

# Chancen und Risiken des neuen § 45b BNatSchG

Windenergietage, 09.11.2022

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

[www.prometheus-recht.de](http://www.prometheus-recht.de)

## Rechtsanwalt Christian Falke

Christian Falke ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und berät und vertritt Wirtschaftsunternehmen, Städte- und Gemeinden sowie kommunale Unternehmen und Planungsverbände in allen Fragen des Verwaltungsrechts.

Seit mehr als 15 Jahren beschäftigt er sich intensiv mit allen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen. Dabei bilden immissionsschutz-, planungsrechtliche sowie naturschutzrechtliche und luftverkehrsrechtliche Themen die Schwerpunkte seiner täglichen Praxis. Herr Falke publiziert und referiert seit vielen Jahren zu aktuellen Themen aus der Branche der erneuerbaren Energien. Zudem ist er Dozent im Rahmen der Referendarausbildung am OLG Dresden.



 [falke@prometheus-recht.de](mailto:falke@prometheus-recht.de)

## Kanzlei

Die prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist ein Zusammenschluss von erfahrenen, hochqualifizierten Rechtsanwälten mit langjähriger Erfahrung in den Bereichen des Verwaltungs- und Zivilrechts sowie besonderer Spezialisierung im Bereich der Erneuerbaren Energien.



Wir arbeiten bereits seit über 10 Jahren als eingespieltes und aufeinander abgestimmtes Team erfolgreich zusammen. Unsere Mandanten schätzen unsere breit gestreute Expertise, die eine umfassende rechtliche Begleitung in den Beratungsfeldern des Planungs-, Umwelt- und Luftverkehrsrechts, des Wirtschafts- und Energierechts, des Immobilienrechts sowie des Erb- und Familienrechts ermöglicht.

- I. Signifikanzbewertung im Nahbereich
- II. Darlegungslasten im zentralen und erweiterten Prüfbereich
- III. Wirksamkeit von Vermeidungsmaßnahmen
- IV. Chance: Artenschutzrechtliche Ausnahme?

# Auf dem Laufenden bleiben ...



## News



19.03.2019  
**Update Bedarfsgesteuerte Nachkennzeichnung -  
Ausnahmeanträge jetzt prüfen!**

Eine kleine Anfrage der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen hat kürzlich zu Tage gefördert, dass die vom Gesetzgeber im Zusammenhang mit der bedarfsgesteuerten Nachkennzeichnung favorisierte und als besonders wirtschaftlich angepriesene Transponderlösung aktuell noch nicht anerkannt ist. Es bleibt unklar, wie lange eine gesetzliche Umsetzung noch dauert. Zwar hat der Gesetzgeber der Bundesnetzagentur die Möglichkeit eingeräumt, den Zeitpunkt für die Pflicht zur bedarfsgesteuerten Nachkennzeichnung zu verschieben. Ob und wann sie davon Gebrauch macht, ist offen. [...]

[weiterlesen](#)



15.03.2019  
**Abschied vom "grünen Netz" - Reform der Stromsteuer**

Die seit drei Jahren geplante Reform der Stromsteuer hat endlich den Schritt in das parlamentarische Verfahren geschafft. Bereits im Jahr 2016 war ein Vorschlag der Bundesregierung zur Änderung des Energiesteuer- und Stromsteuergesetzes im Entwurfsstadium steckengeblieben. Im Oktober 2018 hatte das Bundesfinanzministerium erneut einen Referentenentwurf veröffentlicht. Am 14.03.2019 fand nunmehr die erste Lesung des Gesetzentwurfs im Bundestag statt. [...]

[weiterlesen](#)



13.03.2019  
**Eigenverbrauch oder Drittlieferung? - Meldefristen beachten!**

Angesichts steigender Strompreise haben sich in den vergangenen Jahren vielfach die Kontakte zum Eigenverbrauch und Strom abfahrt



## News



05.03.2019  
**Negative Strompreise - Vergütungskürzung für  
Windenergie?**

Sturmtief "Brennet" besorgte der Strombörse in der Nacht vom 04.03.2019 zum 05.03.2019 wieder einmal negative Strompreise. Dies haben die deutschen Übertragungsnetzbetreiber auf ihrer Informationsplattform mitgeteilt. Für zahlreiche Windenergieanlagen bedeutet das eine Kürzung ihrer Einspeisevergütung - oder doch nicht? [...]

[weiterlesen](#)



20.02.2019  
**Unveränderter Trend – Ausschreibungsergebnisse  
Februar 2019**

Die Bundesnetzagentur hat am 15.02.2019 die Ausschreibungsergebnisse zum Gebotstermin 01.02.2019 für Windenergie an Land und Solaranlagen veröffentlicht. Diese sind wenig überraschend – der Trend der letzten Ausschreibungsrunden setzt sich auch in 2019 fort. Niedriges Wettbewerbsniveau bei Windenergieanlagen Wie bereits in der vorangegangenen Gebotsrunde (wir berichteten hier) war das Ausschreibungsvolumen erneut deutlich unterzeichnet. Bei einer ausgeschriebenen [...]

[weiterlesen](#)



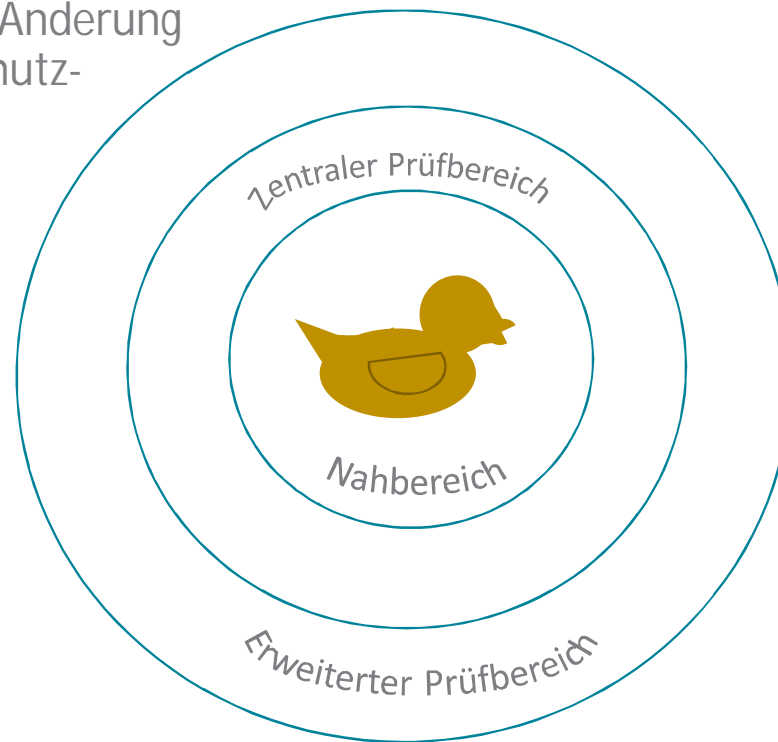
13.02.2019  
**Neuer "Leitfaden Artenschutz an Windenergieanlagen in  
Sachsen-Anhalt" auf dem Prüfstand**

Das Ministerium für Umwelt, Landschaft und Energie des Landes Sachsen-Anhalt hat Ende letzten Jahres den neuen "Leitfaden Artenschutz an Windenergieanlagen in Sachsen-Anhalt" vorgestellt. Schwerpunkt des Leitfadens ist artenschutzrechtliche Prüfung auf Regionalplan- und Flächennutzungsplanebene und im

Anmeldung [hier](#)

## Überblick § 45b BNatSchG

- „Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes“
- Neuer § 45b: Prognose Tötungsrisikos anhand Abstand WEA zu Brutplatz



- Abschließende Auflistung kollisionsgefährdeter Brutvogelarten

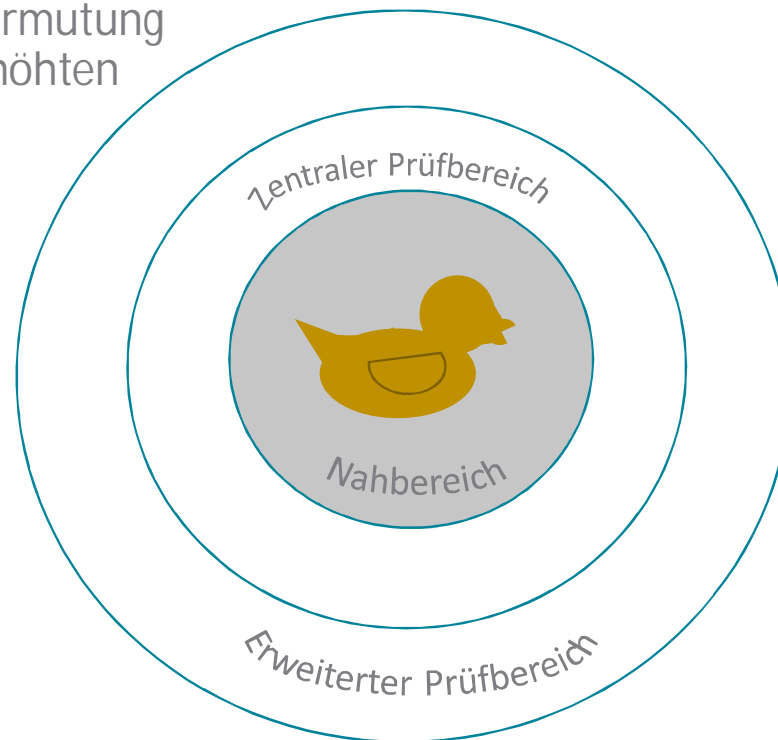


# I. Signifikanzbewertung im Nahbereich



## I. Signifikanzbewertung im Nahbereich

- Unwiderlegliche Vermutung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos



§ 45b Abs. 2:

*„Liegt zwischen dem Brutplatz einer Brutvogelart und der Windenergieanlage ein Abstand, der geringer ist als der in Anlage 1 Abschnitt 1 für diese Brutvogelart festgelegte Nahbereich, so ist das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare signifikant erhöht.“*



## I. Signifikanzbewertung im Nahbereich

- Wirksame **Vermeidungsmaßnahmen**?
  - Gesetzesbegründung: (-)
  - ABER: Aussage bewusst nicht in Gesetzesrang erhoben (im Vgl. zu Abs. 3 und 4) → denn offensichtl. Vermeidungsmaßnahmen (saisonale Langzeitabschaltung) auch im Nahbereich verfügbar (vgl. OVG Greifswald, Beschl. v. 5.10.2021 (1 M 245/21))
- Zumindest: **artenschutzrechtl. Ausnahme**?
  - Ausnahme erlaubt Verletzung eines Verbotes
  - Hohes Tötungsrisiko im Nahbereich schließt Ausnahme daher nicht aus

- Agatz, Arbeitshilfe BNatSchG-Änderung 2022, S. 3 -

- **Repowering?**



## I. Signifikanzbewertung im Nahbereich

### (P): Auswirkung des neuen § 45c BNatSchG

- Belastung durch Altanlage  $\triangleq$  Grundrisiko bzw. maßgebliche Vergleichsbasis  
→ **saldierende Betrachtungsweise (sog. Delta-Prüfung)**

§ 45c Abs. 2 S. 4:

*„Soweit die Auswirkungen der Neuanlagen unter Berücksichtigung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen geringer als oder gleich sind wie die der Bestandsanlagen, ist davon auszugehen, dass die Signifikanzschwelle in der Regel nicht überschritten ist, es sei denn, der Standort liegt in einem Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten.“*

→ Repowering im Nahbereich??

- Verhältnis von Tabuisierung Nahbereichs und Förderung Repowering unklar
- Geplant: Konkretisierung der Regelung durch Leitfaden

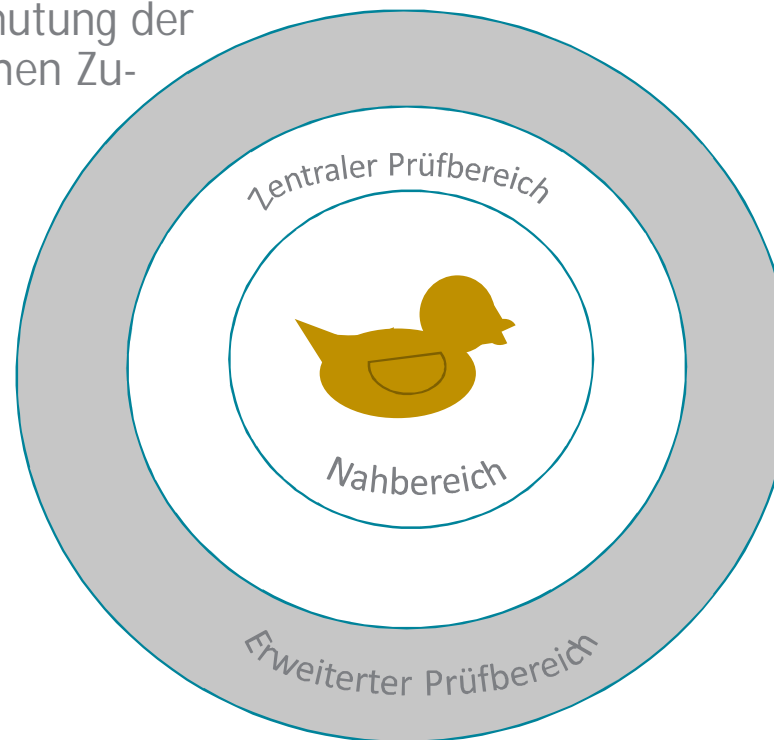


## II. Darlegungslasten im zentralen und erweiterten Prüfbereich



## II. Darlegungslasten

- Widerlegliche Vermutung der artenschutzrechtlichen Zulässigkeit



§ 45b Abs. 4 S. 1

„[...]Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare [ist] nicht signifikant erhöht, es sei denn,

1. die Aufenthaltswahrscheinlichkeit dieser Exemplare in dem vom Rotor überstrichenen Bereich der Windenergieanlage ist aufgrund artspezifischer Habitatnutzung oder funktionaler Beziehungen deutlich erhöht und
2. die signifikante Risikoerhöhung, die aus der erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeit folgt, kann nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen hinreichend verringert werden.“

Nahbereich

Darlegungslasten

Vermeidungsmaßnahmen

Ausnahme

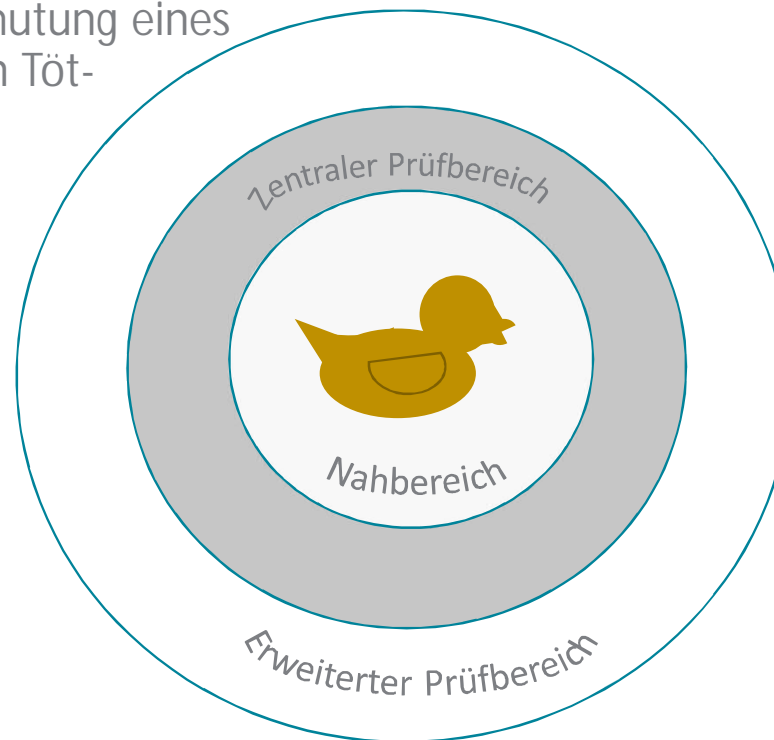
## II. Darlegungslasten

- Grundsatz = Risiko nicht erhöht → keine Beweislast des Antragstellers  
*„Zur Feststellung des Vorliegens eines Brutplatzes nach Satz 1 sind behördliche Kataster und behördliche Datenbanken heranzuziehen; Kartierungen durch den Vorhabenträger sind nicht erforderlich.“ (S. 2)*
- Genehmigungs- und Naturschutzbehörden → Prüfungspflicht: Ermittlung von Amtswegen, ob im erweiterten Prüfbereich Brutplätze für relevante Vogelarten vorhanden
- (P):
  - Möglicherweise logistische Herausforderung für Behörden, aktuelle Daten zu beschaffen
  - Falls lückenhafte/veraltete Datenlage: wie viel Zeit für Behörden zur Recherche? (keine Frist genannt → muss Antragsteller Kartierung abwarten?)
  - Falls Brutplätze festgestellt: Wer muss „deutlich erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit“ prüfen?



## II. Darlegungslasten

- Widerlegliche Vermutung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos



§ 45b Abs. 3

„[...]in der Regel Anhaltspunkte dafür, dass das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare signifikant erhöht ist, soweit

1. eine signifikante Risikoerhöhung nicht auf der Grundlage einer Habitatpotentialanalyse oder einer auf Verlangen des Trägers des Vorhabens durchgeführten Raumnutzungsanalyse widerlegt werden kann oder
2. die signifikante Risikoerhöhung nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen hinreichend gemindert werden kann; [...]“

Nahbereich

Darlegungslasten

Vermeidungsmaßnahmen

Ausnahme

## II. Darlegungslasten

- Kartierungen zur Ermittlung von Brutplätzen = Obliegenheit des Antragstellers?
  - Jedenfalls Umkehrschluss aus § 45b Abs. 4 Satz 2 BNatSchG, wonach explizit im sog. „erweiterten Prüfbereich“ Kartierungen durch den Vorhabenträger ausdrücklich nicht erforderlich sind
- Habitatpotenzial- bzw. Raumnutzungsanalyse durch Antragsteller oder Behörde?
  - „auf Verlangen des Vorhabenträgers“
  - aber Beweis- und Widerlegungslast des Antragstellers nach § 4 Abs. 1 d. 9. BImSchV

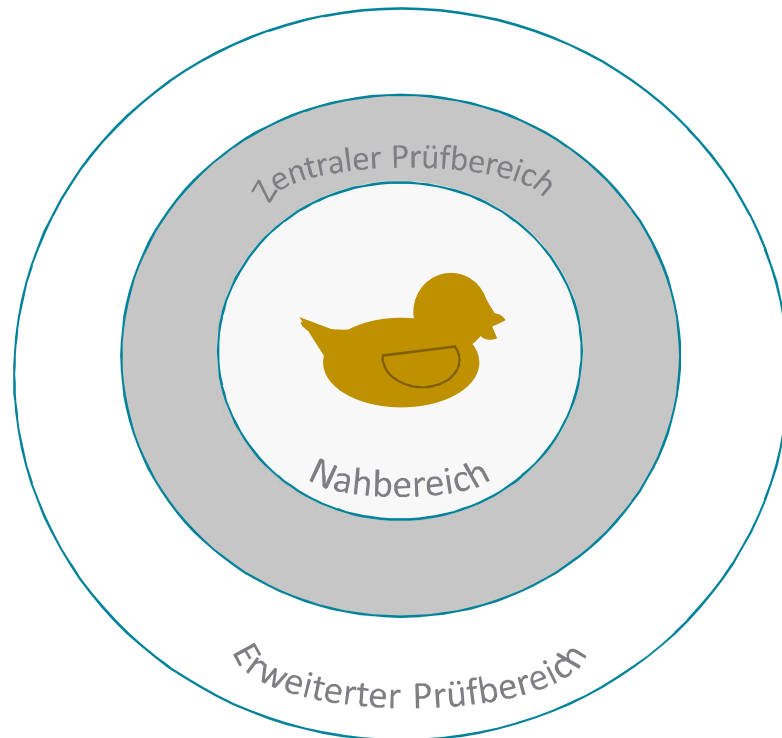


### III. Wirksamkeit von Vermeidungsmaßnahmen





### III. Vermeidungsmaßnahmen



§ 45b Abs. 3

„[...]in der Regel Anhaltspunkte dafür, dass das Tötungs- und Verletzungsrisiko der den Brutplatz nutzenden Exemplare signifikant erhöht ist, soweit[...]

2. die signifikante Risikoerhöhung nicht durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen hinreichend gemindert werden kann; werden entweder Antikollisionssysteme genutzt, Abschaltungen bei landwirtschaftlichen Ereignissen angeordnet, attraktive Auswechnahrungshabitate angelegt oder phänologiebedingte Abschaltungen angeordnet, so ist für die betreffende Art in der Regel davon auszugehen, dass die Risikoerhöhung hinreichend gemindert wird.“



### III. Vermeidungsmaßnahmen

- eine Schutzmaßnahme ausreichend?
  - Wortlaut („oder“) und Gesetzeszweck (schematische Standardisierung zur Verfahrensbeschleunigung) → eine Maßnahme und zwar die gewählte = wirksam
  - Anders eventuell beim Vorkommen mehrerer Arten
  - „in der Regel“: fehlende Maßnahmenwirkung im Einzelfall nur bei *Atypik*  
- vgl. Agatz, Arbeitshilfe BNatSchG-Änderung 2022, S. 3f. -
- HPA oder RNA zur Bestimmung von Art und Umfang der Maßnahme erforderlich?
  - Maßnahmenwirksamkeit gesetzlich festgeschrieben, von weiteren Prognosen unabhängig  
- vgl. Agatz, Arbeitshilfe BNatSchG-Änderung 2022, S. 3f. -



## IV. Chance: Artenschutzrechtliche Ausnahme?



## IV. Chance: Artenschutzrechtliche Ausnahme?

Konkretisierung durch § 45b Abs. 8 BNatSchG:

- Kein behördliches Ermessen, wenn Ausnahmeveraussetzungen vorliegen
- Betrieb von WEA = überragendes öffentl. Interesse, welches öffentl. Sicherheit dient
- (P) Regelvermutung → keine Standortalternative (solange Flächenziele WindBG nicht erreicht):
  - in Gebiet „*das für Windenergie ausgewiesen ist [...] b) unter Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Belange in einem Flächennutzungsplan*“
    - Aussagegehalt??



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Tel. 0341/978566-0  
Fax 0341/978566-99

E-Mail: [kontakt@prometheus-recht.de](mailto:kontakt@prometheus-recht.de)

[www.prometheus-recht.de](http://www.prometheus-recht.de)