

## Update Umweltrecht – Rechtsprechung

### **Windenergieanlagen: Erleichterungen in der artenschutzrechtlichen Prüfung auch noch in laufenden (Gerichts-)Verfahren**

#### **OVG NRW, Urteil vom 29.11.2022 – 22 A 1184/18**

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) erklärte eine immissionschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von elf Windenergieanlagen unter Anwendung des neuen § 45b BNatSchG erst im laufenden Gerichtsverfahren für rechtmäßig. Nachdem die Genehmigung von der Vorinstanz wegen Verstößen gegen artenschutzrechtliche Verbote aufgehoben worden war, erließ der Beklagte Änderungsbescheide, durch die u.a. die Nebenbestimmungen zum Schutz der betroffenen Arten geändert wurden und eine Ausnahme vom Störungsverbot erteilt wurde. Zudem beantragte die Vorhabenträgerin während des Berufungsverfahrens die Anwendung von § 45b BNatSchG, der Vorgaben zur fachlichen Beurteilung des Tötungs- und Verletzungsrisikos kollisionsgefährdeter Brutvogelarten durch den Betrieb von Windenergieanlagen enthält.

Das OVG NRW befand die Genehmigung in der Fassung der Änderungsbescheide für rechtmäßig. Diesem Vorhaben stünden artenschutzrechtliche Verbote nicht entgegen. Insofern sei § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG abweichend von § 74 Abs. 4 BNatSchG bei der artenschutzrechtlichen Prüfung anwendbar, da die Beigeladene dies verlangt hatte (Wahlrecht nach § 74 Abs. 5 BNatSchG). Dies sei auch im laufenden Berufungsverfahren möglich, da nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage, die – wie das vorgenannte Wahlrecht – *zu Gunsten* des Anlagenbetreibers ausfallen, zu berücksichtigen seien. Das OVG stellte weiter klar, dass die in Abschnitt 1 der Anlage 1 zu § 45b Abs. 1-5 BNatSchG enthaltene Auflistung der kollisionsgefährdeten Brutvogelarten abschließend ist. Nicht abschließend seien (angesichts des Wortlauts „*insbesondere*“ einleitend zu Abschnitt 2 der Anlage 1) hingegen die in Abschnitt 2 der Anlage 1 aufgeführten Schutzmaßnahmen zur Herabsetzung des Tötungsrisikos unter die Signifikanzschwelle. Auch wenn für diese nunmehr eigene fachlich anerkannte Mechanismen gesetzlich beschrieben seien, könnten auch andere Maßnahmen und Mechanismen fachlich anerkannt sein und den Eintritt eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos verhindern. Zudem genüge grundsätzlich bereits eine einzelne der in § 45b Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG genannten Schutzmaßnahmen, um die Risikoerhöhung unter die Signifikanzschwelle zu senken. Bezüglich der für eine Ausnahme erforderlichen Alternativenprüfung stellte das Gericht schließlich klar, dass wegen der zwangsläufig vorhandenen und im Tatsächlichen liegenden Schwierigkeiten allein der Maßstab der Plausibilität anzulegen ist.

#### **Bedeutung für die Praxis**

§ 45b BNatSchG führt bei der Zulassung von Windenergieanlagen zu erheblichen Erleichterungen für die Prüfung artenschutzrechtlicher Verbote. Diese Erleichterungen können infolge des in § 74 Abs. 5 BNatSchG enthaltenen Wahlrechts der Vorhabenträger nicht nur in bereits laufenden Genehmigungsverfahren, sondern sogar noch nach Genehmigungserteilung während laufender Gerichtsverfahren nutzbar gemacht werden.