

R

Rittershaus

30. Windenergietage 08.11. bis 10.11.2022 in Linstow

§ 45b BNatSchG im Praxischeck

Heilsbringer beim Tötungsverbot oder sämtliche Klarheiten beseitigt?

Dr. Wolfgang Patzelt



RITTERSHAUS

§ 45b BNatSchG und Praxischeck – Überblick

1. Tötungsverbot im Prozess
2. § 45b BNatSchG – die Neuregelung
3. Wahlrecht für laufende Fälle – Wie entscheiden?
4. Beispiel: Rotmilan in Baden-Württemberg
5. Fazit

§ 45b BNatSchG – Tötungsverbot im Prozess

Tötungsverbot

- **signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos**
 - gegenüber dem **sozial adäquaten** Risiko (BVerwGE 140, 149)
 - für **Individuum** (nicht Population)
 - in **menschlich geprägtem Umfeld** (VG Arnberg, U. v. 29.05.2018, Az.: 4 K 3836/17)
- **Vorsorgeaspekte irrelevant** (VGH Kassel, B. v. 28.1.2014, Az.: 9 B 2184/13, OVG Lüneburg, U. v. 28.1.2010, Az.: 12 LB 243/07)
- Anforderung an Sachverhaltsaufklärung:
 - **methodisch beanstandungsfreie Erfassungen** vor Ort
 - **keine Gewissheit** notwendig (BVerwG, U. v. 09.07.2009, Az.: 4 C 12.07, juris Rn. 45)

§ 45b BNatSchG – Tötungsverbot im Prozess

Materielle Beweislast bei Zugriffsverboten nach § 44 Abs. 1 BNatSchG

Grundsatz:

Einwände gegen Genehmigungsanspruch muss Behörde darlegen (Art. 14 Abs. 1 GG)

§ 45b BNatSchG – Tötungsverbot im Prozess

Keine Einschätzungsprärogative

- Art. 19 Abs. 4 GG
- Rechtsstaats- und Demokratieprinzip

(BVerfG, B. v. 23.10.2018, Az.: 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 17)

Grenzen gerichtlicher Kontrolle, wenn naturschutzfachliche Frage

- weder gesetzlich/untergesetzlich geregelt
- noch in Fachkreisen und Wissenschaft allgemein anerkannte Methoden
- aber **Plausibilitätskontrolle:**
 - Methodische Fehler,
 - Verkennung Rechtslage,
 - unrichtigen oder nicht hinreichend aufgeklärter Sachverhalt,
 - allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe verletzt

§ 45b BNatSchG – Tötungsverbot im Prozess

Fachliche Hinweise/Leitfäden der Länder

- **antizipiertes Sachverständigengutachten bzw. wichtige Orientierungshilfe**

- Abweichung nur bei
 - fachlichem Grund und
 - gleichwertigem Ersatz

- **Fazit: Behörde ist selbst gebunden, bloße Stellungnahme der unteren Naturschutzbehörde ohne Einhaltung dieser Hinweise/Leitfäden ist unbeachtlich**

§ 45b BNatSchG – Tötungsverbot im Prozess

Fachliche Vermutungen

- in Hinweisen/Leitfäden der Länder
- laut (bisheriger) Rechtsprechung je nach Entfernung zum Horst

VG Hannover im Urteil vom 22.11.2012, Az.: 12 A 2305/11:

Rotmilan: Abstand Horst/WEA größer 1.000m:

„...bedarf es eines besonderen Nachweises, dass der Rotmilan Flächen im Umfeld oder jenseits der Anlagenstandorte trotz der 1.000 m übersteigenden Entfernung in einer Weise ist, die zu einer signifikanten Erhöhung des Kollisionsrisikos führt.“

§ 45b BNatSchG – Tötungsverbot im Prozess

Der amtliche Sachverständige

BayVGH, Urteil vom 08.10.2019, Az.: 8 B 18.809, Rn. 51f:

- Amtliche Auskünfte und Gutachten haben „**besondere Bedeutung**“
- Gericht braucht kein eigenes Sachverständigengutachten einholen und muss **nicht weiter ermitteln**
- Gegenteilige Einschätzung Parteigutachter unerheblich

§ 45b BNatSchG – Tötungsverbot im Prozess

Der amtliche Sachverständige

Ausnahme (BVerwG, Beschluss vom 10.10.2017, Az.: 7 B 4.17, Rn. 12):

Notwendigkeit der weiteren Beweiserhebung **drängt sich auf**, insbesondere **offen erkennbare Mängel**, wie

- unzutreffende tatsächliche Annahmen
- unlösbare Widersprüche
- Anlass für Zweifel an der Sachkunde oder Unparteilichkeit
- spezielles Fachwissen notwendig, aber nicht vorhanden

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

- Regelung der „**fachlichen Beurteilung**“ (Abs. 1) aber nur punktuell: **Subsidiär** müssen die bisherigen Regelungen gelten
- gilt nur bei „**kollisionsgefährdeten Brutvogelarten**“ (Abs. 1) bei **Windenergie an Land** (amtliche Überschrift)
- Maßgeblich: Entfernung **Brutplatz zu WEA-Standort** (Abs. 2)
- **Ermittlung Brutplatz**: Zumindest außerhalb **zentralem Prüfbereich** (Rotmilan: 1.200m) keine Kartierung erforderlich, behördliche Kataster und Datenbanken reichen aus (Abs. 3 Satz 2)

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

- bundeseinheitliche entfernungsabhängige Vermutungen und Fiktionen, Details je Art:
Anlage 1 Abschnitt 1
- **Anlage 1 Abschnitt 2:** Vermeidungsmaßnahmen mit Wirksamkeitsvermutungen

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

Nahbereich (Rotmilan: 500m um Horst)

- **Fiktion** der Signifikanz (Abs. 2)

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

Außerhalb Nahbereich, **innerhalb zentralen Prüfbereichs**
(Rotmilan: zwischen 500m und 1.200m)

- **Regelvermutung Signifikanz, „soweit“**
 - Nr. 1: keine Widerlegung durch
 - Habitatpotentialanalyse oder
 - Fakultativer Raumnutzungsanalyse („*auf Verlangen des Trägers des Vorhabens*“)
 - oder
 - Nr. 2 Halbsatz 1: durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahme hinreichend gemindert

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

Außerhalb Nahbereich, **innerhalb zentralen Prüfbereichs**
(Rotmilan: zwischen 500m und 1.200m)

- Nr. 2 Halbsatz 2: dabei: **Regelvermutung für Wirksamkeit** von
 - Antikollisionssystemen
 - Abschaltung bei landwirtschaftlichen Ereignissen
 - attraktive Ausweichnahrungshabitate
 - phänologiebedingte Abschaltungen

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

außerhalb zentralem Prüfbereich
(Rotmilan: außerhalb 1.200m)

Abs. 4 Satz 1:

Vermutung für fehlende Signifikanz, außer

- Nr. 1: Aufenthaltswahrscheinlichkeit **dieser Exemplare** im Rotorbereich ist aufgrund
 - **artspezifischer Habitatnutzung** oder
 - **funktionaler Beziehungen**

deutlich erhöht.

Nicht ausreichend: hohe Individuenzahl („Dichtezentrum“)

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

außerhalb zentralem Prüfbereich
(Rotmilan: außerhalb 1.200m)

Abs. 4 Satz 1:

UND

- Nr. 2: keine hinreichende Verringerung durch fachlich anerkannte Schutzmaßnahme

Abs. 4 Satz 2: **Keine Horstkartierung** durch Vorhabenträger, **behördliche Kataster und Datenbanken** reichen aus

Problem: Was, wenn es keine gibt? Sicherheitshalber kartieren? Nein, Behörde muss darlegen!

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

außerhalb erweitertem Prüfbereich
(Rotmilan: außerhalb 3.500m)

Abs. 5:

Fiktion der fehlenden Signifikanz auch ohne Vermeidungsmaßnahmen

§ 45b BNatSchG – Inhalt der Neuregelung

Anlage 1 Abschnitt 2

- **Fiktion fachlich anerkannter Schutzmaßnahmen (nicht abschließend!)** und deren **Wirksamkeit** in bestimmten Fällen (z.B. bei bestimmten Arten)
- zum Teil weiter als bisherige fachliche Regelungen der Länder, z.B.
 - Phänologiebedingte Abschaltung hat **Witterungskomponente** (Starkregen, Windgeschwindigkeit)
 - Antikollisionssysteme „kamera- und/oder radarbasiert“
 - Abschaltung bei landwirtschaftlicher Bewirtschaftung mit Berücksichtigung der **Windgeschwindigkeit**

§ 45b BNatSchG – § 75 BNatSchG

§ 75 BNatSchG: Übergangsregelung

- Abhängig vom „Verfahren“ (Abs. 1) bzw. „Verwaltungsverfahren“ (Abs. 2)
- Unanwendbar (Abs. 4), wenn
 - **Genehmigung erteilt** ist (bei Einführung am **29.07.2022**)
(auch bei Drittanfechtungsklagen? Bestandskraft maßgeblich?)
 - **Antragstellung** vor **01.02.2024**
 - Unterrichtung über den Untersuchungsrahmen bei UVP-pflichtigen Vorhaben vor 01.02.2024
- Aber: Abs. 5: **Optionsrecht** des Vorhabenträgers für § 45b Abs. 1 bis 6 BNatSchG

§ 45b BNatSchG – § 75 BNatSchG

§ 75 BNatSchG: Optionsrecht für laufende Verfahren

- **Abs. 5:** Soll Vorhabenträger im laufenden Verfahren oder gar Gerichtsverfahren optieren?
- Tendenz ja, aber zwingend umfassende **Einzelfallprüfung** notwendig

§ 45b BNatSchG – Beispiel Einzelfallprüfung

Beispiel: Rotmilan Baden-Württemberg	LUBW2013/2015	§ 45b BNatSchG
Nahbereich	-	500m
	s.u.	Fiktion Signifikanz
Zentraler Prüfbereich	1.000m „Untersuchungsraum Horste“	1.200m
	Regelvermutung Signifikanz RNA notwendig Dichtezentren: VM unzulässig	Regelvermutung Signifikanz HPA notwendig, RNA fakultativ Regelumkehr bei bestimmten VM Wirksamkeitsvermutung bei best. VM
Erweiterter Prüfbereich	6.000m „Untersuchungsraum Daten“	3.500m
	RNA notwendig	Regelvermutung keine Signifikanz RNA/HPA nicht notwendig Horste allenfalls über Kataster Wirksamkeitsvermutung bei best. VM
Außerhalb erweitertem Prüfbereich	> 6.000m	> 3.500m
		Fiktion keine Signifikanz

§ 45b BNatSchG – Fazit

- **Einzelfallprüfung** notwendig bei laufenden Verfahren
- Gegebenenfalls bei abweichenden Untersuchungs-Radien sofort ergänzende Horstsuche
- Regelmäßig Verbesserung bei **Vermeidungsmaßnahmen**, inhaltlich wie beweistechnisch
- Regelmäßig Verbesserung außerhalb Nahbereich im engeren Prüfbereich (nur HPA, statt RNA)
- Faktisch gewisse **Entmachtung der amtlichen Sachverständigen der Länder** und deren Deutungshoheit der Ländervorgaben

Unsere Standorte



Büro Mannheim

Harrlachweg 4
68163 Mannheim
Tel.: +49 621 4256-0
Fax: +49 621 4256-250

www.rittershaus.net



Büro Frankfurt

Bockenheimer Landstraße 77
60325 Frankfurt/Main
Tel.: +49 69 274040-0
Fax: +49 69 274040-250



Büro München

Barer Straße 7
80333 München
Tel.: +49 89 121405-0
Fax: +49 89 121405-250