

Az.: 4 B 376/18
2 L 208/18

beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

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

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

wegen

Immissionsschutzrechts; Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 4. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Künzler und die Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Pastor und Dr. John

am 12. April 2019

beschlossen:

Die Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 12. September 2018 - 2 L 208/18 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor dem Oberverwaltungsgericht.

Der Streitwert für das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht wird auf 13.000,- € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die nachträgliche Anordnung von Abschaltzeiten für eine von ihr betriebene Windkraftanlage.

- 2 1. Der Antragsgegner erteilte der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin am 30. Juni 2014 die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windkraftanlage (nachfolgend: WKA) vom Typ Enercon E-82 - E2 mit einer Nabenhöhe von 78 m, einem Rotordurchmesser von 82 m und somit von einer Gesamthöhe von 119 m auf dem Flurstück G 1 der Gemarkung In der Genehmigung sind im „Abschnitt C - Nebenbestimmungen“ verschiedene „naturschutzrechtliche Auflagen“ enthalten. Die Auflagen unter Nr. C-8.1, die im Genehmigungsverfahren Gegenstand eines Schriftwechsels zwischen den Beteiligten waren und denen die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 26. Juni 2014 zugestimmt hat, betreffen u. a. die Verpflichtung, zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Inbetriebnahme der Anlage ein zweijähriges Schlagopfermonitoring durchzuführen. Danach sind vom 1. April bis 31. Oktober die durch den Anlagenbetrieb getöteten Vögel und Fledermäuse zu ermitteln. Die Suche hat nach den Auflagen Nr. C-8.1.2 und Nr. C-8.1.3 unter der vorhandenen Anlage und innerhalb eines Suchradius zu erfolgen, der der Gesamthöhe der Anlage zu entsprechen hat und keinesfalls kleiner als 50 m sein darf. Nach Nr. C-8.1.13 der Auflage ist aus der Anzahl der aufgefundenen Fledermäuse, dem durch Ermittlung der

Sucheffizienz zu berechnenden Anteil der übersehenen Tiere und dem durch Tests zur ermittelnden Anteil der durch Aasfresser abgetragenen Kadaver sowie dem Flächenanteil der abzusuchenden bzw. absuchbaren Fläche, der nicht abgesucht wurde, die Schlagopferrate zu berechnen. Ferner enthält der Bescheid „Naturschutzrechtliche Auflagenvorbehalte“. In der auf Fledermäuse bezogenen Auflage Nr. C-8.2.1 behält sich der Antragsgegner den Anlagenbetrieb beschränkende Auflagen vor. Diese könnten insbesondere durch die Festsetzung von Abschaltzeiten der Anlage in der Zeit zwischen dem 1. April und 31. Oktober eines jeden Jahres - und zeitlich differenziert - für die Zeiten des Frühjahrszugs und des Bezugs der Wochenstuben, der Wochenstubenzeit sowie des Herbstzugs und des Bezugs der Winterquartiere verfügt werden. Die Abschaltzeiten seien je nach betroffener Art in Abhängigkeit von Temperatur, Windgeschwindigkeit und Niederschlagsereignissen auf eine bestimmte Tageszeit bezogen. Sie betreffen die Zeit von einer Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang.

- 3 Nach dem Bericht des Naturschutzzentrums F..... vom 15. November 2016 sind bei dem im Jahr 2016 durchgeführten Schlagopfermonitoring im Bereich der Anlage Ende August 2016 eine Zwergfledermaus und ein Abendsegler als Schlagopfer festgestellt worden. Daraus errechnete das Naturschutzzentrum F..... eine Anzahl von 5,64 Fledermausschlagopfern im Kontrollzeitraum. Der Antragsgegner hat unter Bezugnahme darauf der Antragstellerin am 20. Juni 2017 durch Nachtragsbescheid zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung aufgegeben, die Anlage in der Zeit des Herbstzuges/Bezug der Winterquartiere vom 1. August bis 15. September bei einer Temperatur von $> 10^{\circ}\text{C}$, einer Windgeschwindigkeit von $< 6 \text{ m/s}$ und keinem Niederschlag wie Regen, Hagel, Schnee oder Graupel jeweils eine Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde nach Sonnenaufgang abzuschalten. Zur Begründung hat sich der Antragsgegner auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG berufen und unter Bezugnahme auf eine Handlungsempfehlung zum Umgang mit Fledermäusen bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Brandenburg ausgeführt, dass bereits der Verlust von 1 % der Individuen einer Population über mehrere Reproduktionsperioden hinweg zu einem kontinuierlichen Niedergang der lokalen Population führen könne. Über die dagegen nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage (2 K 3623/17) hat das Verwaltungsgericht Chemnitz noch nicht entschieden.

- 4 Bei dem im Jahr 2017 durchgeführten Schlagopfermonitoring ist im Bereich der Anlage am 31. Mai 2017 nach dem Bericht des Naturschutzinstituts F..... vom 15. November 2017 eine weitere Zwergfledermaus als Schlagopfer festgestellt worden. Der Antragsgegner hat daraufhin mit weiterem - und im Beschwerdeverfahren nicht mehr streitgegenständlichen - Bescheid vom 2. August 2018 unter Anordnung des Sofortvollzugs weitere nächtliche Abschaltzeiten für die Zeit vom 1. Mai bis zum 31. Juli eines jeden Jahres verhängt. Mit dem im Beschwerdeverfahren allein noch streitgegenständlichen Bescheid vom 12. April 2018 ordnete der Antragsgegner den Sofortvollzug von Ziffer 1 seines Nachtragsbescheids vom 20. Juni 2017 an. Wegen eines weiteren Totfundes einer Zwergfledermaus im Jahr 2017 sei von einer Tötung zwischen 2,7 % und 15 % der lokalen Population auszugehen. In Abwägung mit den zu erwartenden Ertragseinbußen von 0,2 % bis 2,4 % des Jahresertrags sei die zum Fledermausschutz erfolgte Abschaltanordnung nicht unangemessen.
- 5 Auf den von der Antragstellerin gegen die Anordnung des Sofortvollzugs am 25. April 2018 gestellten Rechtsschutzantrag hat das Verwaltungsgericht mit dem angegriffenen Beschluss vom 12. September 2018 unter Ablehnung des Antrags im Übrigen die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Ziffer 1 des Bescheids vom 20. Juni 2017 insoweit wiederhergestellt, als darin angeordnet wurde, dass die Windenergieanlage in der Zeit von jeweils eine Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenaufgang abzuschalten ist. Mit der dagegen erhobenen Beschwerde begehrt die Antragstellerin die umfassende Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage.
- 6 2. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Aus den von der Antragstellerin innerhalb der Beschwerdefrist vorgebrachten Erwägungen - auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist - ergibt sich nicht, dass das Verwaltungsgericht den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die angegriffene Anordnung, soweit diese im Beschwerdeverfahren noch streitig ist, zu Unrecht abgelehnt hat.
- 7 2.1 Die in einem Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu treffende gerichtliche Entscheidung ergeht im Wege einer Interessenabwägung. Abzuwägen sind das Interesse des Antragstellers an der (erstmaligen) Anordnung oder der

Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs (Suspensivinteresse) und das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes (Vollziehungsinteresse). Das Suspensivinteresse findet seine Grundlage in § 80 Abs. 1 VwGO. Das Vollziehungsinteresse ist im hier vorliegenden Fall der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO im Einzelfall konkret festzustellen. Das Gewicht dieser gegenläufigen Interessen wird entweder durch die summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache oder durch die voraussichtlichen Folgen des Suspensiveffekts einerseits und der sofortigen Vollziehung andererseits (Folgenabwägung) bestimmt. Kann im Rahmen der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes regelmäßig nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung - wie hier - keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg oder Misserfolg des Hauptsacherechtsbehelfs festgestellt werden und ist eine weitere Sachaufklärung aufgrund des vorläufigen Charakters des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht möglich, hat eine Entscheidung aufgrund einer Folgenabwägung zu ergehen (vgl. Puttler, in: Sodan / Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 151, 155 ff. m. w. N.; BVerwG, Beschl. v. 22. März 2010 - 7 VR 1.10 -, juris Rn. 13).

8 Die hier angefochtene Sofortvollzugsanordnung entspricht den nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO an sie zu stellenden und allein verfahrensrechtlichen Begründungsanforderungen. Zutreffend - und von der Beschwerde auch nicht angegriffen - sind ferner die Erwägungen, mit denen das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Klage (2 K 3623/17) gegen Ziffer 1 des Bescheids des Antragsgegners vom 20. Juni 2017 teilweise wiederhergestellt hat. Denn der Antragsgegner hatte sich in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung lediglich die Möglichkeit vorbehalten, Abschaltungen zum Fledermausschutz für die Zeit von einer Stunde vor Sonnenuntergang bis eine Stunde vor Sonnenaufgang festzusetzen; demgegenüber hat er im Bescheid vom 20. Juni 2017 verfügt, die Anlage mit den näher genannten Maßgaben in der Zeit von jeweils einer Stunde vor Sonnenaufgang bis eine Stunde nach Sonnenaufgang abzuschalten.

9 2.2 Die von der Antragstellerin mit der Beschwerde allein noch verfolgte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage für die übrige Nachtzeit hat keinen Erfolg.

- 10 2.2.1 Rechtsgrundlage für die Betriebseinschränkung sind § 12 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2a, § 6 Abs. 1 Nr. 2 Alternative 1 BImSchG und § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Danach kann eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Mit Einverständnis des Antragstellers kann die Genehmigung nach § 12 Abs. 2a Satz 1 BImSchG mit dem Vorbehalt nachträglicher Auflagen erteilt werden, soweit hierdurch hinreichend bestimmte, in der Genehmigung bereits allgemein festgelegte Anforderungen an den Betrieb der Anlage in einem Zeitpunkt nach Erteilung der Genehmigung näher festgelegt werden sollen. Nach § 6 BImSchG ist Genehmigungsvoraussetzung, dass keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften dem Betrieb der Anlage entgegenstehen. Hierzu zählt das in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG normierte Verbot, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten. Darunter fallen gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 13 Buchst. b Doppelbuchst. aa BNatSchG i. V. m. Anhang IV Buchst. a der Richtlinie 92/43/EWG des Rates (v. 21. Mai 1992, ABl. Nr. L 206 v. 22. Juli 1992, S. 7, zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/17/EU des Rates vom 13. Mai 2013, ABl. L 158 v. 10. Juni 2013, S. 193 - FFH-Richtlinie) alle Arten der Fledermäuse (Microchiroptera).
- 11 Der Tötungstatbestand, der nach Art. 12 Abs. 1 der FFH-Richtlinie nur absichtliche Formen der Tötung umfasst, ist nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG bei unvermeidbaren Beeinträchtigungen durch genehmigte Eingriffe in Natur und Landschaft dann nicht erfüllt, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann. Dies ist der Fall, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit dem Vorhaben im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (BVerwG, Urt. v. 9. Juli 2008 - 9 A 14.07 -, juris Rn. 91 = BVerwGE 131, 274; Urt. v. 8. Januar 2014 - 9 A 4.13 -, juris Rn. 99 = BVerwGE 149, 31). Das Kriterium der Signifikanz ist anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllen. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind

insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen. Bei der wertenden Bestimmung der Signifikanz des Tötungsrisikos können darüber hinaus auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art zu berücksichtigen sein. Eine signifikante Steigerung des Tötungsrisikos erfordert Anhaltspunkte dafür, dass sich durch den Betrieb der Anlage dieses Risiko deutlich steigert (BVerwG, Urt. v. 9. Juli 2009 - 4 C 12.07 -, juris Rn. 42 = BVerwGE 134, 166; OVG LSA, Beschl. v. 21. März 2013 - 2 M 154/12 -, juris Rn. 29).

- 12 Bei Fledermäusen wird von der Verwirklichung des Tatbestandes des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG jedenfalls dann ausgegangen, wenn Hauptflugrouten oder bevorzugte Jagdgebiete betroffen sind (BVerwG, Urt. v. 6. April 2017 - 4 A 16.16 -, juris Rn. 74 f., 77), oder wenn sonst Hinweise auf eine erhöhte Aufenthaltsdichte einer kollisionsgefährdeten Art bestehen. Zwar ist dies hier nicht der Fall; eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos ist damit indes nicht von vornherein ausgeschlossen. Denn bei der Frage, ob eine Windenergieanlage im Einzelfall ein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren einer besonders geschützten Art verursacht, gilt die Besonderheit, dass der zuständigen Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zugestanden werden muss, die im Verwaltungsprozess dazu führt, dass die gerichtliche Prüfung grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 21. November 2013 - 7 C 40.11 -, juris Rn. 19; Urt. v. 27. Juni 2013 - 4 C 1.12 -, juris Rn. 14 ff. = BVerwGE 147, 118). Ein der Behörde zugestandener naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum kann sich sowohl auf die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten als auch auf die Bewertung der Risiken beziehen, denen diese bei Realisierung des zur Genehmigung gestellten Vorhabens ausgesetzt sind (BVerwG, Urt. v. 21. November 2013, a. a. O., Rn. 19). Die behördliche Einschätzungsprärogative bezieht sich aber nicht generell auf das Artenschutzrecht als solches, sondern greift nur dort Platz, wo trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse weiterhin ein gegensätzlicher Meinungsstand fortbesteht und es an eindeutigen ökologischen Erkenntnissen fehlt. Für eine Einschätzungsprärogative ist dagegen kein Raum, soweit sich für die Risikobewertung von Arten, die durch ein immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtiges Vorhaben betroffen sind, ein

bestimmter Maßstab durchgesetzt hat und gegenteilige Meinungen nicht mehr als vertretbar angesehen werden können (BVerwG, Urt. v. 21. November 2013, a. a. O.).

- 13 2.2.2 Ausgangspunkt der Überlegungen hier ist die Anordnung eines zweijährigen Schlagopfermonitorings in der Nebenbestimmung C-8.1.1 des Bescheids vom 30. Juni 2014, deren Anordnung der Antragsgegner als unumgänglich bezeichnet hat, ohne dies allerdings näher zu begründen. Ob eine solche Anordnung auf die gesetzliche Möglichkeit eines Auflagenvorbehalts gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG gestützt werden kann, mag zweifelhaft erscheinen, weil diese Auflage für sich genommen nicht erforderlich und nicht geeignet ist, um dem Tötungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG Geltung zu verschaffen (vgl. https://www.thueringen.de/mam/th8/tlug/content/arbeitshilfe_fledermause_und_windkraft_thuringen_20160121.pdf = Arbeitshilfe zur Berücksichtigung des Fledermausschutzes bei der Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA) in Thüringen, Institut für Tierökologie und Naturbildung, Dezember 2015, S. 43). Denn durch ein Schlagopfermonitoring lassen sich in erster Linie lediglich Erkenntnisse über tote Fledermäuse gewinnen, ohne indes deren Tötung zu verhindern (vgl. OVG LSA, Urt. v. 13. März 2014 - 2 L 215/11 -, juris Rn. 35 ff.). Andererseits kann die hier angeordnete Schlagopfersuche und deren Dokumentation dazu dienen, aufgrund einer fachgerecht vorgenommenen Risikobewertung Unsicherheiten Rechnung zu tragen, die sich aus nicht behebbaren naturschutzfachlichen Erkenntnislücken ergeben, sofern ggf. wirksame Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 14. Juli 2011 - 9 A 12.10 -, juris Rn. 105 = BVerwGE 140, 149; BVerwG, Urt. v. 6. November 2012 - 9 A 17.11 -, juris Rn. 48 = BVerwGE 145, 40; Senatsbeschl. v. 14. Dezember 2017 - 4 B 13/17 -, juris Rn. 20; OVG M.-V., Urt. v. 13. September 2017 - 3 L 145/14 -, juris Rn. 46, 52). Die letztgenannte Voraussetzung liegt hier vor, weil sich der Antragsgegner im Bescheid vom 30. Juni 2014 in der Nebenbestimmung C-8.2.1 vorbehalten hat, zum Fledermausschutz Abschaltzeiten festzulegen.

- 14 Die Anordnung eines zweijährigen Schlagopfermonitorings dürfte ausreichend sein, um eine hinreichend sichere Datenbasis zu erlangen, die dauerhaft Auflagen zu Abschaltzeiten rechtfertigen kann. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin kann der Anordnung jedoch nicht entnommen werden, dass der Antragsgegner erst im Anschluss an das zweijährige Schlagopfermonitoring berechtigt wäre, Abschaltzeiten

festzusetzen. Diese Auffassung wäre mit Sinn und Zweck der Nebenbestimmung, dem naturschutzrechtlichen Tötungsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG Geltung zu verschaffen, nicht vereinbar. Würde bereits nach einem Jahr des Schlagopfermonitorings festgestellt, dass sich durch den Betrieb der Anlage das Tötungsrisiko für Fledermäuse signifikant erhöht hat, könnte dies ohne weiteres bereits dann Abschaltzeiten rechtfertigen, selbst wenn dadurch - worauf die Antragstellerin hingewiesen hat - die Validität des Schlagopfermonitorings im Folgejahr in Frage gestellt sein könnte.

- 15 2.2.3 Das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung tragend die Überlegung zugrunde gelegt, dass wegen der in den Jahren 2016 und 2017 tot aufgefundenen und besonders schlagopfergefährdeten Zwergfledermäuse nicht mehr von vereinzelt verunglückten Tieren ausgegangen werden könne, sondern von einem regelmäßigen Geschehen, das bei einer fachlich anerkannten Hochrechnung zu einer Schlagopferzahl von drei Zwergfledermäusen pro Jahr führe. Diese Anzahl von vermutlich jährlich getöteten Individuen übersteige eine oder zwei Fledermäuse, deren Verlust die Signifikanzschwelle noch nicht übersteige.
- 16 Nach dem Beschwerdevorbringen ist jedoch zweifelhaft, ob das Verwaltungsgericht zutreffend aus dem Fund einer toten Zwergfledermaus am 31. Mai 2017 auf die Rechtmäßigkeit der hier allein noch streitigen Abschaltanordnung für die Zeit vom 1. August bis zum 15. September hat schließen dürfen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Zwergfledermaus eine weit verbreitete und in Deutschland die häufigste Fledermausart ist und sie zugleich auch stark durch Windkraft betroffen ist (<https://www.deutschlands-natur.de/tierarten/saeugetiere/zwergfledermaus>), und zum anderen, dass die Totfunde verschiedene Zeiträume betreffen, nämlich im Jahr 2016 die Zeit des Herbstzugs und des Bezugs der Winterquartiere und im Jahr 2017 die Wochenstubenzeit (vgl. Nebenbestimmung C-8.2.1 des Bescheids vom 30. Juni 2014). Weitere Zweifel ergeben sich daraus, dass nach der vom Antragsgegner im Nachtragsbescheid vom 20. Juni 2017 verwendeten Formel zur Berechnung der Schlagopferzahl unter Berücksichtigung der Fundwahrscheinlichkeit stets bei dem Totfund auch nur einer Fledermaus von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos auszugehen sein dürfte. Welche Anzahl an toten Fledermäusen pro Jahr und WKA noch tolerierbar ist, ist allerdings nicht einheitlich definiert. Die

Regelungen bzw. Empfehlungen von Behörden nennen, soweit vorhanden, unterschiedliche Schwellenwerte von zumeist zwei oder einer Fledermaus pro Jahr und Anlage und differenzieren hierbei teilweise nach dem unterschiedlichen Flugverhalten der betroffenen Fledermausarten (vgl. im Überblick Reinhart / Brinkmann, Zeitliche Einschränkungen des Betriebs von Windenergieanlagen als Maßnahme des Fledermausschutzes - Bestimmung des Kollisionsrisikos von Fledermäusen an Onshore-Windenergieanlagen in der Planungspraxis (RENEBAT III), Juni 2018, S. 390, 402 f.). Nicht abschließend geklärt werden kann zudem, ob die von der Antragsgegnerin verwendete Berechnungsmethode zur Hochrechnung von Schlagopfern ausreichend erprobt und wissenschaftlich im Vergleich zu anderen zur Verfügung stehenden Berechnungsmethoden (vgl. www.eurobats.org/sites/default/files/documents/publications/publication_series/EUROBATS_6_deu_2014_A4.pdf = Leitfaden für die Berücksichtigung von Fledermäusen bei Windenergieprojekten, Überarbeitung 2014, S. 38 ff.) hinreichend aussagekräftig ist. Eine Hochrechnung der möglichen Schlagopfer ist nach Auffassung des Senats zur Beantwortung der Frage, ob das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG eingehalten wird, bei einer angeordneten Schlagopfersuche allerdings regelmäßig geboten. Denn dadurch kann die Anzahl möglicher Schlagopfer realitätsnäher erfasst werden als bei ihrer bloßen tatsächlichen Zählung.

- 17 2.2.4 Erweisen sich danach die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs auch in Ansehung der dem Antragsgegner zustehenden Einschätzungsprärogative als offen, ist aufgrund einer Folgenabwägung zu entscheiden. Dabei sind die Folgen abzuwägen, die eintreten würden, wenn die aufschiebende Wirkung der Klage angeordnet würde, diese aber erfolglos bliebe, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die aufschiebende Wirkung der Klage nicht angeordnet würde, die Klage der Antragstellerin in der Hauptsache aber später Erfolg hätte. Bei einem Erfolg des Rechtsschutzantrags könnte die Antragstellerin bis zu einer gerichtlichen Aufhebung des Nachtragsbescheids Erträge erwirtschaften; in dieser Zeit bestünde allerdings die Gefahr der Tötung von Fledermäusen wegen des Betriebs der Anlage. Bei Ablehnung ihres Rechtsschutzantrags hätte die Antragstellerin mit Ertragseinbußen für die Zeit der angeordneten Abschaltung der Anlage bis zu einer in der Hauptsache ergehenden Aufhebung des Nachtragsbescheids vom 30. Juni 2017 zu rechnen. Zugleich könnte in

dieser Zeit dem Tötungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für Fledermäuse Rechnung getragen werden.

18 Bei Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Abschaltanordnung bestünde bis zu einer gegenteiligen Entscheidung in der Hauptsache die Gefahr, dass möglicherweise irreversiblen Schäden für streng geschützte Fledermausarten entstehen, und zwar nicht nur durch die Tötung einzelner Exemplare, sondern auch durch einen eintretenden oder sich beschleunigenden Populationsverlust infolge einer geringen Reproduktionsquote. Demgegenüber würde sich bis zu einer gegenteiligen Entscheidung in der Hauptsache bei der Antragstellerin das von ihr zu tragende unternehmerische Risiko verwirklichen, die Anlage zeitweise nicht betreiben zu dürfen. Grundlage dafür ist der in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 30. Juni 2014 enthaltene Auflagenvorbehalt, dem die Antragstellerin zugestimmt hat. Diese hat ihre möglichen Ertragseinbußen bezogen auf die Zeit der Abschaltanordnung und unter Berücksichtigung der konkreten Witterungsverhältnisse auf 30,67% des Energieertrags und i. H. v. 12.746,70 € beziffert. Bezogen auf das ganze Jahr stünden Abschaltzeiten von bis zu 557 Stunden oder maximal 6,35 % der Jahresstunden in Rede. Der Antragsgegner hat die Ertragseinbußen infolge der Abschaltanordnung auf bis zu 2,4 % des Jahresertrags der Anlage beziffert. Der Senat hält unabhängig von einer konkreteren Ermittlung der zu erwartenden Ertragseinbußen die angeordneten Betriebseinschränkungen mit den von den Beteiligten angegebenen Ertragsausfällen nicht für unverhältnismäßig (vgl. VG Minden, Beschl. v. 8. August 2016 - 1 L 1155/16 -, juris Rn. 47; VG Oldenburg, Beschl. vom 7. Juli 2011 - 5 B 1433/11 -, juris Rn. 17; NdsOVG, Beschl. v. 25. Juli 2011 - 4 ME 175/11 -, juris Rn. 9 - 10; zu Ertragseinbußen im Waldrecht vgl. VG Würzburg, Urt. vom 2. Februar 2017 - W 5 K 15.1172 -, juris Rn. 34).

19 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

20 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs.1 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2 und § 52 Abs. 1 GKG. Der Senat bemisst den Streitwert in Anlehnung an die Nr. 19.1.3 des Streitwertkatalogs nach dem der Antragstellerin in einem Jahr voraussichtlich entstehenden Ertragsausfall.

- 21 Der Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.

gez.:

Künzler

Pastor

John