Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 19 Rn. 29; *Lau*, Besonderer Artenschutz und Umweltschadengesetz beim Bau und bei der Unterhaltung von Bundesfernstraßen, in: UPR 2015, 361 (369); *Peters/Lüttmann/Wulfert/Koukakis/Lüttmann/Götze*, Bewertung erheblicher Biodiversitätsschäden im Rahmen der Umwelthaftung, BfN-Skripten, Nr. 393, 2015, 50.

82 *Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 19 Rn. 30;

MeBerschmidt, BNatSchG, 128. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 106. EL 2011, § 19 Rn. 40.

83 *Cuyppers*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 29;

MeBerschmidt, BNatSchG, 128. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 106. EL 2011, § 19 Rn. 44.

84 VG Schleswig, Urt. v. 20.09.2012, 6 A 186/11, juris Rn. 71; *Cuyppers*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 44.

85 So OVG Koblenz, Urteil vom 22.07.2015, 8 A 10041/15, juris, Rn. 91 ff. (noch nicht rechtskr.), sehr str.

86 *Beckmann/Wittmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 54. EL 2008, § 7 USchadG Rn. 7; siehe dazu auch Balensiefen, USchadG, 2013, § 7 Rn. 2.

87 *Beckmann/Wittmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 54. EL 2008, § 1 USchadG Rn. 25; *Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 19 Rn. 43 f.

davon auszugehen, dass die Vermeidungs- und Sanierungspflichten nach dem USchadG die Gestattungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung beschränken.⁸⁸ Im Ergebnis führt dies dazu, dass die umweltschadensrechtlichen Anforderungen für den Verantwortlichen nicht anders als die immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten dynamisch sind. Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung kann daher durch umweltschadensrechtliche Anordnungen in gewissem Umfang modifiziert werden. Zulässig sind somit auch Anpassungen und Modifikation der Genehmigung. Ausgeschlossen sind demgegenüber Anordnungen, die den Kernbereich der Gestattungswirkung berühren und daher die Genehmigung (faktisch) in ihrem Bestand einschränken, denn eine solche Einschränkung lässt selbst § 17 BImSchG zur Durchsetzung der dynamischen immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten nicht zu.⁸⁹ Eine dauerhafte Stilllegung einzelner Betriebsteile oder wesentlicher Einschränkungen des zugelassenen Betriebs können daher auf Grundlage der umweltschadensrechtlichen Befugnisnormen nicht angeordnet werden. Vielmehr bedarf es hierfür eines Widerrufs der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung durch die zuständige Behörde nach § 21 BImSchG.⁹⁰

2.3 Befugnisse der Naturschutzbehörde

§ 3 Abs. 2 BNatSchG enthält eine als Generalklausel ausgestaltete sonderordnungsrechtliche Anordnungsbefugnis für die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden.⁹¹ Sie ermächtigt die zuständige Behörde, nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um naturschutzrechtliche Vorschriften durchzusetzen, die bestimmte Verhaltenspflichten begründen.⁹² § 3 Abs. 2 BNatSchG ermöglicht daher auch die Anordnung von Maßnahmen zur Durchsetzung der Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG.⁹³ Die Zuständigkeit der jeweiligen Naturschutzbehörde für den Vollzug naturschutzrechtlicher Anforderungen ist auch nicht durch den Konzentrationseffekt des § 13 BImSchG gesperrt, da dieser mit Abschluss des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens endet und daher bei nachträglichen Anordnungen nicht mehr eingreift.⁹⁴

§ 3 Abs. 2 BNatSchG findet allerdings keine Anwendung, soweit speziellere Anordnungsbefugnisse bestehen („soweit nichts anderes bestimmt ist“).⁹⁵ Zu diesen abdrängenden Sondervorschriften zählen insbesondere die Ermächtigungsgrundlagen des Umweltschadensrechts (hierzu vorstehend unter 2.2).⁹⁶ Soweit es um die Vermeidung oder den Ausgleich von Schäden geht, die nach Genehmigungserteilung eingetreten sind, dürften die umweltschadensrechtlichen Regelungen *leges speciales* sein. Sind die dort detailliert normierten Anforderungen des § 19 Abs. 1 BNatSchG i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 2, 3 USchadG für behördliche Anordnungen nicht erfüllt und können deshalb nach dem Umweltschadensrecht keine Maßnahmen getroffen werden, kann nicht gleichwohl gestützt auf die Generalklausel des § 3 Abs. 2 BNatSchG eine entsprechende Anordnung erfolgen. Für die zum Teil weitergehenden oder detaillierter ausgestalteten landesrechtlichen Ausführungsregelungen zu § 3 Abs. 2 BNatSchG gilt dies in gleicher Weise.⁹⁷ Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch zu dem Verhältnis zwischen dem Umweltschadensrecht und der Anordnungsbefugnis des § 3 Abs. 2 BNatSchG, soweit ersichtlich, noch keine einschlägige Rechtsprechung vorliegt.

88 Beckmann/Wittmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 54. EL 2008, § 7 USchadG Rn. 25.

89 S. o. unter 2.1.2.

90 Str., vgl. Fellenberg, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2011, § 19 Rn. 43 f., ferner allgemein Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, 78. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 68 EL 2013, BImSchG, § 13 Rn. 122; vgl. auch Giesberts, in: ders./Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, § 13 BImSchG Rn. 22.; Wasielewski, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 13 Rn. 70.

91 BT-Drs. 16/12274, S. 51; Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 3 Rn. 13.

92 Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 3 Rn. 16.

93 VG Augsburg, Urt. v. 17.12.2015, Au 2 K.15.1343, juris, Rn. 25; vgl. außerdem Nds. OVG, Beschl. v. 26.10.2015, 4 ME 229/15, juris, Rn. 5 ff.; Wemdzio, Nachträgliche Anordnung bei der Gefährdung von Fledermäusen durch Windenergieanlagen unter besonderer Berücksichtigung der lokalen Population, in: NuR 2011, 464 (468); vgl. Lütkes, in: ders./Ewer, BNatSchG, 2011, § 3 Rn. 6; vgl. Meßerschmidt, BNatSchG, 128. EL 2015, Stand der Bearbeitung: 97. EL 2010, § 3 Rn. 9.

94 Nds. OVG, Beschl. v. 25.07.2011, 4 ME 175/11, juris, Rn. 4; Giesberts, in: ders./Reinhard (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 38. Aufl. 2016, § 13 BImSchG Rn. 22; Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 25.

95 Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 3 Rn. 14; Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 42.

96 So etwa Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 3 Rn. 14 und Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 43.

97 Überblick bei Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 3 Rn. 41.

Eine zweite wesentliche und in ihrer Reichweite ebenfalls noch ungeklärte Einschränkung des Anwendungsbereichs ergibt sich daraus, dass die Anlage mit der wirksamen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung grundsätzlich als rechtmäßig qualifiziert ist und dies auch von den Naturschutzbehörden zu beachten ist (Gestattungswirkung).⁹⁸ Die Rechtsprechung hat zu dem Verhältnis von § 3 Abs. 2 BNatSchG zu den immissionsschutzrechtlichen Vorschriften bisher nicht abschließend Stellung bezogen.⁹⁹ So wird betont, dass die Anwendung der Generalklausel trotz Vorliegens einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht gänzlich ausgeschlossen sein soll.¹⁰⁰ Der Betreiber habe wegen der Dynamik der im Immissionsschutz- und Naturschutzrecht geregelten Lebenssachverhalte mit der Einschränkung und Anpassung seiner Genehmigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu rechnen. Gerade wenn gegenüber der Sachlage im Genehmigungsverfahren nachträglich Umstände eintreten, die die Genehmigungsvoraussetzungen in Frage stellen, könne sich ein Genehmigungsinhaber daher nicht pauschal und uneingeschränkt auf Bestandsschutz berufen.¹⁰¹ Auf der anderen Seite wird festgehalten, dass für die Aufhebung der Genehmigung nach dem BImSchG nur die immissionsschutzrechtlichen Behörden zuständig seien;¹⁰² sofern eine Maßnahme nach § 3 Abs. 2 BNatSchG daher wie eine (Teil-)Aufhebung wirke, könne sie unzulässig sein.¹⁰³

Richtig ist hieran zunächst, dass Maßnahmen, mit denen in den Kernbereich der Gestattungswirkung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eingegriffen wird, bereits nach allgemeinen Grundsätzen nicht auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützt werden können, da es insoweit zunächst eines Widerrufs der Genehmigung bedarf (s. vorstehend unter 2.2).¹⁰⁴ Die Einschränkungen reichen indes noch weiter. Denn anders als § 17 BImSchG¹⁰⁵, der die Einschränkung der Gestattungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung deutlich zum Ausdruck bringt, und auch im Gegensatz zu den Regelungen des Umweltschadensrechts, ist § 3 Abs. 2 BNatSchG weder nach dem Wortlaut noch nach der Gesetzesbegründung¹⁰⁶ ein Anhaltspunkt zu entnehmen, dass die Norm überhaupt eine substantielle Durchbrechung der Bestandskraft von (immissionsschutzrechtlichen) Genehmigungen ermöglichen soll. Wäre dies beabsichtigt, hätte es zunächst nahegelegen, im Normtext oder jedenfalls in der Begründung das Verhältnis zur Bestandskraft zu thematisieren. Zudem enthält die Norm trotz ihres weiten Anwendungsbereichs anders als namentlich § 17 BImSchG gerade keine inhaltlichen Vorgaben zu den aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und damit auch verfassungsrechtlich gebotenen Einschränkungen der ansonsten normativ praktisch kaum ausgestalteten Befugnisnorm. Es spricht daher viel dafür, dass § 3 Abs. 2 BNatSchG allenfalls periphere Einschränkungen bestandskräftiger immissionsschutzrechtlicher Zulassung ermöglicht. Und auch wenn nicht zuvor ein (Teil-)Widerruf erforderlich wird, muss die Behörde das Interesse an einem Bestandsschutz im Rahmen der auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützten Anordnung jedenfalls auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit bzw. des Ermessens unter Würdigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls sowie der Art und des Gewichts der nachträglich eingetretenen Gründe berücksichtigen.¹⁰⁷

Diese Beschränkungen des § 3 Abs. 2 BNatSchG können grundsätzlich auch nicht durch einen Rückgriff auf ordnungsbehördliche Generalklauseln (z.B. § 14 OBG NRW) umgangen werden. Denn soweit für eine Sachmaterie – hier das Naturschutzrecht – spezialgesetzliche Befugnisnormen bestehen, ist ein Rückgriff auf die allgemeinen Befugnisnormen auch dann gesperrt, wenn die spezielle Norm tatbestandlich nicht zur Anwendung kommt (*lex specialis derogat legi generali*).¹⁰⁸

98 Vgl. *Wasielewski*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 13 Rn. 67 ff.

99 Nicht entschieden in: Nds. OVG, Beschl. v. 25.07.2011, 4 ME 175/11, juris, Rn. 4; VG Oldenburg, Beschl. v. 07.07.2011, 5 B 1433/11, juris, Rn. 5; VG Oldenburg, Beschl. 10.06.2011, 5 B 1246/11, juris, Rn. 5.

100 Nds. OVG, Beschl. v. 25.07.2011, 4 ME 175/11, juris, Rn. 4; VG Augsburg, Urt. v. 17.12.2015, Au 2 K.15.1343, juris, Rn. 35.

101 VG Augsburg, Urt. v. 17.12.2015, Au 2 K.15.1343, juris, Rn. 35 unter Hinweis auf VG Oldenburg, B.v. 10.6.2011 – 5 B 1246/11 – NuR 2011, 742.

102 Nds. OVG, Beschl. v. 25.07.2011, 4 ME 175/11, juris, Rn. 4.

103 Nds. OVG, Beschl. v. 25.07.2011, 4 ME 175/11, juris, Rn. 4; eine dahingehende Umdeutung wird auch in VG Oldenburg, Beschl. 10.06.2011, 5 B 1246/11, juris, Rn. 5, in Betracht gezogen.

104 Vgl. *Krohn*, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2012, § 3 Rn. 40; vgl. dazu auch allgemein *Wasielewski*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 13 Rn. 67 ff.

105 *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 17 Rn. 2.

106 BT-Drucks. 16/12274, S. 51.

107 Vgl. VG Oldenburg, Beschl. v. 10.06.2011, 5 B 1246/11, juris, Rn. 5.

108 Vgl. § 14 Abs. 2 OBG NRW sowie *Schönenbroicher/Heusch*, Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen, 2014, § 14 Rn. 2.

Praktisch können auf § 3 Abs. 2 BNatSchG vor allem Maßnahmen zur Gefahrerforschung durch die Behörde sowie vorläufige Maßnahmen zur Abwendung unmittelbar drohender Gefahren gestützt werden, mit denen der Betrieb der Anlage aber nicht dauerhaft beschränkt wird.¹⁰⁹ Denkbar erscheinen insoweit Abschaltungen über einen nicht allzu langen Zeitraum, wenn ansonsten sichere Verstöße gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot eintreten, wie zum Beispiel bei einem Massenzug von Kranichen. In der Rechtsprechung findet sich insoweit die Andeutung, dass einmalig vorzunehmende ganztägige Abschaltungen über einen Zeitraum von fast zwei Wochen gegebenenfalls noch zulässig auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützt werden könnten, ohne dass dies aber endgültig entschieden wurde.¹¹⁰ Regelmäßig wiederkehrende oder über einen längeren Zeitraum angeordnete Abschaltzeiten müssten hingegen mit einem (Teil-)Widerruf der Genehmigung einhergehen.

Die Behörde muss überdies bei Maßnahmen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG sowohl ihr Entschließungsermessen, ob sie überhaupt tätig wird als auch das Auswahlermessen bei der Bestimmung konkreter Maßnahmen ordnungsgemäß ausüben. Anders als bei Gefahranordnungen nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BImSchG („soll“) sieht § 3 Abs. 2 BNatSchG auch kein sog. intendiertes Ermessen vor, welches dazu führt, dass im Regelfall eine Anordnung ergehen muss. Die Anordnung muss ferner im konkreten Einzelfall verhältnismäßig sein.

Auch wenn nach alledem erhebliche Bedenken dagegen bestehen, § 3 Abs. 2 BNatSchG als Grundlage für weitreichende nachträgliche Eingriffe zur Durchsetzung artenschutzrechtlicher Anforderungen heranzuziehen, bleibt die Rechtsprechungsentwicklung gerade hier abzuwarten. Es ist naheliegend, dass bei Fehlen sonstiger naturschutzordnungsrechtlicher Befugnisnormen zunächst die Regelung des § 3 Abs. 2 BNatSchG an praktischer Bedeutung gewinnen wird.

¹⁰⁹ Vgl. allgemein zur Zulässigkeit von Maßnahmen zur Abwendung unmittelbar drohender Gefahren trotz Gestattungswirkung der Genehmigung nach dem BImSchG *Wasielewski*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 13 Rn. 70.

¹¹⁰ Nds. OVG, Beschl. v. 25.07.2011, 4 ME 175/11, juris, Rn. 4.

3 Fallbeispiele

Fallbeispiel 1:

In einer Entfernung von 200 m zu einer bestehenden WEA siedelt sich in einem Steinbruch ein Uhu an. Es besteht nach der fachlichen Einschätzung der Behörde ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bei Jagd- und Balzflügen. Aus diesem Grund soll der Betrieb der WEA vollständig und dauerhaft untersagt werden.

- Anordnungen auf Grundlage des BImSchG scheiden aus. Insbesondere kann eine Anordnung nicht auf § 17 BImSchG gestützt werden, da die Norm nur Anordnungen zur Durchsetzung immissionsschutzrechtlicher Pflichten ermöglicht, hier aber ein Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG angenommen wird (siehe oben 2.1.1).
- Auch eine Anordnung auf Grundlage des Umweltschadensrechts scheidet aus. Zwar greift nicht die Enthftung nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG, da der in Rede stehende Sachverhalt nicht Gegenstand behördlicher Prüfung war. Soweit nicht bereits ein drohender Biodiversitätsschaden zu verneinen ist oder das für die Verantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG erforderliche Verschulden fehlt, setzt die Anordnung der Abschaltung aber einen vorangehenden (Teil-)Widerruf der Genehmigung voraus. Insoweit ist in dieser Konstellation die Gestattungswirkung der Genehmigung zu beachten, die den Betrieb der WEA als grundsätzlich rechtmäßig garantiert. Eine der Aufhebung gleichkommende Anordnung kann indes auch nach dem Umweltschadensrecht nicht erfolgen (str., siehe oben 2.2).
- Gleiches gilt für die allgemeine Befugnisnorm des § 3 Abs. 2 BNatSchG. Zum einen dürfte der Rückgriff durch die speziellen Regelungen des Umweltschadensrechts gesperrt sein (str.). Zum anderen ermöglicht § 3 Abs. 2 BNatSchG keine oder allenfalls periphere Einschränkungen bestandskräftiger immissionsschutzrechtlicher Zulassungen. Darunter fällt jedenfalls nicht die vollständige Untersagung des Betriebs einer Anlage (siehe oben 2.3). Auch eine hier ausreichende dauerhafte nächtliche Abschaltung nebst einer ganztägigen Abschaltung in der Brutzeit dürfte nicht als bloß geringfügige Einschränkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung anzusehen sein. Sie könnte damit tendenziell ebenfalls nicht auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützt werden. Eine entsprechende Anordnungsbefugnis ergibt sich auch nicht aus den ordnungsbehördlichen Generalklauseln des Landesrechts, da diese von den fachgesetzlichen Eingriffsbefugnissen verdrängt werden (siehe oben 2.3). Zulässig wäre hingegen etwa die Anordnung kurzzeitiger Abschaltungen oder die Verpflichtung zur Durchführung von Maßnahmen an Masten mit dem Ziel einer Vermeidung des Anflugs oder zur „unattraktiven Gestaltung der Umgebung der WEA“.
- Grundsätzlich möglich wäre jedoch ein (Teil-)Widerruf der Genehmigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG, der allerdings Entschädigungsansprüche des Betreibers nach sich ziehen kann (siehe oben 2.1.3.3).

Fallbeispiel 2:

Für ein WEA-Vorhaben wird eine BlmSchG-Genehmigung erteilt, obwohl sich in einer Entfernung von 600 m ein Brutvorkommen des Rotmilans befindet. Das Vorkommen war der Genehmigungsbehörde bekannt. Sie kam jedoch auf Grundlage der fachlichen Einschätzung der beteiligten Naturschutzbehörde unter Verkenntung einschlägiger fachlicher Erkenntnisse zu der Einschätzung, dass nur ein geringes Vogelschlagrisiko und daher kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bestehe. Nach Errichtung der WEA soll der Betrieb eingeschränkt werden, weil die Naturschutzbehörde und ihr folgend die Genehmigungsbehörde ein signifikantes Tötungsrisiko für den Rotmilan nun bejahen.

- Anordnungen auf Grundlage des BlmSchG, insbesondere des § 17 BlmSchG, scheiden aus. Auch Anordnungen aufgrund des Umweltschadensrechts sind nicht möglich, da die Gestattungswirkung auch für eine rechtswidrige Genehmigung greift. Gleiches gilt für Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG (siehe Fallbeispiel 1).
- Ein Widerruf der Genehmigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG kommt nur in Betracht, wenn der geänderten Bewertung tatsächlich ein fachlicher Erkenntnisfortschritt zugrunde liegt (siehe oben 2.1.3.3). Hat die Genehmigungsbehörde hingegen wie hier die fachlichen Anforderungen bereits im Zeitpunkt der Zulassung verkannt, kommt allein eine Rücknahme nach § 48 Abs. 3 VwVfG in Betracht. In beiden Fällen kann dem Betreiber ein Entschädigungsanspruch zustehen (siehe oben 2.1.4).

Fallbeispiel 3:

Nach der Genehmigung und Errichtung einer WEA ist aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse (Flughöhe) davon auszugehen, dass für Individuen eines bekannten Fledermausvorkommens ein erhebliches Kollisionsrisiko besteht. Der Betrieb der betreffenden WEA soll vollständig und dauerhaft untersagt werden.

- Nachträgliche Anordnungen mit diesem Inhalt nach § 17 BlmSchG sind – aus den gleichen Gründen wie in Fallbeispiel 1 und 2 – nicht möglich. Es liegen jedoch neue Erkenntnisse vor, die zu einem entschädigungspflichtigen Widerruf der Genehmigung gem. § 21 Abs. 1 Nr. 3 BlmSchG führen können (siehe Ziff. 2.1.3.3). Eine vollständige und dauerhafte Untersagung des Betriebs wäre allerdings nicht erforderlich und daher rechtswidrig, weil sich die Einschränkung auf die sensiblen Jahres- und Tageszeiten beschränken muss.
- Die Anordnung vorübergehender, zeitweiser Abschaltungen zur akuten Gefahrenabwehr bleibt der zuständigen Naturschutzbehörde hingegen auf Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG möglich.

Fallbeispiel 4:

Nach der Genehmigung und Errichtung einer WEA unter der Auflage bestimmter Abschaltzeiten zum Schutze eines nahegelegenen Fledermausvorkommens ist aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse (Flughöhe) davon auszugehen, dass für die betroffenen Individuen kein erhebliches Kollisionsrisiko besteht. Die Behörde weigert sich, die dementsprechende Auflage aufzuheben.

Die artenschutzrechtlich begründete Auflage ist hier zwecklos (geworden). Sie wird jedoch nicht ohne Weiteres unwirksam. Insbesondere führt eine Änderung der Sachlage grundsätzlich nicht dazu, dass sich eine Auflage erledigt und daher nach § 43 Abs. 2 VwVfG unwirksam wird. Es kann aber ein Anspruch auf Widerruf der betreffenden Regelung bestehen.¹¹¹ Ferner kann die Nebenbestimmung mit Einverständnis des Genehmigungsinhabers nachträg-

¹¹¹ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 43 Rn. 15b.

lich geändert werden.¹¹² Entsprechendes gilt im Fall eines im Genehmigungszeitpunkt irrtümlich angenommenen oder eines nachträglich dauerhaft verlustig gehenden Vorkommens.

Fallbeispiel 5:

In geringer Entfernung zu einer WEA siedelt sich in einem Steinbruch ein Uhu an. Ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht, kann ohne nähere Untersuchungen nicht festgestellt werden.

- Die zuständige Naturschutzbehörde kann dem Betreiber der WEA in diesem Fall zunächst nach § 3 Abs. 2 BNatSchG die Verpflichtung auferlegen, Gefahrerforschungsmaßnahmen der Behörde zu dulden (siehe oben 2.3).

Fallbeispiel 6:

Der Betreiber eines Windparks beantragt die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer WEA mit einer Gesamthöhe von 195 m auf einem Grundstück, auf dem sich bereits mehrere kleinere WEA befinden, die im Wege des Repowering ersetzt werden sollen. Aufgrund eines zwischenzeitlich nachgewiesenen Vorkommens kollisionsgefährdeter Fledermäuse sollen während des Hauptaktivitätszeitraums jeweils von Juli bis September betriebliche Einschränkungen angeordnet werden. Die insgesamt vom Rotor überstrichene Fläche und die Gefährdung für die betroffenen Individuen sind allerdings geringer als bei den bestehenden Anlagen, die ohne entsprechende Einschränkungen derzeit betrieben werden.

- Die Errichtung der Repowering-Anlage ist keine bloße Änderungsgenehmigung, sondern eine Neuerrichtung nach § 4 BImSchG. Der Bestandsschutz der vorhandenen Anlagen entfällt mit ihrer Beseitigung. Eine gesetzliche Privilegierung, wie sie in § 6 Abs. 3 BImSchG (sog. Verbesserungsgenehmigung) bei bloßen Änderungen nach §§ 15 f. BImSchG und lediglich in Bezug auf immissionsschutzrechtliche Anforderungen besteht, gilt im Hinblick auf die Anforderungen des Artenschutzes nicht. Der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist daher umfassend zu prüfen. Inwieweit die Beseitigung der Bestandsanlagen als Vermeidungsmaßnahme angerechnet werden kann, und es daher ausreicht, wenn die Beeinträchtigung in der Gesamtbilanz reduziert wird, ist gänzlich ungeklärt. Gegen eine pauschale Anrechnungsmöglichkeit spricht, dass sie keinen Anreiz setzt, ökologische Optimierungspotenziale zu nutzen. Sie würde es ermöglichen, dass an artenschutzrechtlich eigentlich ungeeigneten Alt-Standorten festgehalten wird, die seinerzeit keiner artenschutzrechtlichen Prüfung unterzogen wurden. Hingegen kann bei Beantragung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme im Rahmen der Alternativenprüfung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG der Umstand berücksichtigt werden, dass ohne Durchführung des Vorhabens der Grad der Beeinträchtigung noch höher bliebe als bei Realisierung des Repowering-Vorhabens.

¹¹² Wasielewski, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 12 Rn. 29.

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin
T +49 30 64 494 60-60 | F +49 30 64 494 60-61
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de