

# R

## Rittershaus

31. Windenergietage 08.11.2023 bis 10.11.2023 in Potsdam

§ 6 WindBG und § 45b BNatSchG – Der „neue“ Artenschutz im Genehmigungsverfahren – erste Rechtsprechung und Praxischeck

Dr. Wolfgang Patzelt



**RITTERSHAUS**

# § 6 WindBG und § 45b BNatSchG

1. § 45b BNatSchG – Optieren?
2. § 45b BNatSchG – Erste Rechtsprechung: vorhabenträgerfreundlich!
3. § 6 WindBG – kein Allheilmittel
4. Fazit

## § 45b BNatSchG – § 75 BNatSchG

### § 75 BNatSchG: Optionsrecht für laufende Verfahren noch bis 01.02.2024

- **Abs. 5:** Soll Vorhabenträger im laufenden Verfahren, im Gerichtsverfahren oder danach optieren?
- Einzelfallprüfung!
  - Unterlagen geeignet?
  - Inhaltliche Verbesserung?
- Gefahr Leitfadenänderung vor Genehmigungserlass („**de facto** § 45b BNatSchG“)

## § 45b BNatSchG – § 75 BNatSchG: Überblick

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

# § 45b BNatSchG – § 75 Abs. 5 BNatSchG: 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 – § 75 BNatSchG – Leitfadenänderung?

- **Gefahr der Leitfadenänderung („de facto § 45b BNatSchG“) Bsp.: Freibord**
  - **Übergangsregelungen im Leitfaden?**
  - **Maßgeblicher Zeitpunkt im Gerichtsverfahren**
    - Drittanfechtungsklage: Zeitpunkt Genehmigungserlass
    - Verpflichtungsklage: letzte mündliche Verhandlung
  - **Reaktion im Einzelfall prüfen**
    - Bsp.: zwei Anträge für unterschiedliche Vorhaben, falls „besseres Vorhaben“ nur nach altem Leitfaden möglich und § 6 WindBG zu riskant

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **VG Sigmaringen, Urteil vom 30.09.2022, Az.: 14 K 1208/20 (insoweit rechtskr.)**
  - Verpflichtungsklage
  - Kläger optierte in mündlicher Verhandlung vom 30.09.2022
  - Dichtezentrum
- 
- S. 16, letzter Abs.: Vermutung von möglichen „**Ersatzhorsten**“ nach Beseitigung **egal**
  - S. 20, letzter Abs.: die **alten LUBW-Hinweise gelten weiterhin**, soweit § 45b BNatSchG nichts anderes regelt

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- VG Sigmaringen, Urteil vom 30.09.2022, Az.: 14 K 1208/20 (insoweit rechtskr.)
  - S. 21f: **Bezugsraum** bei § 45b BNatSchG:

deutlich erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit **der Exemplare im erweiterten Prüfbereich** – gegenüber der üblicherweise dort zu erwartenden Aufenthaltswahrscheinlichkeit – ist für Signifikanz notwendig (auch **klares Abheben in der Quantität notwendig**);

nicht maßgeblich: **Naturraum („voralpines Moor- und Hügelland“ - Dichtezentrendiskussion)**

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- VG Sigmaringen, Urteil vom 30.09.2022, Az.: 14 K 1208/20 (insoweit rechtskr.)
  - S. 21: Zahl der Brutstätten **egal** („Dichtezentrum“)
  - S. 27, Abs. 2: **absolute Überflugszahl** für § 45b BNatSchG **egal**

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **OVG Münster, Urteil vom 29.11.2022, Az.: 22 A 1184/18**, BeckRS 2022, 38652
  - Drittanfechtung nach Genehmigungserteilung
  - Optieren nach Genehmigungserlass
- 
- Rn. 104: **Optieren im Gerichtsverfahren möglich** (trotz bestehendem Bescheid!) (nachträgliche Änderungen zulasten Vorhabenträger egal, Änderungen zugunsten Vorhabenträger zu berücksichtigen)
  - Rn. 131: **mögliches Brüten** ist nach bisherigem Leitfaden **egal**

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **OVG Münster, Urteil vom 29.11.2022, Az.: 22 A 1184/18**
- Drittanfechtung nach Genehmigungserteilung – **Alternativenprüfung für Ausnahme**
  - Rn. 256: **Offengelassen**: muss **FNP** für § 45b Abs. 8 Nr. 2 BNatSchG **wirksam sein**? Tendenz: Rechtsklarheit, daher Wirksamkeit egal
  - Rn. 261: Nr. 3 erfüllt (keine Alternativen im 20-km-Bereich), wenn Alternativflächen von Konkurrenten „abgegriffen“, (Leitsatz 8): Alternativenprüfung: reine **Plausibilitätskontrolle**
  - Rn. 262: Für Alternativenprüfung nach Nr. 3 muss **nicht Wirksamkeit des FNP** angegriffen werden

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **VGH Mannheim, Beschluss vom 19.12.2022 – 10 S 2295/22**
- **Drittanfechtung nach Genehmigungserteilung**
- Rn. 30: **Optieren** auf § 45b BNatSchG auch **nach Genehmigungserteilung** möglich

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **OVG Bautzen, Beschluss vom 22.06.2023 – 1 B 290/22**
- Drittanfechtung nach Genehmigung
- Vorhabenträger optiert nach Genehmigungserteilung im Widerspruchsverfahren
  
- Rn. 23: **Günstige Veränderungen für Vorhabenträger (Optieren) sind zu berücksichtigen**
- Rn. 36: Aber: Gericht kann ohne neue Unterlagen Tötungsverbot nicht beurteilen
- Rn. 40: Eilantrag trotz offener Erfolgsaussichten wegen § 2 EEG abgelehnt

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **OVG Münster, Urteil vom 24.08.2023 – 22 D 201/22.AK**
- Drittanfechtungsklage nach Genehmigungserteilung
- Rn. 79/80: **Wirksamkeitsvermutungen der Schutzmaßnahmen** gelten auch dann, wenn Wortlaut nicht sklavisch umgesetzt ist

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **OVG Münster, Urteil vom 24.08.2023 – 22 A 793/22**
- Drittanfechtungsklage nach Genehmigungserteilung
- Rn. 115: **Offengelassen**, ob Vorhabenträger noch **im Gerichtsverfahren § 6 WindBG** beantragen kann (was er hier getan hat)

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- VGH München, Urteil vom 20.07.2023 – 22 A 22.40030
- Drittanfechtungsklage nach Genehmigungserteilung
- Rn. 29: **Dichtezentrum Rotmilan** führt nicht zwingend zu Verletzung des Tötungsverbots; **Helgoländer Papier** nimmt insoweit **Populationsbetrachtung** vor, nicht Individuenbetrachtung
- Rn. 35: **Alternativenprüfung** beim Ausnahmetatbestand: Vorhabenträger muss **keine Alternative** prüfen, die **anderes Vorhaben** bedeuten würde.

(offen: Nutzen der 20-km-Regelung?)

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **OVG Greifswald, Beschluss vom 09.10.2023 – 1 R 307/23**
  - Vollstreckung gegen Behörde aus Bescheidungsurteil
  - Behörde fordert nach
  - Vorhabenträger optiert auf § 45b BNatSchG nach Rechtskraft des Verbescheidungsurteils
- 
- Rn. 36/37: Grundlose Säumnis
  - R. 42: Frist von **1 Monat ab Rechtskraft des Urteils** muss nach sieben Monaten (§ 10 Abs. 6a BImSchG) reichen, trotz Komplexität; Behörde hätte Vollstreckungsgegenklage erheben müssen
  - Rn. 43: Frist § 10 Abs. 6a BImSchG beginnt nicht erneut, ist längst abgelaufen
  - Rn. 59: Auffinden eines neuen Horsts kein Grund

## § 45b BNatSchG – Rechtsprechung

- **Fazit:**

- Überwiegend vorhabenträgerfreundliche Rechtsprechung

## § 6 WindBG

- **Abs. 3: Zeitlicher Anwendungsbereich:**
  - **Antragstellung von 29.03.2023 bis 30.06.2024**
  - Antragstellung vor 29.03.2023: **Optionsrecht**

## § 6 WindBG

- **Abs. 1 Satz 1 „ausgewiesenes Windenergiegebiet“:**
  - Keine Artenschutzprüfung bei Vorhaben in einem zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung nach § 2 Nr.1 WindBG **ausgewiesenen Windenergiegebiet**
  - **Wirksamkeit** Regionalplan/Flächennutzungsplan notwendig?

## § 6 WindBG

- **Abs. 1 Satz 1 „ausgewiesenes Windenergiegebiet“:**
  - Bei drohendem Erfolg eines Normenkontrollverfahrens („ex-tunc-Wirkung“) und drohender Drittanfechtung:  
§ 6 WindBG ggf. unanwendbar (vgl. auch 2.1.2.1 Vollzugsempfehlung)  
**=> Fallback-Lösung im Blick behalten, besser: § 6 WindBG meiden**
  - Ggf. **Staffeloptieren**, erst § 45b BNatSchG (z.B. Ausnahme), dann § 6 WindBG, wenn Behörde § 6 WindBG bevorzugt oder z.B. Streit über Ausnahmemöglichkeit

## § 6 WindBG – § 45b BNatSchG

- **Abs. 1 Sätze 3, 5 und 12:**
  - **Echte Alternativität** nur gegenüber **Ausnahme** (§ 6 Abs. 1 Satz 12 WindBG)
  - Im Übrigen: **Stufenverhältnis**: § 6 WindBG nachrangig gegenüber Vermeidungsmaßnahmen (Sätze 3 und 5: „**soweit**“)
  - Im Einzelfall: **Gestaffeltes Optieren** (erst: § 45b BNatSchG mit Ausnahmeantrag, dann hilfsweise § 6 Abs. 2 WindBG)
  - => Genehmigung wird erteilt, Streit wird ggf. ins Klageverfahren verlagert

## § 6 WindBG und § 45b BNatSchG - Fazit

- Insbesondere **§ 6 WindBG** gesetzgebungstechnisch **unausgereift**, bei drohender Drittanfechtung mit Gefahren verbunden
- **Vorhabenträgerfreundliche Rechtsprechung** zu § 45b BNatSchG trotz seiner gesetzgebungstechnischen Schwächen
- Stets **einzelfallbezogene** Taktik notwendig, keine Allheilmittel, Tendenz eher gegen § 6 WindBG

## Unsere Standorte



### **Büro Mannheim**

Harrlachweg 4

68163 Mannheim

Tel.: +49 621 4256-0

Fax: +49 621 4256-250



### **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

**[www.rittershaus.net](http://www.rittershaus.net)**