

30. Rechtmäßigkeit einer nachträglichen Abschaltanordnung für eine Windenergieanlage

§ 12 BImSchG, § 3 Abs. 2, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG

1. Eine nach Abschluss des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens verfügte Abschaltanordnung für eine Windenergieanlage kann jedenfalls dann auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützt werden, wenn sich erst nach der Genehmigungserteilung die besondere Bedeutung des Anlagenstandortes für Fledermauspopulationen herausstellt.

2. Der Tatbestand des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot ist nur dann erfüllt, wenn sich das Risiko des Erfolgeintritts durch den Betrieb der Windenergieanlage in signifikanter Weise erhöht.

3. Ist ein signifikant erhöhtes Schlagrisiko durch seitens der Behörde durchgeführte Untersuchungen belegt, kann dem Betreiber einer Windenergieanlage auch ein sogenanntes Gondelmonitoring nachträglich auf Grundlage der naturschutzrechtlichen Generalklausel aufgegeben werden.

(amtl. Leitsätze)

VG Oldenburg, U. v. 06.12.2017 – 5 A 2869/17 –

Zum Sachverhalt:

[1] Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit einer Anordnung, die die Betriebszeiten der Windenergieanlage der Klägerin nachträglich einschränkt, sowie ein im Zusammenhang damit angeordnetes Gondelmonitoring.

[2] Bereits im Dezember 2001 stellte die Klägerin eine Bauvoranfrage für die Errichtung einer Windenergieanlage auf dem Flurstück ... der Flur ... der Gemarkung ... am ... Den Antrag lehnte der Beklagte zunächst ab. Ebenso wurde die diesbezüglich erhobene Verpflichtungsklage vom Verwaltungsgericht Oldenburg abgewiesen (4 A 4737/02). Erfolgreich war die Klägerin hingegen vor dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht, das den Beklagten mit Urteil vom 28. Januar 2010 zum Erlass des begehrten Bauvorbescheides verpflichtete (12 LB 243/07).

[3] In dem Bauvorbescheid vom 27. April 2010 wies der Beklagte in seiner Funktion als Untere Bauaufsichtsbehörde darauf hin, dass der Betrieb einer Windenergieanlage potentiell gegen bundesnaturschutzrechtliche Vorschriften verstoßen könne, insbesondere könnten Fledermäuse zu Schaden kommen. Vor der endgültigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Anlage holte der Beklagte daher ein Sachverständigenurachten des Diplom-Ingenieurs und Diplom-Biologen ... ein, der ein Gutachten für Frühjahr und Sommer (23. August 2010) erstellte sowie eines, das sich auf den Herbstzug der Fledermäuse konzentrierte (6. März 2011). Zur Erfassung der Fledermausaktivitäten dienten sowohl Untersuchungen mit Detektoren als auch solche mit Horchkisten. Der Gutachter stellte im Untersuchungsgebiet weder eine Habitatpräferenz noch ein ausgeprägtes Zuggeschehen fest. Er kam insgesamt zu dem Ergebnis, dass der Standort für Fledermäuse kaum Bedeutung habe.

[4] Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbescheid erging am 12. April 2012. In diesem ging der Beklagte nicht mehr auf die Notwendigkeit von Fledermausuntersuchungen oder die Möglichkeit von Abschaltzeiten zum Schutz der artengeschützten Tiere ein. Die Windenergieanlage der Klägerin vom Typ ENERCON E-53 wurde anschließend mit einer Nabenhöhe von 73,25 m und einer Nennleistung von 800 kW errichtet und ohne zeitliche Einschränkungen in Betrieb genommen.

[5] Im Zuge der Bebauungsplanverfahren für die Bebauungspläne 59A und 59B westlich und östlich der ..., holte der Beklagte (Bauordnungsamt) ein Gutachten ein, das sich mit der Verbreitung und der Aktivität von Fledermausarten im Plangebiet auseinandersetzte, da in den Bebauungsplangebieten mehrere Windenergieanlagen gebaut werden sollten. Das Gebiet des Bebauungsplans 59B schneidet im südöstlichen Bereich das Flurstück, auf dem die Windenergieanlage der Klägerin errichtet ist. Sie liegt etwa 50 m außerhalb des Planungsgebietes. Die Untersuchungen zwischen Juli 2011 und Oktober 2012 wurden allerdings in einem Umkreis von 1 km um die Bebauungsplangebiete herum vorgenommen. Der Diplom-Biologe ... stellte sein Gutachten im November 2014 fertig. Zur Untersuchung der Fledermausaktivitäten wurden erneut Detektoren und Horchkisten verwendet. Bei den Detektoruntersuchungen von Juli 2011 bis Oktober 2012 wurden im Untersuchungsgebiet insgesamt sechs Fledermausarten nachgewiesen. Häufigste (artbestimmte) Fledermausart war mit 674 Laut- und/oder Sichtkontakten die Zwergfledermaus. Die Breitflügel-Fledermaus wurde mit insgesamt 220 Nachweisen ebenfalls relativ häufig angetroffen. Weitere nachge-

wiesene Arten waren Großer Abendsegler und Kleinabendsegler. Aufgrund der meist an Wegen und Strukturen verlaufenden Detektorkartierungen waren Feststellungen dieser beiden oft im freien Luftraum fliegenden/jagenden Arten mit insgesamt 62 Nachweisen eher gering. Im Frühjahr sowie ab Ende August war als weitere Art aus der Gattung Pipistrellus die Raufledermaus mit insgesamt 50 nachgewiesenen Individuen im Untersuchungsgebiet vertreten. Von der Wasserfledermaus gelangen im Rahmen der Detektorerfassung 15 Nachweise an Gewässern im Untersuchungsgebiet. Das Kollisionsrisiko stufte der Gutachter insgesamt als hoch ein.

[6] Von dem neuen Gutachten erhielt der Beklagte in seiner Funktion als Untere Naturschutzbehörde erst im Jahr 2015 Kenntnis.

[7] Am 29. April 2016 erhielt die Klägerin ein Anhörungsschreiben des Beklagten. In dem Schreiben erklärte dieser unter anderem, dass beabsichtigt sei, ihr aufzugeben, die Windenergieanlage im Zeitraum vom 1. Mai bis 31. Juli eines jeden Jahres von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang und vom 1. August bis 31. Oktober eines jeden Jahres jeweils eine Stunde vor Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang zur Abwendung eines signifikant gesteigerten Tötungsrisikos von Fledermäusen abzuschalten, wenn die Windgeschwindigkeiten in Nabenhöhe unter 6 m/s und die Temperaturen in Nabenhöhe über 10 Grad Celsius lägen. Zudem teilte der Beklagte mit, dass er plane, zur ggf. möglichen nachträglichen „betriebsfreundlichen“ Optimierung der Abschaltzeiten ein zweijähriges Gondelmonitoring, das kontinuierliche, automatisierte Messungen der Fledermausaktivität in Gondelhöhe umfasse, anzuordnen. Sollten die Untersuchungen des Gondelmonitorings ergeben, dass auch außerhalb der Abschaltzeiten eine erhöhte Aktivität der Fledermäuse bestehe, wollte sich der Beklagte vorbehalten, die Abschaltzeiten auszuweiten. Der Beklagte gab in dem Anhörungsschreiben schließlich an, die sofortige Vollziehung der beschriebenen Verfügungs-punkte anordnen zu wollen. Für die Durchsetzung der geplanten Abschaltungsverfügung beabsichtigte der Beklagte des Weiteren, ein Zwangsgeld anzudrohen.

[8] Mit Schreiben vom 10. Mai 2016 nahm die Klägerin Stellung zu der beabsichtigten Anordnung. Sie erläuterte, dass für das Gondelmonitoring keine Rechtsgrundlage bestehe und eine solche Anordnung nach obergerichtlicher Rechtsprechung rechtswidrig sei. Für Abschaltzeiten sei anerkannt, dass eine besondere Schlaggefährdung gegeben sein müsse. Nur in Sonderfällen seien Abschaltungen zulässig. Eine nachträgliche Genehmigung gleich und verstoße gegen die Grundsätze des Bestandsschutzes. Der Beklagte nenne im Anhörungsschreiben demgemäß keine passende Rechtsgrundlage. Denkbare Rechtsgrundlagen seien §§ 48, 49 VwVfG und §§ 20 und 21 BImSchG. Zu diesen Normen enthalte das Schreiben aber keine Ausführungen. Es bestehe jedenfalls eine Entschädigungspflicht, wenn sich das Vorgehen des Beklagten auf die genannten Normen stützen lassen sollte.

[9] Als Reaktion auf das Schreiben der Klägerin übersandte der Beklagte dieser die Unterlagen aus ihrer Akte, insbesondere die zwei angesprochenen Gutachten der Sachverständigen (2010/2011) und ... (Beobachtungszeitraum 2012, Fertigstellung 2014). In einem Schreiben vom 26. Mai 2016 kündigte die Klägerin an, die Unterlagen prüfen zu wollen, wies jedoch erneut auf ihre Bedenken hin, dass eine nachträgliche Einschränkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung durch eine artenschutzrechtliche Anordnung nicht möglich sei.

[10] Am 30. Juni 2016 erließ der Beklagte den angekündigten Bescheid unter einigen Veränderungen gegenüber den im Anhörungsschreiben angekündigten Anordnungen. In Ziffer 1 des Bescheides gab er der Klägerin auf, ihre Windenergieanlage im Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Oktober eines jeden Jahres von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang abzuschalten, wenn die Windgeschwindigkeiten in Nabenhöhe unter 6 m/s und die Temperaturen in Nabenhöhe über 10 Grad Celsius betragen sowie kein Niederschlag fällt. Ziffer 2 des Bescheides ordnete das zunächst auf zwei Jahre angelegte Gondelmonitoring ab dem Frühjahr 2017 an. Die Messungen sollten jeweils zwischen dem 1. April und dem 15. November stattfinden. Zum Zwecke der Überprüfung wurde der Klägerin aufgegeben, nach dem ersten Untersuchungsjahr einen Zwischenbericht und nach Abschluss des Gondelmonitorings einen Ergebnisbericht vorzulegen. Sollte durch das Gondelmonitoring eine erhöhte Fledermausaktivität zu Zeiten nachgewiesen werden, die nicht von Ziffer 1 des Bescheides erfasst sind, behielt sich der Beklagte in Ziffer 3 des Bescheides ferner vor, die Abschaltzeiten und den Betriebsalgorithmus durch Erlass einer weiteren Verfügung anzupassen. Der Beklagte ordnete die sofortige Vollziehung der Ziffer 1 an und drohte für die Nichtbefolgung ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000,00 Euro an.

[11] Zur Begründung der Anordnung erläuterte der Beklagte, dass die Entscheidung, in Ziffer 1 des Bescheides eine Abschaltverfügung zu erlassen, auf § 3 Abs. 2 BNatSchG beruhe. Die Maßnahme diene der Durchsetzung des Verbotes aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung stehe dem naturschutzrechtlichen Vorgehen nicht

entgegen. Die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG ändere nichts daran, dass die Zuständigkeit zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften unter Einschluss derjenigen des Artenschutzrechts nach Erteilung der bundesimmissionsschutzrechtlichen Genehmigung wieder an die zum Vollzug dieser Vorschriften berufenen Behörden zurückfalle. Das Tötungsverbot für wildelebende Tiere aus dem BNatSchG sei selbst dann verletzt, wenn sich eine Tötung als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns darstelle. Im Rahmen des artenschutzrechtlichen Tötungsverbotes reiche bedingter Vorsatz aus. Um den Tatbestand des Tötungsverbotes zu erfüllen, müsse sich das Risiko signifikant erhöhen. Dies sei dann der Fall, wenn es im Bereich der Windenergieanlage zu gegenüber anderen Regionen deutlich erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten kollisionsgefährdeter, windenergieempfindlicher Arten komme. Es müsse eine Tierart gefährdet werden, die aufgrund ihrer artspezifischen Verhaltensweisen gerade im Bereich des jeweiligen Vorhabens ungewöhnlich stark von den Risiken einer Windkraftanlage betroffen sei. Die Tierart müsse sich zudem häufig im Gefährdungsbereich aufhalten. Ein erhöhtes betriebsbedingtes Tötungsrisiko sei nach dem Windenergieerlass Niedersachsen vor allem dann gegeben, wenn sich eine geplante WEA im Bereich eines regelmäßig von den kollisionsgefährdeten Fledermausarten genutzten Aktivitätsschwerpunktes befinde, wenn ein Fledermausquartier in einem geringeren Abstand als 200 m zu einer geplanten WEA liege oder an einer geplanten WEA ein verdichteter Durchzug oder Aufenthalt von Fledermäusen im Herbst oder Frühjahr festzustellen sei.

[12] Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt. Im Bereich des Standortes der streitgegenständlichen Windkraftanlage seien im Jahr 2012 sehr hohe Aktivitäten verschiedener Fledermausarten erfasst worden. Die häufigsten Arten seien dabei Zwergfledermaus und Breitflügelfledermaus gewesen. In etwas geringeren Zahlen kämen auch der Große Abendsegler, der Kleinaubendsegler und die Rauhaufledermaus vor. Diese genannten Arten gehörten zu den besonders kollisionsgefährdeten Fledermäusen und seien gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 14 b) BNatSchG streng artengeschützt. Als maßgebliche Quelle für die artenschutzrechtliche und naturschutzfachliche Einstufung der Fledermausarten dienten die Vollzugshinweise zum Schutz der Säugetierarten in Niedersachsen. Ziel des Schutzes der Säugetierarten sei die Erhaltung und Wiederherstellung des Lebensraumes und die Aufrechterhaltung und Wiederherstellung einer stabilen, langfristig sich selbst tragenden Population sowie des Verbreitungsgebietes der Arten. Besonders der Große Abendsegler und der Kleinaubendsegler genossen höchste Priorität. Aus dem Gutachten des Sachverständigen ... ergebe sich, dass es in der Nähe der streitgegenständlichen Windenergieanlage zu überdurchschnittlich hohen Aktivitäten schlaggefährdeter Fledermäuse komme. Aufgrund der guten Anbindung an Feldhecken und der Ausbildung von Ruderalsäumen an der Zufahrt und auf der Kranfläche sei der Bereich der WEA für jagende Zwerg- und Rauhaufledermäuse attraktiv. Am 31. August 2015 sei dem Beklagten überdies der Zufallsfund eines toten Abendseglers zugetragen worden. Der Totfund sowie die Messergebnisse aus dem Gutachten des Diplom-Biologen... stellten erst nach Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eingetretene Tatsachen dar.

[13] Das von § 3 Abs. 2 BNatSchG gewährte Entschließungsermessen sei bei der Entscheidung hinsichtlich der Vorgehensweise ordnungsgemäß ausgeübt worden. Schon nach Art. 12 Abs. 1 Nr. 1 der FFH-Richtlinie seien die Mitgliedstaaten der Europäischen Union verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV Buchstabe a genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen. Die Anordnung, die Rotoren zwischen dem 1. Juli und dem 31. Oktober abzuschalten, wenn die Windgeschwindigkeiten unter 6 m/s und die Temperatur über 10 Grad Celsius lägen, sei verhältnismäßig. Sie sei geeignet, das verfolgte Ziel – den Schutz der Fledermäuse – zu erreichen. Die Maßnahme sei erforderlich, da ein milderer, gleichgeeignetes Mittel nicht ersichtlich sei. Naturschutzfachlich werde die Maßnahme derzeit als einzig wirksame Minimierungsmaßnahme angesehen, wie der Windenergieerlass zeige. Zudem gelte die Abschaltverfügung nur unter den einschränkenden Voraussetzungen der Tageszeit, der Temperatur und der Windgeschwindigkeit. Die Anordnung sei für eine Zeit getroffen, in der wegen des Endes der Wochenstubezeit im Juli und dem beginnenden Herbstzug bis Ende Oktober mit erhöhter Aktivität zu rechnen sei.

[14] Gerade die in der Nähe liegenden Balz- und Jagdreviere sprächen für ein signifikant erhöhtes Risiko. Die Einschränkung der Betriebszeiten sei schließlich angemessen. Das öffentliche Interesse an dem Schutz der Fledermäuse überwiege. Dem stehe das Argument des Bestandsschutzes nicht entgegen, da sich aus dem Eigentumsrecht im Hinblick auf die Dynamik des Immissionsschutz- und sonstigen Umweltrechts keine Garantie ergebe, dass die Inhaber einer Anlage diese dauerhaft so betreiben könnten, wie sie genehmigt worden sei. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung entbinde nicht von der Beachtung des geltenden Artenschutzrechts, wenn die Zugriffsverbote erst durch Umstände aktiviert würden, die nach Erteilung

der Genehmigung eingetreten seien. Der Anlagenbetreiber könne lediglich eine Berücksichtigung seines Interesses bei der Abwägung widerstrebender Belange verlangen. Ein Umsatzverlust beschränke sich bei Abschaltungen zwischen April und Oktober Berechnungen zufolge auf 2,1 %. Art. 12 Abs. 1 der FFH-Richtlinie zeige, dass der Erhalt sämtlicher Fledermausarten ein Gemeinwohlbelang von europäischem Rang sei. Die zu erwartenden geringen Ertragsseinbußen seien zumutbar.

[15] Für die Ziffern 2 und 3 des Bescheides erläuterte der Beklagte, dass für den konkreten Einzelfall längerfristig ein abgestimmtes, art- und vorkommensspezifisches Abschaltzenario festzulegen sei. Bei der Anordnung des Gondelmonitorings gehe es um die Ermittlung des Ausmaßes der Gefahr bzw. der Störung in zeitlicher Hinsicht. Die Untersuchung solle detaillierte Erkenntnisse über die Verteilung der Fledermausaktivitäten in Abhängigkeit von Jahreszeit und Witterung/Windgeschwindigkeit liefern. Damit werde die Möglichkeit eröffnet, die Abschaltzeiten betriebsfreundlich zu optimieren. Die Qualität der Daten, die mittels kontinuierlicher Aufzeichnung in Nabenhöhe durch das Monitoring gewonnen würden, sei als höher zu bewerten, als die durch den Einsatz von Horchboxen ermittelten Werte. Insbesondere ziehende Arten flögen in größeren Höhen und könnten den Bodenmessungen entgehen. Das Monitoring sei erforderlich, um die relevanten Zeiten mit Aktivitätsschwerpunkten genauer abzugrenzen.

[16] Das Zwangsgeld sei in Höhe von 10.000,00 Euro festgesetzt worden, damit es die bezweckte Beugewirkung im Vergleich zu dem mit der Anlage angestrebten wirtschaftlichen Erfolg entfalten könne. Ferner sei der Schutz der Fledermäuse ein hochrangiges öffentliches Interesse.

[17] Gegen den Bescheid legte die Klägerin mit einem Schreiben vom 5. Juli 2016 Widerspruch ein und beantragte, die Vollziehung des Bescheides auszusetzen. In der Widerspruchs- und Antragsbegründung verwies die Klägerin erneut darauf, dass Bestandsschutzgesichtspunkte der Anordnung entgegenstünden. Betriebsausfälle seien zudem entschädigungspflichtig. Der Beklagte lehnte den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ab. Er erklärte, dass die befürchteten finanziellen Einbußen der Klägerin, die Grundlage des Aussetzungsinteresses seien, gering ausfallen würden, da die Sommermonate zu den Nachtzeiten ohnehin ertragsarm seien. Demgegenüber stehe das hohe Interesse an dem Schutz der Fledermäuse durch die Anordnung.

[18] Die Klägerin gab die Programmierung der Abschaltalgorithmen zum Fledermausschutz bei der Fa. E. in Auftrag. Des Weiteren unterbreite sie dem Beklagten ein Vergleichsangebot. Das Vergleichsangebot der Klägerin beinhaltete, dass Abschaltungen entsprechend dem Windenergieerlass des Landes Brandenburg nur bei Geschwindigkeiten unter 5 m/s vorgenommen werden sollten. Im Gegenzug wollte die Klägerin keine Entschädigungsansprüche geltend machen. Auf das Monitoring sollte hingegen der Beklagte verzichten. Der Beklagte lehnte das Vergleichsangebot ab, da er seinen Bescheid weiterhin für uneingeschränkt rechtmäßig hielt.

[19] Am 13. Juli 2016 stellte die Klägerin einen gerichtlichen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruches vom 5. Juli 2016 gegen den Ausgangsbescheid vom 30. Juni 2016. Den Antrag lehnte das Gericht mit Beschluss vom 5. April 2017 (5 B 3473/16) ab. Mit Widerspruchsbescheid vom 28. März 2017 wies der Beklagte den Widerspruch zurück.

[20] Die Klägerin hat am 26. April 2017 Klage erhoben.

[21] Zur Begründung ihrer Klage trägt die Klägerin im Wesentlichen vor, dass die Abschaltauflage aus Ziffer 1 des Bescheides rechtswidrig sei und sie in ihren Rechten verletze. Das Amt für Naturschutz und Landschaftspflege sei für die Anordnung von Abschaltzeiten nicht zuständig, da es sich faktisch um eine Teilaufhebung der Genehmigung handle. In einem solchen Fall könne ausschließlich die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde tätig werden. Die bundesnaturschutzrechtliche Rechtsgrundlage (§ 3 Abs. 2 BNatSchG) sei nicht geeignet, um bestandskräftige immissionsschutzrechtliche Genehmigungen nachträglich einzuschränken. Nach Abschluss des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens sei die genannte Norm nicht mehr anwendbar. Stattdessen griffen hier die Regelungen zur Aufhebung bestandskräftiger Genehmigungen gemäß §§ 48, 49 VwVfG bzw. §§ 20 f. BImSchG. Die Voraussetzungen der Normen seien bei Einschränkung einer bestandskräftigen Genehmigung einzuhalten. Dementsprechend liege ein Ermessensausfall vor. Durch die Abschaltverfügung würden Bestandsschutzgesichtspunkte verkannt und verletzt. Es mache einen Unterschied, ob während eines Genehmigungsverfahrens eine Abschaltauflage erlassen werde oder erst nachträglich.

[22] Nachträgliche Abschaltungen seien ansonsten höchstens als Nebenbestimmungen nach § 12 Abs. 2a BImSchG möglich, wenn ein Auflagenvorbehalt vorliege. Dies gelte auch für das Gondelmonitoring.

[23] Selbst wenn § 3 Abs. 2 i.V.m. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, auf die sich der Beklagte stütze, nach Abschluss des Genehmigungsverfahrens noch anwendbar sein sollten, könnten einzelne Totfunde von Fledermäusen keine Abschaltungen von Windenergieanlagen rechtfertigen. Auch reiche es nach der Rechtsprechung nicht, dass im Bereich einer Windkraftanlage überhaupt

schlaggefährdete Fledermausarten vorkämen. Liege eine Windkraftanlage in einer Gegend, die als Flugroute wandernder Fledermausarten diene, ergebe sich daraus lediglich ein Anfangsverdacht für ein erhöhtes Tötungsrisiko. Für ein Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG müsse dagegen feststehen, dass gerade an dem konkreten Standort der WEA und nicht nur in deren näherer und weiterer Umgebung schlagopfergefährdete Fledermäuse in einer Zahl aufträten, die die Kollision von mehr als einzelnen Individuen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten ließen. Aufgrund der hohen Anzahl an Einzelexemplaren könne bei Fledermäusen von einem Verstoß gegen das Tötungsverbot nicht schon dann ausgegangen werden, wenn hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme bestünden, dass im Zeitraum eines Jahres an einer WEA ein oder zwei Fledermäuse zu Tode gekommen seien. Zwar müsse die Opferzahl im Rahmen von § 44 Abs. 1 BNatSchG, der den Schutz einzelner Individuen und nicht ganzer Populationen im Blick habe, nicht so groß sein, dass sie sich bereits auf die Population als solche auswirke. Andererseits müsse die Zahl der potentiellen Opfer eine Größe überschreiten, die mit Rücksicht auf die Zahl der insgesamt vorhandenen Individuen einer Population sowie die Zahl der Individuen, die ohnehin regelmäßig dem allgemeinen Naturgeschehen, etwa Beutetieren, zum Opfer fielen, überhaupt als nennenswert bezeichnet werden könne. Das sei bei einem Fund von ein oder zwei Fledermäusen pro Jahr nicht der Fall. Bei Fledermäusen liege eine über den normalen Risikobereich im Naturraum hinausgehende Gefährdung in der Regel allein dann vor, wenn Hauptflugrouten betroffen seien. Selbst wenn nachträgliche Untersuchungen – auf die sich der Beklagte hier berufe – aufgegriffen werden dürften, falle auf, dass die durchgeführten Bestandsermittlungen an anderen Standorten ausgeführt worden seien. Die Horchkiste Nummer 1 sei 100 m von ihrer Anlage entfernt gewesen, wohingegen die Reichweite der Ultraschalldetektoren für die meisten Arten nur 30 m betrage. Insofern könne nicht von einer unmittelbaren Nähe der ersten Horchkiste zu ihrer Windkraftanlage gesprochen werden. Der Beklagte sei sich hinsichtlich der gefundenen Ergebnisse nicht sicher, was der Tatsache zu entnehmen sei, dass aus seiner Sicht noch umfassende Datenerhebungen durch ein Monitoring notwendig seien. Bisher fehle es an einer gutachterlichen Grundlage, um Abschaltzeiten im hiesigen Verfahren festzulegen. Die rein vorsorgliche Festlegung der Abschaltzeiten sei nicht mit der Rechtsprechung zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vereinbar.

[24] Ferner werde der Totfund am 31. August 2015 bestritten. Bei dem Finder handele es sich um einen Windkraftgegner, dessen Aussage nicht ausreichend fachlich dokumentiert und geprüft worden sei.

[25] Die Abschaltverfügung verstoße schließlich gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Beklagte habe die Abschaltungen – unterstellt diese seien überhaupt zulässig – so gering wie möglich zu halten. Nach dem brandenburgischen Windenergieerlass seien maximal Abschaltungen bis zu einer Windgeschwindigkeit von 5 m/s zulässig. Damit habe sich der Beklagte nicht auseinandergesetzt. Vielmehr habe er Untersuchungen für einen größeren Windpark unreflektiert auf den vorliegenden Fall übertragen. Es sei zu berücksichtigen, dass sie das Vorhaben auf Basis der bestandskräftigen Genehmigung, die ohne Auflagenvorbehalt ergangen sei, finanziert und umgesetzt habe. Die finanziellen Folgen der Abschaltregelung seien unvorhersehbar.

[26] Die Monitoring-Auflage sei ebenfalls rechtswidrig. Aus der Rechtsprechung ergebe sich, dass ein angeordnetes Monitoring schon nicht geeignet sei, dem Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG entgegenzuwirken, da es nicht kausal zu einer Reduzierung oder Verhinderung der Gefährdung geschützter Arten beitragen könne. Die Anordnung sei eine Maßnahme zur Eigenüberwachung. Sie diene der Gewinnung von Erkenntnissen darüber, welche Auswirkungen der Betrieb der Windkraftanlage auf die Natur und die das Umfeld der WEA nutzenden Fledermäuse habe. Dafür sei eine (eigenständige) Rechtsgrundlage erforderlich. Nach § 3 Abs. 2 BNatSchG dürften nur Maßnahmen angeordnet werden, die geeignet seien, eine etwaige Gefahrenlage oder einen Rechtsverstoß kausal zu beseitigen. Mit einer Maßnahme der Sachverhaltserforschung werde kein Kausalzusammenhang unterbrochen. Die Anordnung eines Monitorings sei kein zulässiges Mittel, um die behördlichen Ermittlungsdefizite und Bewertungsmängel zu kompensieren bzw. zu maskieren. Dies gelte im laufenden Genehmigungsverfahren und müsse daher erst Recht zu beachten sein, wenn bereits eine bestandskräftige immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorliege. Monitoring-Auflagen seien nur zulässig, soweit sie erforderlich seien, um die Einhaltung der artenschutzrechtlichen Voraussetzungen zu sichern bzw. wenn das Vorhaben andernfalls an einem artenschutzrechtlichen Verbot scheitern würde.

[27] Ziffer 3 des Bescheides sei unzulässig. Der Beklagte könne sich hier deshalb nicht die Befugnis einräumen, nachträglich aufgrund der Untersuchungsergebnisse des Monitorings weitere Einschränkungen des Betriebes der WEA zu verfügen, weil die Monitoring-Auflage unzulässig sei. Zudem kenne das Immissionsschutzrecht keine Rechtsgrundlage für eine solche Auflage. So seien gemäß § 12 Abs. 1 BImSchG selbst in einem laufenden

Verfahren lediglich Auflagen und Bedingungen zulässig, nicht aber Auflagenvorbehalte. Letztere könnten ausschließlich mit Einverständnis des Anlagenbetreibers erlassen werden. Ansonsten fehle es an einer ausreichenden Planungssicherheit auf Seiten des Anlagenbetreibers. Für die Zwangsgeldandrohung gebe es keinen Anknüpfungspunkt, da die Grundverfügung rechtswidrig sei.

[28] Die Klägerin beantragt,

[29] den Bescheid des Beklagten vom 30. Juni 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. März 2017 aufzuheben und hilfsweise für den Fall der Klageabweisung Beweis darüber zu erheben, ob und wenn ja, welche anlage- und betriebsbedingten Auswirkungen die streitgegenständliche Windkraftanlage auf Fledermäuse hat, durch Einholung eines Sachverständigengutachtens.

[30] Der Beklagte beantragt,

[31] die Klage abzuweisen.

[32] Er erwidert, er habe erst im Jahr 2015 von den Messungen des Gutachters ... Kenntnis erhalten, aus denen sich deutlich höhere Aktivitäten geschützter Fledermäuse im Bereich der Windenergieanlage der Klägerin ergäben. Die getroffenen Maßnahmen seien im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 Nr. 1 der FFH-Richtlinie und auf die nunmehr erworbenen Daten sowie den aktuellen fachwissenschaftlichen Erkenntnisstand unumgänglich. Nach Erteilung der Genehmigung falle die Zuständigkeit an die zum Vollzug der artenschutzrechtlichen Vorschriften zuständige Behörde zurück.

[33] Die Eingriffsermächtigung aus § 3 Abs. 2 BNatSchG bestehe nicht erst bei der Verletzung von Verböten, sondern bereits, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden könne, dass bei unverändertem Lauf der Dinge ein Schadensfall eintreten werde. Dies sei im Ausgangsbescheid umfassend dargelegt und bejaht worden. Der Zufallsfund eines getöteten Abendseglers stütze die Einschätzung, dass der uneingeschränkte Anlagenbetrieb mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht vereinbar sei.

[34] Die in Rede stehende WEA liege unmittelbar am Rand des Sondergebietes B-Plan 59B der Gemeinde Hatten inmitten des damaligen Untersuchungsgebietes. In seiner Beurteilung habe er die Ergebnisse der Fledermaus-Erfassungen herangezogen, die sich auf die unmittelbare Umgebung der Windkraftanlage bezögen. Das erhöhte Schlagrisiko der Pipistrellus-Arten (Zwerg- und Rauhauffledermäuse) werde vom regionalen Fledermausbetreuer Herrn ... ausdrücklich bestätigt.

[35] In der Abschaltverfügung liege keine Teilaufhebung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Bestandsschutz Gesichtspunkte seien nicht verletzt. Die Anordnung gelte nur für bestimmte Witterungsbedingungen und Tageszeiten, bei denen eine hohe Aktivität der Fledermäuse nachgewiesen sei. Eine weitere Minimierung der Abschaltalgorithmen sei nicht mehr zielführend. Ein Ermessensverstoß sei ihm aus den im Ausgangsbescheid genannten Gründen nicht vorzuwerfen. Die Windgeschwindigkeitsregelung sei angemessen, da die Abendseglerarten und die Rauhauffledermaus sogar noch bei 7,5 m/s flögen. Die Hinweise der Klägerin auf den brandenburgischen Windenergieerlass gingen fehl. Nach dem aktuelleren niedersächsischen Windenergieerlass seien Abschaltungen bis 5 m/s der Windgeschwindigkeiten nicht ausreichend. Die gewählten Abschaltalgorithmen bei Windgeschwindigkeiten < 6 m/s seien nach seiner Einschätzung bereits das mildeste wirksame Mittel.

[36] Die Anordnung des Gondelmonitorings sei ebenfalls rechtmäßig. Von § 3 Abs. 2 BNatSchG seien Gefahrerforschungsmaßnahmen gedeckt. Das Gondelmonitoring stelle sich zudem als integraler Bestandteil der Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung dar. Es diene der Überprüfung der Wirksamkeit der angeordneten Abschaltzeiten und der Feinsteuerung/Optimierung derselben. Dagegen gehe es nicht darum, defizitäre Untersuchungsergebnisse zu vervollständigen. Durch die zusätzlichen Maßnahmen solle das Ausmaß der Gefahr in zeitlicher Hinsicht und mit Blick auf die Windgeschwindigkeit genauer ermittelt werden.

[37] Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte, die Gerichtsakte zu dem Verfahren 5 B 3473/16 sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Aus den Gründen:

[38] Die Klage ist nur teilweise zulässig und hinsichtlich des zulässigen Teils unbegründet.

I.

[39] Soweit sich die Klage gegen Ziffer 3 der Anordnung richtet, in der der Beklagte erklärt, dass er sich eine weitere Abschaltverfügung vorbehalte, um an die Ergebnisse des Gondelmonitorings angepasste Abschaltzeiten verfügen zu können, ist die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwG() nicht statthaft. Denn die

oben genannte Ankündigung, bei Bedarf die Abschaltzeiten durch eine zusätzliche Anordnung auszuweiten, enthält keine Regelung. Die Ankündigung eines Verwaltungsaktes ist nicht mit der Anfechtungsklage angreifbar (Bay. VGH, Beschluss vom 27. August 2015 – 8 ZB 14.2494 –, juris Rn. 6). Ziffer 3 ist kein eigenständiger Verwaltungsakt i.S.v. § 35 VwVfG. Ebenso wenig handelt es sich bei Ziffer 3 um einen möglicherweise isoliert anfechtbaren Auflagenvorbehalt nach § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG. Der Beklagte hat sich mit dieser – zugegeben unglücklichen – Formulierung nicht vorbehalten, eine Auflage zu einem Verwaltungsakt zu ergänzen. Vielmehr geht es in Ziffer 3 um die bloße Klarstellung, dass der Beklagte auf die Ergebnisse des Gondelmonitorings durch eine weitere Verfügung reagieren wird, sollte dies notwendig sein.

[40] Im Übrigen ist die Klage zulässig.

[41] Die Ziffern 1, 2 und 5 des Bescheides vom 30. Juni 2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. März 2017 sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Eines weiteren Sachverständigengutachtens bedurfte es nicht.

[42] 1. Die Anordnung, dass die Klägerin ihre Windenergieanlage im Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Oktober eines jeden Jahres von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang abzuschalten hat, wenn die Windgeschwindigkeiten in Nabenhöhe unter 6 m/s und die Temperaturen in Nabenhöhe über 10 Grad Celsius betragen sowie kein Niederschlag fällt, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

[43] a. Rechtsgrundlage der Anordnung ist § 3 Abs. 2 des Gesetzes über Naturschutz und Landschaftspflege vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542 – BNatSchG –). Danach überwacht die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständige Behörde die Einhaltung der Vorschriften des BNatSchG und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften und trifft nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen, soweit nichts anderes bestimmt ist.

[44] Die Zuständigkeit des Beklagten ergibt sich aus §§ 2 Abs. 1, 31 Abs. 1 Satz 1 und § 32 Abs. 1 Satz 1 des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zum BNatSchG vom 19. Februar 2010 (Nds. GVBl. S. 104). Er konnte artenschutzrechtliche Vorschriften heranziehen und war nicht gezwungen, als immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde tätig zu werden. § 20 des Bundesimmissionsschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274 – BImSchG –) passt als Rechtsgrundlage nicht, da es im Rahmen dieser Norm um Einschränkungen auf immissionsschutzrechtlicher Grundlage geht. Er ist nur einschlägig, wenn ein Anlagenbetreiber einer immissionsschutzrechtlichen Auflage (BVerwG, Urteil vom 9. Dezember 1983 – 7 C 68.82 –, juris Rn. 9), einer vollziehbaren nachträglichen Anordnung nach § 17 BImSchG (Jarass, BImSchG, 12. Auflage, 2017, § 20 Rn. 12) oder einer Pflicht aus einer Rechtsverordnung nach § 7 BImSchG nicht nachkommt. Die Norm kann artenschutzrechtliche Vorschriften nicht blockieren. Gegen die Anwendbarkeit von § 21 BImSchG im vorliegenden Fall spricht, dass die nachträgliche Abschaltverfügung kein Teilwiderruf der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist. Ein Widerruf ist allein dann zulässig und die genannte Norm damit einschlägig, wenn sich die Genehmigungsfähigkeit einer Anlage – bei hypothetischer Betrachtung vor Erteilung der Genehmigung – nicht durch eine Auflage hätte herstellen lassen (Koch, in: Koch/Pache/Scheuing, GK-BImSchG, Stand: 15. EL, Oktober 2004, § 21 Rn. 112). Hier hätte die Genehmigung jedoch von vornherein – unterstellt die Untersuchungsergebnisse des Gutachters ... wären zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt gewesen – mit einer der Abschaltverfügung entsprechenden Auflage versehen werden können, um dem artenschutzrechtlichen Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG Rechnung zu tragen (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 20. April 2016 – 2 L 64/14 –, juris Rn. 48). Einem Teilwiderruf entspricht die nachträgliche Einschränkung von Betriebszeiten lediglich, wenn sie erheblich ist (Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Band III, Stand: Mai 2017, 83. Ergänzungslieferung, § 21 Rn. 13). Eine nächtliche Abschaltung

für vier Monate von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang zwischen Juli und Oktober bei Windgeschwindigkeiten unterhalb von 6 m/s und Temperaturen in Nabenhöhe von über 10 Grad Celsius sowie Trockenheit (kein Niederschlag) reicht dafür nicht. So bezeichnet das OVG Rheinland-Pfalz eine nachträgliche Abschaltverpflichtung als Auflage (Urteil vom 3. August 2016 – 8 A 10377/16 –, juris Rn. 38) und grenzt außerhalb des Bundesimmissionsschutzrechts bestehende Rechtsgrundlagen für nachträgliche Anordnungen bloß zu § 17 BImSchG ab. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG können zur Erfüllung der sich aus dem BImSchG und der aufgrund des BImSchG erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten nach Erteilung der Genehmigung Anordnungen getroffen werden. Nach ihrem klaren Wortlaut beschränkt sich diese Ermächtigung auf die Erfüllung immissionsschutzrechtlicher Verpflichtungen, also der Pflichten zur Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen i.S.v. § 5 BImSchG (OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3. August 2016, a.a.O., Rn. 41; Jarass, BImSchG, 12. Auflage, 2017, § 17 Rn. 2). Die Einhaltung der in § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG genannten anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, zu denen auch das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gehört, kann demgegenüber nicht mittels einer nachträglichen Anordnung nach § 17 BImSchG durchgesetzt werden. Es kann und muss auf eine andere Ermächtigungsnorm zurückgegriffen werden (OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 9. November 2016 – 2 L 112/14 –, juris Rn. 62; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3. August 2016, a.a.O., Rn. 41; Jarass, BImSchG, 12. Auflage, 2017, § 17 Rn. 3, 17; Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht III, Stand: 68. EL 2013, § 13 Rn. 120).

[45] Soweit das OVG Sachsen-Anhalt (Urteil vom 9. November 2016 – 2 L 112/14 –, juris Rn. 63) herausstellt, eine nachträgliche Anordnung, die die Abschaltung von Windenergieanlagen für die Dauer von insgesamt drei Monaten im Jahr jeweils zur Nachtzeit anordne, stehe einer Teilaufhebung (i.S.v. §§ 48, 49 ff. VwVfG) der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gleich, sodass die Vornahme einer Abschaltung nur von der ursprünglichen Genehmigungsbehörde wahrgenommen werden könne, folgt die Kammer dem aus den oben und noch folgend genannten Gründen nicht. Die hier betroffene Abschaltverfügung steht unter anderen, teilweise stärkeren Einschränkungen als diejenige im Urteil des OVG Sachsen-Anhalt vom 9. November 2016, die eine Ausnahme von der Abschaltverfügung an regenreichen Tagen (nicht immer bei Niederschlag) sowie für Windgeschwindigkeiten über 8 m/s (nicht 6 m/s) vorsieht und gar keine Temperaturgrenze enthält. Da auch das OVG Sachsen-Anhalt seine Aussagen in diesem Urteil davon abhängig macht, dass die nachträgliche Abschaltverfügung wegen der Intensität ihrer Einwirkung auf den Betrieb der Windenergieanlage als Teilaufhebung oder (erhebliche) Abänderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gewertet werden kann, lässt sich diese Rechtsprechung nicht pauschal auf den streitgegenständlichen Sachverhalt übertragen. Es hat – selbst wenn man der Rechtsprechung folgt – eine Einzelfallbetrachtung stattzufinden, die hier nicht zu der Annahme einer „Quasi-Teilaufhebung“ führt.

[46] Für die Abgrenzung zwischen Immissionsschutzrecht und anderem umweltrechtlichen Fachrecht ist daneben Folgendes zu beachten: Zwar erklärt das OVG Sachsen-Anhalt (Urteil vom 9. November 2016, a.a.O., Rn. 63) unter Bezugnahme auf die Kommentierung von Seibert im Kommentar zum Umweltrecht von Landmann/Rohmer (Bd. III, Stand: Mai 2017, 83. Ergänzungslieferung, § 13 Rn. 122), dass die Befugnisse der Fachbehörde dort enden, wo die nachträgliche Anordnung eine (teilweise) Aufhebung oder Abänderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung voraussetzen würde. Allerdings weist Seibert darauf hin, dass der Regelungs- und Bindungsumfang der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sich nur auf die bei Erteilung der Genehmigung erkennbaren, möglicherweise aber falsch eingeschätzten Gefahren beziehe. Spätere Veränderungen des geprüften Sachverhalts werden vom Regelungsgehalt der Genehmigung dagegen nicht erfasst (Seibert, a.a.O., Rn. 123). Zur Abwehr bei Genehmigungserteilung

nicht voraussehbarer Gefahren sind die jeweiligen Fachbehörden zuständig (Seibert, a.a.O., Rn. 124). Hierin liegt ebenfalls ein entscheidender Unterschied zu dem vom OVG Sachsen-Anhalt behandelten Sachverhalt. Denn dort ging es um bereits in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bzw. Änderungsgenehmigung verfügte Abschaltzeiten. Hier hat sich die Relevanz des Gebietes um die Anlage der Klägerin für mehrere geschützte Fledermausarten erst nach der Genehmigungserteilung im April 2012 herausgestellt und war wegen des vorangegangenen Gutachtens des Diplom-Ingenieurs und Diplom-Biologen Frank Sinnig nicht vorhersehbar. Vielmehr hat sich die artenschutzrechtliche Bedeutung der Flächen, auf denen unter anderem die streitgegenständliche WEA liegt, nach der Erteilung der Genehmigung im Gegensatz zu den 2010 und 2011 gefundenen Ergebnissen verändert. Das Gutachten ... wurde erst Ende 2014 festgestellt. Der Untersuchungszeitraum für das Gebiet des B-Plans 59B begann am 14. April 2012 und endete im Oktober desselben Jahres (Seite 15 des Gutachtens ...). In Bezug auf den artenschutzrechtlichen Fledermausschutz besteht schon keine Bindungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Klägerin, weil die Genehmigung den genannten Regelungskomplex (erhöhtes Vorkommen und Gefährdung der Fledermauspopulationen) überhaupt nicht erfasst. Auch aus diesem Grund lässt sich die Argumentation aus dem Urteil des OVG Sachsen-Anhalt nicht auf den Fall der Klägerin übertragen. In Fällen, in denen sich die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde mit außerhalb des BImSchG liegenden Problematiken nicht befasst hat, weil Gefahren erst aufgrund einer späteren Veränderung des Sachverhaltes oder nachträglicher Erkenntnisse zu Tage getreten sind, ist es rechtlich unbedenklich, dass die sachnähere Fachbehörde sich um den Erlass nachträglicher Maßnahmen kümmern kann und darf. Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht angezeigt, zu verlangen, die Genehmigungsbehörde hätte die Abschaltverfügung als Nebenbestimmung bei Genehmigungserteilung anordnen oder sich jedenfalls eine nachträgliche Auflage vorbehalten müssen.

[47] Dem Beklagten stand es hier nach Auffassung des Gerichts offen, § 3 Abs. 2 BNatSchG als Rechtsgrundlage heranzuziehen. Seine Anwendbarkeit ist nicht durch die bestandskräftig gewordene immissionsschutzrechtliche Genehmigung gesperrt (vgl. VG Augsburg, Urteil vom 17. Dezember 2015 – Au 2 K 15.1343 juris Rn. 35).

[48] Hinsichtlich der Pflichten aus anderen Vorschriften außerhalb des BImSchG ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass zu deren Vollzug die hierfür zuständigen Behörden berufen sind. Die Konzentrationswirkung bei der Genehmigung von Windenergieanlagen nach § 13 BImSchG erstreckt sich nur auf die präventive Kontrolle; nach Erteilung der Genehmigung fällt die Zuständigkeit zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften außerhalb des Immissionsschutzrechts wieder an die zum Vollzug dieser Vorschriften zuständigen Behörden zurück (ständige Rechtsprechung, vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3. August 2016, a.a.O., Rn. 41; OVG Thüringen, Beschluss vom 10. Februar 2015 – 1 EO 356/14 –, juris Rn. 54; Nds. OVG, Beschluss vom 25. Juli 2011 – 4 ME 175/11 –, juris Rn. 4; Seibert, a.a.O., § 13 Rn. 117). Die „Anpassung“ einer immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlage an nachträgliche Änderungen oder neue Erkenntnisse erfolgt nach dem jeweiligen Fachrecht (OVG Thüringen, a.a.O.). Insofern stellt der Abschluss des Genehmigungsverfahrens eine zeitliche Zäsur dar (VG Augsburg, a.a.O., Rn. 32). Derselbe Sachverhalt kann Anlass für verschiedene Behörden zum Einschreiten sein. Die Berechtigung hierzu hängt von der Zielrichtung der Maßnahme ab. Dient eine Maßnahme der Durchsetzung baurechtlicher Anforderungen, so ist – jedenfalls auch – die Bauaufsichtsbehörde zuständig (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3. August 2016, a.a.O., Rn. 41). Parallel dazu ist hier die Untere Naturschutzbehörde des Beklagten zuständig und kann unter Zugrundelegung artenschutzrechtlicher Vorschriften gegen die Klägerin vorgehen, was im Hinblick darauf, dass hier erst nach der Erteilung der Genehmigung das Gutachten ... fertiggestellt und dem Beklagten bekannt gemacht wurde, kei-

nen Bedenken begegnet. Es erscheint sinnvoll, wenn in einem solchen Fall die Untere Naturschutzbehörde als sachnähere Behörde tätig wird und auf eine Beeinträchtigungswirkung, die sich nachträglich erheblich verändert hat, reagieren kann (s.o., vgl. auch VG Oldenburg, Beschluss vom 10. Juni 2011 – 5 B 1246/11 juris Rn. 6).

[49] Die Befugnis zur Abwehr von Zuwiderhandlungen gegen naturschutzrechtliche Vorschriften setzt nicht erst bei der eingetretenen und andauernden Störung in Form einer erfolgten oder gegenwärtigen Rechtsverletzung ein, sondern bereits bei einer konkreten Gefahr. Ausreichend ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens aus Sicht eines durchschnittlichen Amtswalters mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Normverstoß führen würde (Frenz/Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Auflage, 2016, § 3 Rn. 32). Die Voraussetzungen von § 3 Abs. 2 BNatSchG sind erfüllt. Der Beklagte musste sicherstellen, dass das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht verletzt wird.

[50] b. Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Die am Standort der WEA der Klägerin vorkommenden Fledermausarten (Breitflügelfledermaus, Großer Abendsegler, Kleinabendsegler, Flughautfledermaus und Zwergfledermaus) sind nach § 7 Abs. 2 Nr. 13 b) aa) und 14 b) BNatSchG i.V.m. Anhang IV der FFH-Richtlinie (Microchiroptera) besonders und sogar streng geschützt.

[51] Nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist das Tötungsverbot individuenbezogen zu verstehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14.07 juris Rn. 91; Nds. OVG, Beschluss vom 18. April 2011 – 12 ME 274/10 –, juris Rn. 5). Dass einzelne Exemplare besonders geschützter Arten durch Kollisionen mit Windenergieanlagen zu Schaden kommen können, dürfte indes bei lebensnaher Betrachtung nie völlig auszuschließen sein. Solche kollisionsbedingten Einzelverluste sind zwar nicht „gewollt“ im Sinne eines zielgerichteten „dolus directus“, müssen aber – wenn sie trotz aller Vermeidungsmaßnahmen doch vorkommen – als unvermeidlich ebenso hingenommen werden wie Verluste im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. April 2016 – 9 A 10.15 –, juris Rn. 141; Urteil vom 9. Juli 2008, a. O.; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 4. Juni 2013 – 2 L 113/11 juris Rn. 5; OVG NRW, Urteil vom 30. Juli 2009 – 8 A 2357/08 –, juris Rn. 145). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist daher, wenn das Tötungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Hindernis für die Realisierung von Vorhaben werden soll, zur Erfüllung des Tatbestandes des artenschutzrechtlichen Tötungsverbotes zu fordern, dass sich das Risiko des Erfolgeintritts durch das Vorhaben in signifikanter Weise erhöht (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. April 2016, a.a.O.; Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1.12 –, juris Rn. 11; Urteil vom 18. März 2009 – 9 A 39.07 –, juris Rn. 58; Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3.06 –, juris Rn. 219; OVG Saarland, Beschluss vom 5. September 2017 – 2 A 316/16 –, juris Rn. 22; Nds. OVG, Beschluss vom 18. April 2011, a.a.O.; VG Minden, Urteil vom 10. März 2010 – 11 K 53/09 – juris, Rn. 69). Das ist bei Fledermäusen regelmäßig nur dann der Fall, wenn Hauptflugrouten oder bevorzugte Jagdgebiete betroffen sind (BVerwG, Urteil vom 28. April 2016, a.a.O.; Urteil vom 12. März 2008, a.a.O.). Ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG scheidet jedoch nicht deshalb aus, weil der Verlust an Einzelexemplaren möglicherweise durch eine „Populationsreserve“ wieder ausgeglichen werden kann (OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 26. Oktober 2011 – 2 L 6109 –, juris Rn. 82). Zur Beantwortung der Frage, ob ein signifikant erhöhtes Risiko für artengeschützte Tiere vorliegt, ist auf die Ergebnisse der den konkreten Standort betreffenden naturschutzfachlichen Erhebungen einerseits und das allgemeine Gefährdungspotenzial solcher Anlagen mit Blick auf die spezifischen Arten andererseits abzustellen (vgl. OVG NRW, a.a.O., Rn. 149); mithin kommt es sehr auf die Umstände des Einzelfalls und die jeweilige Tierart an.

Die Prüfung, ob naturschutzfachliche Verbote, insbesondere solche nach § 44 BNatSchG, eingreifen, setzt eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Vorhabengebiet vorhandenen Tierarten und Lebensräume voraus (vgl. BVerwG, Beschluss vom 13. März 2008 – 9 VR 9.07 –, juris Rn. 31). Die Ermittlungen müssen keinesfalls erschöpfend sein, sondern lediglich so weit gehen, dass die Intensität und Tragweite der Beeinträchtigung erfasst werden können (BVerwG, Urteil vom 12. März 2008, a.a.O., Rn. 243; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Auflage, 2016, § 44 Rn. 5). Sie müssen andererseits aber dem grundsätzlich individuenbezogenen Schutzansatz der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG Rechnung tragen, wozu Daten erforderlich sind, denen sich in Bezug auf das Eingriffsgebiet die Häufigkeit und Verteilung der geschützten Arten sowie deren Lebensstätten entnehmen lassen (Lau, a.a.O.). Der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, der sich im Wesentlichen am Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 Buchstabe a) FFH-RL und des Art. 9 der Richtlinie 79/409/EWG (Vogelschutzrichtlinie) orientiert, ist auch dann erfüllt, wenn sich die Tötung als unausweichliche Konsequenz eines Handelns erweist (EuGH, Urteil vom 30. Januar 2002 – C-103/00 –, juris Rn. 36 zu Art. 12 Abs. 1 Buchstabe b) der FFH-Richtlinie), dies sogar wenn das Verhalten ansonsten rechtmäßig ist (vgl. EuGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 – C-6/04 –, juris Rn. 113 zu Art. 12 der FFH-Richtlinie; BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008, a.a.O.; Nds. OVG, Urteil vom 10. Januar 2017-4 LC 198/15 –, juris Rn. 144).

[52] Die Klägerin verstößt durch den uneingeschränkten Betrieb der WEA gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Das Schlagrisiko der geschützten Fledermausarten ist am Standort der Anlage signifikant erhöht. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Gefährdungspotential derartiger Windenergieanlagen für Fledermäuse und aus dem Gutachten des Sachverständigen Diplom-Biologen ... für den Standort der Anlage der Klägerin. Soweit die Klägerin betont, die Untersuchungen seien wegen der Errichtung eines anderen Windparks durchgeführt worden, verfängt dies nicht. Denn der Anlass der Erstellung des Gutachtens ändert nichts an der Tatsache, dass die Bestandserfassungen auch im Gebiet um die Anlage der Klägerin durchgeführt wurden. Die Klägerin stellt allein darauf ab, dass Zwergfledermäuse ab einer Entfernung von 30 m von den Ultraschalldetektoren in den Horchkisten nicht mehr erfasst werden können und die Horchkiste 1 in einem Abstand von etwa 100 m zur Anlage der Klägerin aufgestellt wurde. Abgesehen davon, dass sich beispielsweise der Große Abendsegler bis zu einer Entfernung von 100 bis 150 m durch einen Ultraschalldetektor nachweisen lässt, wurde an allen im Umkreis der streitgegenständlichen Windenergieanlage aufgestellten Horchkistenstandorten ab August ein hohes und vereinzelt mittleres Konfliktpotential ermittelt (Tab. A7 des Anhangs zum Gutachten ...). Unabhängig von den Horchkistenstandorten und der Reichweite ihrer Ultraschalldetektoren bei Zwergfledermäusen – nur auf diese bezieht sich die 30 m-Angabe aus dem Gutachten – konnten anhand der vorgenommenen Kartierungen (unter anderem) Zwergfledermäuse sowie ihre Jagdgebiete nahe der WEA festgestellt werden. Das Untersuchungsgebiet betraf vor allem hinsichtlich der Kartierungen einen Bereich im Radius von 1 km um die geplanten Baugebiete, sodass das Gutachten belastbare Ergebnisse für die Anlage der Klägerin liefert. Nach dem „Leitfaden Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“ (Nds. MBI, Nr. 712016, Anlage 2 zum Windenergieerlass Niedersachsen, Nr. 5.2) ist ein Abschaltmaßnahmen auslösendes erhöhtes Tötungsrisiko ferner – neben weiteren Voraussetzungen – dann indiziert, wenn sich ein Fledermausquartier in einem geringeren Abstand als 200 m zu einer geplanten WEA befindet. Die in 100 m Entfernung zur Anlage der Klägerin aufgestellte Horchkiste 1 war also durchaus geeignet, hier für die Entscheidungsfindung grundlegende Resultate zu erzielen.

[53] Die Daten aus der zentralen Fundkartei der Staatlichen Vogelschutzwarte im Landesamt für Umwelt Brandenburg (<http://www.lugv.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.312579.de>) er-

geben für Niedersachsen 132 Totfunde Großer Abendsegler, 167 Totfunde der Rauhauffledermaus und 92 Totfunde der Zwergfledermaus (Stand: 1. August 2017). Spätsommer und Herbst stellen dabei den Zeitraum mit einer erhöhten Kollisionsgefahr dar (Landesamt für Natur und Umwelt des Landes Schleswig-Holstein, Empfehlungen zur Berücksichtigung tierökologischer Belange bei Windenergieplanungen in Schleswig-Holstein, S. 64). Schon im Jahr 2011 wurde geschätzt, dass im Durchschnitt an jeder der zurzeit ca. 22.000 in Deutschland betriebenen WEA 10 (9,5 in den Monaten Juli bis September) Fledermäuse pro Jahr getötet werden (www.fledermausschutz-rlp.de/expertenpapier.pdf m.w.N.). Inzwischen wurde durch unterschiedliche Studien und Untersuchungen nachgewiesen, dass Fledermäuse häufiger durch Kollisionen an Windenergieanlagen getötet werden als Singvögel (Landesamt für Natur und Umwelt, a.a.O.). Dabei handelt es sich oft um wandernde Fledermausarten wie die Abendsegler und die Rauhauffledermaus, da wandernde Arten, die sich in den Durchzugsgebieten nicht so gut auskennen wie Lokalpopulationen, vermutlich Probleme haben, trotz Ultraschall-Echoortung die hohe Rotorblattgeschwindigkeit einzuschätzen (Landesamt für Natur und Umwelt, a.a.O.). Zwergfledermaus und Breitflügelfledermaus – beide sind wanderfähige Arten – zählen ebenfalls zu den häufig bis sehr häufig an WEA verunfallten Fledermäusen. Nach verschiedenen Studien kann zudem nicht nur die Kollision von Fledermäusen mit WEA zu ihrem Tod führen. Eine Vielzahl der Fledermäuse stirbt außerdem durch die Reduktion des Luftdrucks im Bereich der Rotorblätter. Dieses führt zu einer Schädigung der Lunge, dem sogenannten „Barotrauma“.

[54] Das signifikant erhöhte Risiko des Erfolgeintritts (also der Tötung von Fledermäusen durch die WEA) an der streitgegenständlichen Anlage ergibt sich aus den zahlreich um den Standort der Anlage vorhandenen Fledermäusen in der Wochenstubezeit und zum Herbstzug zwischen Juni und Oktober eines jeden Jahres, die durch den Gutachter ... überzeugend festgestellt wurden. Die von dem Sachverständigen im Rahmen des Bebauungsplanverfahrens gefundenen Ergebnisse waren für den Beklagten neue Erkenntnisse, da der Gutachter ... zuvor im Jahr 2010 vor Errichtung der Anlage der Klägerin zu dem abweichenden Ergebnis gekommen war, dass das Gebiet um die Anlage der Klägerin eine geringe Relevanz für Fledermäuse habe und daher nicht mit einem hohen Schlagrisiko zu rechnen sei. Dass die Datenerhebung des neueren Gutachtens zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides zwischen vier und fünf Jahren alt war, steht einer Verwendbarkeit für die Betrachtung des Schlagrisikos für die Fledermäuse nicht entgegen, weil Daten ökologischer Bestandserfassungen bis zu einem Alter von fünf Jahren als aktuell anzusehen sind (VGH Hessen, Beschluss vom 2. Januar 2009 – 11 B 368/08.T –, juris Rn. 398). Wenn innerhalb des in Rede stehenden Zeitraums kein Nutzungs- und Strukturwandel stattgefunden hat und keine wesentliche Veränderung von Standortbedingungen eingetreten ist, schadet selbst ein Alter der Daten von sechs bis sieben Jahren nicht (VGH Hessen, a.a.O.; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Auflage, 2016, § 44 Rn. 6). Soweit nur in der ersten Nachthälfte Untersuchungsergebnisse genommen wurden, dürften sich die Gesamtzahlen aus Hochrechnungen ergeben, wobei in der zweiten Nachthälfte in der Regel geringere Aktivitäten nachzuweisen sind.

[55] Ob auch bei nachträglichen Anordnungen ebenso wie im Bereich der Planungen und Genehmigungen der zuständigen Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative zuerkannt und die gerichtliche Prüfung auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt werden muss (BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40,11 juris Rn. 14), weil zur fachgerechten Beurteilung dieser Frage fachliche Kenntnisse zu Fledermäusen maßgeblich sind, die zu treffende Entscheidung prognostische Elemente enthält und überdies naturschutzfachlich allgemein anerkannte standardisierte Maßstäbe und rechenhaft handhabbare Verfahren fehlen, mag dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls für den hier zu entscheidenden Einzelfall ist die Kammer der Überzeugung, dass sich aufgrund der

standort- und artenspezifischen Besonderheiten eine signifikante Erhöhung des Erfolgseintritts feststellen lässt.

[56] Insgesamt konnten in den Plangebietern vom Abendsegler 45 Feststellungen über den gesamten Erfassungszeitraum dokumentiert werden. Während der Begehungen stellte der Gutachter sieben Mal Kleinabendsegler fest. Mit 220 Erfassungen wurde die Breitflügelfledermaus häufig nachgewiesen. Bei der Zwergfledermaus kam es zu 674 Detektorkontakten, daneben gelangen 50 Nachweise der Raufhautfledermaus. Im Geltungsbereich des Bebauungsplans 59B wurden am Horchkistenstandort 1 in der Nähe der WEA der Klägerin, die an ... und ... von Gehölz und Buschwerk bzw. Baumbestand (Eichen) umrahmt ist, die höchsten Kontaktsummen ermittelt (Seite 39 und Abb. 14 auf Seite 40 des Gutachtens). Insgesamt betrachtet wies der Horchkistenstandort 1 für alle Arten/ Artengruppen die höchsten Kontaktsummen-Werte überhaupt auf. Lediglich Arten der Gattung *Nyctalus* waren am Standort 4 im Geltungsbereich des B-Plans 59B mit noch höheren Summen vertreten. Der Gutachter bewertete die Flugaktivitäten über den gesamten betrachteten Zeitraum am Horchkistenstandort 1 als hoch; sehr hohe Aktivitäten gab es vor allem im Juli und in der Herbstzugphase (Seite 42 des Gutachtens). Der Sachverständige nimmt insofern ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko an (Seite 45 des Gutachtens). Es findet sich zudem ein Balzrevier der Zwergfledermaus in etwa 150 m Entfernung zur Anlage der Klägerin (Seite 39 des Gutachtens sowie Karte 7 des Anhangs zum Gutachten). Zwergfledermäuse wurden im gesamten Erfassungszeitraum bei Jagd- und Transferflügen häufig angetroffen (Seite 28 des Gutachtens sowie Karte 2 des Anhangs zum Gutachten). In den Sommermonaten konnten hier außerdem langandauernde Jagdflüge von Arten der Gattung *Nyctalus* (Abendsegler) aufgezeichnet werden (Seite 24 des Gutachtens). Unter anderem der ... und die angrenzende Ackerfläche wurden als wichtige Jagdhabitats festgestellt (Anhang zum Gutachten). Es besteht damit nicht „nur“ ein Anfangsverdacht einer signifikanten Risikoerhöhung. Hier sind neben Flugrouten der wandernden Fledermausarten (vor allem des Abendseglers) sogar weitere Jagdgebiete und ein Balzrevier der wanderfähigen (nicht wandernden) Zwergfledermaus festgestellt worden. Für die Monate Juni und Juli sowie August bis Anfang Oktober nimmt der Gutachter insgesamt ein hohes Kollisionsrisiko an (Seite 47 des Gutachtens und Tab. A7 des Anhangs). Aus den Verwaltungsvorgängen ergibt sich des Weiteren, dass ein toter Großer Abendsegler im Bereich der Anlage der Klägerin gefunden wurde, was durch Fotografien belegt wird (81. 81 bis 84 BA 001).

[57] c. Der Beklagte hat bei der Anwendung von § 3 Abs. 2 i. V. m. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ermessensfehlerfrei entschieden, die Abschaltverpflichtung zu erlassen.

[58] Gesichert ist zwar, dass das Schlagrisiko vorrangig im Planungs- und Genehmigungsverfahren zu untersuchen und zu berücksichtigen ist, sodass der Inhaber einer bestandskräftigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung einen erhöhten Vertrauensschutz in den zugelassenen Betrieb seiner Anlage hat. Gleichwohl gilt die Genehmigung nicht statisch und quasi unveränderbar fort, sondern der Betreiber hat wegen der Dynamik im Immissionsschutz- und übrigen Umweltrecht stets mit der Einschränkung und Anpassung seiner Genehmigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu rechnen (VG Oldenburg, a.a.O., Rn. 5). Einen Anspruch darauf, dass Genehmigungen unverändert fortgehen, gibt es nicht (VG Augsburg, a.a.O., Rn. 35). Insbesondere dann, wenn gegenüber der Genehmigungslage nachträglich Umstände eintreten, die die Genehmigungsvoraussetzungen – zu denen gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG als „andere öffentlich-rechtliche Vorschriften“ die naturschutzrechtlichen Artenschutzbestimmungen (hier § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG) zählen – in Frage stellen, kann sich der Genehmigungsinhaber nicht pauschal und uneingeschränkt auf den Bestandsschutz berufen. Vielmehr kann er nur verlangen, dass die Behörde die Legalisierungswirkung der Genehmigung beachtet und seine Belange sorgfältig unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls mit Art und Gewicht der nachträglich

eingetretenen Gründe abwägt, die einer uneingeschränkten (Neu-) Genehmigung entgegenstehen könnten. Der so verstandene Bestandsschutz muss (spätestens) auf Ebene der Verhältnismäßigkeit bzw. des Ermessens beachtet werden. Dies hat der Beklagte getan.

[59] Er hat abgewogen, wie zwischen dem Schutz der Fledermäuse und dem Betrieb der Anlage ein Interessenausgleich hergestellt werden kann, der sowohl dem Bestandsschutz der Windkraftanlage als auch dem Artenschutz Rechnung trägt. Abschaltzeiten und Bedingungen (Windgeschwindigkeiten, Temperaturen, Niederschlagsregelung) entsprechen der „ARBEITSHILFE Naturschutz und Windenergie – Hinweise zur Berücksichtigung des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei Standortplanung und Zulassung von Windenergieanlagen“ (Stand: Oktober 2014) des Niedersächsischen Landkreistages (S. 26) und dem niedersächsischen Windenergieerlass (Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen an Land (Windenergieerlass) – Gem. RdErl. d. MU, d. ML, d. MS, d. MW u. d. MI v. 24. Februar 2016 – MU-52-29211/1/300 – Leitfaden, Anlage 2, Nr. 7.3, S. 224). An Vorgaben des Windenergieerlasses des Landes Brandenburg (Beachtung naturschutzfachlicher Belange bei der Ausweisung von Windeignungsgebieten und bei der Genehmigung von Windenergieanlagen – Erlass des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz vom 1. Januar 2011, S. 5), der das Abschalten einer Windenergieanlage bei Windgeschwindigkeiten unter 5 m/s vorsieht, musste sich der Beklagte hingegen nicht orientieren, zumal die Vorgaben aus Niedersachsen aktueller sind. Das dort genannte Vorgehen wird naturschutzfachlich derzeit als einzig wirksame Minimierungsmaßnahme angesehen. Die Abschaltzeit zwischen Juli und Oktober eines Jahres nimmt auf den Herbstzug der Fledermäuse Rücksicht, da in dieser Zeitspanne das höchste Schlagrisiko besteht. Auf eine Abschaltanordnung zwischen April und Juni hat der Beklagte dagegen vorerst verzichtet, obwohl dies zumindest nach der ARBEITSHILFE Naturschutz und Windenergie möglich gewesen wäre. Hinzu kommt, dass der Beklagte zugunsten der Klägerin von einer vorrangigen Betroffenheit von Zwerg und Breitflügelfledermäusen ausgegangen ist. Ansonsten wäre in Bezug auf die Windgeschwindigkeiten nach der ARBEITSHILFE eine Abschaltung bereits unter 7,5 m/s zu erwägen gewesen.

[60] Der Beklagte hat sich im Zuge seiner Entscheidungsfindung ferner mit den möglichen Gewinneinbußen der Klägerin auseinandergesetzt. In dem Bescheid vom 30. Juni 2016 erläutert er überzeugend, dass der Schutz der Fledermäuse höher anzusetzen ist als die Interessen der Klägerin und dass mit der getroffenen Maßnahme eine verhältnismäßige Regelung gefunden wurde. Dabei ist hervorzuheben, dass Fledermäuse gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 14 b) BNatSchG i. V. m. Anhang IV der FFH-Richtlinie streng artengeschützt sind, wobei nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sogar die Gefährdung „nur“ besonders geschützter Tiere ausreichen würde. Nach der aktuell immer noch gültigen Roten Liste für Niedersachsen gilt der Kleinabendsegler als vom Aussterben bedroht. Drei weitere Arten (Großer Abendsegler, Breitflügelfledermaus und Raufhautfledermaus) gelten als stark gefährdet. Als gefährdet eingestuft werden dort die Wasserfledermaus sowie die Zwergfledermaus (Rote Liste der in Niedersachsen und Bremen gefährdeten Säugetierarten von Hartmuth Heckenroth, 1. Fassung vom 1. Januar 1991, Informationsdienst Naturschutz Niedersachsen 6/93, S. 223). Art. 12 Abs. 1 Buchstabe a) der FFH-Richtlinie zeigt, dass der Erhalt sämtlicher Fledermausarten – von Anhang IV Buchstabe a) sind alle Arten der Microchiroptera umfasst – ein Gemeinwohlbelang von europäischem Rang ist.

[61] Woran die Klägerin zu erkennen glaubt, der Beklagte habe lediglich pauschal die Auflagen für einen neuen Windpark auf sie übertragen, erschließt sich nicht, da die Anordnung den Vorgaben der ARBEITSHILFE und des Windenergieerlasses entspricht bzw. die dort vorgeschlagenen Parameter teilweise zugunsten der Klägerin anpasst.

[62] d. Da eine Gefährdung geschützter Arten durch die Anlage aufgrund der Untersuchungsergebnisse des Gutachters ... bereits festgestellt, konnte die Anordnung in Ziffer 1 des Bescheides auch

ohne vorhergehendes Monitoring getroffen werden. Die Anordnung des Gondelmonitorings zeigt entgegen der Ansicht der Klägerin nicht, dass der Beklagte davon ausgeht, dass das Vorliegen einer Gefahr noch nicht sicher feststeht. Das Monitoring dient der Überprüfung des Erfolges der angeordneten Maßnahmen und der Feinabstimmung. Es wäre angesichts des Grundgedankens des Artenschutzes widersinnig, bei dieser Sachlage zunächst das zweijährige Gondelmonitoring abzuwarten, bevor der Beklagte überhaupt eingreifen könnte, zumal die gutachterlichen Untersuchungen hier ein erhöhtes Schlagrisiko nachgewiesen haben. Die Abschaltungen wurden somit nicht pauschal festgesetzt, sondern als Reaktion auf einen Verstoß gegen § 44 BNatSchG. Der Beklagte orientierte sich bei der Festlegung der Abschaltzeiten im Übrigen rechtsfehlerfrei an dem „Leitfaden Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“. Dort ist als ein möglicher Abschaltzeitraum der Herbstzug/Bezug der Winterquartiere vom 15. Juli bis 31. Oktober genannt. Auf Abschaltzeiten während der Wochenstubezeit zwischen dem 1. Mai bis zum 31. Juli hat er (vorerst) größtenteils verzichtet, obwohl schon im Juni hohe Fledermausaktivitäten am Horchkistenstandort 1 nachgewiesen werden konnten (Seite 47 des Gutachtens). Insbesondere die Zwergfledermäuse wurden während der gesamten Erfassungszeit bei Jagd- und Transferflügen häufig angetroffen. In dem Leitfaden ist außerdem gerade festgelegt, dass die Abschaltzeiten durch ein Gondelmonitoring nachträglich „betriebsfreundlich“ optimiert werden können (Nr. 7.3), nicht jedoch, dass Abschaltzeiten, bevor die Ergebnisse des Gondelmonitorings vorliegen, nicht verfügt werden könnten. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist eine Abschaltanordnung unter diesen Voraussetzungen vielmehr möglich (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 27. April 2017 – 8 B 10738/17 –, juris Rn. 14). Ein Monitoring kann auch angeordnet werden, um die Wirksamkeit anderer Schutzmaßnahmen, die primär einzuhalten sind, im Nachhinein zu überprüfen (Nds. OVG, Urteil vom 10. Januar 2017, a.a.O.). In der ARBEITSHILFE werden Abschaltzeiten zwischen Anfang Juli bis Oktober oder im begründeten Einzelfall von April bis Ende Oktober/November genannt, wobei diese ausdrücklich auch wegen der Ergebnisse bodengebundener Erfassungen – und nicht nur infolge eines Monitorings – angeordnet werden können. Der Betrieb der Anlage ohne signifikant erhöhtes Tötungsrisiko muss gewährleistet sein, bevor ein zur Feinsteuerung eingesetztes Gondelmonitoring durchgeführt wurde. Die vorgenannten beiden Unterlagen können bei der Festlegung von Abschaltzeiten herangezogen werden könnten (vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 26. Oktober 2016 – 12 ME 58/16 –, juris Rn. 46).

[63] 2. Die Anordnung eines Gondelmonitorings zur Überprüfung der Wirksamkeit des Abschaltalgorithmus sowie zur ggf. nachträglichen „betriebsfreundlichen“ Optimierung der Abschaltzeiten konnte auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützt werden. Die Generalklausel des Bundesnaturschutzrechts stellt insofern eine geeignete Rechtsgrundlage dar.

[64] Die von der Klägerin zum Gondelmonitoring zitierte Rechtsprechung des OVG Sachsen-Anhalt (Urteil vom 13. März 2014 – 2 L 215/11 juris) ist auf den streitgegenständlichen Sachverhalt nicht übertragbar. In dieser Entscheidung erläutert das OVG Sachsen-Anhalt, eine Monitoring-Auflage könne nicht aufgrund von § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG erlassen werden, weil sie bereits nicht geeignet sei, dem Tötungs- bzw. Verletzungsverbot entgegenzuwirken und das vom Beklagten angeführte Kollisionsrisiko für die Fledermause zu reduzieren. Durch die Suche nach getöteten Tieren könne eine Tötung der Tiere nicht verhindert werden. Für die Anordnung einer Eigenüberwachung bedürfe es einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung, die nicht bestehe.

[65] Das Nds. OVG (Urteil vom 10. Januar 2017 – 4 LC 198/15 juris Rn. 142) vertritt hierzu eine andere Auffassung, der sich die Kammer anschließt:

[66] „Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG kann allerdings einem Vorhabenträger zur Sicherstellung der

Genehmigungsvoraussetzungen ein auf Erfolgskontrolle gerichtetes sog. „Monitoring“ auferlegt werden, welches der dauerhaften Beobachtung der angeordneten Schutz- und Kompensationsmaßnahmen dient und auch die Vorlage von Berichten umfasst. Insbesondere beim Habitat- und Artenschutz ist es anerkannt, dass die Anordnung von Beobachtungsmaßnahmen ein notwendiger Bestandteil eines Schutzkonzeptes sein kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20.05 –, BVerwGE 128, 1 Rn. 55; Urt. v. 6.11.2012 – 9 A 17.11 –, BVerwGE 145, 40 Rn. 48, 117 ff.; Urt. v. 28.3.2013 – 9 A 22.11 –, BVerwG 146, 145 Rn. 39 ff.; Nds. OVG, Beschl. v. 18.4.2011 – 12 ME 274/10 –, NVwZ-RR 2011, 363; Urt. v. 14.8.2015 – 7 KS 121/12, NuR 2016, 261, 272; Urt. v. 22.4.2016 – 7 KS 27/15 –). Denn gerade bei wissenschaftlicher Unsicherheit über die Wirksamkeit von Schutz- und Kompensationsmaßnahmen kann es sich anbieten, durch ein Monitoring weitere Erkenntnisse über die Beeinträchtigungen zu gewinnen und dementsprechend die Durchführung des Vorhabens zu steuern.“

[67] Einer Anwendung der Rechtsprechung des OVG Sachsen-Anhalt (Urteil vom 13. März 2014) steht im Übrigen schon entgegen, dass § 12 BImSchG nicht als Rechtsgrundlage herangezogen wurde, sondern § 3 Abs. 2 BNatSchG. Eine immissionsschutzrechtliche Nebenbestimmung in der Genehmigung selbst konnte es hier nicht geben, da erst nachträglich ein signifikant erhöhtes Schlagrisiko am Standort der Anlage durch die Untersuchungen nachgewiesen wurde. Der Hinweis der Klägerin auf § 12 BImSchG überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Vielmehr ist auch bezüglich Ziffer 2 des Bescheides festzustellen, dass wegen der neuen Sachverhaltskonstellation nach Genehmigungserteilung der Weg ins Fachrecht offen stand. Zu diesem Ergebnis kommt auch der von der Klägerin zitierte Aufsatz (Ruß, Artenschutzrechtliche Monitoring-Auflagen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen – Teil I; Monitoring ohne Risikomanagement, ZUR 2017, 602 (604) Fn. 19), der herausstellt, dass bei nachträglichen Monitoring-Auflagen das Naturschutzrecht anzuwenden ist.

[68] § 3 Abs. 2 BImSchG ist als Grundlage für die Anordnung von Gefahrerforschungsmaßnahmen anerkannt, auch wenn lediglich ein Gefahrenverdacht besteht (Nds. OVG, Beschluss vom 26. Oktober 2015 – 4 ME 229/15 –, juris Rn. 6; VG Augsburg, a.a.O., Rn. 36). Sie wird demzufolge ohne das Erfordernis einer konkreten Verhinderungskausalität als Rechtsgrundlage für Maßnahmen zur Abklärung einer Gefahr angewendet. Zwar ermächtigt § 3 Abs. 2 BNatSchG die untere Naturschutzbehörde trotz der zulässigen Anordnung von Gefahrerforschungsmaßnahmen nicht zu Verfügungen, die einer – gesetzlich nicht vorgesehenen – Eigenüberwachung des Anlagenbetriebs gleichkommen bzw. die dazu führen, dass die der Behörde von Amts wegen obliegende Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung einschließlich der damit einhergehenden Kostenlast auf den als sog. „Nichtstörer“ anzusehenden Anlagenbetreiber abgewälzt wird (vgl. VG Augsburg, a.a.O., Rn. 37). Jedoch liegt ein solcher Fall hier nicht vor. Die Klägerin ist nicht als „Nichtstörerin“ anzusehen, sondern als Störerin, da sie durch den uneingeschränkten Betrieb ihrer WEA gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstößt. Dies steht hier fest, da das signifikant erhöhte Schlagrisiko durch die Untersuchungen des Gutachters ... bestätigt wurde.

[69] Der Unterschied zu den von der Klägerin zitierten Fällen besteht darin, dass die „Gefahr“ und damit das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG belegt sind. Es geht nicht einmal mehr nur darum, dass Gefahrerforschungsmaßnahmen bei einem Gefahrenverdacht angeordnet werden können, der Sachverhalt ist – seitens des Beklagten – bereits über einen bloßen Verdacht hinaus ermittelt worden. Das Gondelmonitoring dient somit nicht einer Sachverhaltsermittlung, die entgegen dem Grundsatz aus § 24 VwVfG auf die Klägerin abgewälzt wird, sondern der Überprüfung des Erfolges der Abschaltverfügung und der Optimierung des Artenschutzes durch die Erforschung des Umfangs der (feststehenden) Gefahr. In solchen Fällen ist es im Umweltrecht in der Regel so, dass nähere Untersuchungen durch

den Betreiber einer Anlage oder den Eigentümer eines Grundstücks selbst durchgeführt werden müssen. Wenn nicht bloß ein Gefahrenverdacht besteht, sondern eine Gefahr tatsächlich vorliegt, dienen die eingeleiteten Maßnahmen nicht allein dazu, Art, Umfang und Ausmaß, sondern auch die geeigneten und erforderlichen Mittel zur Abwehr der Gefahr zu bestimmen. So ist Ziel des Gondelmonitorings die Notwendigkeit weiterer Mittel – beispielsweise geringerer oder umfangreicherer Abschaltzeiten – zur Gefahrenabwehr zu ermitteln. Damit wird letztlich zugleich im Interesse des Pflichtigen ein erster Schritt getan, die Gefahr oder Störung zu beseitigen (OVG Hamburg, Urteil vom 17. Mai 2000 – 5 Bf 31/96 –, juris Rn. 173). Steht – wie hier – schon fest, dass eine reale Gefahr oder Störung vorhanden ist, ist aber noch ungewiss, in welchem Umfang sie besteht und damit welche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr situationsangemessen sind, trifft den potenziell Verantwortlichen die (weitere) Gefahrforschungspflicht (OVG Hamburg, a.a.O.; vgl. zudem VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8. Februar 1993 – 8 S 515/92 –, juris Rn. 50). Es ist zulässig, begleitende Untersuchungen mit dem Ziel anzuordnen, die Grenze der angeordneten Abwehr- bzw. Beseitigungsmaßnahmen zu bestimmen (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7. Mai 1991 – 1 A 10297/89 –, juris Rn. 55). Eine bloße Kompensation behördlicher Ermittlungsdefizite liegt darin nicht.

[70] Von der Rechtsgrundlage ist die Anordnung der Beibringung von Ergebnisberichten eingeschlossen, um die Resultate des Gondelmonitorings erfassen und die Abschaltzeiten eventuell anpassen zu können.

[71] 3. Die Androhung des Zwangsgeldes war ebenfalls rechtmäßig (§§ 64, 65 Abs. 1 Nr. 2, 67 Abs. 1, 70 Nds. SOG). Die Höhe des Zwangsgeldes dürfte in Hinblick auf das (finanzielle) Interesse der Klägerin, sich nicht an die Abschaltanordnung zu halten, und den hohen Stellenwert des Artenschutzes angemessen sein.

[72] 4. Dem für den Fall der Klageabweisung hilfsweise gestellten Beweisantrag, ein Sachverständigengutachten über die Frage einzuholen, ob und wenn ja, welche anlage- und betriebsbedingten Auswirkungen die streitgegenständliche Windkraftanlage auf Fledermäuse hat, brauchte das Gericht nicht nachzugehen. Es übte das ihm zustehende Ermessen (§ 98 VwGO i. V. m. §§ 404, 412 ZPO) dahingehend aus, dass ein Beweis in Gestalt eines Sachverständigengutachtens nicht zu erheben ist. Die Kammer ist aufgrund der Darlegungen der Beteiligten, der eingereichten Unterlagen, des Profils des jetzigen Betriebs und der Verhältnisse des Vorhabens hinreichend sachkundig. Durch das Gutachten ... ist nach Auffassung des Gerichts ein signifikant erhöhtes Schlagrisiko am Standort der streitgegenständlichen Anlage nachgewiesen. Dieses Gutachten wurde von der Klägerin nicht substantiiert in Zweifel gezogen. Die Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Vorhabengebiet vorhandenen Tierarten und Lebensräume hat das Vorliegen der Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bereits belegt. Nähere Untersuchungen im Rahmen eines Gondelmonitorings sind – auch insoweit ist der Bescheid vom 30. Juni 2016 rechtmäßig – gerade der Klägerin aufgegeben worden. Ein weiteres Sachverständigengutachten mit oben genanntem Inhalt war hier für die Entscheidungsfindung nicht notwendig. Im Übrigen ist der Beweisantrag, ob und wenn ja, welche Auswirkungen die Anlage der Klägerin hat, so wie er formuliert ist, ein unzulässiger Ausforschungsbeweis.